



JUZGADO DE IRA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO Nº 6 SECRETARÍA
Nº12

A, N. G. Y OTROS CONTRA OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES (OBSBA) SOBRE AMPARO -
SALUD-MEDICAMENTOS Y TRATAMIENTOS

Número: EXP 9474/2019-0

CULI: EXP J-01-00050784-5/2019-0

Actuación Nro: 13935790/2019

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 22 de noviembre de 2019.

Vistos y Considerando:

1. El 1º/10/2019 a fs. 1/29 **N. G. A.** y **W. D. O.**, con el patrocinio letrado de Hernán Martín Castro y María Florencia Quiñoa, **interponen acción de amparo** contra la **Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (ObsBA)** con el objeto de que se ordene a la demandada a otorgarles la cobertura integral del tratamiento de **fertilización asistida** de alta complejidad con **donación de óvulos**.

Solicitan que se les cubra la totalidad del tratamiento, a saber: medicación, donación de gametos, criopreservación embrionaria (y su mantenimiento) y todo lo que resulte necesario a efectos de llevar a cabo el procedimiento prescripto por el Centro Especializado en Reproducción (CER, prestador de la obra social), así como también a repetirlo en caso de fracaso, hasta tres veces por año por afiliado.

Indican que ambos se encuentran afiliados a la Obra Social demandada.

Historian que desde hace dos años tienen el deseo de reproducirse pero no han logrado un embarazo de manera natural.

Refieren que N. presenta **obstrucción tubárica bilateral, miomatosis a grandes núcleos, baja reserva ovárica y edad materna avanzada**. Agregan que aunque el diagnóstico de esterilidad es femenino, aquél afecta a la pareja dado que los tratamientos de fertilidad deben realizarse de manera conjunta.

Puntualizan que la procreación sólo sería viable mediante la realización de un tratamiento de fertilización asistida en virtud de los diagnósticos médicos que presentan.

Por esta razón cuentan que consultaron con especialistas del CER y realizaron allí un tratamiento de alta complejidad FIV¹-ICSI² con resultado negativo. A

¹ La Fecundación In Vitro (**FIV**) es una de las técnicas más utilizadas en Reproducción Asistida. Consiste en fecundar el ovocito con el espermatozoide en el laboratorio y, posteriormente, transferir el embrión o los embriones resultantes al útero de la paciente.



JUZGADO DE IRA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 6 SECRETARÍA
N°12

A, N. G. Y OTROS CONTRA OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES (OBSBA) SOBRE AMPARO -
SALUD-MEDICAMENTOS Y TRATAMIENTOS

Número: EXP 9474/2019-0

CULI: EXP J-01-00050784-5/2019-0

Actuación Nro: 13935790/2019

raíz de ello, el diagnóstico de la pareja y la edad reproductiva de la madre, indican que la nueva prescripción médica es repetir el tratamiento de alta complejidad pero esta vez con **donación de óvulos**.

Manifiestan que reclamaron a la demandada la cobertura pretendida a través de carta documento y que recibieron una respuesta evasiva “*a fin de negar la autorización al tratamiento prescripto*”.

Esgrimen que en virtud de lo reglado en la ley nacional n° 26.862 y su decreto reglamentario n° 956/2013, la ObSBA se encuentra obligada a brindar la cobertura requerida en forma integral.

En este sentido tildan de injustificada la negativa de la ObSBA dado que sólo cubrió un tratamiento cuando la normativa referenciada dispone la cobertura integral de tres tratamientos en forma anual.

A su vez, aclaran que de acuerdo a la resolución n° 1-E/2017 del Ministerio de Salud de la Nación, cada tratamiento de fertilización asistida comprende hasta tres transferencias embrionarias. Detallan pormenorizadamente cada una de las etapas que integran dichos tratamientos.

Especifican que en la gran mayoría de los casos, los tratamientos con óvulos donados se realizan en fresco, lo que implica la sincronización de los ciclos menstruales de la donante y de la receptora a efectos de que los gametos que se obtengan de la primera sean fertilizados con el espermatozoide masculino, y luego transferirlos como embriones al útero de la segunda.

Manifiestan la intención de continuar el abordaje de la problemática de salud que los aqueja en el Centro Médico CER. Ello, dado que es una institución especializada en la materia y a su vez se encuentra habilitada por el Ministerio de Salud y por la Obra Social demandada para la prestación de los tratamientos de autos.

² La microinyección intracitoplasmática de espermatozoides (**ICSI**) es una técnica de reproducción asistida que consiste en la inyección de un espermatozoide en el óvulo mediante una microaguja.



JUZGADO DE 1ª INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO Nº 6 SECRETARÍA
Nº12

A, N. G. Y OTROS CONTRA OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES (OBSBA) SOBRE AMPARO -
SALUD-MEDICAMENTOS Y TRATAMIENTOS

Número: EXP 9474/2019-0

CULI: EXP J-01-00050784-5/2019-0

Actuación Nro: 13935790/2019

Enfatizan en que no pueden asumir el costo de los tratamientos requeridos atento su alto costo.

Peticionan la **inconstitucionalidad del artículo 8 del decreto reglamentario n° 956/2013**. Por un lado, porque establece un límite anual en la cantidad de tratamientos de fertilización asistida, tanto de baja como de alta complejidad, que los efectores de salud se encuentran obligados a brindar a cada afiliado y por el otro, por determinar que los óvulos donados deben provenir de un banco debidamente inscripto en el Registro Federal de Establecimientos de Salud (REFES) dependiente del Ministerio de Salud.

