



JUZGADO DE IRA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 9 SECRETARÍA
N°17

ORELLANO, MARIA JULIA Y ROMEU, FERNANDO ANTONIO y otros CONTRA OBSBA SOBRE AMPARO

Número: EXP 37745/2015-0

CUIJ: EXP J-01-00037689-9/2015-0

Actuación Nro: 10752005/2017

Ciudad de Buenos Aires, de octubre de 2017.

VISTOS: estos autos caratulados “*Orellano María Julia y Romeu Fernando Antonio y otros contra OBSBA sobre amparo*”, de los cuales

RESULTA: I.- Mediante el escrito de fs. 1/23 se presentó la Sra. María Julia Orellano y promovió acción de amparo contra la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante ObsBA) con el objeto de que se le cubriese en forma total e integral el tratamiento de fertilización médicamente asistida de alta complejidad mediante técnica de Inyección Intracitoplasmática de Espermatozoides (FIV-ICSI), con Ovodonación y Columnas de Anexinas, así como la medicación, terapias, estudios, análisis e internación necesarias y correspondientes, hasta la concepción y posterior nacimiento con vida, y en la medida que los médicos especialistas así lo requieran de cara al éxito del tratamiento, y en la cantidad de tratamientos que sean necesarios a tales fines.

Relató que convive desde hace diecisiete años con el Sr. Fernando Antonio Romeu y que luego de un tiempo considerable en el que buscaron concebir naturalmente, entre los años 2003 y 2004 realizaron los estudios correspondientes que dieron como diagnóstico la esterilidad sin causa aparente, motivo por el cual realizaron una cirugía laparoscópica diagnóstica ginecológica, inducción de ovulación y coito programado, inseminaciones intrauterinas (todos tratamientos de baja complejidad), a la postre infructuosos.

Explicó que a tenor de ello, en el año 2006 se sometieron al procedimiento de Fertilización In Vitro (FIV), el cual tampoco resultó exitoso, y que en el 2011 y 2013 realizaron dos tratamientos de técnica de Fertilización In Vitro con Inyección Intracitoplasmática de Espermatozoides (FIV-ICSI) y Columnas de Anexinas,

los cuales se llevaron a cabo en el Centro Médico Procreate, sin haberse logrado el embarazo en ninguno de los tres intentos. Aclaró que las últimas prácticas fueron cubiertas en su totalidad por la ObSBA.

Señaló que durante el año 2014 consultaron distintos profesionales, quienes les indicaron que dadas las circunstancias, las complicaciones en su salud reproductiva (alta fragmentación de ADN en semen) y la avanzada edad de la Sra. Orellano, el procedimiento que deberían efectuar es el de Fertilización In Vitro con Inyección Intracitoplasmática de Espermatozoides (FIV-ICSI) con Ovodonación y Columnas de Anexinas.

Refirió que ante el cuadro de situación, el 14/07/2014 efectuaron una presentación ante la demandada, que generó la Carpeta Interna n° 1208/14, mediante la cual requirieron la autorización para el nuevo tratamiento indicado. Añadió que dicho pedido fue denegado en el mes de marzo de 2015 con fundamento en que, según la normativa de la propia Obra Social, no cabía autorizar un tercer procedimiento, cuestión que no se veía modificada por el dictado de la ley nacional n° 26.862.

Precisó que como consecuencia de la denegatoria, llevaron adelante una nueva presentación, de fecha 03/07/2015, anejando documentación respaldatoria, nota que no fuera contestada por lo que el 04/08/2015 remitieron carta documento en similares términos, la que tampoco obtuvo respuesta.

Sostuvo que el silencio de la demandada se traduce en una omisión arbitraria y maliciosa, en franca violación a los derechos constitucionalmente protegidos, al tiempo que atenta contra su posibilidad de formar un núcleo familiar.

Citó la ley 26.862 así como su decreto reglamentario n° 956/2013, los cuales entendió aplicables al caso en tanto dan sustento a la obligación que recae en cabeza de la Obra Social demandada.

En este sentido, puntualizó que el potencial argumento de la ObSBA respecto a la no pertenencia al régimen de las leyes nacionales 23.660 y 23.661, y por ende la inaplicabilidad de la ley de Reproducción Médicamente Asistida, no cuenta con asidero alguno a partir de lo dispuesto por los artículos 48 a 50 de la



JUZGADO DE 1RA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 9 SECRETARÍA
N°17

ORELLANO, MARIA JULIA Y ROMEU, FERNANDO ANTONIO y otros CONTRA OBSBA SOBRE AMPARO

Número: EXP 37745/2015-0

CUIJ: EXP J-01-00037689-9/2015-0

Actuación Nro: 10752005/2017

precitada ley del Sistema Nacional del Seguro de Salud, así como las regulaciones que emanan de la ley 472 local.

Argumentó respecto de la competencia y cumplimiento de requisitos legales por parte del Centro Médico Procreatearte.

Solicitó el dictado de una medida cautelar innovativa con el objeto de que se ordenase a la ObSBA la cobertura total e integral del tratamiento de fertilización médicamente asistida de alta complejidad mediante técnica de Inyección Intracitoplasmática de Espermatozoides (FIV-ICSI), con Ovodonación y Columnas de Anexinas, y la medicación, terapias, estudios, análisis e internación necesarias y correspondientes, hasta la concepción y posterior nacimiento con vida, y en la medida en que los médicos especialistas así lo requieran de cara al éxito del tratamiento, y en la cantidad de tratamientos que sean necesarios a tales fines, en el Centro Médico Procreatearte.

