

**SENTENCIA DEFINITIVA NÚMERO:DIECISIETE**

San Fernando del Valle de Catamarca, 17 de noviembre de 2021

**Y VISTOS:**

Estos autos Corte N° 050/2021 M.J.C. C/ OBRA SOCIAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS (OSEP) s/ Acción de Amparo" llamándose autos para Sentencia a fs.116.- - - - -

En este estado el Tribunal se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

1)¿Es procedente la Acción de Amparo interpuesta? En su caso ¿Que pronunciamiento corresponde?. - - - - -

-

2) Costas. - - - - -

Practicado el sorteo correspondiente, conforme al Acta obrante a fs. 117, dio el siguiente orden de votación: Ministros Dres. FABIANA EDITH GÓMEZ, CARLOS MIGUEL FIGUEROA VICARIO, MARÍA FERNANDA ROSALES ANDREOTTI, VILMA JUANA MOLINA, LUIS RAÚL CIPPITELLI, JOSÉ RICARDO CÁCERES y NÉSTOR HERNÁN MARTEL.- - - -

**A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA la Dra.**

**Gómez dijo:**

Conforme el acta de sorteo obrante a fs. 117, debo pronunciarme en primer término respecto de la Acción de Amparo que promueve la Sra. M.J.C.

Que a fs. 23/29, el día 24/09/2021 comparece la Sra. M.J.C., con patrocinio letrado, promueve Acción de Amparo en contra, de la Obra Social de los Empleados Públicos (OSEP), a efectos de que se declare la inconstitucionalidad de la Resolución OSEP N° 6260 de fecha 30 de agosto del presente año y se obligue a la parte demandada a otorgar cobertura integral (100%) y de manera muy urgente respecto de la FERTILIZACION IN VITRO (FIV) por aplicación de técnicas ICSI,

con espermadonación, criopreservación de pre embriones Blastocitos verificados por un año, incluido asimismo el 100% del costo de la medicación y todos los gastos generales, que tales tratamientos impliquen.-----

-----

Relata los antecedentes fácticos de la cuestión traída a conocimiento del Tribunal, y manifiesta que, a mediados del año 2020 en plena pandemia de COVID 19 nació muy dentro de su ser el deseo de ser madre, como primer paso fue a consultar a su médica ginecóloga Dra. Claudia Tomassi MP 1508 quien le indicó que realizara un control, el que en principio dio resultado positivo, por lo que le suministró ácido fólico de manera preventiva, por tres meses, durante ese tiempo se dedicó a buscar bancos de semen para comprar una muestra y realizar un tratamiento de baja complejidad (inseminación artificial) en la Maternidad Provincial 25 de Mayo. Expresa además que pasaron tres meses y no pudo concretar la compra de la muestra, ya que dicha muestra tiene una vida útil de 3 días (petaca chica de menor precio) y de 5 días (petaca grande de mayor precio). Durante aquel tiempo los medios de transporte terrestres demoraban bastante superando la vida útil de la muestra y los medios de transporte aéreo estaban suspendidos, sumado a esto debía coincidir dicho traslado con su periodo de ovulación para realizar el procedimiento.-----

-----

Continua su relato manifestando que en el mes de enero del año en curso, pudo realizar la compra de la muestra en el banco de semen CRYOBANK en la Provincia de Buenos Aires, que lo acredita con factura emitida con fecha 14/01/21. El día 14 de enero concurre a la Maternidad provincial para la realización del procedimiento de inseminación artificial, previa estimulación con medicamento vía oral e inyectable, dando resultado negativo. Ante ello la Dra. Tomassi Claudia, especialista en Tocoginecología, le indica tratamiento de alta complejidad, recomendación también efectuada el día 02/06/21 por el Dr. Pablo

Javier Avalos especialista en medicina reproductiva y miembro del Centro médico Integral de la Mujer y el niño de la ciudad capital (IGOM).-----

Se le diagnosticó “reserva ovárica disminuida”

y por

**Corte N° 050/2021**

prescripción médica debe hacer en forma URGENTE tratamiento de ALTA COMPLEJIDAD (Fertilización In Vitro - ICSI, para lo cual su médica le recomendó de manera URGENTE DERIVACION a centro médico de mayor complejidad, debiendo efectuarlo antes de que cumpla los 45 años de edad, que según acta de nacimiento el día 23/12/21 alcanza el límite temporal establecido por la ciencia médica como oportuno para la obtención del resultado positivo, conforme fs. 14, 14 vta.-----

-----

A raíz de su afiliación a OSEP por carnet filiatorio N° 80045, según fs. 3, solicita cobertura de la fertilización asistida, la cual es denegada por Resolución impugnada de OSEP N° 6260 con fecha 30 de agosto del año 2021, que resuelve no hacer lugar a la cobertura de la fertilización asistida, con fundamento en que auditoría médica expresa que según normativa de OSEP no se cubren los tratamientos de inseminación in vitro con semen de banco. Expresa además, la cobertura está indicada para parejas convivientes, ambos integrantes deben ser afiliados a OSEP, la cobertura es hasta 41 años según evaluación de auditoría médica y deben existir intentos previos de procedimientos de baja complejidad.- - -

-

Impugna el acto con fundamento en su arbitrariedad, ilegalidad e inconstitucionalidad. Expresa que la resolución es reflejo de la violencia de género e institucional hacia la persona de la afiliada, con marcado acento en el patriarcado estigmatizante, diciendo que la Resolución en crisis comprende coberturas solo reservadas para casos en que se cumplan los requisitos

mencionados, los que considera discriminatorios, arbitrarios e ilegales.- - - - -

-

Ofrece prueba documental, documentación en poder del demandado y funda su derecho en la CN arts. 33, 41 y 42, Constitución Provincial, Ley Provincial 4642, 4998, Ley Nacional 26862 y su Decreto Reglamentario 956/2013 y en los Tratados Internacionales de aplicación: Convenios Internacionales, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: art. 12 Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer: arts. 11.1.f, 11.2, 12, 14.2b, Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial: art. 5.e.iv; Convención Americana sobre los Derechos Humanos : art. 5.1; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 7 y 10.1; Convención sobre los Derechos del Niño art. 25 inc. 1 y 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 11 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes de Hombre, doctrina y jurisprudencia aplicable.- - - - -

-

A fs.41/43, se agrega la Sentencia Interlocutoria N° 105/21, en la que, previo dictamen de la Procuración General, se declara formalmente procedente la Acción de Amparo.- - - - -

A fs. 48/114 vta. se agrega la presentación de la demandada, OSEP, por la que se brinda el Informe previsto en el art. 7° de la Ley 4642. Allí se solicita el rechazo de la acción por considerar que debe seguir un procedimiento contradictorio y bilateral. Formula una negativa general de los hechos, para luego sostener que nuestra Provincia desde la entrada en vigencia de la Ley 26862/13 no adhirió a la misma, por cuanto no es de imposición a la Obra Social. Expresa además que la práctica no se encuentra nombrada y aun así OSEP procede a reincorporación por vía de reintegro. Argumenta que es atribución del Director de la Obra Social restablecer la naturaleza, proporción, extensión, duración

y formas de los beneficios asistenciales establecidos por la Ley de creación N° 3509/79 inc. K aprobó el anexo de reglamentación del beneficio de reintegro para los tratamientos de infertilidad.-----

-----

II. Primeramente, indico, que atento a la materia traída a resolver, este Tribunal resulta competente en virtud de lo establecido en el art. 204 de la Constitución provincial y art. 1 de la Ley 4998, modificatoria del art. 4 de la Ley 4642, asimismo conforme a la jurisprudencia reiterada por esta Corte de Justicia y en cuyo voto ratifico.-----

**Corte N° 050/2021**

III. Debe tenerse presente que la acción de amparo esta

prevista y regulada en nuestra Constitución Provincial, Ley 4642 y 4998, es por ello

que esta Corte de Justicia en numerosos pronunciamientos ha sentado como doctrina legal que el amparo es un proceso excepcional que solo resulta procedente en las delicadas situaciones y de extrema gravedad en las que por carencia de otras vías legales aptas, pelagra la salvaguarda de derechos fundamentales, requiriendo para su apertura circunstancias de muy definida excepción, tipificadas por la presencia de arbitrariedad, irrazonabilidad e ilegalidad manifiestas que configuren, ante la ineficacia de los procesos ordinarios, la existencia de un daño concreto y grave, solo eventualmente reparable por esa acción urgente y expeditiva (CSJN, Fallos, 301:1061).-----

-----

En el caso de autos, la prestación solicitada por la amparista, hace a la efectiva protección de sus derechos fundamentales, tales como el de la salud, dentro del que se encuentra la salud reproductiva, constituyendo de este modo el Amparo un remedio excepcional, siendo el medio más idóneo y

procedente, así, por imperio del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, otorga jerarquía constitucional a diversos ordenamientos internacionales en los cuales la salud ha sido reconocida como valores y derechos humanos fundamentales (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículos I y XIX; Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 25; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 12; Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica, artículo 5:1) y nuestra Constitución en su artículo 65 inciso 8º garantiza precisamente el derecho a la salud.-----

-

La presente Acción de Amparo se promueve en contra de OSEP a fin de que la obra social provea a M.J.C. de cobertura integral (100%) y de manera muy urgente, FERTILIZACION IN VITRO (FIV) por aplicación de técnica ICSI, con espermia donación, crio preservación de pre embriones blastocitos verificados por un año, incluido asimismo el 100% del costo de medicación y gastos generales que tales tratamientos impliquen, en centro médico de alta complejidad, en razón de padecer de reserva ovárica disminuida.-----

