



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Expte. 20.324/0, “Ayuso, Marcelo Roberto y otros c/ ObSBA s/ Amparo”, sentencia del 26/5/2008.

Voces: Derecho a la salud reproductiva. PMO. Obra Social. Obligación de cubrir la prestación.

“AYUSO MARCELO ROBERTO Y OTROS CONTRA OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: 20324 / 0

Buenos Aires, 26 de mayo de 2008.

VISTO: los recursos de apelación interpuestos a fs. 266 ter/276 vta. y 279, contra la resolución de fs. 252/265 vta.; y

CONSIDERANDO:

1. Que, la señora juez de primera instancia hizo lugar a la acción de amparo incoada y, en consecuencia, condenó a la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (Obsba) “...a brindar a los actores la cobertura económica del tratamiento de fertilización in vitro por técnica ICSI en la institución que aquellos elijan realizarlo...”.

Contra esa decisión, la demandada dedujo un recurso de apelación, cuyos fundamentos fueron contestados a fs. 284/288 vta.

Asimismo, los letrados de los demandantes cuestionaron la regulación de honorarios efectuada a su favor.

2. Que, para decidir del modo en que lo hizo, la señora juez de la anterior instancia, luego de reseñar los antecedentes médicos de la co-actora Liguori, la normativa aplicable y de conceptualizar acerca de las técnicas de fecundación asistida (en particular FIV e ICSI), entendió que la negativa de la Obsba de otorgar a los actores cobertura económica integral para el tratamiento de fertilización in Vitro por técnica ICSI hasta producirse el embarazo, configuraba una ilegalidad manifiesta que lesionaba derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales de derechos humanos, las leyes nacionales y la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y las leyes locales en juego.

Por otra parte, rechazó in límine el argumento de la demandada en cuanto a que no existía un accionar arbitrario o ilegítimo de su parte en tanto el

tratamiento requerido no se encontraba incluido en el Plan Médico Obligatorio de Emergencia (PMOE).

Además, destacó la particular situación de autoexclusión de la accionada respecto de la aplicación de la ley 23.661 -en contravención con lo establecido en el artículo 37 de la ley 472- lo cual, según la jurisprudencia imperante en el fuero local y en el Tribunal Superior de Justicia, no podía redundar en perjuicio para los afiliados debiendo la Obsba, en consecuencia, proveer prestaciones no inferiores a las que hubieran podido acceder los agentes del seguro nacional de salud.

3. Que, en primer término, cabe recordar que en el artículo 14 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se establece –en lo que aquí interesa- 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 dictadas en consecuencia y los tratados interjurisdiccionales en los que la Ciudad sea parte” (confr. en el mismo sentido artículo 43 de la Constitución Nacional).

Reiteradamente se ha resuelto que la acción de amparo es inadmisibile cuando no media arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y la determinación de la eventual invalidez del acto requiere una mayor amplitud de debate y prueba (arts. 1° y 2°, inc. d, del decreto ley 16.986), requisitos cuya demostración es imprescindible para la procedencia de aquélla (Fallos: 275:320; 296:527; 302:1440; 305:1878 y 306:788). Este criterio no ha variado con la sanción del nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional y el 14 de la Constitución local, pues reproduce -en lo que aquí importa- el citado artículo 1° de la norma reglamentaria, imponiendo idénticos requisitos para su procedencia.

En ese sentido, la acción en examen únicamente procede para la tutela inmediata de un derecho constitucional violado en forma manifiesta, y resulta inadmisibile, en cambio, cuando el vicio que comprometería garantías constitucionales no resulta con evidencia de manera que la dilucidación del conflicto exige una mayor amplitud de debate y prueba. En esta materia debe extremarse la prudencia para no resolver materias de complejidad fáctica y técnica por la vía expedita del amparo a fin de no privar a los justiciables del debido proceso mediante pronunciamientos dogmáticos. Si bien el proceso de amparo no es excluyente de cuestiones que necesitan demostración, sí descarta aquellas cuya complejidad o difícil comprobación requiere de un aporte mayor de elementos de juicio de los que pueden producirse de acuerdo a sus especiales normas de procedimiento (Corte Suprema, Fallos: 306:1253; 307:747, 1953, 2345).



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

4. Que, ello sentado, cabe señalar que no está en discusión que el derecho a la salud tiene rango constitucional y que la privación o restricción manifiestamente ilegítima de ese derecho abre la vía del amparo (entre otros, esta Sala in re “Trigo, Manuel Alberto c/ GCBA y otros s/ medida cautelar”, expte. EXP 4.582/1, 13-05-02; y CSJN, “Asociación Benghalensis”, sentencia del 22/2/1999). En el mismo sentido, es claro que en autos se encuentra comprometidas prerrogativas constitucionales que hacen al derecho a la salud en su más amplio sentido, entendido como el equilibrio psico-físico y emocional de una persona, el derecho a la vida, a la libre determinación, a la intimidad, al desarrollo de la persona en la máxima medida posible y a la protección integral de la familia (arts. 14 bis, 16, 19 y 75 inc. 22) de la Constitución Nacional y Tratados internacionales oportunamente invocados por la demandante). En dicho contexto no resultaba razonable ni fundado impedir la continuidad de un procedimiento cuyo objeto es lograr soluciones que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de pretensiones, para lo cual cabe encauzarlas por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con especial resguardo constitucional (cf. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 329:2179). Ello conduce a rechazar los agravios que cuestionan la idoneidad de la vía elegida.