Ofreció prueba, fundó en derecho, efectuó reserva del caso federal y solicitó se haga lugar a su pretensión.

Finalmente, a fs. 26/57 acompañó documental.

II.- A fs. 59 el Juzgado ordenó correr un traslado a la ObSBA en los términos del art. 14 de la ley 2145 (cfme. leyes 5454 y 5666).

A fs. 67 amplió prueba documental e informativa, mientras que a fs. 69 hizo lo mismo respecto de la prueba pericial.

A fs. 128 se presentó la ObSBA, a través de su letrada apoderada, y acompañó copia simple de la documental que le fuera requerida a fs. 59.

Corrido el pertinente traslado, la parte actora lo contestó a fs. 132/133 y desconoció las copias.

III.- A fs. 135/139 el Tribunal rechazó la medida *ad cautelam* requerida, resolución que fue apelada por la actora a fs. 149/157 y revocada por la Sala II de la Cámara de Apelaciones del fuero a fs. 163/165 del incidente caratulado “Orellano María Julia contra OBSBA sobre incidente de apelación”, expediente N° 37745/2015-1.

IV.- A fs. 141/146 la ObSBA contestó demanda y solicitó su rechazo.

En primer término, se opuso a la vía intentada, por entender que no se advierte acto u omisión de autoridades públicas que en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías constitucionales. Ello así por cuanto el reclamo no versa sobre un incumplimiento arbitrario de su parte, sino sobre la interpretación armónica del plexo normativo que regula la fertilización asistida, tanto a nivel local como nacional.

Acto seguido, efectuó una negativa pormenorizada de las cuestiones invocadas por la actora en su escrito de inicio.

Relató que en dos oportunidades se solventaron en su totalidad tratamientos de fertilidad de alta complejidad, los cuales resultaron infructuosos, y que hacer lugar a la petición relativa al procedimiento médico de fecundación in vitro con ovodonación implicaría la violación de sus propias normas y contratos prestacionales.

Agregó que la técnica con columnas de anexinas no ha demostrado efectividad según la evidencia científica (v. fs. 142 vta., segundo párrafo).

Explicó que tanto la Ley 26.862 como su Decreto Reglamentario “... *han omitido referirse a las implicancias que tendría en los derechos de identidad del niño por nacer en caso de fertilización asistida in vitro con ovo donación (donante anónimo)*[:] *no existe una norma que por vía directa regule las diferentes situaciones que en un futuro cercano se pudieran plantear, negándose de esta*



JUZGADO DE IRA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 9 SECRETARÍA
N°17

ORELLANO, MARIA JULIA Y ROMEU, FERNANDO ANTONIO y otros CONTRA OBSBA SOBRE AMPARO

Número: EXP 37745/2015-0

CUIJ: EXP J-01-00037689-9/2015-0

Actuación Nro: 10752005/2017

forma, la debida protección y amparo del futuro ser, de las personas que deben recurrir a este tipo de técnicas para concebir el hijo deseado, como así también, no imponiendo las debidas limitaciones de quienes practican las mismas” (v. fs. 142 vta., tercer párrafo).

Enumeró una serie de “preocupaciones” que surgen como consecuencia de la aplicación de esta técnica y aseveró que la posición de la ObSBA es contraria a ese tipo de prácticas (v. fs. 143, primer párrafo).

A continuación detalló el marco normativo regulatorio de la obra social. Así, señaló que no ha adherido al régimen establecido por las Leyes N° 23.660 y 23.661, por lo cual deviene inaplicable a su respecto lo dispuesto por la Ley N° 26.862. Sobre esta cuestión, expresó que si bien dicha norma es generosa en cuanto a su cobertura de tratamientos de fertilización asistida, ello no debe llevar a engaños respecto a su operatividad a nivel local, a tenor de la estructura federal del país y las competencias reservadas por la Ciudad de Buenos Aires, con particular énfasis en la autonomía en políticas de salud pública.

Puntualizó que la ObSBA cuenta con su propio plan vigente de fertilidad a través del prestador contratado, Procearte, el cual es anterior al dictado de la Ley N° 26.862.

Añadió que si bien se ha aprobado la aplicación del PMO mediante la Disposición N° 56/OBSBA/04 (art. 4), dicha norma estableció que cualquier modificación que se establezca en el ámbito nacional sobre el Programa Médico Obligatorio deberá ser sometido a la aprobación del Directorio de la Obra Social, lo cual no ha sucedido en el caso de la Ley N° 26.862.

Ofreció prueba documental y efectuó reserva del caso federal.

V.- A fs. 147 se dispuso la apertura a prueba, se ordenó el libramiento de una serie de oficios requeridos por la actora, se difirió el tratamiento de la prueba testimonial ofrecida y se dispuso la remisión de las actuaciones a la Dirección de Medicina Forense a fin de que efectúe la pertinente pericia. Asimismo, en uso de las facultades conferidas por el art. 29, inc. 2 del CCAyT, se ordenó el libramiento de oficios a la Superintendencia de Servicios de Salud del Ministerio de Salud de la Nación y a la Legislatura de la CABA.

A fs. 176 el Tribunal, en uso de las facultades previstas en el inc. 2 del art. 29 del CCAyT, citó a las partes y al Decano de la Facultad de Medicina de la Universidad de Buenos Aires a una audiencia, cuya acta luce a fs. 205 y en la cual se resolvió suspender los plazos procesales hasta la celebración de una nueva audiencia.

