

Título: Tratamientos de fertilización asistida. Visión jurisprudencial

Autor: Medina, Graciela

Publicado en: DFyP 2010 (mayo), 01/05/2010, 179

Cita: TR LALEY AR/DOC/1414/2010

Sumario: 1. Introducción y objetivos. 2. Fallos que condenan a pagar los gastos de tratamiento de Fertilización Asistida. 3. Fallos que condenan a pagar el 50% del tratamiento de fertilización asistida. 4. Fallos que aceptan la cobertura de los tratamientos pero limitados a un determinado número de intentos y condicionando al no congelamiento de embriones. 5. Fallos que rechazan las demandas de amparo tendientes a que los agentes del sistema de salud cubran el tratamiento de Fecundación Asistida. 6. Introducción y objetivos.

"El derecho a la reproducción es un innegable derecho humano que no puede ser limitado a aquellos que posean medios económicos. En este sentido constituye una eugenesia económica reconocer el derecho a la reproducción asistida solo a quienes pueden pagar el tratamiento ya que tanto es eugenesia prohibir la concepción en razón de la raza, como de la religión, como en razón del nivel de ingreso, y es tanto o mas reprochable impedir la reproducción por razón del color de la piel como por el status económico".

#### 1. Introducción y objetivos

Nadie puede discutir ni que la esterilidad es una enfermedad, ni que ella perjudica mas a las mujeres que a los hombres, ya que mientras los segundos pueden concebir sin límite de edad, las primeras solo pueden hacerlo en un breve periodo de su vida, denominado edad fértil, que va desde la edad en que se supera la pubertad hasta los 40 años.

El problema de la infertilidad está aceptado como "enfermedad" por la Organización Mundial de la Salud <sup>(1)</sup> y como "tragedia" por médicos, biotécnicos y juristas. <sup>(2)</sup>

Antes el único remedio que existía para la enfermedad de la infertilidad femenina era la resignación, hoy en cambio, se puede superar mediante el auxilio de la medicina a través de las "Técnicas de fertilización asistida", entendiéndose por tales a los diferentes procedimientos que, en mayor o menor medida, pueden reemplazar o colaborar en uno o más pasos naturales del proceso de reproducción humana.

Estas técnicas presentan diferente grado de complejidad. Entre las más simples y de bajo costo podemos mencionar la estimulación ovárica y la inseminación. En un grado de complejidad media, se encuentra la Transferencia intrafalopiana de cigotos o TGIF, que es una transferencia in vitro, y finalmente están la FIV y la ICSI, <sup>(3)</sup> que pueden —en su caso—, ser practicadas con ovodonación y con diagnóstico genético preimplantacional (DGP).

En la actualidad en la Argentina no existe ninguna ley que regule estos tratamientos, los que se encuentran limitados solamente por los condicionamientos bioéticos. Así, las técnicas se practican desde hace décadas, por reconocidos profesionales a nivel mundial. El problema se presenta porque las obras sociales y empresas de medicina prepaga se niegan a cubrir los costos de las técnicas de fecundación asistida, con lo cual solo las personas que pueden pagarlas en forma particular pueden acceder a ellas y quienes no tienen los medios para hacerlo, el único remedio que se les reconoce es el de la "resignación".

Esta situación de por sí injusta, ha llevado a que los particulares, y en especial las mujeres, recurran a los tribunales solicitando que se obligue a las empresas de medicina prepaga y a las obras sociales a pagar los costos de estos tratamientos.

La cuestión reside en determinar si ¿Puede una ley imponer a las partes una obligación no pactada que emerge de valores y principios constitucionales?

¿Puede una sentencia obligar a las OS o EMP a otorgar un tratamiento o una medicación no prevista en la ley ni en el contrato en base a la Constitución o a tratados de derechos humanos?

En el presente trabajo nos proponemos analizar las respuestas jurisprudenciales dadas a la cuestión, clasificar las sentencias teniendo en cuenta si su respuesta ha sido positiva total o parcialmente, y describir los fundamentos dados por los tribunales.

La inmensa mayoría de los precedentes se inclinan por aceptar que tanto las obras sociales, como las empresas de medicina prepaga se encuentran obligadas a cubrir los costos del tratamiento, sin que exista hasta el momento pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Los precedentes entonces, pueden dividirse:

1. Fallos que condenan a pagar los gastos de tratamientos de fertilización asistida.

a. En su totalidad

- b. En un 50%
  - c. Limitado a un número determinado de tratamientos, y condicionado a cumplir con requisitos bioéticos
2. Fallos que rechazan la solicitud.

a. Por no ser el amparo la vía procesal adecuada para realizar la petición.

b. Por razones de fondo

2. Fallos que condenan a pagar los gastos de tratamiento de Fertilización Asistida

El 95% de los tribunales condenan a las obras sociales y a las empresas de medicina pre paga a soportar el costo de los tratamientos de fertilización humana asistida.

Todos los precedentes parten de afirmar que el derecho a la reproducción es un derecho humano básico del hombre, que se encuentra en íntima relación con el derecho a formar una familia y que la esterilidad, por ser una enfermedad, se encuentra comprendida por el derecho a la salud.

Además de este principio en común, se han desarrollado diferentes y variados fundamentos para hacer exigible el tratamiento en cuestión.

A continuación enunciaremos y desarrollaremos brevemente los fundamentos dados.

