

Expte. N° CAM 405025/12 - "P., A.Y. y F., S. c/ Instituto Provincial de Salud de Salta s/ acción de amparo" – CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE SALTA– SALA TERCERA (Salta) - 26/02/2013

Salta, 26 de Febrero de 2013.-

Y VISTOS: Estos autos caratulados "P.,A.Y. y F.,S. vs. INSTITUTO PROVINCIAL DE SALUD DE SALTA – Acción de amparo", Expte. N° CAM 405025/12 de esta Sala Tercera y,

RESULTANDO

D) A fs. 17/21 se presentan los actores deduciendo acción de amparo en contra del Instituto Provincial de Salud, en su carácter de afiliados a la Obra Social, a fin que se ordene arbitre los medios conducentes para la cobertura integral al 100% del costo de los tratamientos de Fertilización In Vitro que sean necesarios hasta que la co-actora quede embarazada y lleve a término tal embarazo, lo que incluye gastos de medicación, prácticas, honorarios e internación, en el Instituto Vital, por el Dr. A.C., especialista en medicina reproductiva, quién es su médico tratante.//-

En su exposición fáctica relatan que la mujer padece de tiroiditis de Hashimoto, patología que causa que su sistema inmunológico agrede a la glándula tiroides, provocando una severa disfunción hormonal que le impide la ovulación, afectando severamente su sistema reproductivo. Consignan que el médico tratante les informó que la única posibilidad que les queda de ser padres es el procedimiento de Fertilización In Vitro, habiendo solicitado su cobertura a la Obra Social, pedido que diera génesis a la causa administrativa que en fotocopia aportan –Expte. N° 74 26.527/2.012-, con resultado negativo. Destacan que A.Y.P. es afiliada forzosa al Instituto demandado y que existen otras obras sociales que sí conceden la cobertura reclamada.-

Luego de encuadrar la petición en los arts. 86 y 87 de la Constitución de la Provincia de Salta y art. 43 de la Constitución Nacional y de citar jurisprudencia vinculada al caso, concluyen peticionando se haga lugar a la demanda. Con costas. Formulan también reserva del caso federal.-

Requerido el informe circunstanciado que dispone el art. 87 de la Constitución de la Provincia, se apersona a fs. 40/49 el Instituto Provincial de Salud de Salta, solicitando el rechazo de la acción de amparo intentada.-

Expresa su apoderada que el Instituto no atenta en contra de la posibilidad de la actora de realizar la práctica médica pretendida, sino que simplemente no () la cubre. Es decir, dentro del Menú Prestacional y del Nomenclador de Prácticas, se contemplan otros tratamientos médicos y/o quirúrgicos, para estas patologías.-

Dice que la demandante impetró la cobertura de la fertilización artificial mediante presentación administrativa, reclamo desestimado por el Instituto, habiendo quedado impuesta la contraria en fecha 29/08/2.012, tal como consta a fs. 12 del Expte.

Administrativo, por cuanto no existe una ley que regule esta materia y en tal caso, no está obligada a brindar tal cobertura._

También señala que el rechazo a lo solicitado obedece a problemas bioéticos y que el criterio denegatorio fue adoptado con anterioridad en las causas que individualiza.-

Asimismo pone de resalto que la Obra Social no puede responder por una práctica no regulada pues en tal caso se genera un desequilibrio financiero, cuanto el riesgo cierto de futuros reclamos similares al de los amparistas.-

Volviendo sobre la ausencia normativa, dice que la práctica solicitada implica la realización de un procedimiento de hiper estimulación ovárica, riesgoso por el uso de fármacos, lo que implica de su parte asumir responsabilidades por una cobertura que no está obligada a prestar. Además, la falta de garantías del tratamiento importa que debe asumir un costo por la práctica, sin que necesariamente pueda afirmarse que se obtendrá el resultado esperado. Si bien las obras sociales deben actualizarse de acuerdo al avance tecnológico y científico, ello debe serlo dentro de un marco jurídico definido.-

Formula luego consideraciones sobre el status jurídico del embrión, la fijación o no de límites al número de fecundaciones e implantaciones, la mayor o menor limitación de quienes pueden someterse a estas técnicas, la admisión o no de la crioconservación (congelamiento) de embriones vivos, si se permite o no la selección y/o eliminación de embriones. Ello, por la simple razón de que el Estado no cuenta con los elementos para controlar que los ovocitos y espermatozoides que puedan quedar bajo la custodia del realizador de la práctica, sean utilizados sin el consentimiento de los pacientes depositantes de los gametos.-

Aprecia que no existe una vulneración de los derechos a la vida, la salud y la dignidad, como lo invocan los amparistas, citando una serie de tratados internacionales sobre derechos humanos que reconocen los derechos de las personas desde el momento de su concepción, sin diferenciarse si ella es o no in vitro. Siguiendo lo expresado por el Comité de Bioética del Colegio de Médicos de la Provincia, la fusión de los gametos da lugar a un individuo humano. Si algún estadio de ese desarrollo no se concreta normalmente, el mismo cesa. El desarrollo embrionario es un proceso continuo. El mencionado Comité considera que las técnicas de fecundación asistida no pueden ser consideradas como terapias. Alude luego al hecho que países como Alemania y Austria prohíben la crioconservación, no obstante permitir el tratamiento de fertilización artificial y es claro que no se puede autorizar el generar vida, sin tener definido que será de ella una vez concebida.-