Sin perjuicio de ello, a tenor de lo manifestado por la actora a fs. 235 relativo a la imposibilidad de arribar a un acuerdo conciliatorio, a fs. 238 se dispuso el levantamiento de la suspensión de plazos oportunamente ordenada.

A fs. 302 la actora desistió de la prueba testimonial ofrecida

Finalmente, a fs. 392 se llamaron autos a sentencia, mediante providencia que se encuentra firme y consentida.

Y CONSIDERANDO:

I.- Liminarmente cabe mencionar que en su presentación de fs. 149/157 la Sra. Orellano manifestó que si bien su escrito inicial fue presentado en forma conjunta con el Sr. Fernando Antonio Romeu, éste no actuaba como coactor (v. punto IV).

A tenor de ello, de lo señalado en el punto XI de la presentación de promoción (v. fs. 22) y lo dispuesto por la Sala II de la Cámara de Apelaciones del fuero a fs. 162 del incidente que tramita bajo el N° 37745/2015-1, cabe entender que la Sra. Orellano es la única actora en el proceso, por lo cual corresponderá modificar la carátula de las presentes actuaciones.



JUZGADO DE 1RA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 9 SECRETARÍA
N°17

ORELLANO, MARIA JULIA Y ROMEU, FERNANDO ANTONIO y otros CONTRA OBSBA SOBRE AMPARO

Número: EXP 37745/2015-0

CUIJ: EXP J-01-00037689-9/2015-0

Actuación Nro: 10752005/2017

II.- En atención al modo en que ha quedado trabada la litis, la cuestión a resolver reside en la denegatoria de la ObSBA de brindar cobertura integral del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad mediante técnica de inyección intracitoplasmática de espermatozoides (FIV-ICSI), con ovodonación y columnas de anexinas, así como la medicación, terapias, estudios, análisis e internación necesarias y correspondientes, hasta la concepción y posterior nacimiento con vida, requerido por la Sra. María Julia Orellano y su pareja conviviente, Fernando Antonio Romeu.

La amparista sostiene que dicha omisión resulta violatoria de sus derechos en tanto le impide formar un núcleo familiar y se funda en una incorrecta interpretación de la normativa de aplicación, en tanto la ObSBA se encuentra alcanzada por lo dispuesto en la Ley N° 26.862.

Por su parte, la demandada entiende que no puede exigírsele la estricta observancia de la precitada ley en tanto aquella así como las N° 23.660 y 23.661 son de orden nacional y establecen un régimen al cual no ha adherido. Asimismo, arguye que la estructura federal del país le confiere a la Ciudad de Buenos Aires autonomía en cuanto a la implementación de políticas de salud pública y que su posición es contraria a las prácticas médicas solicitadas.

III.- En primer término cabe destacar que la Constitución local establece que toda persona puede ejercer acción expedita, rápida y gratuita de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes de la Nación, la presente

Constitución, las leyes que se dicten en consecuencia y los tratados interjurisdiccionales en los que la Ciudad sea parte.

Para su interposición se encuentran legitimados cualquier habitante y las personas jurídicas defensoras de derechos o intereses colectivos, cuando la acción se ejerza contra alguna forma de discriminación, o en los casos en que se afecten derechos o intereses colectivos (art. 14).

Con respecto al carácter principal o subsidiario de la vía del amparo, el Tribunal Superior de Justicia ha dicho: “...[L]a acción de amparo es una acción principal. Ni es subsidiaria, ni es heroica, ni es residual ni es de excepción, y sólo cede ante la existencia de un medio exclusivamente judicial, más idóneo, esto es, más expeditivo y rápido (conforme las Conclusiones de la comisión n° 3, en el XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal en materia de amparo). Por vía del amparo se realiza tanto el fin preventivo como el inhibitorio, propios de la función jurisdiccional, la cual, como está reconocido desde hace décadas en la doctrina y en el derecho comparado, no se agota en su dimensión represiva. (vg. mandato de injunção en Brasil, y, los llamados prohibitory injunction y mandatory injunction, en el modelo del common law)”.(Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, in re: “T.S. c/GCBA s/amparo”, voto de la Dra. Alicia Ruiz, EXP 715/00, de fecha 26 de diciembre de 2000).

En sentido coincidente, ha expresado la Sala I del fuero en “Quiroga, Estela Julia c/G.C.B.A. -Secretaría de Hacienda y Finanzas-Dirección de Medicina del Trabajo s/amparo” (E.D. del 11 de octubre de 2002): “Con respecto a la supuesta naturaleza excepcional de la vía amparista que invoca el juez de grado, corresponde observar que este tribunal ha detallado, en anteriores pronunciamientos, que si bien la Corte Suprema ha establecido que la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta a que alude el texto constitucional requiere que la lesión de los derechos o garantías reconocidos resulte del acto u omisión de la autoridad pública en forma clara e inequívoca, sin necesidad de un largo debate y prueba (Fallos, 306:1253; 307:747), no por ello puede clasificarse el amparo como herramienta excepcional. Por el contrario, ya ha señalado esta sala que toda vez que esta acción constituye un garantía constitucional, para tutelar de modo rápido y eficaz los derechos y garantías, la procedencia del amparo debe ser analizada con un criterio amplio....En consecuencia, la idoneidad de la vía



JUZGADO DE IRA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 9 SECRETARÍA
N°17