Examinado el contenido de la demanda y la contestación del informe, las pruebas presentadas y conforme al derecho aplicable, corresponde hacer lugar a la acción de amparo incoada a fin de que la Obra Social demandada cubra los gastos que irrogue el tratamiento de fertilización asistida indicado a la actora pues, como ya lo expresó la Cámara Federal de Mar del Plata 12/1/10, *en autos "U., V.C. c OSDE" "visto que la Organización mundial de la salud considera a la infertilidad como una enfermedad, resulta evidente que las obras sociales deben cubrir dentro de las prestaciones médicas obligatorias el tratamiento de la enfermedad, el procedimiento de reproducción asistida, embarazo, parto y cuidados neonatales del recién nacido".-----*

-----

La imposibilidad de procrear, manifestada por la actora, y certificada por médica y médico especialista, le constituye una deficiencia que conforme sus expresiones, le afecta en forma real y efectiva su calidad de vida y su deseo de formar una familia en un hogar monoparental, como derecho natural básico, inherente a su condición humana. Y siendo que la salud reproductiva involucra la salud psicofísica, además de su derecho de procrear, el cual la actora entiende vulnerado, afectando de tal manera sus derechos humanos, derechos que trascienden el orden positivo vigente. Entonces es en este sentido que la acción de amparo resulta ser el medio idóneo tendiente a obtener, de la obra social demandada, la cobertura económica del tratamiento de fertilización in vitro, pues, como lo expreso la CACAT CABA, sala II, 26/5/08 en autos Ayuso Marcelo Roberto y otro c. Obra social de la Ciudad de Buenos Aires *“la infertilidad que padece la actora y por la que se ve impedida de procrear representa un desmedro a su salud pasible de protección, siendo el Estado el obligado a paliar las*

**Corte N° 050/2021**

*deficiencias que impiden la reproducción natural de una persona, y no solamente a sostener aquellos que no se ven afectados por impedimentos en su función reproductora”*.-----

-----

En el caso en concreto, traído a decidir, la acción de amparo resulta ser la vía idónea para la dilucidación de los derechos constitucionales peticionados por M.J.C. que solicita la cobertura del tratamiento de inseminación asistida por parte de su Obra Social, pues la cuestión sometida a debate no permite que se extienda en el tiempo una larga discusión en el marco de un proceso ordinario porque además de, los derechos comprometidos, la urgencia está dada por su edad (44 años) ya que por indicación médica, el tratamiento solicitado debe ser efectuado antes de alcanzar la edad de 45 años, hecho que ocurrirá el 23/12/21, es

decir un poco más de 30 días. En virtud de haber acreditado la necesidad de una protección de carácter urgente, que preserve la salud de la amparista, su proyección de vida, y estando garantizado desde el bloque de legalidad constitucional su derecho a la salud, el que se encuentra intrínsecamente relacionado con el derecho a la vida, la presente acción de amparo resulta a todas luces procedente.-----

La urgencia planteada se aviene con el tipo de pretensión interpuesta, debido a la incorporación de derechos reproductivos en los textos constitucionales, en precedentes jurisprudenciales y en la Ley Nacional 26862, tendiente a garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida.-----

-----

Además de los tratados internacionales de derechos humanos (así, la Declaración universal de los derechos humanos en sus arts. 25 inc. 1 y 30; la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en su art. 11; el Protocolo adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador en su art. 10; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su art. 12, la Convención sobre Eliminación de Todas Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 12) incorporados a la Constitución Nacional (cf. art. 75 inc. 22); por su parte el art. 14 bis de la CN que establece la protección integral de la familia, la Ley 25673 que crea el programa Nacional de salud sexual y procreación responsable y establece en su art. 2 que uno de los objetivos de la misma es alcanzar para la población el nivel más elevado de salud sexual y procreación responsable con el fin de que pueda adoptar decisiones libres de discriminación, coacción o violencia, reforzando con el art. 3 respecto a que la Ley está destinada a la población en general, sin discriminación alguna.-----

La Convención Interamericana de Derechos Humanos, en su art. 1 establece que los estados se comprometen a respetar derechos y libertades que



reconoce dicho Pacto, y a garantizar el libre y pleno ejercicio a toda persona, sin distinción de raza, color, sexo o de cualquier otra índole, luego el art. 2 agrega, en síntesis, si el ejercicio de los derechos y libertades de mención no estuvieran ya garantizados por la legalidad interna, los Estados partes, se obligan a adoptar las mismas, mediante pertinentes creaciones y/o modificaciones constitucionales o legales que correspondan.- - - - -

-

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Atala Murillo y otros (fecundación in vitro) Vs. Costa Rica, en sentencia del 28/11/2012, dijo en el n. 142 de su Resolución “el art. 11 de la Convención Americana requiere la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada y familiar”.- - -

-

En el caso “Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez Vs. Ecuador sentencia del 21/11/2007 expresó “Esta Corte ha interpretado en forma amplia el artículo 7 de la Convención América al señalar que éste incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer o no hacer todo lo que esté lícitamente permitido, en otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias

**Corte N° 050/2021**

opciones y convicciones. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana”.- - - - -

En igual sentido en: "Átala Riffo y Niñas Vs. Chile", párrafo. 136. Se dijo: "La Corte Interamericana, ha resaltado el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias

opciones y convicciones".- - - - -

Dijo la Corte Interamericana: "La protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior". Cfr. Caso "Rosendo Cantú y otra Vs. México". Sentencia del 31 de agosto de 2010. Serie C No 216, párrafo. 119; y, Caso Átala Riffo y Niñas Vs. Chile, párrafo. 162.- - - - -

- Esta misma temática doctrinaria se reiteró en pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derecho Humanos (T.E.D.H.): "Caso Dudgeon Vs. Reino Unido", (N° 7525/76), Sentencia de 22 de octubre de 1981, párrafo. 41; "Caso X y Y Vs. Países Bajos", (N° 8978/80), Sentencia de 26 de marzo de 1985, párrafo. 22; "Caso Niemietz Vs. Alemania", (N° 13710/88), Sentencia de 16 de diciembre de 1992, párrafo. 29; "Caso Peck Vs. Reino Unido", (N° 44647/98), Sentencia del 28 de abril de 2003, párrafo. 57; "Caso Pretty Vs. Reino Unido", (N° 2346/02), Sentencia de 29 de abril de 2002. Final, 29 de Julio de 2002, párrafo. 61.-

"El concepto de "vida privada" es un término amplio no susceptible de definiciones exhaustivas. Cubre la integridad física y psicológica de una persona. A veces puede abarcar aspectos de la identidad física y social de un individuo. El artículo 8 también protege el derecho al desarrollo personal, y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior. Aunque ningún caso anterior ha establecido como un derecho como a la libre determinación como está contenido en el artículo 8 de la Convención, la Corte considera que la noción de autonomía personal es un principio importante que subyace a la interpretación de sus garantías".- - - - -

-----  
El mismo Órgano de referencia, T.E.D.H., in re "R.R. Vs. Polonia", (N° 27617/04), Sentencia del 26 de mayo de 2011, párrafo. 197, dijo: "La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona".-----  
-----

La Corte Interamericana, en Casos ya citados ("Rosendo Cantú y otra Vs. México", párrafo. 119 y "Átala Riffo y Niñas Vs. Chile", párrafo. 162), proclamó: "La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad.-----

Además, la Corte ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres". (Caso "Gelman Vs. Uruguay". Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C N° 221, párrafo. 97).-----

Ya pues enfilados en lo vinculado con la maternidad-paternidad, el Tribunal Interamericano, ha dicho: "Esta Corte considera que la decisión de ser o no, madre o padre, es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico".-----  
-

Nótese que, en similar sentido, el Tribunal Europeo (T.E.D.H.), Caso Evans Vs. Reino Unido, (N° 6339/05), Sentencia de 10 de abril de 2007,

**Corte N° 050/2021**

párrafos. 71 y 72, donde el T.E.D.H. señaló que el concepto de: "Vida privada incorpora el derecho a que se respete tanto las decisiones para llegar a ser y no llegar a ser uno de los padres", y precisó respecto a la reglamentación de la práctica

de FIV que: "El derecho a que se respete la decisión de convertirse en uno de los padres en el sentido genético, también entra en el ámbito del artículo 8".-----

En el Caso "Dickson Vs. Reino Unido", (N° 44362/04), Sentencia de 4 de diciembre de 2007, párrafo. 66, la Corte expresó respecto a la técnica de la reproducción asistida que: "El artículo 8 es aplicable a las reclamaciones de los demandantes en que la negativa de las instalaciones de inseminación artificial de que se trate de su vida privada y familiar que incorporan las nociones del derecho, a que se respete su decisión de convertirse en padres genéticos".-----

En el Caso "S.H. y otros Vs. Austria", (N° 57813/00), Sentencia de 03 de noviembre de 2011, párrafo. 82, la Corte se refirió explícitamente al derecho de acceder a las técnicas de reproducción asistida, como la FIV, señalando que: "El derecho de una pareja de concebir un niño y para hacer uso de la procreación médicamente asistida a tal efecto también está protegido por el artículo 8, como una opción de este tipo es una expresión de la vida privada y familiar".-----

-

La Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer reconoce en su artículo 16 (e), el derecho a la autonomía reproductiva por el cual las mujeres gozan del derecho "a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos". Acerca de este punto, la Corte Interamericana en el fallo citado en el párrafo anterior dijo: "Este derecho es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad".-----

Más adelante, en el Considerando N° 150 del mismo resolutorio se dijo "el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda

relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho al goce de los beneficios del progreso científico ha sido reconocido internacionalmente y, en el ámbito interamericano, se encuentra contemplado en el artículo XIII de la Declaración Americana y en el artículo 14.1 "b)" del Protocolo de San Salvador.- - - - -