Asimismo tachan de inconstitucional a la resolución n° 1.044/2018 del Ministerio de Salud, dado que fija la edad de 44 y 51 años como límites etarios para el acceso a estos tratamientos con óvulos propios y donados respectivamente.

Solicitan como **medida cautelar** se ordene a la demandada la inmediata cobertura integral del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad con donación de óvulos (en fresco) conforme prescripción de la Dra. Nancy Bossi del 05/09/2019. Ofrecen caución juratoria.

Fundan en derecho, citan jurisprudencia que entienden aplicable, ofrecen prueba y finalmente el 02/10/2019 fs. 31/42 acompañan documental.

2. El 04/10/2019 a foja 43 el tribunal solicita a los actores que acrediten la petición del tratamiento requerido en la ObsBA y la respuesta brindada.

Asimismo, dispone como medida para mejor proveer librar oficio a la demandada a efectos de recabar información y documental relativa a la pretensión de los actores.

3. El 11/10/2019 a fs. 44/45 los amparistas manifiestan que la solicitud de autorización del tratamiento de fertilización asistida de autos fue requerida a la demandada a través del CER. Refieren que dicha clínica recibió como respuesta que



JUZGADO DE 1ª INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO Nº 6 SECRETARÍA
Nº12

A, N. G. Y OTROS CONTRA OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES (ObsBA) SOBRE AMPARO -
SALUD-MEDICAMENTOS Y TRATAMIENTOS

Número: EXP 9474/2019-0

CULI: EXP J-01-00050784-5/2019-0

Actuación Nro: 13935790/2019

“la ovodonación no tenía cobertura”. Frente a dicha situación indican que presentaron ante la ObsBA una nota conjuntamente con la documental del tratamiento prescripto, empero aquella se negó a sellarles una copia. Dado ello, refieren que remitieron a la demandada una carta documento mediante la cual requerían la cobertura del tratamiento de autos y obtuvieron como respuesta una manifestación confusa que encubre la negativa de la ObsBA a brindar las prestaciones requeridas.

4. El 15/10/2019 a foja 46 el tribunal ordena oficio ampliatorio, a efectos de requerir a la ObsBA informe si el CER le ha efectuado algún pedido de cobertura a favor de los actores.

5. El 18/10/2019 a fs. 48/49 los actores solicitan se deje sin efecto el oficio ampliatorio antes referido.

Aclaran que cuando el galeno prescribió el tratamiento con ovodonación “desde CER nos refieren que los mismos no cuentan con cobertura de ObsBA y que, por lo tanto, no realizarán el pedido de autorización”.

Reiteran que por dicha razón decidieron presentarse personalmente en la Obra Social demandada y solicitar mediante nota la cobertura pretendida, sin haber obtenido la recepción de la copia respectiva. Lo que ocasionó el posterior envío de la misiva aludida.

Finalmente peticionan se oficie a la ObsBA con envío de la documental médica pertinente a efectos de que informen si otorgarán la cobertura pretendida.

6. El 21/10/2019 a foja 50, en atención a las sucesivas aclaraciones de los amparistas, el tribunal decide mantener la solicitud de oficio a la demandada y en consecuencia se reformula su objeto.



JUZGADO DE IRA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO Nº 6 SECRETARÍA
Nº12

A, N. G. Y OTROS CONTRA OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES (OBSBA) SOBRE AMPARO -
SALUD-MEDICAMENTOS Y TRATAMIENTOS

Número: EXP 9474/2019-0

CULI: EXP J-01-00050784-5/2019-0

Actuación Nro: 13935790/2019

7. El 07/11/2019 a fs. 61/119 la ObsBA **contesta la requisitoria efectuada** y acompaña documental.

8. El 08/11/2019 a foja 120 pasan los **autos a resolver**.

9. Requisitos de procedencia de las medidas cautelares

La Corte Suprema de la Nación tiene dicho que el objeto de las mismas “*no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida, en el proceso principal sino de un análisis de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido*”³, en suerte de asegurar la eficacia práctica de la sentencia.

La doctrina se expresa a este respecto en términos inequívocos al señalar que “*La tutela cautelar es, en relación al derecho sustancial, una tutela mediata: más que a hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia*”⁴(resaltado añadido).

La sentenciante además es consciente que **la duración del proceso no debe atentar contra los amparistas**; argumento éste que diera basamento primigenio al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para la suspensión cautelar ordenada por el mismo, previo al *leading case* Factortame⁵.

La ley de amparo de la Ciudad de Buenos Aires nº 2.145 ha recogido expresamente en su artículo 14 los requisitos de admisibilidad de las medidas cautelares y exige la acreditación simultánea de los presupuestos de: a) verosimilitud del derecho, b) peligro en la demora, c) no frustración del interés público y d) contracautela.

3 CSJN, Fallos: 314:711, “*Estado Nacional (Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos) c/ Provincia de Río Negro s/ su solicitud de medidas cautelares*”, sentencia del 24/07/1991.

⁴CALAMANDREI, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Traducción Española, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, págs. 43 y siguientes.

⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “*Recepción del principio del fumusboni iuris*”, REDA nº 65, Madrid, 1991.