ORELLANO, MARIA JULIA Y ROMEU, FERNANDO ANTONIO y otros CONTRA OBSBA SOBRE AMPARO

Número: EXP 37745/2015-0

CUIJ: EXP J-01-00037689-9/2015-0

Actuación Nro: 10752005/2017

debe determinarse en cada caso, en función de la naturaleza y caracteres que reviste el acto u omisión presuntamente arbitrario o ilegítimo y de la concreta necesidad de acudir al proceso de amparo para evitar o hacer cesar prontamente sus efectos". En igual sentido, pronunciamientos en las causas "Labayru, Julia Elena c/ G.C.B.A. s/ amparo (art. 14 CCABA)", "Pujato, Martín Raúl c/ G.C.B.A. s/ amparo (art. 14 CCABA)" y "Ermini, Enrique Bernardino c/ G.C.B.A. s/ amparo (art. 14 CCABA)" entre muchos otros.

Por su parte la Sala II señaló que *"La constitución define el marco en el cual propiamente el amparo sucede, pero en modo alguno califica este suceso de excepcional o general. La tarea judicial, por tanto, debe permanecer ajena a cualquier supuesto de existencia de la acción, salvo aquellos caracteres que se enuncian en la Constitución y que remiten la procedencia del amparo al acontecimiento puntual, que queda calificado como tal, en virtud de su respuesta singular a los requisitos constitucionales. Extremar la ponderación y la prudencia -siguiendo los lineamientos de inveterada jurisprudencia- en el análisis de la admisibilidad del amparo -y de cualquier pretensión que se allegue ante la Justicia- debe entenderse como hipótesis siempre actual de trabajo ante la constante renovación de 'casos concretos'. No, en cambio, como elemento apriorístico que remita a concepciones abstractas de excepcionalidad de la acción que suponen rasgos de pertinencia con anterioridad a la consideración de las circunstancias concretas de la causa"* (CCAyT, Sala II, 10/08/07, "Aranovich, Claudia Elsa c/ OSCBA s/ Amparo (art. 14 CCABA)", EXP 16459/0).

De conformidad con lo expuesto, es claro que la vía elegida en el caso de autos resulta procedente. Ello, toda vez que se invoca la afectación de derechos constitucionales vulnerados como consecuencia de una omisión de la demandada.

Despejada que fuera la idoneidad de la vía intentada, cabrá abocarse a dilucidar si existe una obligación de la demandada de brindar las prestaciones requeridas para luego, en caso afirmativo, evaluar si a tenor de las constancias de autos, aquéllas resultan adecuadas para el caso de los actores.

IV.1.- A fin de responder a la primera cuestión, habrán de referirse las previsiones normativas relativas a la pretensión debatida, resaltando que uno de los puntos en conflicto radica en la aplicación de la Ley Nacional N° 26.862.

Así, cabe mencionar en primer lugar a la Constitución Nacional, instrumento que ya en su artículo 14 bis, pone en cabeza del Estado la obligación de otorgar los beneficios de la seguridad social con carácter integral e irrenunciable, además de garantizar la protección integral de la familia. Todo ello en un marco de igualdad, tal como lo prevé el artículo 16. A su vez, con la reforma del año 1994, se incorporaron a la Carta Magna -a través del artículo 75, inciso 22- diferentes tratados que gozan de jerarquía internacional y constitucional, a través de los cuales la Nación ha reconocido internacionalmente ciertos principios y derechos del hombre, tales como el derecho a la vida y a la salud.

Allí se obliga también al Estado a legislar y promover acciones positivas que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, como el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los instrumentos internacionales vigentes sobre derechos humanos (conf. art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional).

En cuanto a la normativa internacional referida es menester destacar al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 10, 11.1, 12 y 15.1.b.); a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. I, VI y XI); al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 6.1. y 23.1.); a la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 3, 16.1 y 25); a la Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto San José de Costa Rica (arts. 5.1., 11.1. y 17); y a la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 5, 11.1 y 12).



JUZGADO DE 1ª INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 9 SECRETARÍA
N°17

ORELLANO, MARIA JULIA Y ROMEU, FERNANDO ANTONIO y otros CONTRA OBSBA SOBRE AMPARO

Número: EXP 37745/2015-0

CUIJ: EXP J-01-00037689-9/2015-0

Actuación Nro: 10752005/2017

No puede dejar de mencionarse, en el ámbito nacional, el dictado de la Ley N° 25.673 que creó el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, que tiene entre sus objetivos el de garantizar el acceso a la información, orientación, métodos y prestaciones de servicios referidos a la salud sexual y procreación responsable (art. 2.f.).

En esta línea, en el año 2013 se emitió la ley 26.862 de Reproducción Médicamente Asistida, cuyo objeto es garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida (art. 1); norma que luego fuera reglamentada a través del decreto 956/PEN/2013.

En el orden local, la Constitución garantiza el derecho a la salud integral y establece que el gasto público en esa materia es una inversión social prioritaria que se asegura a través del área estatal de salud, con criterio de accesibilidad, equidad, integralidad, solidaridad, universalidad y oportunidad (art. 20).

A su vez, en el artículo 21 inciso 4 se prevé la sanción de una Ley Básica de Salud que promueva la maternidad y la paternidad responsables, debiendo ponerse a disposición de las personas la información, educación, métodos y prestaciones de servicios que garanticen sus derechos reproductivos.