#### 2.1 Urgencia vital.

La "urgencia vital" se da cuando existe situación de riesgo inminente de perder la vida o cuando el retraso en la demora en la obtención de la práctica médica recomendada pudiera producir un daño grave e irreparable en la salud.

Cuando la única manera de acceder al derecho a la procreación es mediante técnicas de fertilización asistida existe "urgencia vital", ya que de no proveerse el tratamiento el daño es irreparable porque se niega totalmente el derecho a la procreación.

En este orden de ideas, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata consideró que existía arbitrariedad manifiesta que hacía plausible la acción de amparo cuando existiendo "urgencia vital", la obra social se niega a cubrir el tratamiento de fertilización necesaria para cubrir la enfermedad y con su accionar causa un daño irreparable. [\(4\)](#)

La Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal de la Capital —en uno de los votos—, sostuvo "que en este caso, donde no se discute la patología que afecta al actor, ni su imposibilidad de concebir por medios naturales; está probada la nula eficacia de las terapias iniciales de baja complejidad y hay opinión favorable de los médicos respecto de la utilización de la técnica ICSI como medio para poder procrear, existe "urgencia vital" comprometida, porque la omisión del tratamiento provoca un daño irreparable ya que implica la imposibilidad de ser padres. La vitalidad de la urgencia, legítima al tribunal a dar una solución al caso que tenga primordial consideración por la persona, en tanto fin en sí mismo y valor fundamental de un Estado de Derecho, frente al que los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (cfr. doct. CS Fallos 325:292; 327:3753; 329:1638; 329:4918)". [\(5\)](#)

#### 2.2 El derecho a la fecundación se encuentra garantizado por las leyes de salud reproductiva

Este fundamento es utilizado por Tribunales Federales y Nacionales, quienes entienden que las normas de fecundación asistida no agotan su finalidad en la satisfacción de aspectos vinculados a la prevención y a la atención primaria de la salud; por el contrario, ellas consagran un claro mandato en materia de protección y promoción integral de la salud reproductiva, entre las cuales se encuentra el deber de auxiliar la enfermedad mediante las técnicas de fecundación asistida. [\(6\)](#)

En tal orden de ideas, se ha sostenido que: "Corresponde hacer lugar a la acción de amparo impetrada por una afiliada a efectos de obtener de su obra social la cobertura del tratamiento de fecundación in vitro prescripto por su médico, pues el art. 6 de la ley 13.066 de la Provincia de Buenos Aires impone a las obras sociales incorporar dentro de su cobertura las prestaciones médicas y farmacológicas sobre métodos conceptivos, y la falta de reglamentación sobre los métodos de fertilización asistida no justifica la denegatoria de la cobertura de los mismos". [\(7\)](#)

#### 2.3 Las Leyes de Fecundación Asistida garantizan la concepción como la contracepción.

Resulta indiscutible que existe un derecho a la concepción, pero como ese derecho va unido al deber de ejercer una paternidad responsable, es innegable que se debe poder tener acceso a las técnicas de contracepción y concepción.

El problema de la libertad sexual y del papel del Estado frente a las técnicas de concepción y anticoncepción

ha dado lugar a múltiples leyes de salud reproductiva. La cuestión radica en determinar cuál es el límite del accionar del Estado frente al derecho a la concepción. ¿El Estado debe simplemente reconocer el derecho y abstenerse de impedirlo o debe adoptar medidas positivas en orden a facilitar tanto las técnicas anticonceptivas como las que facilitan la fecundación?

Con relación a las técnicas de anticoncepción, sobre todo las quirúrgicas, ha existido una evolución. Primeramente, éstas estaban prohibidas y fueron los jueces los que por medio de amparos facultaron su reconocimiento. Luego, leyes y resoluciones reglamentaron su cobertura.

Igual proceso se sigue con respecto a las Técnicas Reproductivas, ya que el Poder Judicial no puede tolerar que se viole el derecho a la concepción al no autorizar el acceso a la salud reproductiva de quienes están incluidos en un sistema de salud prestado por empresas de medicina prepaga.

2.4 La protección a la salud reproductiva no puede limitarse a asegurar todos los tratamientos médicos anticonceptivos sin garantizar de igual forma los tratamientos de fecundación asistida.

Una interpretación contraria llevaría a sostener que el Estado sólo garantiza la imposibilidad de concebir, pero no la de concebir. Lo que sería tanto como afirmar que la Política de Salud Pública Argentina con respecto a la concepción consiste en financiar todas las formas de evitar la fecundación —desde las más simples hasta las más costosas operaciones (como las ligadura de trompas de Falopio y la Vasectomía, ley 26.130 reglamentada por la resolución de la Superintendencia de Salud N 755-2006)—, pero no se costean los tratamientos de asistencia a la fecundación, es decir que, se da cobertura a la concepción por formas naturales porque son las más baratas.

