

(Tomo 239: 145/182)

Salta, 26 de julio de 2021.

Y VISTOS: Estos autos caratulados "M. I., J. N. VS. INSTITUTO PROVINCIAL DE SALUD DE SALTA (IPS) - AMPARO- RECURSO DE APELACIÓN" (Expte. N° CJS 40.059/19), y

CONSIDERANDO:

Los Dres. **Sergio Fabián Vittar** y **Horacio José Aguilar** y las Dras. **Sandra Bonari**, **María Alejandra Gauffin** y **Adriana Rodríguez Faraldo**, dijeron:

1°) Que contra la sentencia de fs. 148/156 vta. que hizo lugar a la acción de amparo y condenó al Instituto Provincial de Salud de Salta (I.P.S.) a brindar a la actora cobertura total (100%) del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad con ovodonación, en el número de intentos necesarios para lograr un embarazo a término con el límite de los tres establecidos por ley, incluyendo honorarios del centro médico, medicación para donante y receptora y el costo de la obtención de los gametos, la demandada interpuso recurso de apelación (fs. 163).

Para así decidir, la jueza "a quo" señaló que a los fines de computar la limitación contenida en la Ley 7964, de tres intentos en total para ese tipo de tratamientos, no podían considerarse las prácticas que se le reconocieron a la amparista con anterioridad a su entrada en vigencia. Ello porque según la magistrada esa norma no puede ser aplicada retroactivamente, ya que afectaría en este caso el derecho a la salud de la actora, reconocido constitucionalmente a través de la protección del derecho a la vida.

En base a un precedente resuelto por esta Corte antes de que entrara a regir la mencionada ley provincial (registrado en Tomo 204:865), la jueza sostuvo que si el caso exige un número mayor de tratamientos de alta complejidad y ello se encuentra médicamente justificado, deben ser cubiertos por la obra social demandada. Agregó que de las constancias de fs. 7/9 surge que el tratamiento de fertilización con ovodonación es la única posibilidad terapéutica para la pareja y que la misma demandada acompañó a fs. 104 el informe de la junta médica en el que reconoce que por la edad de la paciente el pedido de una nueva intervención tiene justificación.

Destacó también que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos "Y., M.V. y otro vs. IOSE s/amparo de salud" (Fallos, 341:929), resuelto el 14 de agosto de 2018, interpretó el Decreto 956/13 reglamentario de la Ley Nacional 26862 despejando toda duda sobre el número de intentos de alta complejidad que admite aquella reglamentación al determinar que son tres por año y no tres en total.

En base a estos fundamentos la jueza de la anterior instancia concluyó que la conducta del I.P.S., al denegar el tratamiento de fecundación de alta complejidad con ovodonación aplicando la restricción prevista en la Ley 7964 de modo retroactivo, resulta arbitraria.

Al expresar agravios (fs. 166/170), la demandada critica el fallo porque acudió al principio de irretroactividad de la Ley 7964 para ordenar una cobertura que ya había otorgado la obra social, según se desprende del Expte. administrativo 74-26521/2015-0-1, circunstancia que fue reconocida por la actora en su demanda.

_____ Se agravia también porque con posterioridad al precedente de esta Corte que se invoca en la sentencia recurrida, en la causa "A., M.L.; A., A. vs. Instituto Provincial de Salud de Salta (I.P.S.) - Amparo - Recurso de apelación" resuelta el 28 de julio de 2017 (Tomo 213:161), el Tribunal dejó establecido que con la Ley 7964 la cuestión relativa al número de intentos para las técnicas de alta complejidad ha quedado definitivamente zanjada y no cabe duda de que el límite es de tres en total (art. 9°).

_____ Señala que en ningún momento atentó contra la posibilidad de que la actora se realizara en forma privada y a su costo un nuevo intento de fertilización de alta complejidad, y que simplemente cumplió con la normativa que marca un límite que determina que el cuarto tratamiento aquí solicitado no debe estar a cargo de la obra social, cuando ya cubrió tres con anterioridad.

_____ Critica también el fallo porque se afectó el principio de congruencia al condenarla a cubrir hasta tres intentos en total, cuando ello no había sido solicitado en la demanda, ni tiene justificación médica.

_____ Agrega que al obligarla a reconocer el 100% de cobertura, la sentencia contraría lo establecido en la Ley 7127 y el Decreto 3402/07, por el cual se establece un régimen de coseguros. En tal sentido, afirma que el art. 8° de la Ley 26862 en ningún caso hace referencia a que la cobertura deba ser total y que no está prevista en la norma regulatoria del I.P.S. una cobertura ilimitada y sin restricciones del 100%.

_____ Corrido el traslado pertinente, contesta la actora (fs. 180/185 vta.) solicitando el rechazo del recurso de apelación por las razones que allí explicita.

_____ A fs. 208/209 vta. emite su dictamen el señor Fiscal de Impugnación, interinamente a cargo de la Fiscalía ante la Corte N° 1, donde opina que el recurso debe ser rechazado, encontrándose firme la providencia que llama autos para resolver (fs. 210).

_____ 2°) Que a tenor de lo dispuesto por el art. 87 de la Constitución de la Provincia, la acción de amparo procede ante actos u omisiones ilegales de la autoridad o de particulares, restrictivos o negatorios de las garantías y derechos subjetivos explícita e implícitamente allí consagrados. La viabilidad de este remedio requiere, en consecuencia, la invocación de un derecho indiscutible, cierto, preciso, de jerarquía constitucional, pero además que la conducta impugnada sea manifiestamente arbitraria o ilegítima y que el daño no pueda evitarse o repararse adecuadamente por medio de otras vías (conf. esta Corte, Tomo 64: 137; 65:127, 315, 629; 69:917; 192:331, entre otros).