JUZGADO DE IRA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 6 SECRETARÍA
N°12

A, N. G. Y OTROS CONTRA OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES (OBSBA) SOBRE AMPARO -
SALUD-MEDICAMENTOS Y TRATAMIENTOS

Número: EXP 9474/2019-0

CULI: EXP J-01-00050784-5/2019-0

Actuación Nro: 13935790/2019

Es con tal mirada, entonces, que se abordará seguidamente si se configuran en autos los extremos requeridos, tanto por la doctrina procesal como por la normativa vigente para la procedencia de la petición cautelar.

10. Tratamiento de la medida cautelar solicitada

Corresponde entonces analizar si los requisitos precedentes confluyen en esta petición cautelar. Ello, de acuerdo a los dichos de los actores, a la documentación aportada y al marco normativo aplicable.

A. Verosimilitud del derecho

Éste constituye una posibilidad de existencia del derecho sustancial invocado por la parte y debe reunir cierta apariencia de buen derecho.

Su comprobación debe presentarse de forma tal que, un análisis de los hechos, la documentación y las particularidades del caso, sea factible avizorar que en el proceso principal pueda declararse la certeza de ese derecho. A estos fines, no se trata de exigir una prueba plena y concluyente, en tanto la misma será materia de la discusión principal del proceso. Empero, es necesario como mínimo **cierta acreditación**⁶, la cual será materia del relevamiento que se hará a continuación.

1. Acreditaciones que sustentan la pretensión cautelar e historial médico de los amparistas

Los actores son **afiliados de la ObsBA**. N. registra su afiliación desde el 17/12/2008 bajo el n° 40119100 y W. desde el 18/06/2018 bajo el n° 40119197 (copia de los carnets de afiliación de foja 33).

Se han unido civilmente el 14/06/2018 (foja 34).

N. presenta diagnóstico de **obstrucción tubárica bilateral**. Dicho diagnóstico de esterilidad data de 12 años de evolución (informe del 10/08/2018

⁶ PALACIO, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, tomo VIII, editorial Abeledo-Perrot, pág. 33, n° 1223.



JUZGADO DE IRA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO Nº 6 SECRETARÍA
Nº12

A, N. G. Y OTROS CONTRA OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES (OBSBA) SOBRE AMPARO -
SALUD-MEDICAMENTOS Y TRATAMIENTOS

Número: EXP 9474/2019-0

CULI: EXP J-01-00050784-5/2019-0

Actuación Nro: 13935790/2019

suscripto por el Dr. Fernando G. Pinto del Hospital General de Agudos Carlos G. Durand obrante a foja 77)⁷.

Asimismo surge que en noviembre de 2.018 le practicaron una videolaparoscopia en la cual se detectaron tres miomas, los cuales no pudieron ser extraídos. A su vez, la actora realizó tratamiento para la patología de miomatosis con medicación con una duración de tres meses. La ecografía de control practicada el 15/05/2019 arroja como resultado nuevamente la existencia de tres miomas.

El **diagnóstico actualizado** de N. es **obstrucción tubárica bilateral, miomatosis a grandes núcleos y baja reserva ovárica**(informe y diagnóstico médico del 04/09/2019 suscripto por la Dra. Nancy M. Bossi obrante a foja 35).

W. no presenta anomalías en su diagnóstico de **fertilidad** (foja 35).

A partir de dicho pronóstico, **los amparistas realizaron un tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad FIV en el CER**. Dicho tratamiento fue **cubierto por la ObsBA** (carpeta administrativa n° 6.944 obrante a fs. 70/111). En la punción ovárica correspondiente se obtuvieron dos gametos y el 25/02/2019 N. se somete a la transferencia de un embrión, **pero no se consiguió el embarazo** (foja 35).

Frente a dicho panorama, el 04/09/2019 los médicos tratantes recomiendan reiterar el **tratamiento de alta complejidad pero con óvulos donados** y eventual criopreservación en caso de existir excedencias (foja 35 y ordenes médicas del 05/09/2019 de fs. 36/38).

El 13/09/2019 los actores remiten a la ObsBA carta documento mediante la cual solicitan la cobertura integral de un tratamiento de reproducción medicamente asistida de alta complejidad con ovodonación (foja 39).

⁷ Esterilidad: incapacidad para concebir después de tener relaciones sexuales habituales durante 12 meses sin usar métodos anticonceptivos.



JUZGADO DE IRA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO Nº 6 SECRETARÍA
Nº12

A, N. G. Y OTROS CONTRA OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES (OBSBA) SOBRE AMPARO -
SALUD-MEDICAMENTOS Y TRATAMIENTOS

Número: EXP 9474/2019-0

CULI: EXP J-01-00050784-5/2019-0

Actuación Nro: 13935790/2019

La ObSBA contesta dicha misiva y alude a que no registra solicitudes de prestaciones actuales y que tampoco le han acompañado las prescripciones médicas que permitan evaluar el caso (foja 40).

En virtud del intercambio telegráfico apuntado, la demandada origina la carpeta administrativa n° 556.636 en la cual sólo obran copias de las misivas reseñadas (fs. 112/118).

Finalmente, el 07/11/2019 la demandada contesta parcialmente el requerimiento informativo que este tribunal dispusiera a foja 50. Ello así, en tanto únicamente acompaña las carpetas administrativas n° 6.944 y 556.636 cuyo contenido se ha referenciado precedentemente y copia certificada de la disposición interna n° 267/2015 que aprueba su propio Programa de Fertilidad.