Un análisis integral de todas las normas y en especial de la ley de salud reproductiva y de la ley 26.845, lleva a concluir que así como se protege y financia económicamente la libertad de no concebir, mediante el pago de todo tipo de tratamientos anticonceptivos, sin limitarse a la contracepción natural, también se debe garantizar el derecho a concebir mediante el acceso a las técnicas de fecundación asistida, cuando la concepción natural no es posible. [\(8\)](#)

2.5 La falta de reglamentación no exime el pago del tratamiento.

El hecho de que el tratamiento de fertilización asistida no haya sido reglamentado específicamente no resulta óbice para la cobertura de dicho tratamiento, cuando éste surge de las leyes antes mencionadas y de normativas constitucionales de rango superior, porque de admitirse lo contrario, bastaría con no reglamentar la ley para impedir el acceso al tratamiento que permite dar eficacia al derecho a la salud sexual y reproductiva reconocido tanto por leyes, como por disposiciones constitucionales y supranacionales. [\(9\)](#)

La Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de San Martín, con voto del Dr. Echarri, decidió que la negativa a prestar el tratamiento en base a que el derecho positivo vigente no consagra un derecho subjetivo al acceso a los métodos artificiales de procreación, no es válida ya que dicho razonamiento confunde, por un lado, Derecho con Ley, y por el otro, laguna legal sobre el tópico —por falta de regulación expresa—, con falta de derecho subjetivo. Ambas cosas muy distintas. [\(10\)](#) A lo que cabe añadir que aun reconocida la falta de regulación legal, de la misma no puede inferirse la falta del derecho subjetivo correspondiente. En principio porque ya con clarividente sabiduría —y con conocimiento de las limitaciones que toda norma positiva expresa—, los constituyentes primigenios de nuestra Carta Magna federal establecieron que "Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno" (art. 33 CN).

En segundo lugar, porque el derecho a la salud ha sido constitucionalizado a partir de las reformas operadas en el año 1994, tanto a nivel federal como provincial (art. 75 inc. 22 CN; art. XI Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 25 Declaración Universal de los Derechos Humanos; art. 12 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 11 inc. f) Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra La Mujer; Arts. 36 inc. 8 CPBA) (Cfr. CSJN, Fallos 330:4647; 329:2552, entre otros). [\(11\)](#)

Por último, porque también el art. 29 inc. c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Adla, XLIV-B, 1250) establece que los Estados partes no podrán "excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa".

Es ilustrativo el criterio de nuestra Corte Nacional acerca de la ausencia de obligación de cobertura de determinados medicamentos e insumos por parte de una obra social nacional, expuesto en los autos "Reynoso, Nilda Noemí c. Instituto Nac. de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados", (LA LEY 2006-D, 638 - DJ 05/07/2006, 715 - IMP 2006-15, 1903 - Sup. Adm. 2006 (septiembre), 18), donde se resolvió que "Si bien los

anexos del Programa Médico Obligatorio prevén la cobertura de un porcentaje del medicamento que necesita la actora para tratar su dolencia y no contemplan la provisión de ciertos insumos, ellos resultan complementarios y subsidiarios y deben interpretarse en razonable armonía con el principio general que emana del art. 1 del decreto 486/2002 del Poder Ejecutivo Nacional (Adla, LXII-B, 1698) en cuanto —aun en la emergencia sanitaria— garantiza a la población el acceso a los bienes y servicios básicos para la conservación de la salud (Del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo)".

2.6 No se puede considerar la consagración legislativa de una enfermedad para considerarla como tal

Exigir la consagración legislativa o normativa de una enfermedad para considerarla como tal constituye un argumento que, a más de reflejar una posición absurda, caprichosa e impracticable, no importa sino un claro desconocimiento de las nociones elementales en materia de medicina humana, desde que no puede lógicamente afirmarse que las disfunciones psicofísicas que provoca la infertilidad no sean una patología, máxime cuando lo que está en juego es la función biológica madre de todo ser vivo, cual es su reproducción [\(12\)](#)

2.7 La simple alegación de "desequilibrio económico" o "el perjuicio para el universo de los afiliados" o "de grave daño económico al sistema" no exime de cubrir el tratamiento si no se prueba adecuadamente.

La jurisprudencia mayoritaria del país ha aceptado que el argumento de que el tratamiento tiene un costo elevado que puede llegar a comprometer financieramente a la empresa de medicina prepaga y/o producir carencias en las prestaciones comprometidas a todos sus afiliados no exime ni justifica la omisión de brindar un tratamiento de "urgencia vital". Tales aseveraciones deben acreditarse objetiva y fehacientemente, ya que la entidad de los derechos en juego 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. [\(13\)](#)

2.8 Eugenesia económica.

Constituye una eugenesia económica reconocer el derecho a la reproducción asistida solo a quienes pueden pagar el tratamiento ya que tanto es eugenesia prohibir la concepción en razón de la raza, como de la religión, como en razón del nivel de ingreso, y es tanto o más reprochable impedir la reproducción por razón del color de la piel como por el status económico. [\(14\)](#)

2.9 La falta de enunciación en el PMO no es suficiente para negar la prestación

El 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. 939/2000 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), siendo claro que no corresponde aquí detenerse en la consideración de razones puramente económicas pues, como lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el derecho a la vida —que incluye a la salud— es el primer derecho de la persona garantizado por la constitución nacional y por tratados internacionales. [\(15\)](#)

2.10 Falta de adecuación del PMO

En dos precedentes, la sala III de la Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, juzgó que debía hacerse lugar parcialmente a la prestación de la cobertura de tratamientos de fertilización asistida que las empresas de medicina prepaga OSDE y GALENO se negaban a pagar porque no estaban incluidas en el PMO, señalando en primer lugar que éste constituye un estándar mínimo de protección, mas no una enumeración taxativa, y en segundo lugar, que hay que tener en cuenta que las necesidades de la población en esa materia se incrementan en forma continuada mientras que la reglamentación estatal va a la zaga de los consensos comunitarios tendientes a satisfacerlas y, en suma, de los avances tecnológicos. Tan es así, que la última actualización significativa del PMO se llevó a cabo hace más de cuatro años, dejándose constancia de que "los niveles de cobertura...eran claramente inferiores al garantizado a la fecha por el Sistema Nacional del Seguro de Salud".