_____ Así, el amparo constituye un proceso excepcional que exige, para su apertura, circunstancias muy particulares, caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegitimidad manifiestas que, ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, origina un daño grave solo eventualmente reparable por este procedimiento urgente y expeditivo. Debe tratarse de la vulneración de garantías constitucionales pues la razón de ser de la acción de amparo es la de proveer el remedio adecuado contra la arbitraria violación de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución (conf. CSJN, Fallos, 305:2237; 306:788, entre otros).

_____ De modo 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 transgresión que cause daño irreparable en

tiempo oportuno y que exige urgentes remedios (D.J., Tomo 1985-II, pág. 452; esta Corte, Tomo 112:451; 192:331, entre otros).

3°) Que en orden a resolver la cuestión traída a conocimiento de este Tribunal, resulta necesario efectuar una reseña de la normativa aplicable al caso, como así también de los criterios hermenéuticos que deben adoptarse cuando está comprometido un derecho humano esencial como es el derecho a la salud reproductiva.

En ese sentido, la Ley Nacional de Fertilización Asistida 26862, vino a dar respuesta al debate instalado en la sociedad en torno a la posición del Estado como garante del derecho a la salud reproductiva y el derecho a formar una familia.

Esta ley tiene como objetivo "garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida", comprendiendo -entre otros- los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida de baja y alta complejidad (ver arts. 1°, 2° y 8°).

La legislación nacional ha caracterizado sus mandatos como de orden público, esto es, de aplicación obligatoria en todo el territorio nacional (art. 10 de la Ley 26862) y ha incluido en el Programa Médico Obligatorio (P.M.O.) los procedimientos y las técnicas de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo para la reproducción médicamente asistida (art. 8° de la Ley 26862 y art. 8° del Decreto 956/13).

Cabe señalar que una cuestión es de orden público, cuando responde a un interés general, colectivo, por oposición a las cuestiones de orden privado, en las cuales solo juega un interés particular. Como tal, la Ley 26862 resulta una norma irrenunciable, imperativa; que no confiere a los interesados la posibilidad de apartarse de sus disposiciones y sustituirlas por otras. Toda ley imperativa es de orden público puesto que cada vez que el legislador impone una norma con carácter obligatorio y le veda a los interesados apartarse de sus disposiciones, es porque considera que hay un interés social comprometido en su cumplimiento; en otras palabras, porque se trata de una ley de orden público. En conclusión: leyes imperativas y leyes de orden público, son conceptos sinónimos (conf. Borda, Guillermo Julio, "Concepto de ley de orden público", La Ley, 1950, Tomo 58, pág. 997).

A su vez, el art. 8°, párrafo 3°, del Decreto 956/13, reglamentario de la Ley 26862, establece que una persona podrá acceder a un máximo de cuatro tratamientos anuales con técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad y hasta tres tratamientos con técnicas de alta complejidad, con intervalos mínimos de tres meses entre cada uno de ellos.

La determinación del número de tratamientos de alta complejidad que la ley nacional contempla fue motivo de un prolongado debate en distintas instancias jurisdiccionales. La discusión oscilaba entre aquéllos pronunciamientos que interpretaron que la ley autorizaba la cantidad de tratamientos que resultaran necesarios hasta alcanzar el embarazo, los que consideraron que se trataba de tres intentos de alta complejidad anuales, y los que sostuvieron que debían ser tres en total.

En ese contexto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Y., M. V. y otro c/ IOSE s/ amparo de salud" (Fallos, 341:929) definió la cuestión estableciendo -por mayoría- una interpretación amplia sobre el alcance de la cobertura de las

técnicas de reproducción humana asistida de alta complejidad, ordenando que los efectores del ámbito de la salud deben garantizar tres tratamientos por año con intervalos mínimos de tres meses entre cada prestación.

Para decidir de ese modo el Alto Tribunal Federal hizo referencia a los arts. 1º, 2º y 8º de la Ley 26862, respecto de los cuales expresó que esas normas 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 se le reconoce carácter fundamental por su íntima vinculación con el derecho a la vida.

En ese sentido, consideró que resultaba inconveniente la interpretación que había efectuado la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal respecto de las disposiciones reglamentarias -sobre cuya base postulaba que el acceso a las técnicas de reproducción asistida de alta complejidad se restringía a tres intervenciones en total- en el entendimiento que convalidar tal inteligencia conspiraría contra los propósitos establecidos en la propia ley reglamentada, al punto de desnaturalizar el derecho que ella consagra y que tiene carácter fundamental (v. considerando 5º). Tal postura fue ratificada por el Alto Tribunal en los precedentes CSJ 2262/2017 "S., A. M.", del 17/12/2019; y FMP 20270/2016 "R., M. C.", del 18/02/2020.

Por otra parte, en el orden local, -con anterioridad al pronunciamiento del Máximo Tribunal- se dictó la Ley 7964 cuyo objeto es regular el uso de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) 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.

En este régimen se establece que "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." (art. 9º de la Ley 7964).

Se advierte así, que la normativa provincial zanjó la cuestión referida a la cantidad de intentos de alta complejidad adoptando el criterio restrictivo, al establecer una limitación de tres tratamientos de por vida.

Efectuada esta reseña, corresponde ahora analizar si la solución adoptada por el legislador local resulta compatible con el plexo normativo que emana de la Constitución Nacional, los tratados internacionales, y los postulados de la Ley Nacional 26862 a la luz de la exégesis efectuada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

4º) Que en ese orden de ideas, resulta necesario reiterar que por tratarse de un derecho humano, el derecho a la salud reproductiva debe ser analizado de acuerdo al principio "pro homine" que determina que el intérprete debe escoger dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana y, por el contrario, a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio (conf. CSJN, Fallos, 330:1989).

Además, al encontrarse en juego un derecho fundamental que involucra una cuestión tan sensible como la planificación de la vida familiar, el abordaje del examen debe ser necesariamente humano y en clave constitucional y convencional.