Si bien **la ObSBA nada expone en concreto en torno a la prescripción médica de los amparistas** que en copia les fuera remitida, indica que “*el contrato celebrado entre [ella] y CER contempla las prácticas alcanzadas por el programa de fertilidad propio*”.

En relación al requerimiento del tribunal en relación a que informe si ha rechazado o no ha dado curso a solicitudes de cobertura de estos tratamientos a favor de los actores, se limita a contestar que “*No se registran rechazo de solicitudes*”; mientras que a la petición de que indique concretamente si autoriza el tratamiento que le ha sido prescripto a los aquí litigantes, la ObSBA **nada contesta** (foja 119).

2. Ahora bien, de acuerdo al relato de los actores, constancias de autos e historial médico reseñado, en el presente caso se procura la tutela judicial del derecho a la salud reproductiva. Lo que encuentra un vadallaren la normativa interna de la demandada al excluir de cobertura ciertas prácticas y prestaciones médicas en los tratamientos de fertilización asistida.

2.1. Catálogo de derechos implicados en la pretensión analizada

No puede dejar de señalarse que si bien la petición de autos se subsume puntualmente en la solicitud de acceso a los tratamientos que coadyuven a



JUZGADO DE IRA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO Nº 6 SECRETARÍA
Nº12

A, N. G. Y OTROS CONTRA OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES (OBSBA) SOBRE AMPARO -
SALUD-MEDICAMENTOS Y TRATAMIENTOS

Número: EXP 9474/2019-0

CULI: EXP J-01-00050784-5/2019-0

Actuación Nro: 13935790/2019

superar la problemática reproductiva de los amparistas, lo cierto es que la petición cautelar se imbrica a su vez con el siguiente **elenco de derechos**.

2.1.1. La Salud

Ésta es el presupuesto necesario para la existencia del ser humano. Ello, dado que representa la *“capacidad de la persona como sujeto histórico-social y de su comunidad de detectar, identificar y resolver en forma solidaria los distintos factores que limitan su potencialidad vital”*⁸.

Su manifiesta importancia motiva desde la segunda mitad del siglo pasado la intervención de la comunidad de Estados que, a través de diversos instrumentos internacionales⁹, asumen la obligación de garantizar y preservar el derecho a la salud de sus habitantes, mediante el acceso a un nivel de vida adecuado y a la asistencia médica, inclusive para la planificación familiar.

⁸Concepto dado en el X Congreso Catalán de Médicos y Biólogos celebrado en 1997 en Perpignan, Francia.

⁹ En este sentido, la **Declaración Universal de los Derechos Humanos** estipula en su **artículo 16.1** que *“Los hombres y las mujeres... tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión... a fundar una familia”*, mientras que el **artículo 25.1** indica que *“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial... la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”*. En misma línea, el **artículo VI** de la **Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre** expresa que *“Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella”*, y en su **artículo XI** que *“Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas... a la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”*. A su turno el **artículo 10** del **Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”** pregonar que *“Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social... Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados Partes se comprometen a reconocer a la salud como un bien público y particularmente adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho”*. Por su parte, el **artículo 10.1** del **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales** entiende que debe concederse a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad *“la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución”*, en su **artículo 12.1** expresa que *“Los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”* y en el **artículo 15.1, apartado b)** garantiza a las personas a gozar de *“los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones”* y encomienda a los Estados a crear *“condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”*. Finalmente el **artículo 24. 2, apartado f)** de la **Convención de los Derechos de los Niños** expresa que los Estados deben *“Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia”*.



JUZGADO DE IRA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 6 SECRETARÍA
N°12

A, N. G. Y OTROS CONTRA OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES (OBSBA) SOBRE AMPARO -
SALUD-MEDICAMENTOS Y TRATAMIENTOS

Número: EXP 9474/2019-0

CULI: EXP J-01-00050784-5/2019-0

Actuación Nro: 13935790/2019

La **Ciudad** se ha hecho eco de los mandatos constitucionales, en tanto la Constitución local otorga prioridad al **derecho a la salud integral** al establecer que el gasto público en salud es una inversión social prioritaria (artículo 20).

A su vez, sanciona la **ley básica de salud n° 153**¹⁰, cuyo objeto es garantizar el derecho a la salud, sustentada en diversos principios tales como su concepción integral, el desarrollo de una cultura de la salud, el gasto público como una inversión social y la cobertura universal.

2.1.2. Planificación familiar y salud reproductiva

Se ha definido a la **salud reproductiva** 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, sus funciones y procesos. La salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual sin riesgos y la libertad de procrear. Esto es la libertad de decidir **hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia**¹¹.

En este contexto resulta atinado mencionar que dentro del denominado derecho constitucional de familia¹², el derecho a la salud reproductiva comprende tres contenidos distintos pero complementarios al decir de Andrés Gil Domínguez: información, prevención y **planificación**.

Este último responde a una **profunda convicción de ser o no ser madre/padre**, lo cual *“forma parte de un proyecto de vida porque modifica sustancialmente cualquier autobiografía...supone la concreción consciente, voluntaria y plenamente deseada de un acto que modifica esencialmente y para siempre la biografía de las personas*¹³.