En este orden de ideas, la mayoría del tribunal juzgó que de admitirse la argumentación de que solo se debe pagar lo que está especificado en el PMO, habría que aceptar que coexisten distintos niveles de cobertura según sea el momento en el que el particular contrata con la EMP (el que lo hizo antes de la vigencia de la resolución n° 1991/2005 estaría menos protegido que el que lo hizo después). Ese punto de vista conspira contra el acceso igualitario a la salud (art. 2 de la ley 23.661 —Adla, XLIX-A, 57—) que no cabe restringir al universo de las obras sociales (art. 16 de la Constitución Nacional). [\(16\)](#)

3. Fallos que condenan a pagar el 50% del tratamiento de fertilización asistida

En dos precedentes, la mayoría de la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal admitió que los peticionantes tenían derecho a que se les brindara la cobertura del tratamiento, pero con un porcentaje del precio a cargo de ellos.

En el caso "R.V.C. y otro", la mujer sufría de esterilidad, había perdido las dos trompas por embarazos ectópicos anteriores, tenía más de 40 años, padecía de las enfermedades de Von Willebrand y Trombofilia, la pareja había realizado con sus propios recursos cuatro intentos de fertilización asistida por FIV que resultaron infructuosos, y la única manera de lograr concebir era mediante la técnica ICSI. La empresa Galeno se negó y la mayoría del Tribunal, aplicando el art. 165 del CPCC, la condenó a costear el 50% del tratamiento.

En caso "V.M.C y otro", el hombre era quien tenía una incapacidad absoluta de concebir a no ser que fuera médicamente asistido, la mujer tenía 36 años, el semen del marido se encontraba congelado, las partes no habían realizado ningún intento de fecundación in vitro ni de ICSI y tenían ingresos mensuales en conjunto de \$ 8.900. OSDE se negó a hacerse cargo del pago de la técnica y el Tribunal la sentenció a pagar el 60% del tratamiento, es decir un porcentaje superior al condenado pocos días atrás en el caso R.V.C. c. Galeno.

Los juzgadores resolvieron condenar a pagar solo un porcentaje del tratamiento señalando que "no se advierte razón jurídica alguna para que la cobertura del tratamiento sea íntegramente soportada por Galeno. Es que, al haber sido declarada la causa como de puro derecho, no se tiene el menor dato del costo total del tratamiento ni de la situación económica de la actora. Y aunque se diera por acreditado que esta última atraviesa por un quebranto patrimonial, no existe norma que haga pesar sobre la accionada semejante responsabilidad... Sin perjuicio de la conclusión expuesta, es preciso consignar que la EMP no reconvino, a todo evento, por el cobro de un arancel compensatorio del tratamiento requerido. Y como los jueces deben resolver las controversias respetando el principio de congruencia (arts. 34, inciso 4° y 163, inciso 6° del Código Procesal), la sala no está habilitada para reajustar el plan contratado (art. 277 del Código Procesal). Ello no obsta a que admita parcialmente los agravios reduciendo el contenido de la condena prudencialmente. Se trata de una solución que adopta en este caso considerando la envergadura del derecho comprometido y la falta de prueba sobre los aspectos patrimoniales relacionados con él (arg. del art. 165 del Código Procesal)".

Por todo ello, se condenó a pagar en un caso a GALENO, el 50% [\(17\)](#) y en el otro a OSDE el 60%. [\(18\)](#)

### 3.1 Crítica al pago parcial del tratamiento.

La limitación a cubrir sólo un porcentaje del costo del tratamiento de fertilización asistida termina afectando o desnaturalizando el derecho a la procreación de las personas sin fundamento contractual, ni legal, ni constitucional y mucho menos supranacional.

No se advierte cual es la causa por la cual el mismo tribunal, en el mismo mes y año, condena en un caso de esterilidad masculina a reconocer el 60% del tratamiento y en un supuesto de esterilidad femenina a pagar solo el 50% del tratamiento, salvo que la imposibilidad de procrear masculina se considere más grave que la femenina y con mayor derecho a ser solventada por las empresas de medicina prepaga, lo que descarta por arbitrario y discriminatorio en razón del género. [\(19\)](#)

En realidad, lo que ocurre es que no hay sustento jurídico para condenar a pagar parcialmente un tratamiento de fertilización asistida y mucho menos hay norma alguna, ni principio de derecho que permita a los jueces establecer los porcentajes que deben ser costeados. Por el contrario entiendo que el derecho a la procreación no puede ser retaceado sin una prueba contundente que determine que por sufragarlo la empresa sufrirá un perjuicio que limite los derechos a la salud de los otros afiliados al sistema.

4. Fallos que aceptan la cobertura de los tratamientos pero limitados a un determinado número de intentos y condicionando al no congelamiento de embriones

La Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata [\(20\)](#) hizo lugar al amparo planteado por una afiliada de 40 años y condenó a la obra social a la cobertura de un tratamiento de fertilización asistida.