Luego de citar jurisprudencia pide el rechazo de la demanda. Con costas.-

A fs. 54 se fija audiencia para la recepción del testimonio del médico tratante, obrando a fs. 61 el acta que da cuenta de su realización. Dice el Dr. Adrián Char que la etapa considerada muy fértil para la mujer es hasta los 35 años, pues a partir de esa edad empieza a disminuir la tasa de embarazo por incremento de las alteraciones genéticas de

los óvulos. Que hasta los 35 años la eficacia del tratamiento ronda en un 40% de los casos y luego la reserva ovárica va disminuyendo, siendo en el supuesto de la actora el momento justo por su edad para la práctica de la estimulación ovárica controlada. Destaca que el Colegio Médico de la Provincia no cuestionó su labor profesional. Expresa que el costo del tratamiento es de \$ 27.000 y que el Instituto reconoció administrativamente a una de sus pacientes igual tratamiento que el que requiere la aquí accionante.-

A fs. 72/75 luce el dictamen de la Sra. Fiscal de Cámara. En síntesis sostiene que cabe admitir la acción de amparo incoada en autos y brindar la cobertura pretendida por los actores.-

Ante mi licencia por enfermedad por largo tratamiento que se extendiera desde el día 19/10/2.012 al 12/12/2.012, la actora expresa a fs. 81, en fecha 29 de octubre, que persiste en la elección del Proveyente, para la continuidad de la tramitación de la causa. A fs. 83 pide se llamen autos para sentencia, pasándose a Despacho a fs. 84 vta.-

C O N S I D E R A N D O

I) La acción de amparo: su caracterización: la acción de amparo es admisible frente a cualquier decisión, acto u omisión de la autoridad pública, salvo la judicial, o de particulares que, en forma actual o inminente, lesionen, restrinjan, alteren o amenacen, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos y garantías explícita o implícitamente reconocidos por las Constituciones Nacional y de la Provincia, a los fines del cese de la lesión consumada o de la amenaza (art. 87);; ello, con excepción de la libertad ambulatoria del individuo, tutelada por el hábeas corpus (art. 88) y el conocimiento de los datos referidos a la persona o a sus bienes y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos o los privados destinados a proveer informes, que protege el hábeas data (art. 89 de la Carta Magna local).-

En términos generales, puede afirmarse, según el pensamiento del más alto Tribunal de la Nación, que el amparo es un proceso excepcional, utilizable en las delicadas y extremas situaciones en las que, por carencia de otras vías legales aptas, peligra la salvaguarda de derechos fundamentales y exige, para su apertura, circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta que, ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, origina en el amparista un daño concreto y grave, sólo eventualmente reparable por este camino urgente y expeditivo (C.S.J.N., 19/03/87, en E.D. 125 – 544 y doctrina de Fallos 294 – 152; 301 – 1061, 306 – 1253, entre otros; C.J. Salta, Tomo 45:333; 47:395; 56:1181; 64:233).-

II) El derecho a la salud –Su resguardo constitucional-: la Corte de Justicia de la Provincia, en Giménez Garbarino, José vs. Instituto Provincial de Salud de Salta, (CJS, fallos Año 2006, Tomo 108, f° 273/288, del 28 de agosto de 2006), decidió que el objeto de la demanda de amparo es la tutela inmediata de los derechos humanos

esenciales acogidos por la Carta Magna frente a una trasgresión que cause daño irreparable en tiempo oportuno y que exige urgentes remedios (D.J. Tomo 1985-II pág. 452) y que a pesar de la inexistencia de normas referidas de manera sistemática a la salud, su reconocimiento y protección surgen de varias disposiciones de la Constitución Nacional, en particular de los arts. 41, 42, 75 incs. 19 y 23. A su vez, la Constitución de la Provincia, en sus arts. 32, 33, 36, 38, 39, 41 y 42, contiene preceptos concretos y claros referidos a la protección del derecho a la vida y a la atención de la salud. Por lo demás, la salud como valor y derecho humano fundamental encuentra reconocimiento y protección en diversos instrumentos comunitarios e internacionales, que gozan de jerarquía constitucional en virtud de lo preceptuado por el art. 75 ap. 22 de la C.N., entre los que cabe mencionar la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 1948, arts. 3 y 25 inc. 2º, Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 10 inc. 3º y 12; Convención Americana de Derechos Humanos, arts. 4, 5 y 2, entre otros. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, y que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes y que el derecho a la salud, que no es un derecho teórico sino que debe ser examinado en estrecho contacto con los problemas que emergen de la realidad social, penetra inevitablemente tanto en las relaciones privadas como en las semi-públicas (conf. Fallos, 324:754, del voto de los Dres. Fayt y Belluscio). Por ello "el derecho a la preservación de la salud, es una obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga" (CSJN., Fallos, 321:1684 y 323:1339).-

Y luego la Corte de Salta, en el fallo aludido, cita a Bidart Campos en cuanto a que "...el juicio de previsibilidad que, según la jurisprudencia de la Corte, han de hacer los jueces para evaluar los efectos que cada una de sus sentencias es susceptible de proyectar más allá del caso, nos hace avizorar que los prestadores de servicios de salud tendrán que aprender de hoy en más una lección -de rango constitucional, por cierto-: la que nos dice que en la relación con quienes contratan esos servicios, lo primero es la persona humana, no la empresa de medicina prepaga ni la obra social; y con la persona humana, lo primero es también la vida y la salud, con cuanto una y otra exigen en cada situación de necesidad. Todo porque si bien la propiedad es también un derecho al que la Constitución declara inviolable, más inviolable es la dignidad de la persona, aunque la 'letra' del texto no lo tenga escrito..." (Bidart Campos, Germán, Los contratos de adhesión a planes médicos. El derecho a la salud y a la vida, más algunas aperturas y estrecheces judiciales, La Ley, 2002-C, 628).-

Rescato asimismo este párrafo del precedente Giménez Garbarino: La indemnidad del paciente (art. 1.198 del Código Civil, arts. 4 y 5 Ley de Defensa del Consumidor y art. 42, Constitución de la Nación), que se edifica a partir de la preservación de su integridad psicofísica, no puede ser vulnerada. El tratamiento médico debe ser el

adecuado para la particular condición y necesidad del paciente, para posibilitar el mejoramiento de su salud, de su bienestar y calidad de vida.-