¹⁰ Sancionada el 25/02/1999 y publicada en el BOCBA n° 703 del 28/05/1999. Texto consolidado conforme el Digesto Jurídico de la Ciudad.

¹¹ Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo 1994 (punto 7.2).

¹² Frase acuñada por Andrés Gil Domínguez en su libro homónimo, ed. Ediar, tomo 1, año 2006.

¹³ Gil Domínguez, Andrés, Fama, María Victoria y Herrera, Marisa, *Derecho constitucional de familia*, Ediar, 2006, tomo 1, pág. 593.



JUZGADO DE IRA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO Nº 6 SECRETARÍA
Nº12

A, N. G. Y OTROS CONTRA OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES (OBSBA) SOBRE AMPARO -
SALUD-MEDICAMENTOS Y TRATAMIENTOS

Número: EXP 9474/2019-0

CULI: EXP J-01-00050784-5/2019-0

Actuación Nro: 13935790/2019

La **OMS** también ha definido a la **planificación familiar**. Ha dicho que es “*un modo de pensar y vivir adoptado voluntariamente por individuos y parejas, que se basa en conocimientos, actitudes y decisiones tomadas con sentido de responsabilidad, con el objeto de promover la salud y el bienestar de la familia y contribuir así en forma eficaz al desarrollo del país*”. Agrega que ello implica que todas las personas tengan el derecho a acceder fácilmente a la información, educación y servicios vinculados a su salud y comportamiento reproductivo.

La apuntada planificación se relaciona a su vez con el **principio de reserva** consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional. Allí se desenvuelve la protección del principio de autonomía de las personas que la bioética resguarda, a **elegir su plan de vida**. En el caso, trazando su biografía a través de la búsqueda de descendencia, que sólo puede ser alcanzada a través de la cobertura que requieren los amparistas.

También existe lo que se denomina **derecho adquirido a una mejor calidad de vida** incluida en los artículos 41 de la Constitución Nacional y 18 y 20 de la Constitución local. En efecto, este derecho pertenece a los denominados de tercera generación, o dentro del esquema tradicional, una garantía de los derechos a la vida y a la salud, y otorga protección a los requirentes para exigir la **aplicación de nuevas tecnologías o noveles tratamientos**.

A su vez les asiste el derecho a **gozar de los beneficios del progreso científico y su aplicación**. Máxime si se considera que la doctrina afirma que en materia de desarrollo y **acceso a tratamientos médicos** frente a casos concretos de enfermedad “*la discrecionalidad del estado resulta claramente limitada*”¹⁴.

Numerosas parejas han hecho realidad el postergado sueño de ser padres gracias a los avances científicos en materia genética, por eso también existe un derecho de aquellas personas aquejadas de la imposibilidad física de procrear de acudir

¹⁴Abramovich Víctor, Courtney Christian, “*El Derecho a la atención sanitaria como derecho exigible*”, Suplemento de jurisprudencia de Derecho Administrativo La Ley del 25/06/2001, pág.13.



JUZGADO DE IRA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO Nº 6 SECRETARÍA
Nº12

A, N. G. Y OTROS CONTRA OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES (OBSBA) SOBRE AMPARO -
SALUD-MEDICAMENTOS Y TRATAMIENTOS

Número: EXP 9474/2019-0

CULI: EXP J-01-00050784-5/2019-0

Actuación Nro: 13935790/2019

a estos logros científicos en pos de su derecho al **disfrute más alto posible de su salud integral** y a **fundar una familia**.

2.1.3. En el caso a estudio se entrelazan todos estos derechos constitucionales y legales, cuya tutela judicial demanda una mirada cuidadosa de la justicia, desde la atalaya del código de socialidad que la Constitución presupone.

2.1.4. Con tal norte se analizará seguidamente cómo se enmarca particularmente la pretensión cautelar dentro del siguiente **BLOQUE NORMATIVO**.

El Estado Argentino **reconoce los derechos reproductivos y sexuales como derechos humanos** en 1.985 a través de la ratificación de la **Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer**¹⁵.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General nº 14 contempla la inclusión de la libertad sexual y genésica, como así también la existencia de un sistema de salud que brinde iguales oportunidades para acceder y disfrutar del más alto nivel posible de salud (párrafo 8).

Incluso la Corte Interamericana de Derechos Humanos se expidió en un caso de salud reproductiva¹⁶. Allí ratifica que la **reproducción humana asistida** debe estar **garantizada legalmente por los Estados** y a su vez, reconoce la existencia de un **derecho a procrear y un derecho a no procrear**.

Por su parte, la **Constitución de la Ciudad** reconoce a **los derechos reproductivos y sexuales como derechos humanos básicos** (artículos 21 y 37).

Y la ley básica de salud nº 153 garantiza el **pleno ejercicio de los derechos reproductivos**, lo que incluye el acceso a la **información, educación, métodos y prestaciones que los garanticen** (artículos 4 inciso n, 12 inciso v, 14 inciso u y 48 inciso k).

¹⁵**Artículo 12.1:** "Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia" y **12.2** "Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia".

¹⁶"Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica" del 28.11.2012.