5. Que tampoco está en duda, como afirma la señora juez de grado, que la infertilidad impacta de modo negativo en la salud psíquica de las personas que la padecen. En el sub examine la cónyuge actora padecería una infertilidad que sería secuela de una enfermedad sufrida años atrás.

Asimismo, se debe tener en cuenta que la imposibilidad de procrear es una deficiencia que puede afectar en forma real y efectiva la calidad de vida siendo que la salud reproductiva involucra la salud psicofísica de ambos cónyuges, además de su derecho a procrear.

Esta consideración resulta acorde con la conceptualización de la salud promovida desde hace décadas por la Organización Mundial de la Salud, según la cual ésta implica un estado de completo bienestar físico, mental y social (v. whqlibdoc.who.int/boletin/2000/RA_2000_3_128-138_spa.pdf). La enfermedad, por lo tanto, constituye una noción negativa, deducible y clasificable en relación a la imposibilidad de satisfacer esta definición general de salud, implicada en el pleno goce del derecho humano a la vida.

Desde esta perspectiva, como fue anticipado, es indudable que las circunstancias por las cuales la accionante se ve impedida de procrear representan un desmedro en su salud y, por ende, se constituyen como un derecho enteramente pasible de protección. Es menester recordar que la OMS es una organización que nuclea a los estados

bajo un plan de compromiso de propender a la realización de este derecho, por lo que la definición citada, además de significar un ideal de vida de los individuos, importa la medida de las obligaciones estatales en la materia. Se trata, en resumen, de un concepto no sólo descriptivo, sino que también opera como norte jurídico y político respecto de la autoridad estatal.

Así lo refleja el artículo 20 de la Constitución de la Ciudad, en su primer párrafo: “Se garantiza el derecho a la salud *integral* que está directamente vinculada con la satisfacción de necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente.” La adjetivación destacada resulta coherente con la caracterización hasta aquí desarrollada del concepto de salud.

La enumeración efectuada por la norma citada demuestra que en materia de salud se encuentran definitivamente involucradas dos facetas esenciales del desarrollo humano, esto es, la posibilidad de conservarse y reproducirse; ambas constituyen los pilares que califican una vida como plena. Si este aserto es correcto, cabe echar una nueva luz sobre los lineamientos para la ley básica de salud prescritos por el artículo 21 CCABA, en su punto cuarto referido a la salud reproductiva. Este punto expresa que la Ciudad: “Promueve la maternidad y paternidad responsables. Para tal fin pone a disposición de las personas la información, educación, métodos y prestaciones de servicios que garanticen sus derechos reproductivos.”

Afirmar que esta garantía sólo posee sustento en relación a las personas que efectivamente logran alcanzar la gestación de un hijo carece de sentido y desafía aquella “salud integral” que dice amparar el citado artículo 20. Es decir, promueve una contradicción dentro del propio texto constitucional. En otras palabras, la asistencia de los derechos reproductivos no puede limitarse al universo de personas “aptas” para la reproducción, salvo a fuerza de reconocer que la condición de infértil no es una enfermedad, es decir, una circunstancia que precisa protección en razón de los preceptos que obligan al estado en materia de salud. Esta inteligencia, de acuerdo a las nociones ya vertidas, carece de sustento, pues, como se dijo, no hay criterio genérico positivo que dé cuenta de lo que una enfermedad es, sino que ésta queda jurídicamente definida por una concreta afectación de la idea que da significado integral a la salud. Esta afectación, tanto física, psíquica como socialmente, no puede ser negada en el caso particular de los actores.

Por lo tanto, es claro en esta línea que el texto constitucional citado alcanza a la situación bajo análisis en el presente amparo y, consecuentemente, es evidente que el estado se encuentra obligado a paliar las deficiencias que impiden la reproducción natural de una persona y no solamente a sostener a aquellos que no se ven afectados por impedimentos en su función reproductora.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Hasta aquí entonces, resulta prístina la existencia de un derecho de la actora y de una protección constitucional positiva. Resta interrogarse acerca de las reglamentaciones vigentes al respecto y, por ende, acerca de las responsabilidades que puedan incumbir a la obra social demandada.

6. Que, en ese sentido, ha quedado probado ante la instancia de grado que la prestación solicitada por los actores no ha sido incluida en el Plan Médico Obligatorio (ver informe de fs. 124/125) .

Las leyes 23.660 (Obras sociales), 23.661 (Sistema Nacional del Seguro de Salud) y 24.754 (medicina prepaga) guardan silencio sobre el tema, y no se han invocado otras normativas vigentes en el orden local o nacional que prevean este tipo de prestaciones.