Este criterio fue ratificado por la Corte de Salta en Gutiérrez, Mario vs. Instituto Provincial de Salud de Salta (CJSalta, año 2007, 30/10/2007, Registro, tomo 120, f° 363/374) en donde -en lo que el caso interesa- se dijo en el considerando 6° que el ejercicio de los derechos constitucionalmente reconocidos, entre ellos el de la preservación de la salud, no necesita justificación alguna, sino, por el contrario, es la restricción que de ellos se haga la que debe ser justificada.-

Afirmando este rumbo, la Corte Federal ha sostenido que: "en orden a lo anterior que, si bien a propósito de un reclamo vinculado con prestaciones alimentarias a favor de un menor, V.E. interpretó que atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional, lo cual se produciría si el reclamo de la actora tuviese que aguardar al inicio de un nuevo proceso dirigido contra los organismos a que se hizo referencia en el acápite anterior y en ese lapso quedarán desprotegidos los intereses cuya satisfacción se requiere (v. Fallos: 324:122, etc.); la suspensión de los cuales, como recuerdan con cita de preceptos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos los ministros López y Moliné O'Connor, no puede ser admitida bajo ninguna circunstancia (Fallos: 324:975)" (Del Dictamen del Procurador General que la Corte hace suyo en autos "Martín, Sergio G. y otros c. Fuerza Aérea Argentina", sentencia del 08/06/2004, Fallos Corte: 327:2127, publicada en La Ley Online).-

"La aproximación al complejo proceso constitucional que es el amparo -instrumento y, a la vez, garantía- tiene que llevarse a cabo en una línea de equilibrado balance que no desvirtúe su especificidad, pero que tampoco coarte con rigorismos antifuncionales el acceso a una pronta intervención jurisdiccional, pues, si bien este valioso mecanismo no está destinado a reemplazar los medios necesarios para solucionar todo tipo de controversias, su exclusión no puede fundarse en una apreciación meramente ritual, en tanto el objeto del amparo, más que una ordenación o aseguramiento de competencias, es el efectivo resguardo de derechos fundamentales" (del dictamen de la Procuradora Fiscal que el Alto Tribunal, por mayoría, hace suyo en sentencia dictada el 09/06/2009, Causa "Rivero, Gladys Elizabeth", publicado en La Ley online, Fallos de la Corte Premium).-

Ha precisado la Corte Címera Nacional que no obstante que sus fallos no resultan obligatorios para situaciones análogas, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllos, quienes sólo pueden apartarse si proporcionan nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por la Corte en su carácter de intérprete suprema de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia (CSJN, 4-7-85, "Cerámica San Lorenzo S.A.", L.L. 1986-A-178, y E.D.

115-323; Id. 24-10-95, J.A. Rep. año 1999, pág. 1111, n° 80 y 87; Id., Fallos 212-51, y L.L. 53-307; Id., Fallos 212-160, y L.L. 53-39; Id. Fallos 307-1094; conf. Borda, Guillermo: Parte General, Bs. As., Edit. Perrot, 1970, I, pág. 81/82; Sagüés, Néstor P.: Eficacia vinculante o no de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, E.D. 93-892; Morello, Augusto M.: El Proceso Justo, Bs. As. –Abeledo-Perrot-, La Plata –Lib. Edit. Platense-, 1994, pág. 228; L.L. 1990-C-808, ap. I; CApelCCSalta, Sala III, año 1990, f° 389; íd. íd. año 2002, f° 244, íd. íd. año 2005, f° 21), criterio que por otra parte no puedo dejar de sostener en la actualidad teniendo presente que el amparo en el orden federal ha tenido expresa recepción en la Reforma de 1994, que dice en su art. 43 que toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, razón por la cual ha eludido de manera clara aludir a la vía administrativa como reparo de procedencia de la acción. Además, el derecho a la salud –máxime tratándose de menores- se encuentra también receptado en tratados internacionales sobre derechos humanos, que por expreso mandato constitucional, en el pensamiento de los constituyentes de 1994, tienen igual jerarquía que la propia Constitución Nacional, con lo cual se ha ensanchado la base constitucional y enriquecido el espectro de derechos tutelados con rango supremo (art. 75 inc. 22).-

He sostenido que el derecho a la salud es impostergable y operativo, de modo tal que no es susceptible de ser cercenado, reducido, modificado o dejado de lado por reglamentaciones o condiciones que no se adaptan con la necesidad concreta del solicitante. Cabe recordar lo expuesto por Luigi Ferrajoli (Derechos y Garantías. La Ley del más débil, Ed. Trotta; Madrid): la incorporación de los derechos fundamentales, en el nivel constitucional, cambia la relación entre el juez y la ley y asigna a la jurisdicción una función de garantía del ciudadano frente a las violaciones de cualquier nivel de la legalidad por parte de los poderes públicos. En efecto, la sujeción del juez ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir coherente con la Constitución (cita extraída del trabajo de Celia Weingarten, Los nuevos temas en salud. Obesidad y desafíos jurídicos, Rev. La Ley, Actualidad, del 23/02/2006).-