JUZGADO DE IRA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO Nº 6 SECRETARÍA
Nº12

A, N. G. Y OTROS CONTRA OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES (OBSBA) SOBRE AMPARO -
SALUD-MEDICAMENTOS Y TRATAMIENTOS

Número: EXP 9474/2019-0

CULI: EXP J-01-00050784-5/2019-0

Actuación Nro: 13935790/2019

Asimismo, la Ciudad a través de la **ley de Salud Reproductiva y Procreación Responsable n° 418**¹⁷ protege en especial a las personas en edad fértil. Presenta dentro de sus objetivos específicos la **orientación de los requerimientos referidos a la infertilidad y esterilidad** (artículos 4 inciso i, y 5).

Y promueve el **ejercicio de los derechos reproductivos** al incluir la problemática de la infertilidad en el **Plan de Igualdad Real de Oportunidades y de Trato entre Mujeres y Varones**¹⁸ que ha sido sancionado con fuerza de ley (artículo 15).

Por otro lado, en el ámbito federal por la ley nacional n° 25.673¹⁹ se creó el **Programa de Salud Sexual y Procreación responsable** instituido Tiene como objetivo que la población en general, sin discriminación alguna, acceda al nivel más elevado de salud sexual y procreación responsable. Ello a los fines de que la población pueda ejercer dichos derechos a través de decisiones libres (artículos 2 y 3).

En misma línea el **Programa Nacional de Educación Sexual Integral** sancionado por ley nacional n° 26.150²⁰ prevé la protección de la salud en general y reproductiva en particular.

Luego de un largo recorrido, en **2013 los derechos reproductivos han obtenido una consagración** expresa e independiente de la normativa hasta aquí reseñada **a través de la sanción de la ley nacional de Reproducción Medicamente Asistida n° 26.862**²¹ (**en adelante, RMA**), la cual será especialmente deslindada en el próximo punto en ocasión de meritar la pretensión cautelar que requieren los actores.

¹⁷Sancionada el 22/06/2000 y publicada en el BOCABA n° 989 del 21/07/2000. Texto consolidado conforme el Digesto Jurídico de la Ciudad.

¹⁸ Sancionado el 05/08/2000 y publicada en el BOCABA n° 1030 del 19/09/2000. Texto consolidado conforme el Digesto Jurídico de la Ciudad.

¹⁹ Sancionada el 30/10/2002 y publicada en el BORA n° 30032 del 22/11/2002. Texto consolidado conforme el Digesto Jurídico Argentino.

²⁰Sancionada el 04/10/2006 y publicada en el BORA n° 31017 del 24/10/2006. Texto consolidado conforme el Digesto Jurídico Argentino.

²¹Sancionada el 05/06/2013 y publicada en el BORA n° 32667 del 26/06/2013. Texto consolidado conforme el Digesto Jurídico Argentino.



JUZGADO DE IRA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 6 SECRETARÍA
N°12

A, N. G. Y OTROS CONTRA OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES (OBSBA) SOBRE AMPARO -
SALUD-MEDICAMENTOS Y TRATAMIENTOS

Número: EXP 9474/2019-0

CULI: EXP J-01-00050784-5/2019-0

Actuación Nro: 13935790/2019

3. Conclusiones en torno al humo de buen derecho

3.1. Análisis comparativo entre la reglamentación de la ObsBA y la norma federal

Como bien se adelantó en el punto precedente, en aras a dilucidar la procedencia de la petición cautelar **se contrastará seguidamente la reglamentación que la ObsBA** prevé en torno a los tratamientos de RMA con la conquista normativa que consagra los derechos reproductivos en el orden federal.

A través de la **disposición n° 267/2015**²² (fojas 61/69) la demandada aprueba su propio **Programa de Cobertura de Fertilidad**, el cual contempla, entre otras cuestiones, determinados criterios de exclusión.

En lo que aquí interesa, **excluye expresamente a la ovodonación de las prácticas médicas con cobertura**, así como a la donación de semen, entre muchas otras.

Tal precepto resulta palmaria y bruscamente contradictorio –amén del bloque convencional y constitucional ya reseñado en el punto anterior– con la **ley nacional de RMA n° 26.862** que garantiza el **acceso integral a los procedimientos y técnicas médico–asistenciales de reproducción** para la concepción de un embarazo, **incluidas las técnicas de baja y alta complejidad, que comprendan o no la donación de gametos o embriones** (artículos 1 y 2).

Esta ley obliga claramente a **todos los agentes** que brinden servicios médicos asistenciales, independientemente de la figura jurídica que posean, a **incorporar** como **prestaciones obligatorias la cobertura integral de los tratamientos de RMA** (artículo 8), los cuales, se hallan incluidos dentro del **Programa Médico Obligatorio (PMO)**.

²² Emitida en virtud de las facultades reglamentarias que le reconoce el artículo 10 de la ley de creación de la ObsBA n° 472.



JUZGADO DE IRA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 6 SECRETARÍA
N°12

A, N. G. Y OTROS CONTRA OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES (OBSBA) SOBRE AMPARO -
SALUD-MEDICAMENTOS Y TRATAMIENTOS

Número: EXP 9474/2019-0

CULI: EXP J-01-00050784-5/2019-0

Actuación Nro: 13935790/2019

A su vez, por conducto del **decreto reglamentario PEN n° 956/2013**²³, prevé expresamente en sus considerandos que **la cobertura** de estos tratamientos de fertilidad **debe ser brindada** por las **obras sociales**.

Por su parte, mediante la resolución n° **1-E/2017**²⁴ el **Ministerio de Salud de la Nación** –como autoridad de aplicación de dicha normativa– precisa los procedimientos y prácticas médicas que se encuentran incluidos en los tratamientos de RMA²⁵, entre ellos la ovodonación.