No puede olvidarse lo dispuesto en el artículo 37 de dicho ordenamiento jurídico, el que reconoce el derecho reproductivo y sexual como derecho humano básico, especialmente a decidir responsablemente sobre la procreación, el número de hijos y el intervalo de sus nacimientos.

En cuanto a la normativa infraconstitucional, es posible citar, en primer lugar a la Ley N° 153, que garantiza el derecho a la salud integral, sustentado en los

principios de solidaridad social, universalidad, gratuidad y equidad (art. 3°). Entre sus previsiones debe destacarse en particular el derecho de todos los habitantes a ejercer sus derechos reproductivos, incluyendo el acceso a la información, educación, métodos y prestaciones que los garanticen (art. 4 inc. n).

Más específicamente cabe hacer referencia a la Ley N° 418 que apunta a la planificación familiar y a la procreación responsable. Esta ley tiene como objeto garantizar las políticas orientadas a la promoción y desarrollo de la Salud Reproductiva y la Procreación Responsable (art. 1) y el acceso a la información y a las prestaciones, métodos y servicios necesarios para el ejercicio responsable de los derechos sexuales y reproductivos (art. 3).

IV.2.- Admitida la existencia del derecho a la salud reproductiva, con base en las disposiciones constitucionales, internacionales y legales reseñadas precedentemente, corresponde ahora analizar si el reconocimiento efectuado en las normas origina la obligación en cabeza de la obra social demandada de brindar las prestaciones que requieren los actores en su demanda.

De este modo, surge clara el deber que han asumido los Estados de garantizar este derecho. El verbo garantizar, utilizado en relación con determinados derechos, es frecuente en las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en diversas disposiciones de la Constitución de la Ciudad.

En ese ámbito se ha sostenido, en relación con la disposición del artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que los deberes de respetar y garantizar los derechos consagrados en esa norma importan uno de carácter positivo para los Estados y que “*garantizar implica la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce*” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC 11/90 del 10/08/90 – Excepciones al agotamiento de los recursos internos, párrafo 34).

Esta lectura puede extenderse a las disposiciones del derecho interno que también utilizan la expresión “garantizar” con respecto a determinados derechos, como lo hace la Constitución de la Ciudad en las normas antes recordadas.



JUZGADO DE IRA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 9 SECRETARÍA
N°17

ORELLANO, MARIA JULIA Y ROMEU, FERNANDO ANTONIO y otros CONTRA OBSBA SOBRE AMPARO

Número: EXP 37745/2015-0

CUIJ: EXP J-01-00037689-9/2015-0

Actuación Nro: 10752005/2017

Cabe observar que este deber de garantía puede cumplirse de diversas maneras: no sólo se trata del dictado de normas, sino de adoptar cualquier medida para asegurar la efectividad de los derechos protegidos.

Una pauta hermenéutica que debe tomarse en cuenta para la decisión del caso y la interpretación de las normas en juego, dada la índole de los derechos cuya vulneración se alega, es el llamado principio *pro homine*.

Este criterio obliga a acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria (v. Pinto, Mónica, “*El principio Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*”, en AAVV, La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, CELS, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997).

Se advierte así que tanto los instrumentos internacionales, la Constitución y las leyes prevén como obligación la de garantizar la salud de los habitantes y la posibilidad de fundar una familia, considerada como el elemento natural y fundamental de la sociedad.

Se establece la necesidad de protegerla y asistirla, incluso para su constitución (art. 10.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el art. 23.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Se reconoce, además, el derecho de toda persona a gozar de los beneficios del programa científico y de sus aplicaciones (art. 15.1.g. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Ello, sumado con el respeto por la salvaguarda

de la función reproductiva (art. 11.1.f. de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer), el acceso de los servicios de atención médica -incluidos los referidos a la planificación familiar- (art. 12.1 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer), la obligación de garantizar el acceso a las prestaciones de servicios referidos a la salud sexual y procreación responsable (art. 2.f. de la Ley Nacional N° 25.673, art. 21 inc. 4 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, art. 4 inc. n de la Ley N° 153 y el art. 3 de la Ley N° 418) permite afirmar la existencia de una obligación en cabeza de la demandada de brindar las prestaciones que aquí se reclaman.

No debe soslayarse que la infertilidad es considerada por la Organización Mundial de la Salud como una enfermedad, y como tal merece la atención necesaria en su tratamiento. Especialmente a la luz de las normas descriptas previamente.

Recuérdese que los derechos vulnerados son derechos humanos, que trascienden el derecho positivo y que requieren de un rol activo por parte del Estado y de la sociedad para su cumplimiento.

Además, no otorgar la prestación requerida atentaría contra los derechos a la vida familiar y a la salud, resguardados cuidadosamente en las normas citadas.

Se advierte, de esta manera, que el Estado, conformado por sus tres poderes (Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial), debe, como garante de este derecho y a fin de no incurrir en responsabilidad internacional, eliminar todos aquellos obstáculos a efecto de que las personas puedan disfrutarlo.

Así, cuando la obra social demandada niega este derecho a los actores vulnera todo este plexo normativo, de modo que el Estado -en este caso, a través del Poder Judicial- debe ordenar que se respete, en virtud de las consideraciones efectuadas precedentemente.

No puede dudarse, entonces, que la demandada se encuentra también obligada a cumplir con esta normativa y debe cuidar que se garantice este derecho. Máxime teniendo en cuenta su calidad de ente público no estatal (conf. art. 1° Ley N° 472).