Por otra parte la Corte local, en los autos Llapura c/I.P.S. – Amparo, ratificó la sentencia que ordenó la intervención quirúrgica de implante coclear a una menor que padece de una distorsión oto-acústica y a la cobertura total de los gastos, recordando lo señalado en el art. 87 de la Constitución y que la viabilidad de la acción de amparo requiere la invocación de un derecho indiscutible, que la conducta impugnada sea manifiestamente arbitraria o ilegítima y que el daño no pueda evitarse por medio de otras vías. Cita el criterio de la Corte Federal en cuanto que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona y que en el caso particular se encuentra comprometido el derecho de la menor a la protección integral de la salud y a una adecuada calidad de vida. Tanto en la enfermedad como el tratamiento fueron acreditados con pruebas suficientes y el Instituto demandado evidenció imprecisión, autorizando con limitaciones la práctica quirúrgica. Repara, seguidamente, que ninguna reglamentación ni normativa de una

obra social puede lesionar derechos garantizados por la Constitución y contemplados en tratados internacionales (conf. Diario Judicial del miércoles 28 de junio de 2006, Edición n° 1.6919.-

Y en la Doctrina Jurídica del mes de julio de 2008 (año XXII, n° 39), se transcribe el fallo L.C. vs. Instituto Provincial de Salud de Salta en donde la Corte local, al tiempo de revocar la sentencia de amparo de primera instancia, condena al Instituto a cubrir en un 100% la cobertura de un stent liberador de medicamento; la práctica para su colocación (angioplastia); y los gastos y honorarios que ésta demande.-

Lo que nunca debe perderse de vista es que en la tutela de un derecho constitucional básico: el derecho a la salud, están en juego los valores eminentes de la vida, la dignidad y la libertad humana, según lo destaca con sumo acierto Eduardo L. Tinant en Salud, privacidad y acceso a la jurisdicción, publicado en J.A. 1999 – III - 363, quien afirma que el término "salud" comprende las aptitudes físicas, psíquicas y morales que permiten al hombre desarrollarse como tal. Quizá con un criterio más amplio, la Organización Mundial de la Salud (O.M.S.) ha definido la salud como: "un estado completo de bienestar físico, psíquico y social, y no consiste únicamente en una ausencia de enfermedad o lesión orgánica" (Convención del 22 de julio de 1946). Y merced a todas las medicinas de orden preventivo o sanitario o social o asistencial, "la medicina de la actualidad es la ciencia que procura la recuperación o el mantenimiento de la salud individual y colectiva de los hombres para un bienestar físico, psíquico y social". De tal forma, el término "derecho humano a la salud" expresa hoy un concepto más extenso: el derecho a una mejor calidad de vida. Siempre, el ser humano tiene derecho a la salud y a su integridad física, psíquica y espiritual, desde que no constituye solamente un bien jurídicamente tutelado sino también un fin valioso en cuya protección está interesado el orden público. Así, se ha sostenido que el derecho a la salud pertenece al grupo de los derechos de "segunda generación" pues, a la luz de la concepción social del moderno constitucionalismo, su centro de gravedad se ha desplazado de lo individual a lo social (Walter Carnota: Proyecciones del derecho humano a la salud en E.D. t.128, pág. 880). La Reforma Constitucional de 1994, precisamente, ha recogido esta tendencia. Y en nuestro ámbito provincial, la Carta Magna salteña establece en el art. 41: "La salud es un derecho inherente a la vida y su preservación es un deber de cada persona. Es un bien social. Compete al Estado el cuidado de la salud física, mental y social de las personas, y asegurar a todos la igualdad de prestaciones ante idénticas necesidades. A su turno, el artículo siguiente (art. 42) dice que el Estado elabora el Plan de Salud Provincial, estableciendo las prioridades con un criterio de justicia social y utilización racional de los recursos, normas que concuerdan con las referentes al derecho a la vida (art. 10), a la intimidad personal y familiar (art. 17), a la libertad personal (art. 19), a la protección de la familia (art. 32), a la tutela de la infancia (art. 33 –"cubriendo sus necesidades afectivas, ambientales, de educación, salud, alimentación y recreación", a la seguridad social, a efecto de resguardar las necesidades esenciales de las personas.-

Retomando el concepto de derecho a la salud, Carnota (ob. cit. pág. 879) sostiene que el término aludido sintetiza un derecho de naturaleza prestacional, pues conlleva una actuación afirmativa o positiva por parte del poder estatal en una dirección dada, es decir, un derecho de la población al acceso –in paribus conditio– a servicios médicos suficientes para una adecuada protección y preservación de su salud. El Estado asume entonces distintas obligaciones, como promover y facilitar el acceso de la población a las prestaciones de salud, no perturbar el desenvolvimiento lícito de los prestadores de salud, brindar tales servicios cuando la actividad privada resulte insuficiente o excesivamente onerosa, ya sea mediante planes de salud, la creación de centros asistenciales o la provisión de medicamentos.-

III) Y hallándose en juego la subsistencia de un derecho social como es el derecho a la salud, de principal rango en el texto de la Carta Magna, en los tratados internacionales de jerarquía constitucional - art. 75, inc. 22 de la Constitución- y en el art. 41 de la Constitución de Salta, podemos afirmar que ante la interposición de la acción judicial prevista por el art. 87 de esta última, y según la Corte Federal, cabe exigir de los órganos judiciales una interpretación extensiva y no restrictiva sobre su procedencia, a fin de no tornar utópica su aplicación (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte, por mayoría, hace suyo; C.S.J.N., en L.L., 2002-E, 376 - con nota de Vocos Conesa, Juan Martín, publicado en L.L., 2002-E, 374).-

Es que el Estado, en la moderna concepción garantista, no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales, sino también realizar prestaciones positivas para evitar que su ejercicio se torne ilusorio, importando la inobservancia de este deber la atribución de su responsabilidad – arts. 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 12, inc. d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.-