Desde esta perspectiva, la postura que adopta la normativa local trasunta una restricción injustificada a derechos humanos garantizados, como son la salud reproductiva, la vida privada y familiar (art. 11, C.A.D.H.), a la maternidad y a conformar una familia (art. 17, C.A.D.H.), a la igualdad y a no ser discriminado (art. 24, C.A.D.H.), a la vez que desnaturaliza la finalidad de proporcionar y garantizar un acceso integral a las técnicas de fertilización asistida que propicia la propia Ley 7964.

En efecto, se evidencia que la norma en análisis consagra una desigualdad de trato para los ciudadanos de esta provincia respecto de los habitantes de las demás jurisdicciones del país, en tanto aquéllos solo podrán acceder a tres tratamientos de alta complejidad de por vida en los establecimientos de salud públicos, mientras que éstos tendrían derecho a tres intentos por año en iguales condiciones.

Otro tanto ocurre a nivel provincial entre los afiliados forzosos del I.P.S., quienes tendrán la posibilidad de solicitar tres intentos en total, mientras que los que cuenten con otra obra social o puedan costear adicionalmente con los servicios de entidades de medicina prepaga, podrán acceder anualmente a tres prácticas de este tipo.

En ese contexto, no es posible apreciar que la apuntada desigualdad de oportunidades que consagra la Ley 7964 se base en alguna diferenciación razonable, o que al menos persiga una finalidad que la justifique. Tampoco es posible establecer a partir de la lectura de los debates de las sesiones en ambas Cámaras cuáles pudieron haber sido los motivos y fines perseguidos por el legislador al adoptar el criterio restrictivo que no sean de tipo económico, fundamento que más allá de no haber sido evidenciado, resulta insuficiente por sí solo frente a los derechos en juego.

Y mas aún para el Estado, cuya responsabilidad precisamente es tutelar y garantizar el derecho de cada ciudadano que encuentre afectada su salud reproductiva o su derecho a formar una familia, y por encontrarse obligado a proveer políticas públicas y realizar acciones positivas para hacer efectivos esos derechos humanos fundamentales.

En ese orden de ideas, la igualdad de las personas constituye uno de los pilares fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos el que, cabe destacar, también ha sido incorporado expresamente al derecho público local en el art. 13 de la Constitución Provincial. Con arreglo a este precepto los poderes públicos aseguran las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas sean reales y efectivas, procurando remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (tercer párrafo).

En el caso, el distinto tratamiento al que se arriba con la aplicación de la norma en examen reconoce como única causa la calidad de habitante de esta provincia o el carácter de afiliado del Instituto Provincial de la Salud de Salta, no existiendo motivos razonables que justifiquen la disparidad de realidades a las que se ha aludido precedentemente, lo cual configura una situación discriminatoria que vulnera el principio de igualdad

tutelado por los instrumentos internacionales y ordenamientos constitucionales citados a lo largo del presente.

En esa inteligencia, parece necesario recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Artavia Murillo vs. Costa Rica", advirtió con énfasis que la falta de cobertura de estos procedimientos médicos por parte del Estado produce una discriminación por razones socioeconómicas, en tanto podrán acceder y ver satisfechos sus derechos a formar una familia, a asirse de los avances de la ciencia, aquellos que puedan hacer frente a los altos costos de las prácticas, y que "los tipos de límites o barreras que comúnmente encuentran las personas con diversidad funcional en la sociedad son, entre otras, actitudinales o socioeconómicas" (párr. 291). También precisó que "los Estados no deben producir regulaciones que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos" (párr. 4º, voto concurrente del juez García Saypan).

Desde esa perspectiva, es posible sostener que el art. 9º de la Ley 7964 se aparta de tales directrices generando situaciones de inequidad social al restringir de forma severa derechos fundamentales garantizados, y se contrapone, incluso, con la finalidad buscada por la propia norma.

5º) Que en el mismo sentido, resulta útil referir al fallo plenario emitido por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal en la causa "G., C. y otro c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ amparo de salud" (La Ley online: AR/JUR/47055/2018) que al analizar el art. 8º del aludido decreto reglamentario 956/13, señaló que limitar a tres los tratamientos de alta complejidad cuando el estado de la ciencia en este momento tiene un alto índice de fracasos, en las técnicas de fertilización asistida equivale a restringir el ejercicio de la voluntad procreacional en un elevado número de casos y convertir, en múltiples supuestos, el objeto de la ley en una enfática enumeración programática vacía de operatividad.

Bajo tales parámetros se advierte que la solución brindada por el legislador local atenta también contra la posibilidad de los habitantes de la provincia y los afiliados del I.P.S. de acceder a nuevos métodos de reproducción asistida que se vayan descubriendo por la ciencia, toda vez que aquellos que hayan consumido las tres prácticas permitidas bajo un determinado tratamiento médico, no podrían acceder a una nueva chance con una técnica basada en tecnología que no se encontraba disponible cuando agotó sus intentos, mientras que en el resto del país, o los afiliados de cualquier otra obra social privada, podrán beneficiarse de los avances de la medicina.

En este sentido, cabe recordar que los jueces no pueden prescindir, en la interpretación y aplicación de las leyes, de las consecuencias que derivan de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros de verificar su razonabilidad y coherencia con el sistema en el que está engarzada la norma (esta Corte, Tomo 108:329; 140:519; 156:137).

Sobre tales bases, se advierte que la limitación de intentos generará un efecto discriminatorio en función de la situación económica de los afectados, toda vez que solo quienes cuenten con los recursos necesarios para trasladarse a otra provincia o para afrontar el costo de una entidad de medicina prepaga tendrán la posibilidad de acceder a un tratamiento médico de avanzada.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (C.I.D.H.) precisó en la aludida causa "Artavia Murillo y otros (fecundación 'in vitro') vs. Costa Rica" que el derecho al goce de los beneficios del progreso científico ha sido reconocido internacionalmente y, en el ámbito interamericano, se encuentra contemplado en el art. XIII de la Declaración Americana y en el art. 14.1.b) del Protocolo de San Salvador. Cabe mencionar que la Asamblea General de Naciones Unidas, en su Declaración sobre este derecho, señaló la relación entre éste y la satisfacción de las necesidades materiales y espirituales de todos los sectores de la población. Por tanto, y conforme al art. 29.b) de la Convención Americana, el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los arts. 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones. Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de "iure" o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona (párr. 150).