JUZGADO DE 1ª INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 9 SECRETARÍA
N°17

ORELLANO, MARIA JULIA Y ROMEU, FERNANDO ANTONIO y otros CONTRA OBSBA SOBRE AMPARO

Número: EXP 37745/2015-0

CUIJ: EXP J-01-00037689-9/2015-0

Actuación Nro: 10752005/2017

En consonancia con ello, diversos precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se han referido a la tutela del derecho a la salud. En tal sentido señaló que existe una obligación impostergable por parte de la autoridad pública y de las obras sociales, como la demandada, de garantizar el derecho a la preservación de la salud -comprendido dentro del derecho a la vida- con acciones positivas (Fallos 321:1684 y 323:1339, mayoría y votos concurrentes y dictamen del Procurador General de la Nación).

IV.3.- Lo expuesto hasta aquí hace caer el argumento de la demandada, quien se resguarda en la inaplicabilidad de la Ley Nacional N° 26.862 por no haber adherido oportunamente al régimen establecido por las Leyes Nacionales N° 23.660 y 23.661.

Ello, por tanto la invocación de normas locales o incluso reglamentaciones internas de la propia Obra Social no se erigen como justificativo suficiente para incumplir con obligaciones fijadas en normas de mayor jerarquía, como las mencionadas en el sub punto precedente.

En efecto, el hecho de que las prestaciones que aquí se peticionan no se encuentren enumeradas en la normativa invocada por la accionada no implica que se pueda incumplir con normas de mayor jerarquía y desconocer tales derechos.

Además, y sin perjuicio de reiterar lo relativo al orden jerárquico de las normas, cabe remarcar que el PMO no es sino la base, el piso de las prestaciones que corresponde otorgarle a los beneficiarios del sistema, no su techo.

Nótese que es la propia Resolución N° 1991/05 la que refiere que las prestaciones allí previstas son tan sólo básicas y esenciales (ver cons. II).

En tal sentido se ha remarcado que “[e]l Programa Médico Obligatorio fue concebido como un régimen mínimo de prestaciones que las obras sociales deben garantizar, para cuya implementación se señaló que, si bien la idea es la de establecer límites en la cobertura, no resulta aceptable la implantación de un menú que reduzca las prestaciones habituales, como así también que, independientemente de la cobertura prevista en el programa, no existen patologías excluidas (ver considerandos de la Resol. 939/00 del Ministerio de Salud, modificada por Resol. 201/02). En tales condiciones, esa limitación en la cobertura debe ser entendida como un ‘piso prestacional’, por lo que no puede, como principio, derivar en una afectación del derecho a la vida y a la salud de las personas -que tiene jerarquía constitucional (Corte Suprema, Fallos 323:1339)-, máxime cuando la ley 23.661 creó el Sistema Nacional del Seguro de Salud con el objetivo fundamental de proveer el otorgamiento de prestaciones de salud integrales que tiendan a la protección de la salud con el mejor nivel de calidad disponible (cfr. Sala 1, causas 630/03 del 15-4-2003 y 10.321/02 del 13-4-2004; Sala 3, causa 2216/04 del 15-11-2005 y Sala de FERIA, causa 13.572/06 del 19-1-2007) ...” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala de feria, “Domínguez, Carlos Federico c. Obra Social de Arbitros Deportivos de la República Argentina y otro”, 26/07/2007, AR/JUR/9347/2007).

A su vez, vale remarcar que la circunstancia de que el PMO sea tan sólo la base de las prestaciones a otorgar debe entenderse en consonancia con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley N° 23.661, el que establece que los agentes del seguro de salud desarrollarán un programa de prestaciones de salud, a cuyo efecto la ANSSAL lo deberá establecer y actualizar periódicamente.

Justamente, el PMO debe ir evolucionando a medida que avanza la ciencia médica, sus técnicas y también los criterios sociales sobre ciertas prestaciones (conf. Julio A. Aren. “Régimen legal de las obras sociales. Agentes del seguro nacional de salud”, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007. Página 223).

Por ello, se ha concluido que “[e]l PMO no es la excusa jurídicamente válida para no prestar el servicio de salud, sino por el contrario es el marco de referencia a partir del cual se debe cumplir con la Constitución Nacional, en lo



JUZGADO DE 1RA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 9 SECRETARÍA
N°17

ORELLANO, MARIA JULIA Y ROMEU, FERNANDO ANTONIO y otros CONTRA OBSBA SOBRE AMPARO

Número: EXP 37745/2015-0

CUIJ: EXP J-01-00037689-9/2015-0

Actuación Nro: 10752005/2017

referente al derecho a la vida y a la salud, el cual menciona en forma enunciativa y no taxativa como pretenden los encargados de brindar tal servicio, las prestaciones que deberán otorgarse, conformando solamente el piso mínimo a partir del cual se agregan otras que en el marco normativo constitucional y legislativo interno e internacional amparan el derecho a la vida y a la salud” (Webb, María Soledad, “La cobertura social de las terapias de fertilización asistida”, LLCABA 2009 -diciembre-, 631).

Así las cosas, y sin perjuicio de señalar que el desarrollo hasta aquí efectuado resulta harto suficiente como fundamento de la obligación que recae en cabeza de la Obra Social de brindar la prestación requerida, cabe señalar que tampoco tendrá favorable acogida el argumento esgrimido tendiente a la inaplicabilidad de la Ley Nacional N° 26.862.

En efecto, al analizarse la norma en pugna, se advierte que su artículo 28 dispone que la misma “... *es de orden público, rige en todo el territorio nacional*” mientras que en el artículo 29 ordena al Poder Ejecutivo su reglamentación.