El Tribunal entendió que el caso precisaba del dictado de una solución prudente que, sin dejar de afianzar la justicia del caso, descansara en parámetros de factibilidad y teniendo en cuenta las conclusiones médicas sentadas por el perito dictaminante, los índices estadísticos por él reseñados —en cuanto a las probabilidades de éxito de la práctica en cuestión—, la edad de la reclamante, y los parámetros racionales que la jurisprudencia comparada ha establecido para la obtención de un embarazo viable y la concepción de un bebé sano, [\(21\)](#) limitó el alcance de la condena a la cobertura de cuatro [\(4\)](#) ciclos —intentos— de Fecundación Asistida bajo la técnica ICSI, estableciendo en cuarenta y dos (42) años la edad límite dentro de la cual podrán llevarse a cabo las citadas prestaciones.

Por otra parte, sentenció que el tratamiento debería realizarse sin congelamiento o criopreservación de

embriones, en tanto aquella posibilidad —según se desprende del dictamen pericial—, no constituye más que una contingencia accesoria cuya ausencia —al no tratarse de un paso reglado o ineludible dentro del método—, no impide ni obstaculiza la realización efectiva de la práctica. La modalidad propuesta permite lograr la justa composición del caso planteado, sin necesidad de ingresar en el debate bioético y filosófico sugerido por la accionada en relación a los procesos de congelamiento y manipulación de los embriones no implantados en el útero de la mujer; discusión que, para más, excedería claramente el marco de conocimiento propio del juicio de amparo.

5. Fallos que rechazan las demandas de amparo tendientes a que los agentes del sistema de salud cubran el tratamiento de Fecundación Asistida.

5.1 Rechazo por no estar expresamente contempladas en la legislación y exceder el grado de progresividad de los DESC (Suprema Corte de Mendoza 28-08-2007 Publicado en LL gran Cuyo 2007- 1060)

#### 5.1.1 El caso

Una pareja solicitó a la Obra Social de los Empleados Públicos de la Provincia de MZA el reintegro de una técnica de fertilización Asistida ICSI realizada por prestadores ajenos a la obra.

Los hechos del caso son los siguientes: El 08/05/2006, por ante el 17 Juzgado Civil, en autos n° 180.399, la señora M.E.R. y el señor A.L.M. iniciaron acción de amparo contra la obra social de empleados públicos, en adelante OSEP. Solicitaron se condene a la obra social a otorgar "cobertura total e integral de inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI) por padecer los actores de esterilidad primaria de dos años de evolución con diagnóstico de oligoastenoteratozoospermia severa". Relataron que contrajeron matrimonio el 11/12/2003; que residen en el paraje de Polvaredas, donde la Sra. M.E.R. es docente, que su sueldo de \$949 es el único ingreso que posee el matrimonio, por cuanto el señor A.M. está desocupado desde el mes de agosto de 2005; que el objetivo principal de los actores al momento de contraer matrimonio fue constituir una familia y tener descendencia; lamentablemente, todos los intentos fueron negativos, por lo que se consultó a diversos médicos que diagnosticaron "oligoastenoteratozoospermia severa", y que el único medio terapéutico para lograr el embarazo es la técnica de reproducción asistida de alta complejidad denominada ICSI.

El caso llegó a resolución de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Mendoza, quien rechazó la pretensión de los accionantes por entender que ésta no solo no se encontraba específicamente contemplada en ninguna normativa positiva ni nacional, ni provincial, sino que muy por el contrario, según la Resolución 1161 de la Obra Social de los Empleados Públicos de la Provincia, OSEP no se encontraba obligada a solventar los costos de las Técnicas de Fecundación Asistida de Alta complejidad como lo es la ICSI.

El Tribunal consideró que la resolución no era arbitraria, ya que la Obra Social al cubrir técnicas de baja complejidad cumplía progresivamente con el mandato constitucional de dar cobertura al derecho a la Salud.

La Corte Mendocina fundamenta la negativa en razones de orden económico. En tal sentido, señala que no se puede exigir que cubra esta prestación "...una obra social que debe lidiar contra la pobreza, los niños desnutridos, la vacunación obligatoria".

#### 5.1.2 Las críticas al precedente

La Pobreza y la desnutrición no son obligaciones a cargo de la Obra Social de la Provincia de Mendoza, ni se financian con el aporte que los empleados públicos provinciales hacen para tener una cobertura en materia de Salud.

El Doctor Pablo Rosales, cuestiona este argumento diciendo: "La pregunta que nos surge de esta conclusión es si son los jueces los que deben evaluar estas cuestiones sobre todo en una provincia como Mendoza, cuyos indicadores sociales distan de ser lamentables como los de otras provincias del país, máxime si debemos tener en cuenta que todo beneficiario de una obra social (sobre todo una como OSEP donde siendo el único financiador empleador el Estado provincial debemos creer que hay regularidad de aportes) presume que el titular tiene un trabajo, y mas aun, un trabajo registrado. ¿Es su población beneficiaria niños desnutridos o pobreza extrema?".

Contestamos la pregunta de Pablo Rosales diciendo que evidentemente no son los beneficiarios de OSDE los niños desnutridos ni de extrema pobreza y agregamos que el destino a dar a los fondos que los empleados públicos mendocinos aportan a su obra social no es la lucha contra la miseria ni la desnutrición infantil, sino la cobertura de salud de sus afiliados.