Las acciones positivas son el mecanismo constitucional válido para lograr el cometido del constituyente, así como las consecuencias de su falta de implementación. En orden a ese propósito, es necesario distinguir entre igualdad jurídica o formal y la igualdad sustancial o real de oportunidades. Es en este último concepto donde entran en juego las acciones positivas. La Constitución de 1853 consagró la igualdad jurídica o formal (art. 16). En 1957 se incorpora con el 14 bis la igualdad sustancial y la Reforma de 1994 la consagra en los arts. 37, 43 y 75 – incisos 2, 17, 19 y 23. Apela el autor en cita a ciertas razones que inducen a rechazar diferencias fundadas en situaciones familiares, de herencia, riqueza o poder y dice que la obligación del Estado no es abstenerse sino actuar con medidas concretas para remover los obstáculos fácticos que impiden la igualdad de posibilidades. Requieren una conducta de dar o de hacer por parte del Estado.-

Y si la acción positiva no es realizada por el Congreso ni por el Ejecutivo, el Poder Judicial debe asumir dicha responsabilidad para garantizar el pleno goce de los derechos humanos fundamentales, los cuales no necesitan de desarrollo previo legislativo. La

Corte Suprema de Justicia, en materia de discapacidades y cobertura médica, entendió que es obligación del Estado Nacional garantizar con las acciones positivas dicha cobertura (ver casos Asociación Benghalensis, Campodónico y otros).-

La Corte Federal ha dicho que: "el Tribunal ha dejado bien claro que las obligaciones que incumben a la Nación en materia sanitaria no son exclusivas ni excluyentes de las que competen a sus unidades políticas en sus esferas de actuación sino que, en estados de estructura federal, pesan sobre ellas responsabilidades semejantes, que también se proyectan sobre las entidades públicas y privadas que se desenvuelven en este ámbito" (doctrina de Fallos: 321:1684; 323:1339, 3229; 324:754, voto de los jueces Belluscio y Fayt, y 3569; 328:1708). De lo contrario, las leyes sancionadas en la materia no dejarían de ser sino enfáticas enumeraciones programáticas vacías de operatividad (cfr. causas S.730.XL. "Sánchez, Norma Rosa c/ Estado Nacional y otro s/ acción de amparo", sentencia del 20 de diciembre de 2005, Fallos: 328:4640; R.638.XL. "Reynoso, Nilda Noemí c/ I.N.S.S.J.P. s/ amparo", sentencia del 16 de mayo de 2006, Fallos: 329:1638 y F.838.XLI. "Floreancig, Andrea Cristina y otro por sí y en representación de su hijo menor H., L. E. c/ Estado Nacional s/ amparo", sentencia del 11 de julio de 2006, Fallos: 329:2552)"(Considerando 8º de la sentencia dictada el 30/09/2008, causa I., C. F. c. Provincia de Buenos Aires, publicado en: LA LEY 20/10/2008, 20/10/ 2008, 11; DJ 24/12/2008, 2439 - DJ 2008-II, 2439; Fallos Corte: 331:2135).-

IV) El Instituto Provincial de Salud de Salta es una entidad autárquica, con personería jurídica, individual, administrativa, económica y financiera, y capacidad como sujeto de derecho, con el alcance que el Código Civil establece para las personas jurídicas públicas (art. 1º Ley Nº 7.127, publicada en Boletín Oficial del 26/01/2001), siendo su objeto "la preservación de la salud de sus afiliados y beneficiarios, destinando prioritariamente sus recursos a las prestaciones de atención de la misma",... "eliminando toda forma de discriminación en base a un criterio de justicia social" (art. 2º).-

De más está decir que la Ley de Creación del Instituto Provincial de Salud ha receptado la figura del seguro social, a los efectos de procurar para todos los afiliados y sin discriminación alguna, el pleno goce del derecho a la salud. Esta obra social, tiene obligatoriamente incluidos en calidad de afiliados (forzosos) titulares a los funcionarios y personal dependiente y en actividad de los tres poderes de la Provincia, del Ministerio Público, de los organismos descentralizados, entes autárquicos, empresas y sociedades del Estado, paraestatales y municipales de la Provincia (art. 5º apartado A – inciso a).-

Se trata, entonces, de la obra social de mayor potencial humano y financiero de la Provincia (con el consiguiente manejo de ingentes recursos) que, por mandato legal, debe otorgar prestaciones sanitarias y sociales integrales, integradas y equitativas, en procura de la promoción, prevención, protección, recuperación y rehabilitación de la salud. Siendo así, cualquier dilación que pretendiera introducir al cumplimiento efectivo de los derechos que asisten a la demandante, atentaría contra los propios bienes jurídicos resguardados, tanto por la Constitución Nacional como por la Carta Magna Provincial.-

Sin perjuicio de la referida doctrina de la Corte Federal, en cuanto a que las obligaciones estatales se proyectan sobre las entidades públicas y privadas que se desenvuelven en el ámbito de la salud pública (doctrina de Fallos: 321:1684; 323:1339, 3229; 324:754, voto de los jueces Belluscio y Fayt, y 3569; 328:1708; 331:2135), se considera de especial relevancia el hecho de que la demandada, como ente descentralizado del estado salteño, forma parte de la estructura estatal y, a través del mismo la Provincia ha institucionalizado la forma de prestación de la cobertura de la atención a la salud de los agentes públicos que imperativamente afilia. Entonces, la creación de un ente autárquico como el Instituto Provincial de Salud de Salta, no puede servir de excusa para que incumpla sus obligaciones constitucionales y legales en el ámbito de la salud. Tampoco puede tener como consecuencia, que quienes aportan al sostenimiento de la obra social provincial tengan que deambular por dependencias públicas para obtener la asistencia adecuada, debiendo el ente descentralizado arbitrar todos los medios razonablemente a su alcance, incluida la obtención de auxilio financiero en el caso de ser necesario, para que la política provincial en el ámbito de salud y sus beneficios, lleguen a sus afiliados.-