6°) Que con arreglo a lo expuesto en los apartados precedentes se verifica que la regulación efectuada a nivel local del derecho a la salud reproductiva quebranta el plexo normativo que emana de la Constitución Nacional, los tratados internacionales y la Ley Nacional 26862, restringiendo derechos reconocidos y compromisos asumidos por el Estado Nacional, por lo que corresponde declarar su inconstitucionalidad.

En orden a la declaración oficiosa de inconstitucionalidad, cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del caso "Mill de Pereyra, Rita A. y otros c/Provincia de Corrientes" (Fallos, 324:3219) modificó su criterio y reconoció la tesis de procedencia del control de constitucionalidad sin que fuere necesario la existencia de pedido de parte interesada.

Posteriormente, en la causa "Banco Comercial de Finanzas" (Fallos, 327:3117) ratificó el criterio expuesto precedentemente, señalando que "... si bien es exacto que los tribunales judiciales no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes en abstracto, es decir, fuera de una causa concreta en la cual deba o pueda efectuarse la aplicación de las normas supuestamente en pugna con la Constitución, no se sigue de ello la necesidad de petición expresa de la parte interesada, pues como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente -trasuntado en el antiguo adagio *iura novit curia*- incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31 de la Carta Magna) aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango, vale decir, la constitucional, desechando la de rango inferior (Fallos, 306:303, considerando 4° del voto de los jueces Fayt y Belluscio)".

Más tarde, en la causa "Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios" (Fallos, 335:2333), la Corte volvió a reafirmar la tesis de la procedencia del control

de constitucionalidad de oficio, y además invocó la doctrina del control oficioso de convencionalidad.

Así, aludió a la obligación del órgano judicial de los estados partes, de efectuar el denominado control de convencionalidad sentado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Almonacid Arellano vs. Chile" ("Almonacid Arellano vs. Chile", Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 154, párr. 124), receptada por aquélla en el caso "Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ recursos de casación e inconstitucionalidad" (Fallos, 330:3248, del 13/07/2007), para seguidamente invocar fallos del tribunal regional que postulan la obligación de que el referido control proceda de oficio, iniciando dicha labor con la cita del caso "Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú", Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 24 de noviembre de 2006, párr. 128.

Destacó al respecto, que la jurisprudencia reseñada no dejaba lugar a dudas de que "los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado". Y destacó también que resultaría "un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa -formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos- que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango" (considerando 12).

Por otra parte el Alto Tribunal estableció para el ejercicio del control de constitucionalidad de oficio ciertos requisitos que lo delimitan, precisando que debe tener lugar en el marco de las competencias de los magistrados judiciales y de las regulaciones procesales correspondientes. Sobre tales bases, afirmó que "el contralor normativo a cargo del juez presupone un proceso judicial ajustado a las reglas adjetivas aplicables entre las cuales revisten especial relevancia las que determinan la competencia de los órganos jurisdiccionales y, sobre todo, las que fijan los requisitos de admisibilidad y fundamentación de las presentaciones o alegaciones de las partes" (considerando 13), extremos que se verifican en el caso y tornan procedente la declaración efectuada.

7°) Que por otro lado, en relación al agravio esgrimido por el recurrente referido a que la condena formulada a su parte a reconocer el 100% de la cobertura contraría el régimen de coseguro establecido en la Ley 7127 y el Decreto 3402/07, corresponde su desestimación en atención a que por expresa disposición legal (art. 1° de la Ley 7964 y art. 8° de la Ley 26862) la cobertura por parte de los efectores públicos dependientes del Ministerio de Salud Pública y de los prestadores del I.P.S. debe ser "integral".

En este aspecto, como ya se expresó la Ley 7964 vino a regular en el ámbito provincial una norma nacional de orden

público, razón por la cual no puede interpretarse -sin riesgo de alterar sus claros términos de naturaleza imperativa- que su art. 8° al referir a "las obligaciones que les corresponda asumir a las entidades de coseguro en lo relativo al co-pago", menoscabe la prestación integral que incorpora la norma nacional como prestación obligatoria de todos los agentes que presten servicios médicos asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean.

Al respecto, cabe destacar que la finalidad del copago o coseguro está dirigida a complementar el valor de las prestaciones no alcanzadas por los porcentajes reconocidos por el I.P.S., supuesto ajeno al caso de autos donde, como ya quedó expuesto, existe una obligación legal de cobertura "integral" y -por ende- del 100% en cabeza del referido instituto de salud.

Asimismo, avalar una prestación circunscripta al 80% a cargo del I.P.S., tal como se pretende, generaría un precedente injusto, que quiebra el principio de igualdad de los arts. 16 de la Constitución Nacional y 13 de la Provincial, además de violentar los claros términos de una ley nacional de orden público.

8°) Que consecuentemente, las circunstancias del caso y la adecuada protección de los derechos humanos involucrados en el presente ameritan la solución propiciada, y en consecuencia, corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 9° de la Ley 7964; y rechazar el recurso de apelación de fs. 163. Con costas por el orden causado en ambas instancias en atención a la manera en que se resuelve la causa.

El Dr. **Pablo López Viñals**, dijo:

1°) Que adhiero a los considerandos 1°) y 2°) del voto que abre el presente acuerdo.

2°) Que en el análisis de los agravios propuestos por el I.P.S., cabe tener presente que la actora, luego de haber realizado tres intentos con óvulos propios (en septiembre de 2015, enero de 2016 y un año después aproximadamente), según se desprende del Expte. 74-26.521/2015-0-1, el 28 de diciembre de 2017 solicitó a la obra social demandada que por vía de excepción se le autorice un cuarto tratamiento de fertilización asistida "in Vitro", esta vez con ovodonación, por prescripción de su médico tratante (fs. 10).