No existen en nuestro país, leyes que regulen específicamente el tema. Tan sólo se puede relacionar la ley 25.673 y su Decreto Reglamentario N° 1282/03, PEN que regulan la Promoción y Desarrollo de la Salud Reproductiva y Procreación Responsable (Adla, LXII-E, 5119; LXIII-C, 2675), garantizando asimismo el acceso a la Reproducción y Educación incorporándose a la estrategia de Atención Primaria a la Salud, o sea que lo subsume en el Programa Médico Obligatorio, pero sin contemplar los tratamientos tecnológicos relativos a infertilidad sobre los que aún pesa la discusión ético científica.

Numerosos son los proyectos de ley sobre el tema en las dos Cámaras del Congreso de la Nación que esperan su estudio y que despiertan las posiciones más encontradas en la sociedad que aún no ha tenido su espacio para discutir el dilema ético sobre las técnicas, el congelamiento de embriones, su selección, la donación de gametas y de preembriones, la compatibilidad de un embrión con un pariente enfermo, la transferencia de preembriones, el diagnóstico genético preimplantacional y la cobertura y la asignación de fuentes de financiamiento —tanto en el sector privado como en el público— en razón de los altos costos que cualquiera de dichas técnicas de alta tecnología irrogan.

No obstante, la ausencia de reglamentación en la materia no puede constituir un óbice para la admisión de la acción planteada. Es sabido que los derechos humanos trascienden el orden positivo vigente, pues no remiten en la pregunta por su origen a la letra de los textos legales, sino a necesidades y posibilidades inherentes al individuo, al punto de caracterizar debidamente su condición de ser humano. Dicho de otro modo, persona no es una suma de atributos contenida en un determinado texto legal, más bien, es la medida del ejercicio efectivo del contenido de los derechos humanos. Por eso puede afirmarse que quien ve afectados sus derechos humanos ve, de manera

inmediata, afectada su condición de persona. Por eso, a título de ejemplo, es que la calificación de “dignidad” ha completado el derecho humano a la vivienda en su evolución. Es que “[e]ntre los conceptos de ‘persona’ y de ‘derechos humanos’ existe una relación tan íntima que no se puede definir el uno sin recurrir al otro. Para la concepción jurista tradicional, de carácter mecanicista, ambos conceptos serían separables, como un envase de su contenido. Por un lado el individuo, como titular de derechos, y por el otro, estos últimos como facultades de aquél. Para la teoría de los derechos humanos, el concepto de persona lleva implícito el de sus derechos. Éstos no son meras ‘propiedades’ adicionadas a la persona, sino que constituyen su propia definición. Cuan amplia sea la definición de persona que adoptemos, igualmente amplia será la gama de derechos que le reconozcamos.” (cf. Eduardo Á. Russo, *Derechos Humanos y Garantías – El derecho al mañana*, ed. Eudeba, 1999, pág. 49).

Este razonamiento se condice con amplia jurisprudencia de la Corte Suprema, en tanto “...lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema) reafirma el derecho a la preservación de la salud —comprendido dentro del derecho a la vida— y destaca la obligación impostergable de la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deben asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (doctrina de Fallos 321:1684; 323:1339, 3229, entre otros).”

7. Que, de este modo, la cuestión sustancial que envuelve a la causa debe resolverse de manera favorable a los accionantes. Vale decir, el reclamo articulado en la demanda encuentra clara recepción en las manifestaciones que acerca de las deficiencias en la aptitud reproductiva han realizado los organismos internacionales en materia de salud. A su vez, esta conceptualización hace implicar a los derechos humanos y a las garantías de la constitución local como fuente de protección del estado de salud de la actora y como plataforma de partida para habilitar el intento de recuperación clínica de las deficiencias que imposibilitan la procreación.

De este modo, sólo medios probatorios de estricta casuística podrían impedir la cobertura médica peticionada, pues en cuanto a su recepción propiamente jurídica el análisis hasta aquí efectuado demuestra su procedencia. Tal prueba, como alega la recurrente, debería consistir en la demostración de que el excesivo valor de la prestación requerida pudiera redundar en la afectación ilegítima del derecho que también asiste al resto del universo de los afiliados a la obra social, esto es, que por los gastos que una cobertura en particular demanda las necesidades de otros beneficiarios pudieran quedar indebidamente insatisfechas.

Sin embargo, la posibilidad de tener que enfrentar tal estado de cosas meramente ha sido declarada por la accionada, mas en modo alguno se encuentra acreditada de manera fehaciente o con arreglo a algún cálculo que permita inferirla con



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

propiedad más allá de su simple declamación. Sin la determinación específica de un posible riesgo en los beneficios que comparten los afiliados, debe prevalecer el derecho invocado por la actora, pues se ha concluido que éste posee efectivamente un respaldo constitucional. Ahora bien, precisamente la entidad de los derechos en juego es la que obliga a requerir la prueba puntual de un desbalance económico en virtud de la onerosidad del tratamiento de fertilización reclamado y no su sola manifestación verbal, como ha hecho la demandada en su recurso.