Esto fue cumplido con el dictado del Decreto PEN N° 956/2013, que en lo que aquí interesa, dispuso en el artículo 8, quinto párrafo, que “[q]uedan incluidos en el PROGRAMA MÉDICO OBLIGATORIO (PMO), los procedimientos y las técnicas de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo para la reproducción médicamente asistida reguladas en el artículo 8° de la Ley N° 26.862” mientras que en su artículo 10 establece que “*Las respectivas autoridades sanitarias de las jurisdicciones provinciales y de la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, deberán adoptar los recaudos tendientes a la efectiva implementación de la Ley en el ámbito de sus competencias, incluyendo las previsiones presupuestarias correspondientes*” (el destacado no obra en el original).

El hecho de que las autoridades de aplicación en materia de salud pública no hayan cumplido con el mandato impuesto en la norma citada no resulta justificativo suficiente para inobservar las previsiones de la misma, lo que se traduciría en un obstáculo para el ejercicio de los derechos allí consagrados.

A mayor abundamiento, parece asimismo irrazonable consentir las manifestaciones vertidas por la demandada en su conteste respecto a la funcionalidad de la ley como estándar a tener en cuenta en materia de tratamientos de fertilización asistida sin que ello implique una operatividad automática, en tanto dicha aseveración encuentra un valladar en el carácter de orden público que la propia ley enuncia; máxime si se considera que, conforme se señalara, impone a las autoridades locales la tarea de adoptar medidas para la efectiva implementación de sus disposiciones.

Finalmente, tampoco habrá de prosperar lo argumentado en relación a la ausencia normativa respecto a las implicancias en el derecho a la identidad y las “*preocupaciones*” enunciadas en el escrito de contestación de demanda, en tanto las mismas son meras especulaciones efectuadas sin asidero fáctico o científico alguno que permitan su tratamiento en profundidad. En efecto, se trata de hipótesis que la Obra Social plantea y que, como tales, podrían suceder o no, sin aportar elementos que ameriten su consideración.

De este modo, a tenor del desarrollo efectuado, cabe concluir que la ObSBA tiene la obligación de cubrir prestaciones como las requeridas en la demanda.

V.- Resuelta dicha cuestión, a continuación corresponde efectuar una evaluación de las constancias aportadas a la causa a efecto de determinar si las prestaciones requeridas por la actora resultan adecuadas a su situación. De ser ello así, recaerá en la Obra Social demandada la obligación de brindarlas.

Recuérdese que la demandante petitiona se le cubra en forma total e integral el tratamiento de fertilización médicamente asistida de alta complejidad mediante técnica de Inyección Intracitoplasmática de Espermatozoides (FIV-ICSI), con Ovodonación y Columnas de Anexinas, así como la medicación, terapias,



JUZGADO DE 1RA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 9 SECRETARÍA
N°17

ORELLANO, MARIA JULIA Y ROMEU, FERNANDO ANTONIO y otros CONTRA OBSBA SOBRE AMPARO

Número: EXP 37745/2015-0

CUIJ: EXP J-01-00037689-9/2015-0

Actuación Nro: 10752005/2017

estudios, análisis e internación necesarias y correspondientes, hasta la concepción y posterior nacimiento con vida, y en la medida que los médicos especialistas así lo requieran de cara al éxito del tratamiento, y en la cantidad de tratamientos que sean necesarios a tales fines.

En los certificados médicos agregados a fs. 43 y 44 se recomienda realizar ICSI con óvulos donados con columna de anexina, en tanto que a fs. 148 luce otro certificado que señala que “... *corresponde efectuar una nueva Fertilización In Vitro (FIV) tratamiento indicado a través de Inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI) con columnas de anexinas y ovulodonación, siendo este el único tratamiento posible para procurar un embarazo en este caso*”.

Dichas manifestaciones encuentran sustento en la pericia efectuada por la Dirección de Medicina Forense que obra a fs. 286/288. En la misma se especifica que la pareja actora presenta diagnóstico de infertilidad y que “... *médicamente corresponde el intento de un embarazo mediante práctica de tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad mediante técnica de inyección intracitoplasmática de espermatozoides (fiv-icsi), con ovodonación y columna de anexinas*” (v. fs. 288, pto. 2). Vale recalcar que dicho informe no fue impugnado por ninguna de las partes.

A efectos de valorar lo concluido por el profesional interviniente en autos, cabe recordar que el artículo 384 del CCAyT dispone que “[l]a fuerza probatoria del dictamen pericial es estimada por el/la juez/a teniendo en cuenta la competencia del/la perito/a, los principios científicos o técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, las observaciones formuladas por los/las consultores/as técnicos/as o los/las letrados/as, y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca”. En este orden de ideas, la jurisprudencia es conteste en que al

momento de sentenciar no puede hacerse caso omiso de lo concluido por el profesional designado.

Así se ha dicho que *“Las conclusiones del perito no pueden ser dejadas de lado por el juez sin la previa exposición de las razones fundadas que estime adecuadas para desvirtuarlas. (...) Es decir que el juez no puede desvincularse arbitrariamente de la opinión del experto y tiene la obligación de fundar su discrepancia. Correlativamente, la parte que pretenda que se adopte una solución distinta de la propiciada por el experto deberá exponer razones muy fundadas que sustenten su posición ya que no es suficiente la mera discrepancia con el dictamen.”* (Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala II, *“Britez Margarita contra GCBA sobre Daños y Perjuicios (Excepto Responsabilidad Médica)”*, Expte. EXP 5148/0, (28/02/2007), del voto por sus fundamentos de Dr. Esteban Centanaro).