Este pedido fue rechazado por el I.P.S. (fs. 12) el 11 de enero de 2018, con fundamento en el límite máximo que fija la Ley 7964 en su art. 9°, pues ya se le habían reconocido a la afiliada tres procedimientos anteriores de alta complejidad.

Frente a tal comprobación, resulta errónea la afirmación de la jueza "a quo" en cuanto a que dicho rechazo por el I.P.S. significó una aplicación retroactiva de la ley provincial. Ello es así porque cuando la actora efectuó el cuarto pedido, ya regía la limitación dispuesta por esa norma reglamentaria y al fundar en ella su denegatoria, la obra social no hizo más que aplicar aquélla de manera inmediata, considerando que ya había cubierto tres tratamientos con anterioridad.

Debe recordarse que el inmediato es el efecto propio y normal de la ley y consiste en que la nueva norma se aplica a las relaciones y situaciones jurídicas que se constituyan en el futuro; a las existentes, en cuanto no estén agotadas; y a las consecuencias que no hayan operado todavía. Es decir que la ley toma a la relación ya constituida o a la situación en el estado en que se encontraba al tiempo en que la nueva norma es sancionada,

pasando a regir los tramos de su desarrollo aún no cumplidos (conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída, "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, pág. 29).

Por ello, si a partir de diciembre de 2016 rige un límite legal de tres intentos, rechazar un cuarto pedido no importa una aplicación retroactiva de la ley, ni autoriza a desconocer los tres intentos anteriormente autorizados por el I.P.S. como lo hizo la jueza "a quo".

3°) Que sentado lo anterior, coincido con lo expresado en el considerando 3°) del voto de referencia.

4°) Que, a partir de allí, cabe destacar que el control constitucional, en el caso de autos el atinente a la norma local que reglamenta el derecho invocado por la amparista, debe ser llevado a cabo por los jueces aún de oficio; coincidiendo con lo manifestado en el considerando 6°) del voto de referencia sobre este punto.

5°) Que el examen acerca de la compatibilidad de la Ley provincial con el plexo de superior jerarquía debe efectuarse desde una doble perspectiva. Por un lado, corresponde verificar si la provincia ha dictado la Ley 7964 dentro del ámbito de sus competencias. Por el otro, y para el caso de que la respuesta a lo anterior sea afirmativa, cabe evaluar si la restricción impuesta al derecho reglamentado resulta razonable, tal como la Constitución lo exige de toda reglamentación de los derechos.

6°) Que en cuanto a lo primero, es dable señalar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que la regla configurativa de nuestro sistema federal sienta el principio según el cual las provincias conservan los poderes que no fueron delegados al gobierno federal y todos aquellos que se reservaron en los pactos especiales al tiempo de su incorporación; y reconoce poderes concurrentes sobre ciertas materias que son de competencia tanto federal como de las provincias y que por lo tanto son susceptibles de convenios o acuerdos de concertación (arts. 121 y 125 de la Constitución Nacional, y causa CSJ 566/2004 (40-0)/CS1 "Obra Social Bancaria Argentina c/ Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", sentencia del 1° de agosto de 2013). Es por ello que el art. 121 de la Constitución Nacional reconoce que las provincias conservan su soberanía absoluta en todo lo relativo a los poderes no delegados a la Nación, principio del cual se deduce que a ellas corresponde exclusivamente darse leyes de policía, y en general, todas las que juzguen conducentes a su bienestar y prosperidad sin más limitaciones que las enumeradas en el art. 126 de la Constitución Nacional y la razonabilidad, que es requisito de todo acto legítimo (conf. Fallos, 330:3098).

Así lo ha interpretado el más alto Tribunal -en composiciones que se remontan casi al origen de nuestra organización institucional, 1869- cuando expuso que "es un hecho y también un principio constitucional, que la policía de las Provincias está a cargo de sus gobiernos locales, entendiéndose incluido en los poderes que se han reservado, el de proveer lo conveniente a la seguridad, salubridad y moralidad de sus vecinos; y que, por consiguiente, pueden lícitamente dictar leyes y reglamentos con estos fines (conf. Fallos, 338:1110).

Todo ello se enmarca, sostuvo el Tribunal en el citado fallo, en la conformación del Estado Federal, el que "... se trata

de un Estado en el que la unidad y la diversidad, la centralización y la descentralización se resumen en una unidad dialéctica caracterizada por una específica conexión de las relaciones de coordinación, supra y subordinación e inordinación, de tal manera que todas ellas se condicionan y complementan recíprocamente (García Pelayo, Manuel, 'Derecho Constitucional Comparado', Alianza Editores, Madrid, 1993)" (conf. considerando 11).

Asimismo ha puesto de resalto, que de acuerdo a las especiales características con que la Constitución Nacional ha revestido la configuración político institucional de naturaleza federal, la regla y no la excepción consiste en la existencia de jurisdicciones compartidas entre la Nación y las provincias, debiendo en consecuencia ser interpretadas las normas de aquella de modo que las autoridades de la una y de las otras se desenvuelvan armoniosamente, evitando interferencias o roces susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en desmedro de las facultades provinciales y viceversa, y procurando que actúen para ayudarse y no para destruirse (Fallos, 334:891).

7°) Que establecidos los criterios de reparto de competencias y los principios orientadores, ha señalado (Fallos, 338:1110) que las modificaciones introducidas por la reforma constitucional de 1994, no han hecho variar este criterio, antes bien lo han acentuado. La realización de las competencias concurrentes que la reforma constitucional ha afianzado en los arts. 41, 43, 75, incs. 17, 19 y 30, y 125, entre otros, no implica enervar los ámbitos de actuación de ninguna órbita del gobierno, sino que importa la interrelación, cooperación y funcionalidad en una materia común de incumbencia compartida, como es el caso de la salud pública, sin perjuicio del poder de policía de salubridad que, en primer término, está en cabeza de las provincias.