8. Que, sentado como queda el derecho de los actores a obtener una prestación que intenta remediar el mal que los aqueja, corresponde analizar los agravios esgrimidos por la obra social en torno a la conveniencia y corrección del método de inseminación requerido por los accionantes y convalidado por la juez de grado.

Al respecto, es de destacar que la prescripción médica de fs. 19 – sobre cuya base los actores articulan el objeto del litigio- no sólo diagnostica la realización de un procedimiento de fertilización asistida como el requerido en autos, sino que expresamente da cuenta de las inseminaciones intrauterinas en cuatro ciclos que efectuara la actora sin lograr el embarazo. Asimismo, la constancia de fs. 130 da cuenta de un procedimiento FIV (fertilización in vitro) ocurrido en 2004 y que también resultó fallido. Es dable notar que la recurrente, al articular el agravio bajo análisis, hace referencia a la alternativa de este tratamiento, lo que, a la luz de las constancias relatadas parece redundar en una afirmación dogmática en relación al tratamiento adecuado similar a las que en su recurso opone a los accionantes.

El mismo informe, además, concluye conjuntamente con la nota obrante a fs. 19 que el ICSI (inyección espermática intracitoplasmática) es el tratamiento adecuado para el fin perseguido y dadas las condiciones de salud de la actora.

En definitiva, las constancias de autos parecen acreditar de manera suficiente la pertinencia del tratamiento ordenado por la *a quo*, a lo que la demandada sólo ha opuesto argumentos negativos que no desplazan la probidad del tratamiento y que, si bien ponen en duda su viabilidad, no implican la demostración de su esterilidad o la conveniencia cierta de que otro medio de asistencia debería ser provisto.

9. Resta considerar la apelación de los honorarios del letrado de la parte actora, los que fueron regulados en la suma de \$1.100 pesos en la sentencia de primera instancia.

Teniendo en cuenta la labor desarrollada, la naturaleza, complejidad del asunto y demás pautas establecidas en los artículos 6, 36, 37 y 38 de la ley 21.839 (modificada por ley 24.432), corresponde elevar los honorarios del letrado de la actora a la suma de un mil quinientos pesos (\$1500), por resultar reducidos los de la anterior instancia.

10. Respecto de los honorarios de esta alzada corresponde que sean regulados a la representación letrada de la demandada, en la suma de doscientos diez pesos (\$210) y los del letrado de la parte actora en la suma de cuatrocientos cincuenta pesos (\$450), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14, ley 21.389 (modif. por ley 24.432).

Disidencia del Dr. Esteban Centanaro

1. Que, la señora juez de primera instancia hizo lugar a la acción de amparo y, en consecuencia, condenó a la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires - ObSBA- a brindar a los actores la cobertura económica del tratamiento de fertilización *in vitro* por técnica ICSI en la institución que aquellos elijan, admitiendo un máximo de cinco tratamientos.

Luego de reseñar los antecedentes médicos de Marisa Liguori y la normativa que la juez de grado entendió aplicable y de referirse a las técnicas de fecundación asistida, sentenció que la negativa de la ObSBA respecto a la cobertura integral del tratamiento por técnica ICSI, hasta producirse el embarazo, era manifiestamente ilegal y lesionaba derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, tratados internacionales de derechos humanos, leyes nacionales, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y las leyes locales en juego.

Afirmó que la negativa a cubrir el tratamiento requerido era discriminatoria para quien padece de infertilidad y rechazó que la falta de inclusión del tratamiento solicitado en el Plan Médico Obligatorio justificara el accionar de la demandada

Destacó la autoexclusión de la Obra Social demandada respecto de la aplicación de la ley 23.661 -en contravención con lo establecido en el artículo 37 de la ley 472- situación que -dijo- no podía redundar en perjuicio para los afiliados, debiendo la ObSBA, en consecuencia, proveer prestaciones no inferiores a las que hubieran podido acceder los agentes del seguro nacional de salud.

2. Que contra esa decisión, la demandada dedujo un recurso de apelación, cuyos fundamentos fueron contestados a fs. 284/288 vta. Por su parte, los letrados de los demandantes cuestionaron la regulación de honorarios efectuada a su favor.

3. Que se agravia la demandada, en particular, porque considera que la vía del amparo no es apta para resolver la cuestión. Destaca que se trata de un tema complejo, que requiere de un material probatorio más amplio. Afirmó que el proceso irrogó idéntico plazo que un ordinario, pero sin amplitud de prueba.

Señaló que ofreció prueba pericial médica, así como la actuación de un consultor técnico, y que tal solicitud fue rechazada por la *a quo*, sustituyéndolo por una prueba informativa a la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva, entidad integrada



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

por los médicos que indicaron y realizan el tratamiento de la actora.

Destacó que el ICSI tiene como indicación precisa el factor masculino severo, y que ha sido sugerido en el caso a modo de “*intento consuelo*”, sin valorar siquiera sus riesgos.