Asimismo, deviene sustancial mencionar que si bien a fs. 6 de la carpeta administrativa N° 1160/15 reservada en Secretaría (v. fs. 178) la Coordinadora de sector de Fertilización Asistida de la ObSBA indicó que la técnica requerida es una prestación excluida del Subprograma de Fertilización Asistida, no obra en autos constancia alguna que dé cuenta de que la negativa de la Obra Social demandada se basa en cuestiones que excedan lo netamente normativo (verbigracia: informe de médico especialista que recomiende otro tipo de procedimiento u objete el requerido por no ser apropiado).

De este modo, de la prueba colectada surge que la prestación requerida resulta ser la adecuada para la pareja actora.

VI.- Finalmente, habrá de analizarse si corresponde que el procedimiento aquí ordenado sea llevado adelante en el Centro Procreate, tal y como fuera requerido por la actora.

En primer término cabe señalar que de los distintos informes y contestaciones de oficios anejadas al expediente puede concluirse que el precitado centro médico cumple con los requisitos adecuados para la ejecución de la fertilización petitionada (v. fs. 201, 233 y 296, 318, 336, 343, 345 y 383). Desde esta



JUZGADO DE 1RA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 9 SECRETARÍA
N°17

ORELLANO, MARIA JULIA Y ROMEU, FERNANDO ANTONIO y otros CONTRA OBSBA SOBRE AMPARO

Número: EXP 37745/2015-0

CUIJ: EXP J-01-00037689-9/2015-0

Actuación Nro: 10752005/2017

óptica, no se encuentra óbice alguno para que sea dicha institución la encargada de la tarea.

Ahora bien, sin perjuicio de lo informado a fs. 233, a fs. 296 luce una contestación remitida por un apoderado del Centro en cuestión quien indica que el mismo no es prestador de la ObsBA desde el mes de noviembre de 2015.

A tenor de ello, corresponde mencionar que la presente acción fue iniciada en el mes de septiembre de 2015 (v. cargo de la Secretaría General del fuero que luce a fs. 23 *in fine*), es decir, cuando el Centro Procreate era prestador de la Obra Social demandada. Con dicha concepción *in mente*, y en el caso de haber la accionada dado cumplimiento con su obligación de cobertura del tratamiento de fertilización asistida oportunamente requerido, no hubiese existido obstáculo alguno para que el mismo fuera efectuado en el mencionado Centro.

Es decir que la negativa de la ObsBA, que tuvo como consecuencia la promoción de la acción y el consecuente transcurso del tiempo, no puede erigirse como un obstáculo para que la amparista vea materializados sus derechos en lo que a la elección del centro médico atañe.

En virtud de lo antedicho, corresponderá ordenar que la prestación requerida en el escrito de inicio sea efectuada en el Centro Médico Procreate, y su cobertura total se encontrará en cabeza de la Obra Social demandada.

VII.- En lo que respecta a las costas, las mismas se impondrán a la demandada vencida en virtud del principio general establecido en el artículo 62 del CCAyT.

En virtud de las consideraciones esgrimidas a lo largo del presente, **FALLO:**

1.- Ordenando recaratular las presentes actuaciones conforme lo dispuesto en el considerando I.

2.- Haciendo lugar a la acción de amparo promovida por la Sra. María Julia Orellano (DNI 18.141.094) y, en consecuencia, ordenando a la ObSBA que cubra en forma total e integral el tratamiento de fertilización médicamente asistida de alta complejidad mediante técnica de Inyección Intracitoplasmática de Espermatozoides (FIV-ICSI), con Ovodonación y Columnas de Anexinas, así como la medicación, terapias, estudios, análisis e internación necesarias y correspondientes, hasta la concepción y posterior nacimiento con vida, y en la medida que los médicos especialistas así lo requieran de cara al éxito del tratamiento, y en la cantidad de tratamientos que sean necesarios a tales fines. Dicho tratamiento deberá ser llevado a cabo en el Centro Médico Procreate SA, de consuno con lo expuesto en el considerando VI.

3.- Costas a la demandada en virtud del principio objetivo de la derrota (artículos 14 de la CCABA y 62 del CCAyT).

4.- En atención a la naturaleza, importancia, eficacia y extensión de la labor profesional desarrollada, se regulan los honorarios del letrado patrocinante de la actora, Dr. Fernando Antonio Romeu, en la suma de \$34.400 (pesos treinta y cuatro mil cuatrocientos) conforme arts. 15, 17, 51 y conc. de la ley 5134. Los mismos deberán ser pagados dentro de los diez (10) días de notificados (cfme. artículo 56 de la ley citada).

5.- Regístrese, notifíquese a las partes mediante cédula a librarse por Secretaría, y oportunamente, archívese.



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Fuero Contencioso Administrativo y Tributario

**JUZGADO DE 1RA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 9 SECRETARÍA
N°17**

ORELLANO, MARIA JULIA Y ROMEU, FERNANDO ANTONIO y otros CONTRA OBSBA SOBRE AMPARO

Número: EXP 37745/2015-0

CUIJ: EXP J-01-00037689-9/2015-0

Actuación Nro: 10752005/2017

NOTA: en idéntica fecha se cumplió con la recaratulación ordenada. Conste.