V) Ello sentado, me referiré a continuación de manera puntual al caso que nos ocupa, reparando que en reciente fallo, in re "Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica" [Fallo en extenso: elDial.com - AA7C53], del mes de noviembre del año 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resolvió condenar al estado demandado en tanto prohibía la utilización de las técnicas F.I.V. (fecundación in vitro) en el territorio del país. Para ello realizó una interpretación del art. 4.1 del Tratado dejando en claro el momento a partir del cual dicho Tribunal entiende se produce el comienzo de la vida. El texto de dicha norma dispone que "toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente" y había generado diversas interpretaciones sobre el alcance a dar a la frase resaltada. Al respecto se concluyó que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana.-

Para ser más explícitos al respecto por la incidencia que la cuestión tiene, dados los diferentes ámbitos donde irradia sus efectos, la Corte observó que el concepto de "persona" es un término jurídico que se analiza en muchos de los sistemas jurídicos internos de los Estados Parte. Sin embargo, para efectos de la interpretación del artículo 4.1, la definición de persona está anclada a las menciones que se hacen en el tratado respecto a la "concepción" y al "ser humano", términos cuyo alcance debe valorarse a partir de la literatura científica. El Tribunal hizo notar que la prueba en el expediente evidenciaba como la fecundación in vitro transformó la discusión sobre cómo se entendía el fenómeno de "la concepción". En efecto la fecundación in vitro refleja que puede pasar un tiempo entre la unión del óvulo y el espermatozoide, y la implantación. Por tal razón, la definición de "concepción" que tenían los redactores de la Convención Americana ha cambiado. La Corte observó que en el contexto científico actual se destacan dos lecturas diferentes del término "concepción". Una corriente entiende

"concepción" como el momento de encuentro, o de fecundación, del óvulo por el espermatozoide. De la fecundación se genera la creación de una nueva célula: el cigoto. Cierta prueba científica considera al cigoto como un organismo humano que alberga las instrucciones necesarias para el desarrollo del embrión. Otra corriente entiende "concepción" como el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero. Lo anterior, debido a que la implantación del óvulo fecundado en el útero materno faculta la conexión de la nueva célula, el cigoto, con el sistema circulatorio materno que le permite acceder a todas las hormonas y otros elementos necesarios para el desarrollo del embrión. Por otra parte, respecto a la controversia de cuándo empieza la vida humana, la Corte considera que se trata de una cuestión valorada de diversas formas desde una perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa, y coincide con tribunales internacionales y nacionales, en el sentido que no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida. Sin embargo, para la Corte es claro que hay concepciones que ven en los óvulos fecundados una vida humana plena. Algunos de estos planteamientos pueden ser asociados a concepciones que le confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones. Estas concepciones no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten. No obstante lo anterior, la Corte consideró que es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término "concepción". Al respecto, la Corte resaltó que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observó que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constató que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un "ser humano", lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo. En este sentido, la Corte entendió que el término "concepción" no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede. Prueba de lo anterior, es que sólo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez que se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada "Gonodotropina Coriónica", que sólo es detectable en la mujer que tiene un embrión unido a ella. Antes de esto es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide y si esta unión se perdió antes de la implantación. Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal entendió que el término "concepción" desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual consideró que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana, como ya anticipáramos. Asimismo, la

expresión "en general" permite inferir excepciones a una regla, pero la interpretación según el sentido corriente no permite precisar el alcance de dichas excepciones.-

Por otra parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos indicó que la expresión "toda persona" es utilizada en numerosos artículos de la Convención Americana y de la Declaración Americana. Al analizar todos estos artículos no es factible sostener que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados en cada uno de dichos artículos. Asimismo, teniendo en cuenta lo ya señalado en el sentido que la concepción sólo ocurre dentro del cuerpo de la mujer, se puede concluir respecto al artículo 4.1 de la Convención que el objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada, dado que la defensa del no nacido se realiza esencialmente a través de la protección de la mujer. Por todo lo anterior, la Corte concluyó que la interpretación histórica y sistemática de los antecedentes existentes en el Sistema Interamericano, confirma que no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión.-

Se recuerda en el Resumen Oficial emitido por la Corte Interamericana que las técnicas o procedimientos de reproducción asistida son un grupo de diferentes tratamientos médicos que se utilizan para ayudar a las personas y parejas infértiles a lograr un embarazo, las cuales incluyen "la manipulación, tanto de ovocitos como de espermatozoides, o embriones para el establecimiento de un embarazo". Por su parte, la fecundación in vitro es "un procedimiento en el cual los óvulos de una mujer son removidos de sus ovarios, ellos son entonces fertilizados con esperma en un procedimiento de laboratorio. Una vez concluido esto, el óvulo fertilizado (embrión) es devuelto al útero de la mujer". Esta técnica se aplica cuando la infertilidad se debe a la ausencia o bloqueo de las trompas de Falopio de la mujer, es decir, cuando un óvulo no puede pasar hacia las trompas de Falopio para ser fertilizado y posteriormente implantado en el útero, o en casos donde la infertilidad recae en la pareja de sexo masculino, así como en los casos en que la causa de la infertilidad es desconocida. Las fases que se siguen durante el la fecundación in vitro son las siguientes: i) inducción a la ovulación; ii) aspiración de los óvulos contenidos en los ovarios; iii) inseminación de óvulos con espermatozoides; iv) observación del proceso de fecundación e incubación de los embriones, y v) transferencia embrionaria al útero materno. El primer nacimiento de un bebé producto de la fecundación in vitro ocurrió en Inglaterra en 1978. En Latinoamérica, el nacimiento del primer bebe producto de la fecundación in vitro y la transferencia embrionaria fue reportado en 1984 en Argentina. Desde que fuera reportado el nacimiento de la primera persona como resultado de Técnicas de Reproducción Asistida, "cinco millones de personas han nacido en el mundo gracias a los avances de esta tecnología". Asimismo, "anualmente, se realizan millones de procedimientos de Técnicas de Reproducción Asistida. Las estimaciones para 2008, comprenden 1.600.000 tratamientos que dieron origen a 400.000 personas nacidas entre 2008 y septiembre de 2009" en el mundo. En Latinoamérica "se estima que entre 1990 y 2010 150.000 personas han nacido" de acuerdo con el Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida.-