4. Que, en primer lugar y atendiendo a razones de economía procesal, debo agregar que la acción de amparo procede para la tutela inmediata de un derecho constitucional violado en forma manifiesta, mas no es admisible cuando el vicio que comprometería garantías constitucionales no resulta con evidencia, de manera que la dilucidación del conflicto exige mayor amplitud de debate y prueba (conf. Fallos 321:1252, cons.30), pues debe extremarse la prudencia para no resolver materias de complejidad fáctica y técnica por la vía expedita del amparo a fin de no privar a los justiciables del debido proceso mediante pronunciamientos dogmáticos. Es que si bien el amparo no es excluyente de cuestiones que necesitan demostración, si descarta aquellas cuya complejidad o difícil comprobación requiere de un aporte mayor de elementos de juicio (conf. cons. 11 del voto de los Dres. Belluscio y Bossert en Fallos 321:1252 y 232:1825); y para su admisión, cuando se persigue la declaración de inconstitucionalidad de una norma alegando perjuicio exclusivamente patrimonial, es necesario que se acredite en debida forma la inexistencia de otras vías procesales idóneas para reparar el perjuicio invocado, prueba que, claro está, se encuentra a cargo de quien la alega (Fallos 321: 1252, disidencia de Fayt).

En otros términos, sostuvo en su momento, el Dr. Oyhanarte, que para que el juicio de amparo sea viable y lícito es preciso que posibilite el control judicial suficiente del asunto debatido, suficiencia que depende de factores como la complejidad técnica de la materia litigiosa, la índole y magnitud de los intereses públicos comprometidos y el régimen de la organización administrativa que se trate (Fallos 313:1513, cons. 14, del voto de Oyhanarte).

La razonable interpretación del texto constitucional, más allá de posiciones doctrinarias extremas, puede basarse en una idea expuesta por BIELSA, quien señaló que “*el amparo, en general, no es un medio providencial como creen algunos que lo consideran como remedio genérico protector de todo el que cree que sus derechos han sido lesionados*” (RAFAEL BIELSA, “El recurso de amparo. Análisis doctrinal. Jurisprudencia”, 1965, p. 180).

Por lo expuesto cabe concluir que la viabilidad del amparo está reservada a casos en que la arbitrariedad o ilegalidad imputada al acto o la omisión sea manifiesta, vale decir, debe surgir nítidamente de los elementos de juicio presentados con la petición, o bien poder ser demostrada mediante prueba simple o sencilla. La inadmisibilidad del amparo cuando no se presenta aquel carácter no ha variado con la

reforma constitucional (Fallos 319:2955 y 324:754, voto de los Dres. Fayt y Belluscio), ni con el dictado de la Constitución de la Ciudad, ya que está excluido cuando por las circunstancias del caso requiere mayor debate y prueba (Fallos 321:1252; 323:2097), criterio éste ratificado por la excelente ley de amparo 2145, que dejó de lado la legislación de facto a la fecha.

En efecto, en la Ciudad no existía una ley local que regulase el instituto del amparo y que era regido únicamente por el texto del artículo 14 de la Constitución porteña y por las normas de la mal llamada ley 16.986. Por ello, la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dictó una ley de amparo teniendo en cuenta el legislador local la necesidad de proteger los derechos fundamentales, pero sólo ellos, limitando de tal modo la apertura de excesivos juicios de amparo tal vez teniendo en cuenta que un excesivo amparo conduce necesariamente al desamparo, pues un gran número de procesos desvirtúa la celeridad propia que debe tener esta especial acción judicial. Sin perjuicio de lo cual, a la fecha, más de una cuarta parte de los pleitos que tramitan en el fuero contencioso administrativo y tributario local revisten esa calidad.

Debe tenerse en cuenta que por más que el amparo sea el procedimiento más expeditivo y rápido (característica contra la que conspira aquella cantidad excesiva de expedientes y que no hace sino desconocer la letra del artículo 14 de la Constitución local) puede no ser conveniente para el afectado, pues la limitación probatoria que implica puede conducir a un resultado desastroso para él si no logra poner de manifiesto la arbitrariedad o ilegalidad que lo afectan.

5. Que sentado lo expuesto cabe recordar que de acuerdo a lo dicho por el Dr. CASÁS en la causa “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Prati, María Teresa c/ GCBA s/ amparo art. 14 CCABA” del 4 de mayo de 2007, para que un caso pueda ventilarse en un proceso judicial de amparo debe plantearse una situación que permita al juez una ágil tramitación y decisión que haga cesar la arbitraria lesión, restricción, alteración o amenaza de los derechos o garantías constitucionales o legales aludidos por los artículos 43 de la CN y 14 de la CCBA. En ese sentido destacó que la Constitución predica el carácter “manifiesto” de la *arbitrariedad* o *ilegalidad* que se atribuya al accionar del Estado (cf. voto conjunto de CASÁS y la jueza ANA MARÍA CONDE en la causa “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Akrich, Gustavo Raúl c/ GCBA s/ amparo (art. 14, CCABA)”, expte. n° 4782/06, sentencia del 29 de noviembre de 2006).