En la Declaración sobre la Utilización del Progreso Científico y Tecnológico en Interés de la Paz y en Beneficio de la Humanidad, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 3384 (XXX), de 10 de noviembre de 1975, párrafo 3, remarcó la relación entre el mentado Progreso Científico y Tecnológico y la satisfacción de las necesidades materiales y espirituales de todos los sectores de la población.- - - - -

A estar con lo que vengo recopilando, conforme al artículo 29 b) de la Convención Americana, el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones. Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona.- - - - -

- - -

Toda esta protección al derecho a la vida, a la salud, a la protección y asistencia integral de la maternidad, al ejercicio pleno de sus derechos, a la igualdad de oportunidades, conforme los arts. 16, 64, 65 II 1 y 3 de la Constitución Provincial, encuentran sus garantías de manera específica en Ley

Nacional 26862, la cual “no realiza ningún tipo de distinción, requisitos ni limitaciones que impliquen la exclusión, debido a la orientación sexual o el estado civil de las personas a las cuales está destinada” (STJ Rio Negro T. M. s Amparo s. Apelación 04/02/14).-----

-

Asimismo la situación que motiva la presente acción obliga a recordar que *“El amparo es un proceso utilizable en las delicadas y extremas situaciones en las que por carecer de otras vías aptas peligra la salvaguarda de derechos fundamentales, por esa razón su apertura exige circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, frente a las cuales los procedimientos ordinarios resultan ineficaces”* (SCJN, 15-7-97, *García Santillán c/ ANses*”, en *Revista de Derecho Procesal Amparo Habeas datas, Habeas corpus*” Vol. I, t.4 pag 387, ed Rubinzal- Culzoni. 2000).-----

En esa inteligencia siendo el amparo un proceso excepcional contra un acto en que la arbitrariedad o ilegalidad se perfile notoria, inequívoca, cierta, ostensible e indiscutible es que considero que en el caso los recaudos exigidos por la norma constitucional y la Ley provincial N° 4642 para su procedencia se encuentran presentes.-----

-

En cuento a la legitimación, aduce la actora que es afiliada a OSEP, circunstancia que acredita con la documental acompañada a fs. 03, extremo que no ha sido controvertido por la demandada, sino reconocido mediante documental obrante a fs. 85. “informe división afiliaciones”, carnet 07-080045-00 DNI 25.746.066.-----

En el sub lite se observa que la actora, residente en nuestra Provincia de Catamarca, afiliada a la Obra Social de los Empleados públicos, se ve

afectada y discriminada por la ilegalidad que le impide el acceso al tratamiento de fertilización in vitro, siendo para ella la única manera posible en un hogar uniparental, a lo que debe adunarse, las acreditadas dificultades y/o imposibilidades médico-físicas que presenta para la concepción.- - - - -

Con fecha 30 de agosto de 2021, la demandada dicta Resolución OSEP N° 6260 por la que dispone “*NO HACER LUGAR A LA COBERTURA DE FERTILIZACION ASISTIDA solicitada por la Sra. C. M. J. (la anonimizacion me pertenece), en virtud de los siguientes considerandos: i) Auditoria medica expresa que según normativa de OSEP no se cubren los tratamientos de fertilización in vitro con semen de banco. La cobertura está indicada para parejas convivientes, ambos integrantes deben ser afiliados de OSEP, la cobertura hasta 41 años, según evaluación de auditoria médica y que deben existir intentos previos de procedimientos de baja complejidad. Por lo expuesto, considera que no es factible la cobertura a lo solicitado, salvo mejor criterio de la superioridad*”.- - - - -

-

En efecto la normativa que se aplica al caso, para denegar la petición de la actora, es abiertamente perjudicial y discriminatoria a los derechos esenciales inherentes a la solicitante.- - - - -

Veamos en análisis inductivo, como se plasma en autos el aserto que antecede.- - - - -

La Resolución N° 6260, se dicta en consideración y teniendo en cuenta lo analizado en dictamen jurídico N° 1891, el cual arguye “*la resolución OSEP n° 9387/2015 regula la naturaleza, términos, condiciones, extensión y duración para el beneficio de reintegro de tratamientos de fertilización asistida. en su anexo I requerimientos parejas convivientes, afiliados a esta obra social, mujer mayor de 37 años y hasta 41 años serán evaluados por el servicio auditoria médica para determinar las posibilidades de éxito y riesgo , algo que no sucede en el*

*presente caso. Además entre los procedimientos excluidos se encuentra la fertilización in vitro (FIV- ICSI) con semen de banco. En virtud de ello lo solicitado por la afiliada asta dentro de la casuística de la exclusión”.- - - - -*

**Corte N° 050/2021**

Con ello va de suyo decir: que la Resolución OSEP N 6260 de fecha 30 de agosto 2021, se sustenta en la Resolución OSEP N° 9387/2015 del 31/07/2015; Boletín Oficial 16/02/2018. Expresa que si bien nuestra provincia no regula la cuestión, en el contexto nacional la Ley 26862 enerva el derecho de la planificación familiar conteste con múltiples fallos judiciales que ratifican el principio”. Con ello, la demandada deja de manifiesto el reconocimiento de la aplicación a la Ley, lo cual más allá de esa invocación, dejó aclarado en este punto que la Ley Nacional 26862, es ley de orden público y resulta operativa para las provincias como piso o mínimo decente.- - - - -

Así lo expresó el 6 de septiembre de 2016 |Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza |MJ-JU-M-100805-AR |MJJ100805 |MJJ100805, en autos M. M. M. c OSEP /AMPARO: “Las disposiciones de la ley 26.862 son de orden público y de aplicación en todo el territorio de la República (art. 10 de dicha ley). Esta norma fue sancionada en 2.013 y publicada el 26 de junio de ese año. La resolución n° 157/2013, dictada unos meses antes, ha quedado pulverizada por esa ley nacional, sin olvidar que ya era inválida por ser discriminatoria (art. 1, ley 23.592). Le guste o no a la demandada, las prestaciones de la ley integran el Programa Médico Obligatorio (PMO)”.- - - - -

La Resolución OSEP N° 9387/2015 dictada por la Dirección de OSEP, que constituye de antecedente a la Resolución OSEP N° 6260, señala como condiciones de exclusión: ...3) indicación de donación de gametos (óvulos o espermatozoides). 4) inseminación con semen heterólogo. 5) crío preservación de óvulos, semen y embriones. 7) mujeres mayores de 42 años.- - - - -



-

De manera clara e inequívoca se advierte, como vengo expresándolo que la Resolución OSEP N° 6260, es discriminatoria y arbitraria para casos como el de la actora sub lite, a la vez que violatoria de diversas normativas ut supra citadas como la Convención Americana de derechos humanos, violatoria de la igualdad ante la ley, y del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos y en especial la Convención sobre la eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer conforme normas ut supra citadas, coincidentes con la manda de la Constitución Nacional y Provincial.-----

La Resolución OSEP N° 9387/15, como la Resolución OSEP N° 6260/21 dispuesta por el Director de la Obra Social de los Empleados Públicos, en lo que impone un banda de edad limitada para la cobertura de tratamientos de fertilización asistida, excede las facultades reglamentarias, las cuales no pueden ser excedidas por el Poder Ejecutivo Provincial, mucho más lo son, si provienen de una Dirección Provincial, autónoma o no, ya que aquellas entran en colisión con las disposiciones de la Ley Nacional 26845 (art. 2 inciso c, art. 3 inciso e y concordantes), su Decreto Reglamentario 2011/10 y con el art. 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, firmada y ratificada por nuestro país y que desde 1994 tiene jerarquía superior a las leyes, por haber sido incorporada en el inciso 22 del art. 75 de la Constitución Nacional, entrando esta norma reglamentaria, asimismo en crisis con lo dispuesto por nuestra constitución Nacional, Provincial y demás Tratados Internacionales con jerarquía constitucional.-----

-

Así lo resolvió el Tribunal del Trabajo de Lanús: A. A. Y OTRO C/ IOMA (INSTITUTO DE OBRA MÉDICO ASISTENCIAL) S/ AMPARO, 29/06/2011: *“Obsérvese que la norma reglamentaria es promulgada antes que comience a funcionar el Consejo Consultivo Médico de Fertilidad*

*Asistida y la propia autoridad de aplicación -en este caso el Ministerio de Salud- encargada de determinar las prestaciones que se ofrecerán a las parejas beneficiarias, teniendo en cuenta los avances científicos en la materia como así lo dispone el art. 7° de la Ley 14208 y considerando del Decreto 2980/10 (...)", para continuar diciendo "La norma en crisis incluso avanza contra el propio artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra*

**Corte N° 050/2021**

*la mujer cuando refiere de manera operativa y no programática que "Los Estados*

*Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la 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." .- - - - -*

-  
Es decir que la delegación otorgada por el legislativo al ejecutivo para la concesión de este tipo de beneficios se vincula con los avances científicos en la materia. - - - - -

Por su parte la norma reglamentaria no explicita en sus considerandos los motivos científicos que llevan a imponer este límite de edad al cual la norma de origen en nada ha trasuntado sobre ello. - - - - -  
- -

Por todo lo hasta aquí expuesto, de prosperar mi voto, soy de opinión que debe decretarse la inconstitucionalidad y por lo tanto la inaplicabilidad en el caso en análisis de la Resolución OSEP N° 9387/15 como la Resolución OSEP N° 6260/21 dispuesta por el director de OSEP.- - - - -

Ahora trataré cada una de las exclusiones que por actos administrativos dispuso Osep, las cuales integran la inconstitucionalidad antes

proclamada en este presente voto. - - - - -

Exclusiones:

La resolución administrativa cuestionada, fija como criterios de exclusión:

\*3) exclusión por donación de semen (semen de banco). Para analizar la cuestión corresponde exponer en primer lugar el penúltimo párrafo del art. 8 del Decreto Reglamentario N° 956/13, referido por cuanto establece “la donación de gametos y/o embriones deberá estar incluida en cada procedimiento. La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial”. En este sentido el nuevo Código Civil y Comercial Argentino vigente, en su artículo 17, al referirse a los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes, instituye que no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social, previendo que solo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores. El nuevo código reafirma lo sustentado por la propia ley nacional y su reglamentación en cuanto prohíbe la comercialización de elementos orgánicos o partes del cuerpo del ser humano. - - - - -

La Ley 26.862 tiene por objeto "garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida" (art. 1). A los efectos de dicha ley, "se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones" (art. 2). Ergo, la donación de semen está dentro del marco legal y es una práctica exigible por la titular del derecho, aquí, la actora. - - - - -

Si alguna duda quedase, la ley aclara "todos aquellos agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados independientemente de la

figura jurídica que posean, incorporarán como prestaciones obligatorias y a brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación. Quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO) estos procedimientos, así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad de aplicación, la cual no podrá introducir

### **Corte N° 050/2021**

requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios" (art. 8). Como vemos, una mujer -casada o soltera- es, para la ley argentina, acreedora de dichos tratamientos médicos en pos de embarazarse. La ley no exige, lo que pretende sostener el acto administrativo de OSEP, tales como estar casado o en pareja, ni determinada orientación sexual. - - -

Las pautas que brinda El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales cuando estipula "el derecho a disfrutar del progreso científico en el área de la reproducción humana", hace que la concesión por parte de OSEP a la práctica médica solicitada, sea de ineludible cumplimiento. - - - - -

En fin, como surge de esta reseña, es indiscutible que los derechos a la salud, a la procreación, a la familia, a la seguridad social, a la aplicación de los avances tecnológicos y científicos reciben suficiente cobijo en

todo el plexo normativo, supranacional y local, con el dictado de la Ley Nacional 26862 y su Decreto Reglamentario N° 956/2013.-----

\* 4) inseminación con semen heterólogo: Esta práctica tampoco puede ser excluida arbitrariamente ya que la Ley 26862 y su Decreto Reglamentario establece "...incorporarán como prestaciones obligatorias a brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; **las técnicas de reproducción asistida (TRA)**; y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, **con gametos** del cónyuge, pareja conviviente o no, **o de un donante**, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación. Quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO) estos procedimientos, así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad de aplicación, la cual **no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios.**-----

\* 5) Crio preservación de óvulos: Teniendo en cuenta que el tratamiento que solicita la amparista requiere de crio preservación de pre embriones blastocitos, para ello debemos tener en cuenta los procedimientos y técnicas que la OMS define como Reproducción Médicamente Asistida, tal como lo prevé el artículo transcrito, por lo que pasaré a su análisis, ya que el Glosario de terminología en técnicas de reproducción Asistida (TRA) de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y el Internacional Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) define las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) como *"todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos*

*para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye, pero no está limitado solo a, la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero subrogado.”.* Por tanto, debe considerarse que dentro de las previsiones del art. 8 de la Ley 26862 se encuentra incluida la **criopreservación de ovocitos y embriones, y la donación de ovocitos y embriones**. En este mismo sentido, el Decreto Nacional 956/2013, reglamentario de la Ley analizada, en su artículo 2 titulado “definiciones”, segundo párrafo afirma *“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”.* Por lo que no cabe

#### **Corte N° 050/2021**

lugar a duda que dicha práctica se encuentra contemplada dentro de las técnicas de

reproducción médicamente asistida de alta complejidad referidas en la Ley Nacional y su Decreto Reglamentario. Cabe resaltar que el tratamiento de Alta Complejidad requiere de cinco pasos o etapas: Estimulación Ovárica, punción de ovarios, fertilización de óvulos, cultivo de embriones y transferencia de los mismos, y que la fecundación se realiza mediante inyección intracitoplasmática de espermatozoide en el citoplasma de un ovocito (ICSI). Asimismo, que el tratamiento a realizarle a la afiliada, para el caso que pudiera extraerse ovocitos de ella, es casi idéntico al que correspondería en caso que sean gametos provenientes de una donante, a lo que solo se le agregaría el costo de los estudios de rigor previos a la donación.- - - - -

-

\* 7) Mujeres mayores a 42 años: Al respecto la Ley en su art.

7 establece que tienen derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, **toda** persona mayor de edad que haya explicitado su consentimiento informado. Así lo expresó en expte 126073/15 *Seguida Contra: ACCION DE AMPARO PRESENTADO POR T. M. DEL V. EN CONTRA DEL INSTITUTO PROVINCIAL DE SALUD DE LA PROVINCIA DE SALTA - AMPAROS CONSTITUCIONALES: “Se encuentra acreditada en autos la edad de 51 años de la Sra. M. del V. T. (fs. 14) como así también, su consentimiento de someterse al tratamiento, tal como lo expresara en plenario del día 1/10/2015, también consta el consentimiento informado firmado por la Sra. T. y el Dr... en expediente N... del IPSS a fs.9/17”*.-----

También se ha dicho: *“que el ejercicio de los derechos constitucionales reconocidos, entre ellos el de la preservación de la salud, no necesita justificación alguna, sino por el contrario, es la restricción que se haga de los mismos la que debe ser justificada”* (CJSalta, 29-12-04 Gómez c Instituto Provincial de Salud de Salta).-----

Actuar en contra de este dispositivo jurídico sería negar el paso importante dado con la Ley 26862 en materia de igualdad de acceso a derechos reproductivos. Esta normativa presenta una mirada que claramente tiende hacia la comprensión de un ser humano en su integralidad, en sus valores, emociones y por sobre todo y en lo puntual, considerando sus deseos de maternidad o paternidad, que por diferentes razones puede verse postergado.-----

--

Al respecto, Conferencias internacionales, intervención de ONG vienen trabajando en problemas demográficos, estatus jurídico y social de la mujer en el mundo, convirtiendo estas conferencias en escenarios mundiales de nuevas concepciones antropológicas que influyen en la redefinición de nuevos derechos, antes impensables, como los derechos sexuales y reproductivos los cuales siempre fueron puntos centrales de esas agendas. Un ejemplo de ello lo constituye

la recomendación sobre mujeres en la conferencia regional de Europa, donde se expresó *“pedimos respeto a los derechos sexuales de las mujeres, incluido el derecho a expresar libremente su sexualidad sin sanciones legales, políticas, culturales, religiosas y sociales”* prosigue: *“los gobiernos deben reconocer expresamente los derechos de las mujeres solteras, lesbianas y todas mujeres que no estén vinculadas a un hombre, ya que son componentes fundamentales de los derechos humanos y que ellas tienen derecho a ser cononocidas como familia uniparental, a vivir sin temor a discriminación, hostigamiento o persecución. Los gobiernos deben comprometerse a eliminar las tendencias heterosexuales en la educación, políticas económicas, sociales y legislaciones para asegurar que todas las mujeres disfruten su autonomía sexual y libertad”* (conclusiones del programa de Acción Regional para las Mujeres de la Unión Europea, aprobado por European Regional Preparatory Conference, Viena oct. 1994). - - - - -

Ello explica que en el mundo, muchos estados se han preocupado por redefinir conceptos e introducir el término “familia” en su tradicional contenido e introducir la perspectiva de género. Así sucedió en El Cairo, cuando se definió con la expresión “formas de familia” quedando redactado de la

### **Corte N° 050/2021**

siguiente manera: aunque hay diversas formas de familia, en los diferentes sistemas

sociales, culturales, políticos, jurídicos la familia es la unidad básica de la sociedad y por consiguiente tiene derecho a recibir protección y apoyo amplio. - - - - -

-

El apoyo jurídico (Resolución OSEP 9387/2015) de la resolución cuestionada es anterior a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, por cuanto estableceré las siguientes consideraciones:

A- Cabe destacar que la sanción de la Ley N° 26862 y el



nuevo Código Civil de la Nación, en cuanto trata a los TRHA como un tercer tipo filial, regulándolos a la par de las causas fuentes filiales ya existentes (por naturaleza y la adoptiva), ha superado los posibles cuestionamientos bioéticos y legales que puedan plantearse en torno al material genético que se utiliza para el procedimiento médico, en cuanto, la fertilización heteróloga (IAD) está expresamente permitida en el derecho nacional (arts. 2 y 8, Ley N° 26862 y arts. 560 a 562, CCC), con sólidos fundamentos constitucionales y convencionales.-

*La doctrina ha reflexionado que el reconocimiento de la libertad de las personas para adoptar las decisiones que afectan su salud, su integridad física o su bienestar ha sido uno de los factores que más ha contribuido al aumento del número de normas jurídicas relativas a temas de la vida (bio). Esta valoración de la libertad individual también ha cambiado el punto central de la construcción de la bioética, que en sus comienzos había sido utilizada como un instrumento para uso del profesional que debe adoptar decisiones; y en la actualidad sirve a cada persona implicada en ese proceso (conf. Sentencia 3/2018 sala electoral y de competencia originaria del Tribunal Superior de Córdoba, autos V. F., C.V. c/ APROSS s/ AMPARO). “En tal contexto, las transformaciones que ha experimentado el derecho de familia a la luz de los TRHA deberán ser analizadas desde el desarrollo y la consolidación de los derechos humanos a los fines de dar respuesta a los conflictos que se suscitan en una sociedad plural y democrática en la que se ha ensanchado la generación de nuevos núcleos familiares”.(conf. Sentencia 3/2018 sala electoral y de competencia originaria del Tribunal superior de Córdoba, autos V. F., C.V. c/ APROSS s/ AMPARO). - - - - -*