No se advierte progresividad en los DECS cuando una Obra Social se obliga a financiar el 50% de las FIV en el año 1996 y en el año 2001 por resolución Interna deja de hacerlo.

En efecto, una de las características de la progresividad de los DECS es que estos no pueden ser

disminuidos. En este orden de ideas, no se advierte cómo el Tribunal pudo entender que la Obra Social demandada cumplía progresivamente con el Convenio Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales cuando la OSEP mediante resoluciones internas retrocede en el aseguramiento de los derechos de sus beneficiarios, ya que por resolución 497/95 reconoció el 50% del valor de los tratamientos hasta un máximo de \$2000, mientras que en el año 2001, en lugar de progresar en la cobertura, la dejó sin efecto mediante resolución 1163.

El pronunciamiento se aleja de lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ha establecido como principio que son las obras sociales las que deben demostrar el desequilibrio que a sus beneficiarios les produciría la prestación concreta y que éste no puede presumirse por los jueces.

La C.S.J.N. desde el leading case "Hospital Británico" viene sosteniendo uniformemente que corresponde rechazar los amparos de salud por la falta de prueba de las consecuencias que derivarían del cumplimiento de la cobertura del tratamiento por los demandados.

A partir de este precedente, cuando se reclama una prestación médica denegada arbitrariamente con fundamento en el desequilibrio económico que produce, el más Alto Tribunal de la Nación pone a cargo de las agentes del sistema de salud la carga de demostrar tal situación.

La Corte Mendocina, en el caso en comentario, partió de presuponer que la prestación comprometía la economía de la prestadora en desmedro de otras obligaciones básicas, alejándose de la doctrina señera de la Corte, que lejos de admitir presuposiciones, exige la prueba del desequilibrio económico que produciría el cumplimiento de la prestación.

Creemos que el prestigioso Tribunal Mendocino no valoró adecuadamente que estaba a cargo de la Obra Social demostrar que el excesivo valor de la prestación requerida podía redundar en la afectación ilegítima del derecho que le asiste al universo de sus afiliados, esto es, que por los gastos que una cobertura en particular demanda, las necesidades de otros beneficiarios podrían quedar indebidamente satisfechas, sino que, por el contrario, dio por presupuesta esta afectación. [\(22\)](#)

5.2 Rechazo por no ser el amparo la vía procesal adecuada para dilucidar la cuestión. Fallo del Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires "Ayuso". [\(23\)](#)

#### 5.2.1 Hechos

Un matrimonio promovió acción de amparo contra la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires, solicitando se le ordene otorgar la cobertura económica del 100% de la prestación de fertilización in vitro por la técnica ICSI. La sentencia de grado hizo lugar a la acción incoada. La Cámara de Apelaciones confirmó dicho decisorio, ante lo cual la demandada interpuso recurso de inconstitucionalidad. El Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires revocó el fallo impugnado.

#### 5.2.2 Los fundamentos del fallo

La sentencia rechaza el amparo por cuestiones procedimentales, fundamentalmente por entender que la acción de amparo no es la vía idónea para que un afiliado reclame la cobertura del tratamiento de fecundación in vitro que fue rechazado por su obra social —OSBA—, en tanto no está incluida en el Programa Médico Obligatorio donde se establecen las asistencias básicas y esenciales que debe cumplir de conformidad con la normativa que rige la materia.

#### 5.2.3 La crítica a los fundamentos

Resulta difícilmente aceptable el rechazo de la acción por cuestiones formales cuando la sentencia fue dictada a más de tres [\(3\)](#) años de iniciado el proceso y las partes tuvieron amplia participación, máxime cuando en las dos instancias inferiores se consideró que era factible identificar un ostensible comportamiento de la demandada susceptible de vulnerar derechos constitucionales de los actores.

En este marco, la inadmisibilidad de la acción por no resultar el amparo la vía procesal idónea no resulta plausible a la luz del principio cardinal de la tutela judicial efectiva que también viene reconocido a los actores por la Constitución nacional y la local. [\(24\)](#)

El precedente —inexplicablemente— se aparta de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ha reiterado en múltiples precedentes que la acción de amparo tiene por objeto una efectiva protección de derechos (Fallos: 321:2823) y ha señalado que ella resulta la vía idónea para la salvaguarda del derecho fundamental de la vida y la salud. [\(25\)](#)

A mas de ello, no puede dejarse de lado que la cuestión a resolver tiene una urgencia intrínseca porque no es de aquellas que permita una larga discusión en un proceso ordinario, debido a que por la edad de la reclamante, el transcurso del tiempo frustraría definitivamente sus expectativas de ser madre.

El Superior Tribunal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires parece olvidarse en el precedente que al examinar si el amparo es la vía idónea para la protección del derecho que se estima violado, hay que tener muy en cuenta la naturaleza del derecho a fin de evitar la producción de un perjuicio de naturaleza inminente, cierto y de insusceptible reparación ulterior (doct. C.S.J.N. Fallos 329:2179).

## 6. Conclusiones

Las empresas de Medicina Prepaga, las Obras Sociales y los Agentes de Salud están obligadas a cumplir las Leyes de Salud Reproductiva, estas garantizan tanto el acceso a las técnicas de anticoncepción como a las de concepción.