En ese sentido, la idoneidad del amparo, como garantía de protección de los derechos y garantías, dependerá de diversas características propias de la cuestión debatida. Ello sentado cabe adelantar que en autos se encuentra ausente uno de los presupuestos esenciales para la procedencia del amparo, esto es, la posibilidad de resolver la cuestión sin necesidad de un largo y profundo estudio de los hechos que conforman la materia debatida.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

6. Que, aun soslayando ese óbice formal, la acción tampoco puede prosperar.

En ese sentido, debe señalarse, en primer lugar, que no está en discusión que el derecho a la salud tiene rango constitucional y que la privación o restricción manifiestamente ilegítima de ese derecho abre la vía del amparo (entre otros, esta Sala in re “Trigo, Manuel Alberto c/ GCBA y otros s/ medida cautelar”, expte. EXP 4.582/1, 13-05-02; y CSJN, “Asociación Benghalensis”, T 323: p. 1339).

Tampoco está en duda que la infertilidad impacta de modo negativo en la salud psíquica de las personas que la padecen (ver voto de la Dra. KEMELMAJER DE CARLUCCI, in re R.M., M, y ot. c OSEP, LLGran Cuyo 2007 (noviembre), 1060).

Más allá de las afirmaciones de las partes y las dudas que la cuestión puede generar, cabe admitir que la imposibilidad de procrear es una deficiencia que puede afectar en forma real y efectiva la calidad de vida, en tanto la salud reproductiva involucra la salud psicofísica de ambos cónyuges, al malograr algunas de sus más profundas expectativas.

7. Que ello sentado cabe agregar que de acuerdo a las alegaciones de la actora y las pruebas aportadas a la causa, Marisa Liguori tiene un diagnóstico de esterilidad *primaria* y le ha sido indicado por un profesional médico del Instituto de Ginecología y Fertilidad la realización de Fertilización asistida con gonadotropinas como *única* posibilidad de embarazo (fs. 19). Por su parte, la Dra. Kwater, prestadora de la OSBA, diagnosticó esterilidad *secundaria*, y sugirió la fecundación por el método ICSI (ver fs. 18).

8. Que la prestación solicitada por los actores no ha sido incluida en el Plan Médico Obligatorio (ver informe de fs. 124/125).

Las leyes 23.660 (Obras sociales), 23661 (Sistema Nacional del Seguro de Salud), 24.754 (medicina prepaga), guardan silencio sobre el tema, y no se han invocado otras normas vigentes en el orden local o nacional que obliguen a solventar prestaciones del tipo de la requerida.

En general, no existen en nuestro país, leyes que regulen específicamente el tema. Tan sólo se puede mencionar la ley nacional 25.673 y su decreto reglamentario 1282/03, así como la ley local 418, que regulan la Promoción y Desarrollo de la Salud Reproductiva y Procreación Responsable, garantizando el acceso a la reproducción y educación, incorporándolo a la estrategia de Atención Primaria, pero sin contemplar el deber de solventar tratamientos de fecundación asistida.

Numerosos son los proyectos de ley sobre el tema en las dos Cámaras del Congreso de la Nación que esperan su estudio y que despiertan posiciones encontradas sobre las técnicas admisibles, el congelamiento de embriones, su selección, el diagnóstico

genético preimplantacional y la cobertura y la asignación de fuentes de financiamiento (tanto en el sector privado como en el público) en razón de los elevados costos de las técnicas de alta tecnología, y las numerosas cuestiones que aún no han merecido un debido encuadre legal y que generan un debate ético con consecuencias en la dignidad de la persona por nacer - óvulo fecundado.

A los fines de resolver el presente cabe determinar si la falta de previsión en el Plan Médico Obligatorio y en la resolución 56/04 de la Obra Social de los empleados de la Ciudad de Buenos Aires de las prestaciones solicitadas por los actores se adecua al régimen normativo existente formado por la Constitución Nacional y la de la Ciudad, los tratados internacionales incorporados a la legislación local y demás leyes o, por el contrario, lo desnaturaliza en forma tan manifiesta que justifique la admisión del amparo.

9. Que sin perjuicio de la dificultad que la cuestión entraña, y el debate moral relativo al tema, es posible afirmar que la existencia de un derecho a desarrollar con libertad la vida sexual de las personas, así como el deber de no interferencia en materia de planificación familiar, no se traduce necesariamente en una obligación de tipo prestacional a cargo de la Obra Social demandada. La incorporación de los derechos reproductivos en los textos constitucionales y en los instrumentos internacionales que la *a quo* tuvo en cuenta para fundar su sentencia se vinculan a la obligación del Estado de informar en un lenguaje claro y accesible las modalidades y alcances de la salud reproductiva y la procreación responsable; no es posible inferir de tales normas un deber genérico a cargo de la Obra Social demandada de solventar tratamientos que no han sido contemplados en el Plan Médico Obligatorio.