El art. 58 de la Constitución Provincial garantiza la constitución y funcionamiento de la Familia como base fundamental de la sociedad y responsable primaria de la crianza y educación de los hijos. El estado promueve las condiciones necesarias para su unidad y afianzamiento, garantiza... el derecho

de los cónyuges a procrear. A su vez el art. 65 refiere como garantía de derechos especiales II De la Mujer: al ejercicio pleno de sus derechos, a la igualdad de oportunidades. A la protección y asistencia integral de la maternidad.- - - - -

Por su parte, para los casos de TRHA heterólogos (IAD) el artículo 8 del Decreto N° 956/13 (reglamentario de la Ley N° 26862) establece que “En caso en que la técnica de reproducción médicamente asistida se requieran gametos o embriones donados, éstos deberán provenir exclusivamente de los bancos de gametos o embriones debidamente inscriptos en el Registro Federal de Establecimientos de Salud (ReFES) de la Dirección Nacional de Regulación Sanitaria y Calidad en Servicios de Salud, dependientes del Ministerio de Salud” (párrafo séptimo).- - - - -

Asimismo, regula la posibilidad fáctica de que la donación se haya efectuado en un centro autorizado diferente al establecimiento en el que se realiza el TRHA, en tanto, no siempre los centros de salud especializados tienen, a la vez, bancos de gametos y/o embriones. - - - - -

B- Por otra parte, en relación a las normas de inclusión (exclusión por discriminación diría) establecidas en la Resolución N° 6062 de OSEP, fundadas en el criterio etario (hasta 41 años), resulta otro extremo más de ilegalidad y arbitrariedad del actuar administrativo de la demandada, por cuanto, al establecerlo ha violado de manera expresa y sin cavilaciones lo dispuesto en el

**Corte N° 050/2021**

art 7 de la Ley 26862, en el sentido que *“el rango etario no debe ser asumido*

*como un límite absoluto e infranqueable toda vez que permite dar un tratamiento de excepción, en la medida que se comprueben en cada caso particular las posibilidades de alcanzar el embarazo sin riesgo para la madre como para el niño*

*por nacer.”* (Conf. Sentencia 3/2018 sala electoral y de competencia originaria del Tribunal superior de Córdoba, autos V. F., C.V. c/ APROSS s/ AMPARO). - - - - -

Sobre la edad de la solicitante, existen en nuestra jurisprudencia nacional casos semejantes al planteado en autos, y entre esas semejanzas ubicamos la edad de la actora, tal lo que ocurre con el dictado de la Sentencia definitiva por el Juzgado Civil y comercial de Salta en autos A. M. L. y A. A. c/ Instituto provincial de salud (I. P. S. ) s Amparo, que dijo: *“Tampoco puede desconocerse la importancia y urgencia del tratamiento para la amparista en relación a su edad biológica, pues a la fecha del dictado de la presente tiene la edad de 47 años (ver fotocopia DNI a fs. 14(, hecho puntual que me exime de mayores consideraciones, la que también afecta a su derecho a la salud y amerita la urgencia de una solución efectiva”*. - - - - -

Entendida y justificada la urgencia de la amparista y a los fines del cumplimiento de lo aquí expuesto, contemplando la edad biológica de la paciente, corresponde ordenar a OSEP arbitrar los medios necesarios para que el instituto de mayor complejidad que realice la práctica médica ordenada fije un turno a la paciente con la urgencia tal que resulte anterior al día 23/12/21, teniendo en cuenta lo indicado por la médica especialista y lo dispuesto en el párrafo precedente.- - - - -

En virtud de lo expuesto precedentemente, la edad requerida no se encuentra reglamentada como un criterio de exclusión *in limine*, en tanto los facultativos en la medicina especializada, han evaluado la situación concreta en la salud ginecológica de la actora. Por su parte a fs. 10, -certificada y reconocida a fs.54-, el Dr. Pablo Javier Avalos, especialista en medicina ginecológica y reproductiva, indica, luego de requerir exámenes previos a la

paciente C. M. J, tratamiento de fertilización in vitro con semen de banco. Y a fs. 14 la Dra. Tomassi Claudia, especialista en medicina tocoginecológica, le diagnostica a la amparista M.J.C., “esterilidad con deseo de fertilidad, baja reserva ovárica, indicando derivación a centro de fertilidad de alta complejidad para tratamiento de fecundación, con 45 años, con donación de semen”. (el subrayado me pertenece). - - - - -

La obra social OSEP, basa toda su fundamentación de rechazo al tratamiento solicitado, en una enunciación de requisitos, que como expresé en todo el desarrollo, son todos contrarios a lo dispuesto por las normativas, tanto nacionales como internacionales que garantizan derechos esenciales de la mujer como el de la pretendida maternidad. No debemos olvidarnos que, el derecho a la salud reproductiva, no solo está indisolublemente unida al derecho a la salud, sino está ínsito en él; derecho básico que debe ser garantizado por el Estado mediante acciones positivas. Garantizar -como precisó la Corte Interamericana de D H- implica la obligación del estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que pudiesen existir para que los individuos disfruten de los derechos que la Convención reconoce. De ahí, que la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder al goce de aquellos constituye violación del artículo 1.1 de la Convención. - - - - -

Incluso, en la auditoría médica practicada por OSEP y que obra a fs.109, la auditora, Dra. Adriana Rebeca Unzaga, se circunscribe solo a enunciar requisitos formales de cobertura, sin intervenir en su especialidad -medicina- para analizar con toda su sapiencia, si conforme los estudios médicos adjuntos al expte. administrativo, hacen viable o no, según el estado de salud de la

## Corte N° 050/2021

amparista la procedencia real del tratamiento. Cuando con su intervención podría

haber brindado al superior jerárquico las razones médicas fundadas, que luego hubieran sido la traducción a los fundamentos legales y razonables del acto administrativo. -----

Por último, y ya lo dijo el Tribunal Superior de Córdoba en autos *V.F. C.V. c/ APROSS s/AMPARO*, cabe considerar la particular situación jurídica en la que se hallaría la actora, dado que, por la decisión de la obra social, no recibiría la cobertura correspondiente al TRHA de alta complejidad requerido, debido a que la reglamentación vigente de la obra social a la que se encuentra afiliada excluye expresamente dicha prestación. Pero, a la vez, tampoco estaría en condiciones de acceder a los TRHA brindados a través de la Red de Establecimientos Públicos de Reproducción Médicamente Asistida (Creado mediante Resolución 1831-E-/2017 del Ministerio de Salud de la Nación), en cuanto los mismos están destinados a garantizar la cobertura integral de los TRHA normados por la Ley N° 26.862, tanto de baja como de alta complejidad, para la población que no cuente con cobertura de una obra social. Lo señalado llevaría al sin sentido de permitir que una afiliada obligatoria, a la que se le descuenta mensualmente los aportes correspondientes a la obra social se encuentre en condiciones desventajosas respecto a aquellas personas que no aportan a ninguna prestadora de salud.--

-

El desarrollo de las diferentes consideraciones que dan fundamento al presente resolutorio judicial, lo que arroja como conclusión la manera arbitraria, irrazonada e ilegal en que se dictó la Resolución OSEP N° 6260, permite concluir la procedencia del Amparo interpuesto en razón de que ninguna reglamentación ni normativa de una obra social puede lesionar derechos

garantizados por la Constitución Nacional y contemplados en tratados internacionales que revisten igual jerarquía.-----

- C) En función de lo hasta ahora señalado, no podemos dejar de valorar el estado de alta vulnerabilidad en que se encuentra la amparista en su carácter de paciente de salud, de consumidor (frente a su obra social) a lo que podríamos agregar la de su incapacidad para poder engendrar. Ello nos obliga, en función de los nuevos parámetros señalados en materia de salud y de protección de los derechos humanos consagrados por el Código Civil y Comercial de la Nación, a flexibilizar las formas procedimentales y a realzar la figura del Tribunal como director del proceso, en aras de lograr una justicia más cercana a solucionar los problemas del justiciable cuando se encuentra en juego el derecho humano a la salud, entendido no como ausencia de enfermedad sino como el poder obtener el más alto nivel de bienestar personal.-----

Teniendo en cuenta que la Ley 25673 garantiza el acceso a los métodos necesarios para acceder a la paternidad o maternidad responsable, no cabe dudas que tanto las obras sociales como las empresas de medicina prepaga están obligadas a costear los tratamientos de fecundación asistida, deviniendo en arbitraria su negativa a cubrirlos y como tal injusta.-----

-----  
El Programa médico obligatorio (PMO), reglamenta la cobertura de las prestaciones obligatorias de los agentes de salud nacional (obras sociales y empresas de medicina prepaga). Se trata de una canasta básica de prestaciones médico asistenciales. Al respecto la Jurisprudencia mayoritaria afirma que PMO configura un piso que contiene una enumeración no taxativa, ni rígida de prestaciones mínimas en cabeza de las obras sociales (*Asociación de Benghalensis y otras c. Estado Nacional*”, CSJN, Fallos: 323:1339; “*R., V. C. y otros c. Galeno S.A.*”, Cám. Fed. Civ. y Com., sala III, AR/JUR/14224/2010; “*M. N. M. s/amparo*

(demandado: Medicus SA)”, Cám. Civ. y Com. de La Matanza, sala I, LL BA 2013 (agosto), 722; “G., Y. S. c. O.S.D.E. s/ prestaciones médicas”, Cám. Fed. San Martín, sala I, LL 2015 - A, 37; “B. J. H. c. OSDE Binario S. A. s / medida

### **Corte N° 050/2021**

autosatisfactiva”, Cám. Nac. Civ. y Com. Fed., sala III, LL 17/07/2014, 7; “L. M.