Además, la Corte Interamericana señaló que el artículo 17 de la Convención Americana reconoce el papel central de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona y en la sociedad en general. La Corte ya ha indicado que el derecho de protección a la familia conlleva, entre otras obligaciones, a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia. Asimismo, el Tribunal indicó que el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. Por tanto, los derechos a la vida privada y a la integridad personal se hallan también directa e inmediatamente vinculados con la atención de la salud. La falta de salvaguardas legales para tomar en consideración la salud reproductiva puede resultar en un menoscabo grave del derecho a la autonomía y la libertad reproductiva.-

Considero oportuno entonces recordar la importancia de las acciones positivas y el rol que debe cumplir el Poder Judicial cuando la misma no es realizada por los otros poderes del estado, con lo cual se da respuesta a lo dicho por la demandada, en cuanto a la ausencia de una normativa regulatoria de la técnica de reproducción asistida y a la imposibilidad de cobertura de su parte en tal caso y a las responsabilidades que debería asumir siendo que no forma parte del Nomenclador de Prestaciones.-

Respecto a los derechos reproductivos, se indicó por la Corte Interamericana –y vuelvo al fallo- que dichos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. Finalmente, 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. 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. La Corte consideró que el caso 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, consideraciones con las que estoy en un todo de acuerdo.-

En comentario al fallo de la Corte Interamericana, titulado "El embrión no implantado. El Proyecto de Código y su total consonancia con la Corte Interamericana de Derechos Humanos las Dras. Aída Kemelmajer de Carlucci y Marisa Eleonora Herrera publicado en La Ley 28/12/2012, recuerdan que el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación ha sido el centro de un acalorado debate desarrollado a lo largo del año 2012. Ese intercambio de ideas, en hora buena, ha movilizó muy positivamente a la doctrina

nacional. Uno de los temas más polémicos fue el relativo a la naturaleza jurídica del embrión no implantado y, consecuentemente, la regulación de la filiación que tiene por origen la reproducción humana asistida. Casi al finalizar el año, un hito altamente significativo se ha producido. Ha hablado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No se trata de una voz más en esta disputa, sino de la expresión más autorizada de la región, obligatoria para todos los Estados que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, so pena de incurrir en responsabilidad internacional. ¿Qué ha dicho respecto al embrión no implantado este calificado tribunal en la decisión, tan esperada, fechada el 28/11/2012, recaída en el caso "Artavia Murillo y otros c. Costa Rica"? Dijo exactamente lo mismo que el art. 19 del Proyecto: la existencia de la persona humana comienza con la implantación del embrión y, por ende, el embrión no implantado no es persona humana.-

Las autoras en cita, bajo título: Discriminación indirecta en relación con el género, reparan que la Corte Interamericana considera que los estereotipos influyen en esta situación. Si bien la infertilidad puede afectar a hombres y mujeres, la utilización de las tecnologías de reproducción asistida se relaciona especialmente con el cuerpo de la mujer. Aunque la prohibición de la Fecundación in vitro no está expresamente dirigida a la mujer y, por lo tanto, parece neutral, tiene un impacto negativo sobre ella. El Tribunal no valida dichos estereotipos; sólo los reconoce y visibiliza para precisar el impacto desproporcionado de la interferencia generada por la sentencia de la Sala Constitucional de Costa Rica.-

Asimismo, considero de relevancia destacar lo señalado por las autoras sobre lo que intitulan Discriminación indirecta en relación con la situación económica, al sostener que la prohibición de la Fecundación in vitro tiene un impacto desproporcionado en las parejas infértiles que no cuentan con los recursos económicos para practicarla que es precisamente el caso a decidir.-

Y al establecer las Conclusiones de la decisión y medidas ordenadas por la Corte Interamericana, afirman que la posición de la máxima instancia judicial de la región es precisa: adopta una postura amplia, flexible y plural para que más niños puedan nacer gracias al desarrollo de la ciencia médica. Por eso, declara la violación de los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana y dispone varias medidas. En primer lugar, ordena levantar la prohibición, para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos vulnerados en el caso. En segundo lugar, impone al Estado demandado el deber de regular, a la brevedad, los aspectos que considere necesarios para la implementación de la Fecundación in vitro, teniendo en cuenta los principios establecidos en su decisión.-

VI) La vinculatoriedad de la decisión de la Corte Interamericana y la responsabilidad por su no cumplimiento de los Estados Partes: La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho en el caso "Gioldi" (Fallos 318:514;; L.L. 1995-D, 462), sentencia dictada el 7 de abril de 1995, que la jurisprudencia de los tribunales internacionales

debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tales expresiones se reiteraron en el caso "Bramajo" (Fallos 319:1840, L.L., 1996-E, 409) y en otros fallos ulteriores. Esta línea de pensamiento ha sido acentuada por el Alto Tribunal Federal, al expresar que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las directivas de la Comisión, constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados del Pacto de San José (CSJN, causa "Mesquida", Fallos 329: 5382).-