10. Que lo expresado no significa, de ninguna manera, cuestionar la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, sino de destacar la imperiosa necesidad de evaluar el impacto económico que la obligación de cobertura de una prestación costosa —sin riesgo de vida y no prevista en el menú básico obligatorio— pueda tener en el financiamiento del sistema.

Es que en forma previa a la adjudicación de la obligación legal de la cobertura en cabeza de la demandada cabe aguardar la imprescindible discusión legislativa y la sanción de la norma pertinente.

11. Que, en efecto, sería una decisión exclusiva del legislador incluir o excluir, en un eventual marco legal, los casos clínicos y los procedimientos terapéuticos y técnicas que estarán facultados a utilizar los servicios que se ocupan de la procreación humana asistida; y la obligatoriedad o no de la prestación de los mismos.

Ahora bien, en ésta como en otras materias la intervención del Estado conlleva un examen que, cabe presumir, serio y responsable, de los beneficios esperados para un determinado bien o derecho y de los costos que para ese mismo bien o derecho, o incluso para otros, se seguirá de la ejecución del programa público en cuestión. Si el



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Tribunal resolviese ahora, por vía de una aplicación extensiva o analógica de los textos constitucionales y legales involucrados, ampliar el alcance del PMO, condenando a solventar la prestación requerida, estaría tomando una delicada decisión —posiblemente más allá de sus facultades— concerniente a la salud pública, pese a que no se dispone en esta causa de elementos para juzgar plausiblemente sobre la conveniencia de una regulación semejante.

En efecto, como bien se ha dicho *“Juez es un hombre que se mueve dentro del derecho como el prisionero dentro de su cárcel. Tiene libertad para moverse, y en ello actúa su voluntad; pero el derecho le fija muy estrechos límites, que no le está permitido ultrapasar”* (COUTURE, EDUARDO J., *Introducción al estudio del Proceso Civil*, Segunda Edición, Depalma, Buenos Aires, 1978, pág. 75). Ello así, ya que tal como lo expresara antes de ahora, *“no avalamos el criterio de dar por no escrita una norma por el intérprete, salvo casos excepcionalísimos y de una contradicción evidente; si el jurista quiere legislar, que sea legislador, que luche políticamente y obtenga una banca por medio de la representación popular y en tal caso, con toda legitimidad y dentro del estado de derecho, podrá proponer derogar tal o cual norma; de lo contrario, deberá tratar de interpretarla en armonía con el resto del ordenamiento jurídico”* (CENTANARO, ESTEBAN, *Qué es ...*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, pág. 146).

Por otra parte, ello no haría más que atentar gravemente contra el principio de división de los poderes, fundamental en el marco de un Estado de Derecho. Esta concepción, que puede atribuirse a CHARLES DE SECONDAT, barón de MONTESQUIEU, implica ni más ni menos sostener que los jueces sólo hablan por “boca de la ley” y que a la aplicación de sus textos se limitan, ya que todo exceso de tales márgenes afectaría el principio de división de los poderes que mismo barón propuso en forma de frenos y contrapesos al ejercicio de la autoridad política.

En suma, es claro que, en el caso, una decisión como la pretendida por los actores excedería el ámbito de actuación que, constitucionalmente, se le ha fijado a este Poder Judicial en desmedro de las atribuciones propias de otros departamentos del Estado.

Ello no implica desconocer que la interpretación constituye una tarea necesaria, fundamental y de principal relevancia en todo el ámbito jurídico. Actualmente no es factible la aplicación de una norma jurídica sin la pertinente labor interpretativa que posibilite establecer su sentido y razonabilidad en su adecuación al caso. Lo propio cabe sostener con respecto a los actos jurídicos en general y a los contratos en particular.

En la interpretación radica una de las fases determinantes de la vida del derecho. Y, como se advierte, se agrega su especial incidencia en el dictado de todo pronunciamiento judicial.

En el panorama jurídico contemporáneo la cuestión se vincula con la temática o punto de equilibrio entre lo que se conoce como activismo judicial y la autocomposición o autocontención en la solución de conflictos, realidad que impone una significativa cuota de proporcionalidad y prudencia, debiendo el magistrado respetar la norma legal y no excederse en la tarea interpretativa desconociendo la voluntad de los legisladores.

12. Que, por otra parte, la política de incluir tratamientos de alto costo, que se encuentran en muchos casos en etapas experimentales y carecen del debido encuadre legal, entre las prestaciones básicas para todos los asociados y adherentes, debe tener en cuenta la equidad en el acceso a la biotecnología médica en general, así como la capacidad del sistema para generar ingresos y soportar los costos adicionales que ello impone.

Y en este aspecto cabe adelantar que si bien la juez de grado destaca la situación de autoexclusión de la ObsBA del sistema nacional de salud, no tiene en cuenta que la prestación requerida no ha sido legal o reglamentariamente impuesta a las Obras Sociales que sí han cumplido con tal adhesión.