M. L. y otro c. OSPACA y otro s/ sumarísimo”, Cám. Nac. Civ. y Com. Fed., sala I, AR/JUR/48742/2013; “Rubiolo, Alfredo Andrés c. Administración Provincial del Seguro de Salud (A.P.R.O.S.S.) s/ amparo”, Cámara 3a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, AR/JUR/2042/2013; “A. Fabián c. Swiss Medical”, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta, LL NOA 2013 (marzo), 205; “Galán, Gladys Paula y otros c. Staff Médico S.A. s/daños y perjuicios”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, LL 2012-B, 444; “B., O. A. (en Representación de su hija M. F. M. y de su nieta P. L.M.) C. Osecac S/amparo-Medida Cautelar”, Cám. Fed. Salta, LL NOA 2011 (octubre), 1011; “Auad, Leonardo Gustavo y ot. p/s. h. m. Farrando Francisco Auad c. Caja de Jubilaciones y Pensiones de Abogados y Proc.”, Cám. 1a de Apelaciones en lo Civ., Com., Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, AR/JUR/2242/2011; “R., N. F. – O., N. c. Obra Social Del Poder Judicial de la Nación”, Cám. Fed. de Salta, LL NOA 2010 (noviembre), 991; “M., M. A. y otros c. I.A.P.O.S. y otro”, Cám. Civ. y Com. de Santa Fe, sala I, LL 2010-E , 286, AR/JUR/39596/2010; “R., V. C. y otros c. Galeno S.A.”, Cám. Nac. Civ. y Com. Fed., sala III, AR/JUR/14224/2010; “C. G., E. c. Swiss Medical S.A.”, Cám. Nac. Civ., sala G, AR/JUR/31476/2009; “Vaca, Héctor Horacio y Otra c. Asociación Mutual del Personal Jerárquico de los Bancos Oficiales Nacionales”, Cám. Civ. y Com. de Santa Fe, sala I, LL Litoral 2009 (setiembre). - - - - -

Se ha subrayado especialmente que la circunstancia de que

ciertas prestaciones no hayan sido expresamente previstas en el PMO no obsta su otorgamiento, pues aquellas constituyen un piso mínimo al cual se encuentran obligados los agentes del servicio de salud. “L., M. L. y otro c. OSDE s/ amparo”, *Cám. Nac. Fed. Civ. y Com., Sala II, AR/JUR/27232/2013.*-----

*En el marco de una acción de amparo a fin de obtener la cobertura de un tratamiento de fertilidad de una prepaga se sostuvo, por un lado, que ante la falta de inclusión de un tratamiento entre las prestaciones del PMO, el Poder Judicial no puede permanecer inactivo para otorgar eficacia a un derecho fundamental y, por el otro, que dicha facultad del órgano judicial -como tantas veces destacó la Corte Suprema- es consecuencia forzosa del carácter de guardián e intérprete supremo de la Constitución con el que ha sido investido para dar efectiva tutela a los derechos reconocidos por aquélla. “G., G. A. y C. A., L. c. Swiss Medical S.A. s/ acción de amparo”, Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy, LLNOA 2013 (agosto), 754.*-----

--

De lo que cabe inferir que la Obra Social de los empleados Públicos OSEP excluye deliberada y discrecionalmente, el supuesto de hogar monoparental, en que se encuentra la actora, negándole la posibilidad de cobertura de fertilización asistida in vitro con banco de semen.-----

-

Siguiendo los lineamientos del fallo de la Corte Interamericana, en el caso “Átala Riffo”, al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que los Tratados de Derechos Humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagrados por el art. 29 de la Convención Americana, así como lo establece la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.-----



-----

Iniciando el análisis por la norma madre, esto es la Ley Nacional 26862, sancionada 05/06/13, publicada BO 26/06/13 se ha dado con ella un importante paso en materia de igualdad de acceso a los derechos reproductivos. Su normativa presenta una mirada que claramente tiende hacia la comprensión del ser humano en su integridad, en sus valores emocionales y por sobretodo considerando sus deseos de maternidad o paternidad, según el caso, que por diferentes razones puede verse postergado o imposibilitado. -----

**Corte N° 050/2021**

Con esta ley se incorporan como prestaciones obligatorias la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos, las terapias de apoyo, los procedimientos y las técnicas que la Organización mundial de salud define como de reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen *“técnicas de reproducción asistida (TRA) inseminación intrauterina, intracervical, intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante”*. -----

Incluye en el PMO (Programa médico obligatorio) estos procedimientos, como el diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo. (art.8). --

Resulta significativamente importante destacar que el texto legal establece que no se podrán introducir requisitos o limitaciones, que impliquen exclusión debido a orientación sexual o estado civil de los destinatarios.-----

*Por todo lo expuesto considero que la acción de amparo debe prosperar, debiendo la obra social demandada OSEP, brindar a la actora la cobertura integral 100% de la prestación fertilización asistida FIV por técnica ICSI*

*con ovodonación y banco de semen, incluyendo también de manera integral la medicación y los gastos que ella demande, comprendida la crio preservación de ganetas y/o embriones en caso de ser necesario. - - - - -*

IV.- Otro aspecto a considerar, es el plazo de ejecución para el caso de prosperar la solución que propongo sobre la procedencia de la acción.- - -

Como lo expresa el Sr. Ministro Dr. Figueroa Vicario, en los autos Expte 068/2020 Baigorri Roque y otro c. OSEP, Sentencia N°9 del 24/08/2021, al cual adhiero, *“El artículo 13 de la Ley N° 4642, como recaudo en el cumplimiento del dictado de la sentencia, obliga la fijación del plazo para el cumplimiento de la medida, sin indicar cuantitativamente el mismo. Por lo que la fijación del plazo como dice Rivas en su obra (El Amparo) deja librado al arbitrio judicial su fijación, ya que esta regla no parece desacertada porque permite al Juez, arbitrar con flexibilidad cuantas medidas idóneas proceden para que sin demoras se cumpla el mandato del fallo. En este sentido, el artículo 155 del CPCC, al dejar librado al magistrado el plazo señala como pautas de valoración la naturaleza del proceso y la importancia de la diligencia.- - - - -*

Sin desconocer la naturaleza del proceso, pero en razón de encontrarnos en una situación excepcional producto de la URGENCIA por la llegada de la edad de los 45 años de la actora, fijo como plazo para el otorgamiento de la prestación, a cargo de la Obra Social y a favor de la Amparista, en cinco días corridos, debiendo la OSEP mantener informado al Tribunal respecto del estado del trámite con motivo de los inconvenientes que pudieran surgir en ellos.- - - - -

Por todo ello concluyo: - - - - -

-

Corresponde declarar la inconstitucionalidad y por tanto la inaplicabilidad al caso en análisis de las Resoluciones OSEP N° 9387/2015 y 6062/2021 dispuesta por el Director de la Obra Social de los Empleados Públicos OSEP, en atención a los fundamentos dados precedentemente. - - - - -

Hacer lugar a la acción de amparo interpuesta por la actora M.J.C., ordenando a la OBRA SOCIAL DE LOS EMPLEADOS PUBLICOS-OSEP a otorgar cobertura integral (100%) y de manera muy urgente respecto de la FERTILIZACION IN VITRO (FIV) por aplicación de técnicas ICSI, en instituto médico de alta complejidad, con espermadonación, criopreservacion de pre embriones Blastocitos verificados por un año, incluido asimismo el 100% del costo de la medicación y todos los gastos generales, que tales tratamientos impliquen, estando también comprendida la adquisición de semen en banco. - - - - -

Entendida y justificada la urgencia de la amparista y a los fines del cumplimiento de lo aquí expuesto, contemplando la edad biológica de la paciente, corresponde ordenar a OSEP arbitrar los medios necesarios para que el instituto de mayor complejidad que realice la práctica médica ordenada en un plazo de cinco días, debiendo fijarse un turno a la paciente con la urgencia tal que resulte

**Corte N° 050/2021**

anterior al día 23/12/21, teniendo en cuenta lo indicado por la médica especialista y lo dispuesto en el párrafo precedente. - - - - -

**A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA el Dr. Figueroa Vicario dijo:**

Analizada la causa y en cumplimiento de emitir mi voto en la resolución que nos propone la causa, adhiero a la relación de los antecedentes de la misma, y a la procedencia de la acción postulada por la actora con el objeto de conseguir la prestación médica integral que identifica en el capítulo nominado como objeto de su presentación inaugural, conforme lo propone al pleno el voto inaugural de la Sra. Ministra, Dra. Fabiana E. Gómez.- - - - -

I.- En la adhesión que formulo a los argumentos y razones dadas por la Sra. Ministra que inaugura el Acuerdo, debo señalar primeramente, que el Código Civil y Comercial, en su artículo 529 define al parentesco como el

vínculo jurídico existente entre personas en razón de la naturaleza, las técnicas de reproducción humana asistida, la adopción y la afinidad, y en el capítulo 2 del título V establece reglas relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida.- - - - -

Uno de los aspectos más importante de esta nueva cosmovisión, como dicen Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Nora Lloveras (*Tratado de Derecho de Familia. Santa Fe. Rubinzal Culzoni. 2014. t. II pp-243-244*) al comentar el artículo 259 del CCC, implica desprenderse de la concepción que entroniza el elemento biológico como determinante del linaje familiar y sustento casi exclusivo de los vínculos parentales. De ese modo la formula dicen las autoras, reconoce que los aspectos centrales de la definición clásica de familia vinculados con la sexualidad, procreación y la convivencia han sufrido importantes transformaciones.- - - - -

La norma recepta el principio igualitario, mediante la unificación de la normativa del parentesco que tiene su fuente en la naturaleza y en las técnicas de reproducción asistida. Con ello se logra que en las relaciones de parentesco exige que no se consagren diferencias legales de ninguna naturaleza.- - -

El principio de igualdad y de no discriminación constituyen una dupla inescindible y que se proyecta al campo de las TRHA aunado al concepto amplio de familia.- - - - -