Una interpretación contraria llevaría a sostener que el Estado sólo garantiza la imposibilidad de concebir, pero no la de concebir, razonamiento que no se puede admitir por arbitrario.

El derecho a la reproducción es un innegable derecho humano que no puede ser limitado a aquellos que posean medios económicos. En este sentido constituye una eugenesia económica reconocer el derecho a la reproducción asistida solo a quienes pueden pagar el tratamiento ya que tanto es eugenesia prohibir la concepción en razón de la raza, como de la religión, como en razón del nivel de ingreso, y es tanto o más reprochable impedir la reproducción por razón del color de la piel como por el status económico.

(1) La Organización Mundial de la Salud (O.M.S.), autoridad directiva y coordinadora de la acción sanitaria en el sistema de Naciones Unidas (O.N.U.), ha incluido a esta patología —y sus distintas variantes— dentro del "Nomenclador Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud", que periódicamente es actualizado con el propósito de unificar los conceptos médicos en la escala universal ("International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems", 10th Revision —2007—, Chapter N° 97 "Female Infertility"; véase en [http:// apps.who.int/classifications/apps/icd/icd10online](http://apps.who.int/classifications/apps/icd/icd10online)). Y, en sentido afín, numerosos precedentes judiciales han adherido a esta postura, calificando a la infertilidad como una verdadera afección que impacta de modo adverso en la integridad psíquica de quienes la padecen (doct. Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala I "in re" "R. M., M. y otros c. Obra Social de Empleados Públicos", sent. de 28-8-2007; doct. Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, Sala II "in re" "A., M. R. y otro c. Obra Social de la ciudad de Bs. As.", sent. del 26-5-2008; cfr. doct. Cámara Federal de Apelación de Mar del Plata "in re" "L., H. A. y ot. c. I.O.M.A. y ot.", sent. del 29-12-2008; doct. Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en San Martín "in re" "Q., M. T. c. I.O.M.A.", sent. del 30-12-2008; cfr. doct. Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala en lo Contencioso Administrativo, Sección 6ta., sent. del 5 de mayo de 2008 —[www.westlaw.es](http://www.westlaw.es) Documento RJCA 2008\749—).

(2) El calificativo de "tragedia" es citado por la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata en la sentencia "R.N.B. c. IOMA", LLBA, 2009-1242 al decir: "El consenso médico global ha capitulado a la infertilidad como una verdadera "tragedia", que repercute negativamente en la esfera social, económica y psicológica de las parejas que la sufren (cfr. [www.who.int/topics/infertility/en/](http://www.who.int/topics/infertility/en/)).

(3) Los pasos de la técnica "ICSI" son similares a los de la "F.I.V." salvo que, en lugar de inseminarse los óvulos con una pluralidad de espermatozoides móviles, se elige tan sólo uno de éstos y se lo introduce (inyecta) dentro del óvulo mediante técnicas de microimplantación muy sofisticadas. Esta particularidad, aunque no parezca significativa, aumenta claramente las "chances" de éxito en la fecundación, aventajando —por ello— a los procedimientos empleados en la práctica F.I.V.

(4) (Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata 03/11/2009, R., N. B. c. I.O.M.A., LLBA, 2009-1242).

(5) De mi voto en disidencia en la causa 5381/09 "V.M.C y otro c. OSDE s/amparo", del 18 de marzo de 2010.

(6) Esta es la solución aceptada por 4 de los 6 Tribunales Contencioso administrativos de la Ciudad de Mar Del Plata, según se afirma en la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso administrativo de Mar del Plata, 03/11/2009, R., N. B. c. I.O.M.A., LLBA, 2009-1242 - IMP, 2010-3, 300, Juzgado en lo Contencioso administrativo y Tributario Nro. 5 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 24/11/2009, P., M. E. y Otros c. Osba, LLCABA, 2010 (febrero), 114; Cámara en todos los fueros de San Martín de los Andes, 17/06/2009, D. I. B. c. Instituto de Seguridad Social del Neuquén, LLPatagonia 01/01/1900, 1256, Cámara de Apelaciones en lo Contencioso administrativo de San Martín, 30/12/2008, Q. M. T. c. I.O.M.A., LA LEY Online Juzgado en lo Contencioso administrativo y Tributario Nro. 6 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 20/11/2007, "A., M. R. y otros c. Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires", LA LEY, 2008-A, 148; IMP, 2008-1, 96; LA LEY, 2008-B, 152, con nota de María Soledad Webb; DJ, 2008-2-300.

(7) Cámara de Apelaciones en lo Contencioso administrativo de San Martín, 30/12/2008, Q. M. T. c. I.O.M.A., LA LEY Online.

(8) De mi voto en disidencia en la causa N° 9440/08 "R.V.C. y otros c. Galeno S.A. s/sumarísimo", del 2 de marzo de 2010.