En esa inteligencia, las obligaciones que atañen 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, ya que de lo contrario, las leyes sancionadas en la materia no dejarían de ser sino enfáticas enumeraciones programáticas vacías de operatividad (conf. Fallos, 331:2135).

Como consecuencia de lo expuesto, puede afirmarse que la materia sobre la que versa el caso es una de aquellas que admite que una potestad legislativa nacional y una provincial puedan ejercerse conjunta y simultáneamente, sin que de esa circunstancia derive violación de principio o precepto jurídico alguno, siempre que ambas actúen respetando las limitaciones que la Ley Fundamental les impone (conf. doctrina de Fallos, 307:360).

8°) Que siendo la regulación de la salud pública una facultad compartida con la Nación por su objeto, la autoridad provincial ejerce la porción del poder estatal que le corresponde; el poder de policía en su ámbito propio implica reconocer a la provincia una atribución reglamentaria, cuya modelación para promover el bien común permite reconocer un grado de valoración estatal local con relación al fin especial que persigue, la protección de la salud. El modo en que lo hace debe ser respetado, salvo una incompatibilidad constitucional insalvable. Así lo

entendió el legislador nacional, al estatuir el art. 10 de la Ley 26862, por el cual se dispuso invitar a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a sancionar, para el ámbito de su exclusiva competencia, las normas correspondientes.

9°) Que, en segundo lugar y dilucidado lo anterior, se impone analizar si la limitación de cobertura de tres intentos en total para los tratamientos de fertilización asistida de alta complejidad, establecida por el art. 9 de la Ley 7964, constituye una restricción razonable al derecho a la salud reproductiva invocado por la amparista.

10) Que en el caso, se tiene que el derecho fundamental reglamentado se vincula a la salud reproductiva y a la planificación de la vida familiar, protegidos constitucionalmente como derechos fundamentales del hombre, a través de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre muchos otros (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional).

El derecho a la salud ha sido definido como un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos, pues garantiza el disfrute del más alto nivel posible de salud que permite vivir dignamente (Observación General N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Tal ha sido a su vez la jerarquía que se le ha reconocido a nivel del derecho interno desde principios de este siglo, a través de una prolífera y consolidada jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (v.g. "Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásticas s/ Recurso de Hecho", Fallos, 323:3229; "Asociación Benghalensis y otro c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo Ley 16986", Fallos, 323:1339), que se ha proyectado en las diferentes instancias y jurisdicciones, fundada en distintos instrumentos de rango constitucional (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional).

Asimismo el derecho en análisis integra el catálogo de derechos humanos como surge claramente de los arts. 22 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, 12 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 25 de la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El derecho a formar una familia también está constitucionalmente reconocido, conceptualizado como uno de los derechos naturales básicos, inherentes a la condición humana, del que emerge el deber del Estado de proveer medidas positivas conducentes para garantizar el derecho a la salud reproductiva y el inescindible derecho a formar una familia. En este sentido, el art. 17 de la Convención Americana protege el derecho del hombre y de la mujer a fundar una familia, y constituye la base para el acceso a las técnicas de fecundación asistida, ya que los derechos reproductivos deben interpretarse en relación directa con el derecho a formar una familia (ver también arts. 16 de la

Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

De esta dupla conformada por el derecho a la salud y el derecho a formar una familia, y como consecuencia del fenómeno de expansión de los derechos humanos, emerge el derecho a la salud reproductiva.

En ese contexto, la salud reproductiva tiene una posición de privilegio en el ámbito del derecho a la salud, al haber sido considerada como "un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos (...). La atención de la salud reproductiva se define como el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivo al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva. Incluye también la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual" (Fondo de Población de las Naciones Unidas, Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, F.N.U.A.P., 1995).

Asimismo, esta Corte con anterioridad (Tomo 179:293; 180:407; 204:865) afirmó que el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales garantiza el derecho de toda persona a "gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones" (art. 15.b), reconocimiento que también aparece en el art. XIII de la Declaración Americana de Derechos Humanos, al expresar que "Toda persona tiene el derecho de (...) disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos".

En esa línea, según el citado Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (El Cairo, 1994, párrafo 7.17; ONU A/CONF.171/13/Rev.1 (1995) "deberían proporcionarse técnicas de fecundación 'in vitro' de conformidad con directrices éticas y normas médicas apropiadas" (esta Corte, Tomo 192:331; 204:865).

A su vez, la Convención Internacional sobre los Derechos de Personas con Discapacidad prescribe que, por "discriminación por motivos de discapacidad" se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la

denegación de ajustes razonables. Estos consisten en las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas, que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

_____ Especial referencia merece por cierto, la mujer con discapacidad (art. 6°, punto 2), pues los Estados Partes signatarios asumieron el compromiso de tomar todas las medidas pertinentes para asegurar el pleno desarrollo, adelanto y potenciación de la mujer, con el propósito de garantizarle el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales establecidos en la Convención; y puntualmente, el art. 23, inc. b), establece el respeto al derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener, el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro; a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad; y a que se les ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos, debiendo, entre ellos, adoptar las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a los servicios de salud.

_____ Resulta propicio señalar también, que la CEDAW, instrumento señero de protección de los derechos de las mujeres, consagra en su art. 16, inc. e), su derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos.

_____ 11) Que la salud reproductiva es, como ha quedado dicho, una dimensión central del derecho a la salud. Tal el carácter que la legislación nacional le ha conferido al proyectar sus normas como de orden público (art. 10 de la Ley 26862) y al incluir en el Programa Médico Obligatorio (P.M.O.) los procedimientos y las técnicas de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo para la reproducción médicamente asistida (arts. 8° de la Ley 26862 y 8° del Decreto 956/13).