II.- Es evidente, que el Código Civil y Comercial, completa el cuadro normativo iniciado con la Ley N° 26862 de reproducción médicamente asistida, reconociendo a la TRHA una tercera causa fuente de filiación, procedimiento que la misma ley en su artículo 2° nos proporciona el entendimiento de esta práctica como procedimientos y técnicas realizadas con asistencia médica para la consecución de un embarazo.- - - - -

Marisa Herrera (*Técnicas de Reproducción asistida. Santa Fe. Rubinzal Culzoni. 2018. Tomo I. pp. 121-122*) nos delinea el campo de las TRHA señalando que las mismas exceden el campo de la infertilidad como consecuencia de alguna disfuncionalidad corporal, sigue involucrando la cuestión de salud desde el punto de vista más amplio como lo es aquel que se vincula con el bienestar social y mental y es esta faceta la que se relaciona de manera directa con otro derecho

humano, como es el derecho de formar una familia.- - - - -

La Corte IDH, en la causa *Artivia Murillo y otros c/ Costa Rica*, del 28/11/2012, señala en consideración a esta cuestión que se “trata de una combinación particular de diferentes aspectos de la vida privada, que se relacionan con el derecho a fundar una familia, el derecho a la integridad física y mental, y específicamente los derechos reproductivos de las personas como parte integrante del derecho a la salud.- - - - -

Con este alcance del Tribunal regional, el STJ de Corrientes, con fecha 16/03/2011, en causa *BNL y LFA c/ Obra Social de La Provincia de Corrientes s/ Amparo* y en la consideración que la obra social debe afrontar el costo

**Corte N° 050/2021**

de las TRHA, señala que los derechos a procrear y a formar una familia hacen esencia de la condición humana, integran el derecho a la salud y merecen primacía sobre todo otro interés.- - - - -

- - - - -

En igual sentido, la CJ de Salta, en causa *MRV y otra vs. Obra Social de la Universidad Nacional de Salta*, de fecha 12/09/2014, hizo lugar al amparo, señalando que la salud reproductiva es una dimensión central del derecho a la salud, vinculado al ejercicio del derecho a la vida privada y familiar. Tal el carácter que la legislación nacional le ha conferido al proyectar sus normas como de

orden público, esto es, de aplicación obligatoria en todo el territorio nacional. El derecho a la salud, el derecho a la salud reproductiva y el derecho a la protección integral de la familia se encuentran receptados en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y en la Declaración Americana de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos; siendo además, derechos de raigambre Constitucional, su ejercicio no requiere de justificación alguna, sino que por el contrario, son las restricciones a los mismos las que deben ser justificadas.-

-----

III.- La Ley de Reproducción Médicamente Asistida -N° 26862- publicada en el Boletín Oficial el 26 de junio de 2013, a través de sus articulados, nos indica en que consiste el procedimiento (art. 2°), que la autoridad de aplicación es el Ministerio de Salud de la Nación (art. 3°), quien es el beneficiario (art. 7°), quienes son los encargados de dar la cobertura (obras sociales entre otras), la asignación presupuestarias para la cobertura de la prestación (art. 9°) y que las disposiciones de la ley son de orden público (art. 10°).- -----

-----

Por Decreto Nacional N° 956/2013 de fecha 19 de julio, el Poder Ejecutivo Nacional reglamenta el acceso a los procedimientos y técnicas médico - asistenciales de reproducción médica asistida, que en su artículo 8° entre otras cuestiones, establece que se deberá comenzar con técnicas de baja complejidad previo al uso de técnicas de mayor complejidad, como mínimo tres (3) intentos previos, salvo que causas médicas debidamente documentadas justifiquen la utilización de técnicas de mayor complejidad.- -----

--

Como autoridad de aplicación, el Ministerio de Salud, dicta, entre otras resoluciones, la N° 1044/2018 que en sus artículos 1° y 2° fija la edad de 44 años como límite para el tratamiento con óvulos propios, salvo prescripción médica y 51 años de edad de la mujer con óvulos donados.- -----

IV.- La Resolución de OSEP N° 6260 de fecha 30 de agosto de 2021, que se exhibe a fs. 02 y 97 de autos, deniega la prestación solicitada por la actora judicial, con fundamento en que la solicitante no tiene pareja conviviente y que este debería ser afiliado a la obra social también, que supera la edad de 41 años y que debe existir intentos previos de procedimientos de baja complejidad, todo ello, en consideración a los requisitos que exige la reglamentación de la obra social establecida por Resolución OSEP N° 9387 de fecha 31 de julio de 2015, que efectivamente dentro de los recaudos establece la obligatoriedad de los tres intentos previos de baja complejidad, salvo dice la reglamentación que existan causas médicamente documentadas que justifiquen debidamente la realización directa de técnicas de mayor complejidad.- - - - -

V.- Debo señalar como primer reparo a la denegatoria, que la Ley N° 26862 es de orden público y como lo dijo la CSJN (p. 344. XXIV. Partido Justicialista s/ Acción de Amparo. 28/9/1993, T. 316 .P 2.117), el legislador al disponer que es de orden público, ha definido a la ley como contenedora de un conjunto de principios de orden superior estrictamente vinculados a la existencia y conservación de la organización social establecida y limitadora de la autonomía de la voluntad. La limitación de la reglamentación interna de la obra social, es atentatorio con el carácter de orden público de la Ley de Reproducción Médicamente Asistida, que no establece restricción más de lo que la ley lo dice.- - -

El mismo Tribunal cimero (Fallos: 329:5913) establece que toda limitación debe ser fundada.- - - - -

**Corte N° 050/2021**

El instrumento fundante de la denegatoria de la prestación,

carece de toda justificación, omite considerar las constancias médicas que la propia reclamante de la prestación acompaña y justifica en sede administrativa, se limita a aplicar una reglamentación que atenta contra el orden público investido a la Ley N° 26862.- - - - -

Es más, la autoridad administrativa, no repara que su propio reglamento en el punto 6, sobre exigencia de tres intentos previos de baja complejidad para acceder al procedimiento de mayor complejidad, establece la excepción cuando causas médicas así lo justifiquen. Nada de ello merituyó en aquella oportunidad con las constancias médicas acompañadas.- - - - -

Como lo dije en mi voto (Corte N° 089/2017- CARRIZO Miguel Eduardo c/ Obra Social de los Empleados Públicos s/ Amparo, SD N° 23 de fecha 14 de agosto de 2018) que al no existir debidas razones médicas que ameriten atender la negativa de la obra social, corresponde acoger el amparo.- - - - -

Nuevamente la actora en su escrito inaugural, acompaña prueba documental referente a su estado de salud reproductiva, la urgencia del caso y la necesidad de obtener la práctica de mayor complejidad en razón, valga la repetición, por su estado de salud y edad, sin que el Tribunal pueda sopesar en esta instancia las razones y objeciones que se podrían haber formulado a la documentación médica.- - - - -

Ante esta situación, es de aplicación lo que dije en mi voto (Corte N° 084/2017- LOBO Héctor Anselmo c/ Municipalidad de Pomán s/ Acción de Amparo, SD N° 19 de fecha 21 de junio de 2018) siguiendo a Rivas *-El AMPARO. Ediciones La Roca.p 410-* y al hacer un análisis de la naturaleza jurídica del Amparo, concluye que el mismo es bilateral y que el informe participa de las cualidades de una contestación de demanda. Es un proceso atenuado. Y que la actitud negativa o reticente de la administración no ha de perjudicar al particular; de tal manera, el Juez pasará a resolver sin el informe o ante sus deficiencias, haciendo



jugar, por ejemplo, la solución prevista en el artículo 163, inciso 5º, 2ª parte del CPC; o ante el silencio o la evasiva, tener por auténticos los documentos atribuidos por el actor o por cierto los hechos alegados, todo ello, de acuerdo a las previsiones del art. 356 del CPC.-----

Por eso, al carecer de debidas razones médicas que justifiquen la denegatoria, al no existir reparos a los documentos acompañados por la actora judicial, sobre la necesidad de no hacer más intentos de prácticas de baja complejidad y la urgencia por razones de edad, entiendo, los mismos deben ser reconocidos y con la entidad de certificar la necesidad de la práctica de mayor complejidad y la excepción contemplada en el artículo 8º de la reglamentación de la Ley N° 26862.-----

-

VI.- Sin detenerme en extenso en el concepto de arbitrariedad e ilegalidad, debo señalar como vicio manifiesto del instrumento que deniega la prestación, la ilegalidad del mismo, si entendemos a la ilegalidad como actuar en contra de la ley y por lo tanto es ilícito el acto o el hecho que se aparta de la norma. Es claro que la pretendida justificación de la denegación de la prestación en el cumplimiento de la Resolución OSEP N° 9387 se aparta de la Ley de orden público

N° 26862, sumado a las otras razones dadas.-----

Los derechos involucrados identificados en los numerales de este voto, el cumplimiento del recaudo de la ilegalidad manifiesta de la actuación de la administración, y la urgencia del caso, ameritan como lo expuse en el inicio de esta intervención, la procedencia del amparo, propuesto por la Sra. Ministra que inaugura el Acuerdo, de cumplimiento en el plazo que así lo establece, en los establecimientos que la autoridad sanitaria nacional los habilite, prestación en forma integral y con los recursos que la propia Ley N° 26862 asigna en los términos de su artículo 9º.-----