13. Que sentado lo expuesto resulta menester destacar que en sus diferentes presentaciones la demandada reafirma que el método ICSI es indicado en factores de infertilidad masculinos severos. Afirma que en ausencia de esa etiología se lo utiliza solo a modo de consuelo, omitiendo un examen de sus posibles consecuencias adversas.

Surge del expediente que la infertilidad de la pareja actora aparecería vinculada a lo que se denomina “*factor tuboperitoneal*”, es decir una dificultad a nivel de las trompas y el peritoneo pelviano, lo que reduciría las posibilidades de que el óvulo y el espermatozoide puedan interactuar y llegar a una fertilización natural.

Como se adelantó, la demandada insiste en que el ICSI es utilizado para casos de factor masculino severo, opinión que, pese a cierta ambigüedad, podría inferirse del informe de la empresa Procreate acompañado a fs. 138. Por su parte, a fs. 191 la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva (SAMeR) se limitó a señalar al respecto que la indicación precisa del ICSI es el factor masculino severo, si bien menciona -sin emitir juicio al respecto- que algunos institutos lo realizan sin que esté presente este factor.

14. Que si bien hay pruebas en la causa acerca de la existencia de un trastorno de fertilidad, faltan elementos para determinar cuál sería el tratamiento médico indicado al supuesto clínico de los actores de acuerdo a evidencia científica neutral o que, a todo evento, generan dudas en puntos a la idoneidad de un procedimiento establecido para supuestos de infertilidad masculina.

Como bien sostenía mi abuelo, hace ochenta años, son innumerables las causas que determinan la esterilidad en la mujer; “... *sin temor a equivocarnos podemos afirmar que toda la patología genital femenina constituye, por decir así, su etiopatogenia,*



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

a más de la influencia que ejercen las enfermedades endocrínicas y diatésicas. De allí las dificultades que se presentan en muchos casos para llegar a un verdadero diagnóstico etiológico, máxime que carecíamos hasta hace poco de ciertos recursos para conocer ...” (Conf. CENTANARO, DOMINGO ESTEBAN, “Esterilidad femenina”, en *La semana médica*, Buenos Aires, 1928, p. 5). Lo que era cierto en el siglo pasado no lo es hoy en día donde existen claros métodos de diagnóstico.

No puede pasarse por alto, por lo demás y en esta misma dirección, que la empresa Procreate, seleccionada por los actores para realizar el tratamiento, es miembro de la entidad informante (Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva), y que la Dra. Kwater, profesional de la ObsBA que indicara el procedimiento, es también prestadora de Procreate, de acuerdo a la información publicada en su página de Internet (ver <http://www.procreate.com/quees/red-detalle.asp?id=136>).

15. Entonces, a fin de apreciar la prueba producida, debe recurrirse al sistema que establece el rito local. En efecto, existe un régimen intermedio entre el de la prueba legal y el de la libre convicción, generado por el abuso y el resultado injusto de las graduaciones antiguas que condujo, ya en el derecho español, a reemplazarlas por las reglas de la sana crítica, que trascendió al conjunto de la ley procesal.

Según COUTURE, es el conjunto de las reglas del correcto entendimiento humano, en que a la vez intervienen los principios de la lógica con los derivados de la experiencia judicial.

Es el sistema adoptado en nuestro medio, así por ejemplo, lo disponen el art. 386 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el art. 384 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y, en el ámbito local, el art. 310 del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires.

Por dicho principio los jueces en el acto de dictar sentencia forman su convicción respecto de la prueba conforme con su leal saber y entender. También se lo denomina de la sana lógica y, con esta denominación, se hace referencia al que se adopta para apreciar, valorar y aplicar la prueba producida en un proceso.

16. Que, en síntesis, siendo que la cuestión aquí planteada excede la vía del amparo y toda vez que la pretendida cobertura no se encuentra entre las que están obligatoriamente incluidas en el Programa Médico Obligatorio, cuya constitucionalidad no ha sido controvertida y, a mayor abundamiento, careciendo de pruebas neutrales suficientes para avalar la indicación del tratamiento solicitado, cabe revocar la decisión apelada pues no es posible advertir cuál puede ser la base legal o constitucional para doblegar la decisión que ha tomado la ObsBA.

Esteban Centanaro

En mérito de lo expuesto, habiendo dictaminado la señora Fiscal de Cámara, el Tribunal **RESUELVE:** **1)** Confirmar la resolución apelada. **2)** Elevar los honorarios regulados en primera instancia al letrado de la parte actora a la suma de pesos un mil quinientos pesos (\$1500). **3)** Regular los honorarios de esta alzada en la suma de doscientos diez pesos (\$210) a la representación letrada de la demandada y en cuatrocientos cincuenta pesos (\$450) los del letrado de la parte actora. **4)** Imponer las costas de esta instancia por su orden en atención a la complejidad y novedad del caso (cfr. art. 62, segunda parte CCAyT).

Regístrese, notifíquese —a la citada funcionaria en su despacho— y, oportunamente, devuélvase.

Nélida Mabel Daniele

Eduardo Ángel Russo

Esteban Centanaro
(en disidencia)