_____ 12) Que la característica de los derechos fundamentales mencionados y de los deberes que su garantía conlleva, es que no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad. La Corte Suprema de Justicia de la Nación en reiteradas oportunidades ha sostenido que la Constitución Nacional en cuanto norma jurídica reconoce derechos humanos para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, pues el llamado a reglamentarlos no puede obrar con otra finalidad que no sea la de darles todo el contenido que aquélla les asigne; precisamente por ello, toda norma debe "garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos" (conf. Fallos, 327:3677; 332:2043).

_____ 13) Que en este escenario "una restricción a los derechos fundamentales solo es admisible si en el caso concreto a los principios contrapuestos les corresponde un peso mayor que aquél que corresponde al principio de derecho fundamental" (conf. Alexy, Robert, "Teoría de los derechos fundamentales", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2da edición, Madrid, 2012, pág. 257).

_____ Se trata de efectuar una ponderación entre el derecho fundamental reglamentado y el principio que se pretende salvaguardar con la restricción dispuesta. _____

_____ 14) Que anteriormente se ha desarrollado lo atinente al derecho fundamental reglamentado, a su importancia, alcances, derivaciones y a las directrices en cuanto al ámbito de su garantía. _____

_____ En cuanto al motivo que resguarda la limitación impuesta por la norma local, surge del texto de los debates parlamentarios que no fueron de carácter científico los que mediaron para imponerla sino razones de índole económica. Éstas a priori y en abstracto no resultan suficientes para dejar sin salvaguarda el contenido esencial del derecho a la salud reproductiva y a la planificación familiar en juego en casos como el de autos. Por otra parte tampoco se ajusta a los objetivos legales definidos en la regulación nacional que rige en la materia. _____

_____ Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia de la Nación interpretando la reglamentación de la Ley 26862 expuso que la exégesis que conduce a afirmar que existe una limitación en el acceso a las técnicas de alta complejidad en un número de hasta tres en total, "importaría admitir la validez de una reglamentación que conspira contra los propósitos establecidos en la propia ley reglamentada al punto de desnaturalizar el derecho que ella consagra y que, como se ha mencionado líneas más arriba, tienen carácter fundamental" (conf. Fallos, 341:929). _____

_____ 15) Que, por lo que ha quedado dicho, tomando en cuenta las circunstancias del caso, corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 9° de la Ley Provincial 7964 y en consecuencia rechazar la apelación en este aspecto. _____

_____ 16) Que respecto al agravio vinculado con la condena a cubrir el 100% de lo peticionado, la Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse con anterioridad y contra la misma accionada. Memorando tal doctrina, se ha dicho que el argumento ofrecido en sustento para reconocer la cobertura en un 80% debe desestimarse por expresa aplicación del ordenamiento jurídico que, tanto en el orden federal como en el provincial, dispuso la cobertura "integral" en materia de tratamientos de fertilización médica asistida -art. 1° de la Ley 7964 y art. 8° de la Ley 26862- (conf. Tomo 213:563; 226:503). _____

_____ Ello así, la Resolución 29-D/2004 dictada por la obra social que nomenció la cobertura de la práctica con un alcance restringido, se traduce en un obstáculo real en el goce efectivo del derecho bajo examen, pues condiciona el acceso a las practicas previstas por la ley para sus beneficiarios, lo cual, evidencia un apartamiento de los alcances previstos por la normativa señalada. _____

_____ 17) Que en cuanto a las costas, se imponen por el orden causado en ambas instancias atento a que la demandada tuvo razones probables para litigar. _____

_____ La Dra. **Teresa Ovejero Cornejo** y los Dres. **Ernesto R. Samsón** y **Guillermo Alberto Catalano**, dijeron: _____

_____ 1°) Que nos remitimos al relato de los antecedentes de la causa expresados en el considerando 1°) del voto que abre el presente acuerdo y adherimos al considerando 2°), sin embargo disintimos de la solución jurídica que se propicia, por los siguientes fundamentos. _____

_____ 2°) Que ya en el análisis de los agravios propuestos por el I.P.S., cabe tener presente que la actora, luego de haber

realizado tres intentos con óvulos propios (en septiembre de 2015, enero de 2016 y un año después aproximadamente), según se desprende del Expte. 74-26.521/2015-0-1, el 28 de diciembre de 2017 solicitó a la obra social demandada que por vía de excepción se le autorice un cuarto tratamiento de fertilización asistida "in vitro", esta vez con ovodonación, por prescripción de su médico tratante (fs. 10).

Este pedido fue rechazado por el I.P.S. (fs. 12) el 11 de enero de 2018, con fundamento en el límite máximo que fija la Ley 7964 en su art. 9º, pues ya se le habían reconocido a la afiliada tres procedimientos anteriores de alta complejidad.

Frente a tal comprobación, resulta errónea la afirmación de la jueza "a quo" en cuanto a que dicho rechazo por el I.P.S. significó una aplicación retroactiva de la ley provincial. Ello es así porque cuando la actora efectuó el cuarto pedido, ya regía la limitación dispuesta por esa norma reglamentaria y al fundar en ella su denegatoria, la obra social no hizo más que aplicar aquélla de manera inmediata, considerando que ya había cubierto tres tratamientos con anterioridad.

Debe recordarse que el inmediato es el efecto propio y normal de la ley y consiste en que la nueva norma se aplica a las relaciones y situaciones jurídicas que se constituyan en el futuro; a las existentes, en cuanto no estén agotadas; y a las consecuencias que no hayan operado todavía. Es decir que la ley toma a la relación ya constituida o a la situación en el estado en que se encontraba al tiempo en que la nueva norma es sancionada, pasando a regir los tramos de su desarrollo aún no cumplidos (conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída, "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, pág. 29).

Por ello, si a partir de diciembre de 2016 rige un límite legal de tres intentos, rechazar a partir de allí un cuarto pedido no importa una aplicación retroactiva de la ley, ni autoriza a desconocer los tres intentos anteriormente autorizados por el I.P.S. como lo hizo la jueza "a quo".

Cabe señalar que en autos, ya en vigencia de la Ley 7964, la amparista en sede administrativa concurrió a solicitar un cuarto intento, consciente de la limitación legal, a tal punto que lo requirió por "vía de excepción" (ver fs. 10).