**Corte N° 050/2021**

**A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, la Dra. Rosales Andreotti dijo:**

Convocada a emitir mi voto en tercer término conforme acta de sorteo (foja 117), adhiero a la relación de causa que efectuó inicialmente la Dra. Gómez y voto en coincidencia con la solución que propone en cuanto resuelve hacer lugar a la acción de amparo interpuesta por la actora y, en consecuencia, ordenar a la Obra Social de los Empleados Públicos (OSEP) otorgar cobertura integral (100%) de manera urgente a la amparista respecto a la fertilización in vitro (FIV) por aplicación de técnicas ICSI, con espermadonación, criopreservación de preembriones blastocitos verificados por un año. Asimismo, también deberá cubrir el 100% del costo de la medicación y todos los gastos generales que se requiera a los fines del tratamiento, incluido la adquisición de semen en banco.-----

La acción de amparo del modo instaurada por la amparista persigue la tutela inmediata del derecho a la salud (que incluye la salud sexual y reproductiva), derecho a la autodeterminación, derecho a la intimidad, derecho a la igualdad y derecho a la protección integral de la familia, frente a una transgresión que le causa daño irreparable y que exige urgentes remedios.-----

En igual sentido a los argumentos ya expuestos por la Dra. Gómez y el Dr. Figueroa Vicario comparto que “en definitiva, la ley 26.862, su decreto reglamentario y el ahora Código Civil y Comercial están en total consonancia: todas ellas permiten tanto las TRHA homólogas (con material de la propia pareja) como heterólogas (con material de un tercero), y establecen el consentimiento como un elemento central, el cual debe ser actual y se puede

revocar, receptándose una postura amplia al reconocer que las TRHA constituyen una práctica médica hábil para satisfacer el derecho de toda persona a formar una familia, sea monoparental u homoparental” (Marisa Herrera, *Manual de Derecho de las Familias*, 2da. Ed., 2019, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 633).-----

--

No debe escapar al análisis, que la legislación referida concede particular prioridad y relevancia al derecho de formar una familia, relacionándolo con el derecho a la salud en sentido amplio, tanto en los casos de infertilidad médica como en los supuestos de infertilidad estructural que se configura en los casos, por ejemplo, de mujeres sin pareja, otorgándole así a la noción de salud un sentido amplio comprensivo también del aspecto psicológico. Derecho a la salud integral que es obligación del estado garantizar.-----

La característica de orden público de la cual goza la Ley N° 26862 encuentra su fundamento en el mandato constitucional establecido en el artículo 75° inciso 23, en cuanto resulta un deber del Congreso de la Nación legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos. En esa inteligencia, los derechos reconocidos por la Ley N° 26862 no son absolutos, sino que deben ser ejercidos conforme a la reglamentación que se dicte en consecuencia.- -

Con lo cual resulta cuanto más arbitraria como ilegítima la Resolución OSEP N° 6260, en cuanto no puede la administración alterar la esencia o sustancia de los derechos reconocidos por la legislación nacional, introduciendo supuestos de exclusión a los fines de la cobertura integral de técnicas de reproducción humana asistida, constituyendo un exceso en el ejercicio de sus

facultades reglamentarias y la privación a la amparista de derechos constitucionales ampliamente reconocidos.-----

-

En este sentido y en cumplimiento del marco normativo constitucional resulta necesario exhortar a la Obra Social de los Empleados Públicos a adecuar su normativa a las disposiciones y principios de la Constitución Provincial, Constitución Nacional, y los tratados internacionales a fin de que los

**Corte N° 050/2021**

derechos de sus afiliadas/os no se vean vulnerados.-----

-

**A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, la Dra. Molina dijo:**

Convocada a intervenir en cuarto término conforme al acta de fs. 117, emito mi voto en sentido coincidente con el propuesto por la Sra. Ministra que inaugura el Acuerdo y al de los ministros que le siguen en el orden de votación, los que en conjunto y con parejos argumentos, proponen la admisión de la Acción de Amparo.-----

-

Ello así por cuanto por las razones que expresan y que comparto, concurren en la causa los presupuestos necesarios para dar andamio a la acción en los términos del art 1º y concordantes de la Ley 4642. Es que como quedó acreditado la Obra Social de la provincia (OSEP), a través de las Resoluciones N° 9387/2015 y N° 6062/2021, de modo actual, ilegal y arbitrario ha lesionado los derechos de la amparista reconocidos constitucionalmente, siendo el amparo la vía adecuada para la protección de tales derechos, conformes reiteradamente lo ha expresado éste Tribunal. Tales instrumentos colisionan abiertamente con la ley de orden público N° 26862, al restringir los alcances de ésta

normativa, quitando los derechos que allí se acuerdan, los que en consonancia con lo dispuesto en las convenciones internacionales y el Código Civil y Comercial, ya fueran detallados por mis pares, a los que remito para evitar repeticiones innecesarias. -----

Expreso una vez más mi adhesión a la propuesta resolutive que contiene el voto inaugural y como consecuencia también propongo que se haga lugar a la Acción de Amparo, ordenando a la Obra Social de los Empleados Públicos (OSEP), la cobertura integral de lo requerido para hacer posible la fertilización in vitro (FIV), tal como se reclama en la demanda, incluyéndose el 100% del costo de la medicación y todos los gastos generales necesarios. Todo ello en el plazo de cinco días, término dentro del cual la demandada deberá arbitrar las medidas necesarias para el cumplimiento de lo ordenado. -----

**A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, el Dr. Cippitelli dijo:**

Me corresponde en el orden de estudio y votación de la presente causa emitir mi voto en quinto término y aun cuando ya se encuentra reunida la mayoría, que determina la procedencia de la Acción de Amparo planteada, y a los fines de evitar reiteraciones solo debo expresar mi adhesión a la relación de causa formulada por la Colega Dra. Gómez que inaugura el Acuerdo, a la vez que comparto la propuesta por ella formulada y por los colegas que me preceden, de hacer lugar a la Acción de Amparo interpuesta por la Actora M.J. C. y ordenar en consecuencia a la Demandada -OSEP- la cobertura integral -100%- de la fertilización in Vitro -FIV- conforme la petición de la actora y de manera urgente, atento que las Resoluciones OSEP N° 9387/2015 y la N° 6260/2021, deben ser descalificadas por contrariar el carácter de orden público que tiene la Ley Nac. N° 26862, como asimismo las disposiciones del Código Civil y Comercial como la de los tratados internacionales.-----

**A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, el**

**Dr. Cáceres dijo:**

Adhiero a las conclusiones expuestas por la Sra. Ministra Dra. Gomez, que inaugura el Acuerdo para la solución de la presente cuestión, votando en igual sentido.-----

**A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, el Dr.**

**Martel dijo:**

Adhiero a las conclusiones expuestas por la Sra. Ministra Dra. Gomez, que inaugura el Acuerdo para la solución de la presente cuestión, votando en igual sentido.-----

**Corte N° 050/2021**

**A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, la Dra.**

**Gómez dijo:**

Conforme a lo resuelto en la primera cuestión planteada, corresponde costas a la demandada vencida, conforme el principio objetivo de la derrota, art. 17 Ley 4642.-----

**A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, el Dr.**

**Figueroa Vicario dijo:**

Conforme a lo resuelto en la primera cuestión planteada, aplicar las costas a la demandada. Es mi voto .-----

**A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, la Dra.**

**Rosales Andreotti dijo:**

Conforme a lo resuelto en la primera cuestión planteada, aplicar las costas a la parte demandada vencida (Artículo 17 de la Ley 4642). Así voto.-----

**A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, la Dra.**

**Molina dijo:**

Costas a la demandada, conforme al principio objetivo de la derrota y ausencia de elementos que permitan su apartamiento (art. 17, Ley 4642) . -

-

**A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, el**

**Dr.**

**Cippitelli dijo:**

Conforme a lo resuelto en la primera cuestión planteada corresponde costas a la vencida Art. 17 Ley 4642. Es mi voto.- - - - -

**A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, el Dr.**

**Cáceres dijo:**

Que una vez mas comparto el criterio y el alcance del análisis

efectuado por la Sra. Ministro, Dra. Gomez, votando en igual sentido.- - - - -

-

**A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, el Dr.**

**Martel dijo:**

Que una vez mas comparto el criterio y el alcance del análisis efectuado por la Sra. Ministro, Dra. Gomez, votando en igual sentido.- - - - -

-

Por ello y por unanimidad de votos.

**LA CORTE DE JUSTICIA DE CATAMARCA**

**RESUELVE:**

1) Hacer lugar a la acción de amparo interpuesta por la actora, M.J.C. y, declarar la inconstitucionalidad y por tanto la inaplicabilidad al caso en análisis de las Resoluciones OSEP N° 9387/2015 y 6062/2021 dispuesta por el

Director de la Obra Social de los Empleados Públicos.-----

-

2) Ordenar a la Obra Social de los Empleados Públicos (OSEP) otorgar cobertura integral (100%) a la amparista respecto a la fertilización in vitro (FIV) por aplicación de técnicas ICSI, con espermadonación, criopreservación de preembriones blastocitos verificados por un año. Asimismo, deberá cubrir el 100% del costo de la medicación y todos los gastos generales que se requiera a los fines del tratamiento, incluido la adquisición de semen en banco. La demandada deberá arbitrar en el plazo de CINCO (5) DIAS, las medidas necesarias para el cumplimiento íntegro de lo ordenado y mantener informado al Tribunal respecto al estado del trámite y de cualquier inconveniente que pudiere surgir respecto al mismo. -----

-----

3) Con costas (art.17, Ley N° 4642).-----

### **Corte N° 050/2021**

4) Protocolícese, notifíquese y oportunamente archívese. - - - -

Fdo.: Dres. Carlos Miguel Figueroa Vicario (Presidente), Vilma Juana Molina(Ministro), José Ricardo Cáceres (Ministro), Luis Raúl Cippitelli (Ministro), Néstor Hernán Martel (Ministro), Fabiana Edith Gómez (Ministra) y Maria Fernanda Rosales Andreotti (Ministra) Ante mi: Dra. Maria Margarita Ryser (Secretaria - Corte de Justicia).-----