²³ Publicada en el BORA n° 32685 del 23/07/2013. Texto consolidado conforme el Digesto Jurídico Argentino.

Resulta útil reseñar que dicha reglamentación ha postulado una **definición y caracterización de las técnicas de RMA**. Las cuales son identificadas como “*todos los tratamientos o procedimientos para la consecución de un embarazo. Se consideran técnicas de baja complejidad a aquellas que tienen por objeto la unión entre óvulo y espermatozoide en el interior del sistema reproductor femenino, lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación e inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen de la pareja o donante*”. A su vez “*Se entiende por técnicas de alta complejidad a aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación in vitro; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos*” (párrafos 1 y 2 del artículo 2).

Asimismo se establece la **obligatoriedad de su cobertura** para “*los Agentes del Sistema Nacional del Seguro de Salud enmarcados en las Leyes N° 23.660 y N° 23.661, las Entidades de Medicina Prepaga (Ley N° 26.682), el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (Ley N° 19.032), la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, el Instituto de Obra Social de las Fuerzas Armadas, las Obras Sociales Universitarias (Ley N° 24.741), y todos aquellos agentes que brinden servicios médico asistenciales independientemente de la forma jurídica que posean*” (1° párrafo del artículo 8, destacado agregado).

Por otro lado, determina la cantidad **de tratamientos que se brindaran anualmente por afiliado**. En este sentido se especifica que “*una persona podrá acceder a un máximo de CUATRO (4) tratamientos anuales con técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad, y hasta TRES (3) tratamientos de reproducción médicamente asistida con técnicas de alta complejidad, con intervalos mínimos de TRES (3) meses entre cada uno de ellos*” (3° párrafo del artículo 8). Y se **reafirma la inclusión de dichos procedimientos en el PMO** (5° párrafo del artículo 8).

A su vez, puntualmente se contempla que **si en la técnica de reproducción se requieren gametos o embriones donados, estos deberán provenir exclusivamente de los bancos debidamente inscriptos en el Registro Federal de Establecimientos de Salud (ReFES)** de la Dirección Nacional de Regulación Sanitaria y Calidad en Servicios de Salud, dependiente del Ministerio de Justicia de la Nación. Y se prevé que **la donación de gametos y/o embriones deberá estar incluida en cada procedimiento** (párrafo 7 y 9 del artículo 8, destacado agregado).

²⁴ Publicada en el BORA n° 33537 del 04/01/2017.

²⁵ La **resolución n° 1-E/2017 del Ministerio de Salud de la Nación** establece, en el marco del **tratamiento que requieren los actores, esto es, RMA de alta complejidad con técnica de fecundación in vitro-FIV con ovocitos donados**, que las prácticas incluidas son: (i) una estimulación endometrial receptora; (ii) una estimulación ovárica controlada de la donante; (iii) una aspiración ovocitaria bajo



JUZGADO DE IRA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 6 SECRETARÍA
N°12

A, N. G. Y OTROS CONTRA OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES (OBSBA) SOBRE AMPARO -
SALUD-MEDICAMENTOS Y TRATAMIENTOS

Número: EXP 9474/2019-0

CULI: EXP J-01-00050784-5/2019-0

Actuación Nro: 13935790/2019

Este contraste comparativo entre la normativa que la ObsBA dispuso para sus afiliados y la legislación federal en vigencia resultaría suficiente para tener por configurado este recaudo procesal. Ello, en tanto esta reglamentación de la obra social aquí cuestionada no se compadece con la directriz de cobertura integral por imperio de la ley federal.

3.2. Aparente desinterés de la obra social demandada

Corroborar tal línea de pensamiento la conducta desplegada por la ObsBA en ocasión de contestar el requerimiento informativo del tribunal, en tanto se **limitó a acompañar su propio plan de fertilidad** y a **guardar silencio al pedido de cobertura médica** solicitada por los peticionarios (foja 119). Dicho accionar **denotaría sin ambages su indiferencia en torno a la problemática de salud de los amparistas.**

3.3. Una mirada desde la perspectiva de género

Por último, no puede obviarse en este caso a estudio que la negativa de cobertura médica en torno a la donación de gametos genera un impacto negativo en el cuerpo de N.. ¿Haría falta explicitar que las mujeres nacen con un determinado número de óvulos? Obviamente estos no se **regeneran ni se duplican**, sino que por el contrario **se gastan y consumen**²⁶.

Tal negativa de la ObsBA a cubrir el tratamiento prescripto a la actora, anunciaría pues una notoria **conducta discriminatoria contra la mujer.**

En este sentido, la **Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”**²⁷ expresamente pregonar que una vida libre de violencia, incluye entre otras

control ecográfico de la donante; (iv) un procedimiento de esperma mediante Swin up o Percoll; (v) una inseminación de los ovocitos donados; (vi) un cultivo in vitro hasta blastocito; y (vii) hasta tres transferencias de embriones, en fresco o criopreservados (punto C del Anexo I).

Asimismo, es menester señalar que dicho Ministerio también dictó la **resolución n° 1.044/2018** en la cual fijó límites etarios en torno al acceso de los tratamientos de RMA. Así, estableció que todo tratamiento se realizará a mujer de hasta 44 y 51 años de edad, según sea con óvulos propios o donados respectivamente, al momento de acceder a dicho tratamiento (artículos 1 y 2).