3º) Que específicamente, con relación a la salud reproductiva, este Tribunal ha sostenido que tiene una posición de privilegio en el ámbito del derecho a la salud, al haber sido considerada como "un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos; que entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos (...). La atención de la salud reproductiva se define como el conjunto de métodos,

técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivos al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva. Incluye también la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual" (Fondo de Población de las Naciones Unidas, Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, F.N.U.A.P., 1995; esta Corte, Tomo 209:341; 213:161, 563).

Asimismo ha señalado que la plena operatividad de este derecho ha sido reconocida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Artavia Murillo y otros (fecundación 'in vitro') vs. Costa Rica" (sentencia del 28/11/12) y por el Comité de Derechos Humanos (v.g. Observación General N° 19, art. 23, La familia, 39° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 1990, 171, párr. 5). Asimismo, tales antecedentes ya han sido valorados por esta Corte con anterioridad (Tomo 179:293; 180:407; 204:865; 209:341).

Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al reconocer el carácter fundamental del derecho a la salud y su estrecha vinculación con el derecho a la vida (Fallos, 333:690, entre otros) y del cual forma parte el derecho a la salud reproductiva, establece que no son absolutos sino que deben desplegarse con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio, en la forma y extensión que el Congreso, en uso de sus facultades propias, lo estime conveniente (arts. 14 y 28 de la Constitución Nacional) a fin de asegurar el bienestar general (Preámbulo), con la única condición de no ser alterados en su sustancia (conf. Fallos, 249:252; 257:275; 320:196; 325:11, entre otros).

En ese razonamiento, la República Argentina ha regulado el derecho a la salud reproductiva al sancionar la Ley 26862, de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción asistida, reglamentada mediante Decreto 956/13, la que establece quiénes se encuentran obligados a brindar la cobertura, la cantidad de tratamientos a los que una persona puede acceder y cuáles son las prácticas que se encuentran incluidas. Por otra parte, ha dispuesto que los procedimientos y las técnicas de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo para la reproducción médicamente asistida, regulada en el art. 8° de dicha ley, quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (P.M.O.).

Por su parte, la Provincia de Salta dictó la Ley 7964 (B.O. N° 19.927 de fecha 22/12/2016) que tiene por objeto regular el uso de técnicas de reproducción humana asistida (T.R.H.A.) 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 (art. 1°). En su art. 9° expresa: "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...".

4°) Que el número de tratamientos de fertilización asistida de alta complejidad que deben cubrir las obras sociales de

conformidad a lo establecido por la Ley Nacional 26862 y su Decreto Reglamentario 956/13, ha sido motivo de un prolongado debate en distintos ámbitos jurisdiccionales. La discusión oscilaba entre aquellos pronunciamientos que interpretaron que la ley autorizaba tres intentos de alta complejidad anuales, y los que sostuvieron que debían ser tres en total. Entre esas posiciones, esta Corte había fijado doctrina mayoritaria, en el sentido de que el Instituto Provincial de Salud de Salta debía brindar la cobertura de hasta tres tratamientos de fertilización de alta complejidad, con intervalos de tres meses como mínimo entre cada uno de ellos, y en su caso, si se requiriese nuevos intentos, su procedencia se determinaría en base a los informes médicos pertinentes sobre la necesidad de efectuarlos y a la posibilidad de un resultado favorable que los justifique; sin perjuicio de las facultades de control, auditoría o dirección que le corresponde a la obra social (conf. esta Corte, Tomo 204:865; 209:341).

5°) Que con posterioridad y ante la promulgación de la Ley Provincial 7964, este Tribunal modificó su criterio y consideró que el debate sobre la cantidad de intentos en cuestión ha quedado definitivamente cerrado; ello así en orden a lo dispuesto por el art. 9° de la mentada ley que establece lo siguiente: "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..." (esta Corte, Tomo, 213:161).

En este último precedente esta Corte ha recordado que la primera regla de interpretación de las leyes es la búsqueda de la intención del legislador (CSJN, Fallos, 322:2321, entre otros) y la fuente por excelencia para determinar esa voluntad es la letra de la ley (conf. CSJN, Fallos, 312:1098, entre otros), la que debe aplicarse directamente cuando no exige esfuerzo de interpretación (conf. CSJN, Fallos, 324:1740, 3143, 3345; esta Corte, Tomo 213:161), como ocurre con la mentada ley provincial.

6°) Que por ello y atento que el Instituto Provincial de Salud de Salta brindó a la actora la cobertura de los tres tratamientos de fertilización asistida de alta complejidad que prescribe el art. 9° de la Ley 7964, la sentencia que impone nuevos intentos de F.I.V. a cargo del demandado resulta arbitraria.

En consecuencia, corresponde hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por el Instituto Provincial de Salud de Salta y revocar la sentencia apelada; en su mérito, rechazar la acción de amparo deducida en autos. Con costas por el orden causado en ambas instancias, en atención a la existencia de doctrina y jurisprudencia diversa sobre la materia.

Por lo que resulta de la votación que antecede,

LA CORTE DE JUSTICIA,

RESUELVE:

I. **DECLARAR** la inconstitucionalidad del art. 9° de la Ley 7964 y, en su mérito, **rechazar** el recurso de apelación de fs. 163. Con costas por el orden causado en ambas instancias.

II. MANDAR que se registre y notifique.

(Fdo.: Dres. Sergio Fabián Vittar, Horacio José Aguilar, Dra. Sandra Bonari, Dr. Guillermo Alberto Catalano -Presidente-, Dra.

María Alejandra Gauffin, Dr. Pablo López Viñals, Dras. Teresa Ovejero Cornejo, Adriana Rodríguez Faraldo y Dr. Ernesto R. Samsón -Juezas y Jueces de Corte-. Ante mí: Dr. Juan Allena Cornejo - Secretario de Corte de Actuación -).