- (9) Cámara de Apelaciones en lo Contencioso administrativo de San Martín, 30/12/2008; Q. M. T. c. I.O.M.A., LA LEY Online.
- (10) Cámara de Apelaciones en lo Contenciosos Administrativo con asiento en San Martín, "in re" "Q, M, T y otro c. I.O.M.A", fallo del 30.12.2008.
- (11) Cámara de Apelaciones en lo Contenciosos Administrativo con asiento en San Martín, "in re" "Q. M., T. y otro c. I.O.M.A", fallo del 30.12.2008, voto del Dr. Echarrí.
- (12) Cfr. doct. Cámara de Apelación en lo Cont. Administrativo con asiento en San Nicolás "in re" "S., A. F. y ot. c. I.O.M.A.", sent. del 15-12-2008.
- (13) Así por ejemplo lo han considerado diversas Cámaras Federales, Provinciales y Superiores Tribunales entre los que se encuentran la Cámara de Apelaciones en lo Contenciosos Administrativo con asiento en San Nicolás, "in re" "S.A.F y otro c. I.O.M.A", del 29.12.2008; la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo con asiento en San Martín, "in re" "Q, M, T y otro c. I.O.M.A", fallo del 30.12.2008; la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo con asiento en Mar del Plata, "in re" "R.N.B y otro c. I.O.M.A", del 03.11.2009, publicado en LA LEY Buenos Aires (diciembre), 1242 - IMP 2010-3, 300; la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, Sala II, in re "A., M. R. y otro c. Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires"; la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, sala III, fallo del 08.09.2009, expte. N° 16.489/09 - "XX c. Instituto de Obra Social del Ejército s/amparo ley 16.986"; la Cámara Federal de Mar del Plata, causa "B, C y otra c. UP", del 17.12.2009, publicado en La Ley On Line; la Cámara de San Martín de los Andes, "D. I. B. c. Instituto de Seguridad Social del Neuquén", del 17.06.2009; el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, "M., V. A. y otro", del 18.12.2008, publicado en LL Patagonia 2009 (abril), 781 - DJ 08/07/2009, 1871.
- (14) Ver mi voto en la Causa N° 9440/08 "R.V.C. y otros c. GALENO SA s/sumarísimo", resolución del 2 de marzo de 2010.
- (15) (Conf. Autos: "Domínguez Carlos Federico c. Obra Social de Arbitros Deportivos de la República Argentina y otro s/incidente de apelación de medida cautelar". Cámara Federal Civil y Comercial: Sala de Feria. - Magistrados: Dr. Francisco de las Carreras - Dr. Guillermo Alberto Antelo Dr. Hernán Marcó. Fecha: 26/07/2007 - N° Exp.: 8.780/06.
- (16) Sala III Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, Voto de Ricardo Recondo y Guillermo Antelo, en la Causa N° 9440/08 "R.V.C. y otros c. GALENO SA s/sumarísimo", del 2 de marzo de 2010.
- (17) Sala III Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, Voto de Ricardo Recondo y Guillermo Antelo, en la Causa N° 9440/08 "R.V.C. y otro c. GALENO SA s/sumarísimo", del 2 de marzo de 2010.
- (18) Sala III Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, Voto de Ricardo Recondo y Guillermo Antelo, en la Causa 5.381/09 "V.M.C. y otro c. OSDE", del 18 de marzo del 2010.
- (19) Sala III Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, ver mi voto en la causa V.M.C. y otros c. OSDE s/amparo, del 18 de marzo de 2010.
- (20) CContenciosoadministrativoMardelPlata, 03/11/2009, R., N. B. c. I.O.M.A., LLBA 2009 (diciembre), 1242; IMP, 2010-3, 300.
- (21) Cfr. doct. Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala en lo Contencioso Administrativo, Sección 6ta., sent. 493/2007; www.westlaw.es Documento JUR 2007\230537.
- (22) En sentido contrario el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, en "M., V. A. y otro", 18/12/2008, LL Patagonia 2009 (abril), 781 - DJ, 08/07/2009, 1871, resolvió que: corresponde hacer lugar a la acción de amparo intentada por un matrimonio, a fin de obtener la cobertura de un tratamiento de fertilización asistida por parte de su obra social, dado que ésta no logra demostrar 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 al agente de salud, esto es, que por los gastos que una cobertura en particular demanda, las necesidades de otros beneficiarios pudieran quedar indebidamente satisfechas. Cámara de Apelaciones en lo Contencioso administrativo de San Martín, "Q. M. T. c. I.O.M.A.", 30/12/2008, LA LEY Online; Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, "L., H. A. y otra c. I.O.M.A. y otra", 29/12/2008, LA LEY Online; Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de San Nicolás, "S.A.F. y A.H.A.", 15/12/2008, Sup. Adm. 2009 (febrero), 37 - LA LEY, 2009-A, 408; Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil, Comercial, Minería y Sucesiones Nro. 5, "M., V. A. y otro", 07/10/2008, LL Patagonia 2009 (febrero), 703 - LL Patagonia 2009 (junio), 843, con nota de Griselda Isabel Bard.
- (23) En forma concordante y también por motivos formales la Corte de Justicia de la Provincia de Catamarca (CJCatamarca), 03/06/2009, rechazó la acción de amparo intentada por M.M.M contra la OSEP, LLNOA 2009 (noviembre), 934.
- (24) Del voto del Dr. Casas en la causa: Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (TS Ciudad Autónoma de Buenos Aires), 26/08/2009, A., M. R. y otros c. Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires, LLCABA, 2009-553 - LLCABA, 2009-633 con nota de María Soledad.

(25) Conforme expresiones contenidas en el dictamen del Procurador General de la Nación que la Corte Suprema compartió e hizo suyo "in re" "Asociación de Esclerosis Múltiple de Sala c. Ministerio de Salud - Estado Nacional s/acción de amparo-medida cautelar", del 18 de diciembre de 2003).