²⁶“XX Convivencia en Fertilidad”, reunión científica organizada por el Instituto de Ginecología y Fertilidad (IFER), celebrada en Buenos Aires el 23 y 24 de agosto de 2.018.

²⁷ Aprobada en nuestro país mediante la ley n° 24.632 sancionada el 13/03/1996.



JUZGADO DE 1ª INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO Nº 6 SECRETARÍA
Nº12

A, N. G. Y OTROS CONTRA OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES (OBSBA) SOBRE AMPARO -
SALUD-MEDICAMENTOS Y TRATAMIENTOS

Número: EXP 9474/2019-0

CULI: EXP J-01-00050784-5/2019-0

Actuación Nro: 13935790/2019

cuestiones, el **derecho de la mujer a liberarse de toda forma de discriminación** (artículo 6).

En síntesis, en virtud de las consideraciones expuestas y de conformidad con las constancias de la causa, puede concluirse que el recaudo de verosimilitud en el derecho se halla suficientemente acreditado.

B. Peligro en la demora

La exigencia de este requisito responde a la necesidad de demostrar que lo que se intenta es impedir que el derecho bajo reclamo pierda su virtualidad o eficacia previo al pronunciamiento de la sentencia definitiva.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha expresado en tal sentido que es necesaria *“una apreciación atenta de la realidad comprometida, con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que lleguen a producir los hechos que se pretenden evitar pueden restar eficacia al reconocimiento del derecho en juego, operado por una posterior sentencia”*²⁸.

Se recuerda el certero principio formulado por la doctrina según el cual **la necesidad del proceso para obtener la razón no puede convertirse en un daño para quien la tiene**²⁹.

Así, los derechos reproductivos en juego merecen una solución urgente, puesto que **el paso del tiempo** sin tener acceso a los tratamientos de fertilización asistida **afecta la tasa de éxito** de los mismos³⁰. Amén de implicar una degradación en el campo psicofísico de la pareja.

De acuerdo a las constancias de autos, el tiempo transcurrido desde que la pareja amparista emprendió la búsqueda del embarazo revisten la gravedad

²⁸ CSJN, Fallos: 319:1277, *“Milano Daniel Roque c/ Estado Nacional (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación)”*, sentencia del 11/07/1996.

²⁹ Principio expresado por Chiovenda y Calamandrei y recogido por la Corte de las Comunidades Europeas in re *“Factortame”*, citado por García Enterría, Eduardo, *La batalla por las medidas cautelares*, Madrid, Civitas, 1992, pp. 179 y ss.

³⁰ Consideraciones expuestas en la ya citada Resolución n° 1044/2018 del Ministerio de Salud de la Nación.



JUZGADO DE IRA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 6 SECRETARÍA
N°12

A, N. G. Y OTROS CONTRA OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES (OBSBA) SOBRE AMPARO -
SALUD-MEDICAMENTOS Y TRATAMIENTOS

Número: EXP 9474/2019-0

CULI: EXP J-01-00050784-5/2019-0

Actuación Nro: 13935790/2019

suficiente para que se torne necesaria la adopción de medidas dentro del bloque de legalidad, constitucional y convencional aquí reseñados.

Por lo expuesto anteriormente, **se tiene por configurado el peligro en la demora.**

C. Interés público

En punto al mismo, se estima que nada afecta más al mismo que la posible conculcación de derechos de tal elemental raigambre constitucional como los enunciados. Por lo tanto, el otorgamiento de la medida cautelar peticionada no se advierte como un escollo frente a aquél, sino más bien, su salvaguarda.

D. Contracautela

Finalmente, en relación a la contracautela exigida por la normativa de aplicación, en virtud de los derechos que se intentan proteger y de la situación fáctica sumariamente acreditada en el presente proceso, se entiende que resulta suficiente la caución juratoria prestada por los actores en el escrito de inicio.

Por las razones expuestas, **se consideran configurados** en estos obrados –con la precariedad que caracteriza el marco cognoscitivo que ofrece el dictado de la pretensión cautelar– **los requisitos que hacen a la procedencia de la medida solicitada.**

Por todo lo expuesto, se **RESUELVE:**

1º) Hacer lugar a la medida cautelar solicitada por los actores. En consecuencia, ordenar a la ObSBA a que cumpla lo normado en la ley nacional n° 26.862 y en el decreto reglamentario n° 956/2013 y en consecuencia, brinde a los amparistas la cobertura integral del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad que medicamente les fue prescripto, sin exclusión alguna; el que deberá repetirse en caso de no obtenerse el embarazo, hasta tres (3) veces por año.

La demandada deberá acreditar en autos en el plazo de tres (3) días el cumplimiento de lo aquí ordenado.



**JUZGADO DE 1ª INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO Nº 6 SECRETARÍA
Nº12**

**A, N. G. Y OTROS CONTRA OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES (OBSBA) SOBRE AMPARO -
SALUD-MEDICAMENTOS Y TRATAMIENTOS**

Número: EXP 9474/2019-0

CULI: EXP J-01-00050784-5/2019-0

Actuación Nro: 13935790/2019

**2º) Tener por prestada la caución juratoria con lo manifestado a foja
21 y con la suscripción de la demanda.**

Regístrese y notifíquese a la ObsBA.