Así, en este contexto, quedan sin sustento las afirmaciones de la accionada respecto a la no cobertura por falta de imposición legal y se evidencia la configuración del acto arbitrario que torna procedente la vía del amparo, dado que la decisión denegatoria adoptada por el Instituto, violenta los derechos de los accionantes a decidir respecto a su vida y la conformación de su familia, pero por sobre todo la potestad de gozar en plenitud de su derecho a la salud, en la concepción adoptada por la Organización Mundial de la Salud, cuando dice que es un estado completo de bienestar físico, psíquico y social, y no consiste únicamente en una ausencia de enfermedad o lesión orgánica.-

En el precedente internacional citado también se señaló que la prohibición dispuesta por el Estado demandado implicaba una severidad en la limitación, por cuanto, en primer lugar, la prohibición de la fecundación in vitro impactó en la intimidad de las personas, ya que los procedimientos que se impulsaron para acudir a un tratamiento médico en el extranjero exigían exponer aspectos que hacían parte de la vida privada. También se consideró que se afectaba la autonomía personal y el proyecto de vida de las parejas. La Corte observó que la fecundación in vitro suele practicarse como último recurso para superar graves dificultades reproductivas y que su prohibición afecta con mayor impacto los planes de vida de las parejas cuya única opción de procrear es la fecundación in vitro. Se estimó así que las parejas sufrieron una interferencia severa en relación con la toma de decisiones respecto a los métodos o prácticas que deseaban intentar con el fin de procrear un hijo o hija biológicos.-

Y, como ya se expuso, el no acatamiento de los fallos de la Corte Interamericana, genera responsabilidad patrimonial a los Estados Partes, por lo que aprecio que de no atender los argumentos expuestos por el Tribunal y las conclusiones a las que arriba, tal situación podría presentarse en la especie.-

Y en el orden provincial, hace escasos días, la Dra. María Cristina Montalbetti (in re Martínez vs. Instituto Provincial de Seguros – expte. CAM 417460/12- CApelCCSalta, Sala II, año 2013 f° 17/21, del 8 de febrero de 2013) resolvió la admisión de una pretensión similar a la que nos ocupa, en el marco de una acción de amparo, con citas de tribunales nacionales cuya lectura sugiero para no extender en demasía el presente.-

Se exhiben así ineficaces los argumentos de la accionada referidos a debates bioéticos, los que resultan saldados desde el punto de vista jurídico en razón del precedente en cita, en el que se sostiene que teniendo en cuenta que la pérdida embrionaria ocurre

tanto en embarazos naturales como cuando se aplica la fecundación in vitro, y el argumento de la existencia de manipulación conciente y voluntaria de células en el marco de la fecundación in vitro sólo puede entenderse como ligado al fundamento desarrollado por la Sala Constitucional en torno a la protección absoluta del derecho a la vida del embrión, el cual ha sido desvirtuado de manera que la Corte encontró desproporcionado pretender una tutela absoluta del embrión respecto a un riesgo que resulta común e inherente incluso en procesos donde no interviene la técnica de la fecundación in vitro. El Tribunal reiteró que, precisamente, uno de los objetivos de la fecundación in vitro es contribuir con la creación de vida, lo cual se evidencia con las miles de personas que han nacido gracias a este procedimiento. En suma, tanto en el embarazo natural como en técnicas como la de la inseminación artificial existe pérdida embrionaria. La Corte observó que median debates científicos sobre las diferencias entre el tipo de pérdidas embrionarias que ocurren en estos procesos y las razones de las mismas. Pero lo analizado hasta el momento les permitió concluir que, teniendo en cuenta las pérdidas embrionarias que ocurren en el embarazo natural y en otras técnicas de reproducción, la protección del embrión que se buscaba a través de la prohibición de la fecundación in vitro tenía un alcance muy limitado y moderado.-

La Corte Interamericana tomó nota que la Organización Mundial por la Salud (O.M.S.) ha conceptualizado la infertilidad como "una enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas", e interpretó el texto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en tanto establece que las personas con discapacidad "incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás". Para ello se dijo que la discapacidad resulta de la interacción entre las limitaciones funcionales de una persona y las barreras existentes en el entorno que impiden el ejercicio pleno de sus derechos y libertades, y así, teniendo en cuenta la definición desarrollada por la Organización Mundial de la Salud según la cual la infertilidad es una enfermedad del sistema reproductivo, la Corte consideró que la infertilidad es una limitación funcional reconocida como una enfermedad y que las personas con infertilidad en Costa Rica, al enfrentar las barreras generadas por la decisión de la Sala Constitucional, debían considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, que incluyen el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva, y que dicha condición demandaba una atención especial para que se desarrollara la autonomía reproductiva.-

Sobre este último concepto desarrollado por el tribunal supranacional, concluyo que se ve desmerecida y sin sustento la negativa de la demandada a cubrir la prestación pretendida sobre la base de que ella no se encuentra en el Programa Médico Obligatorio.-

Cabe traer en este momento del desarrollo argumental otro precedente, ahora del orden nacional, respecto de un caso similar al presente, en el cual se dijo que "el hecho que la

prestación no se encuentre contemplada en el Programa Médico Obligatorio, no resulta de por sí causa suficiente para eximir a la demandada de su obligación de prestar un adecuado servicio de salud, habida cuenta que los derechos que los amparistas estiman vulnerados son "derechos humanos que trascienden el orden positivo vigente" (Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, 17 de diciembre de 2009, en autos caratulados "B. C. y otra c/ UP s/ Amparo", Expediente N° 12.021, proveniente del Juzgado Federal N° 4, Secretaria 3, de Mar del Plata – Expte. 47.997, citado por Verónica Spaventa, en ¿Acceso universal a las técnicas de procreación asistida?, trabajo publicado en la Revista de Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, n° 2010-III, Septiembre/Octubre 2010, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010).-

En similar sentido se han pronunciado la Cámara Federal de Córdoba, al decidir que nos es óbice para viabilizar la operatividad de la fecundación in vitro requerida el hecho de que dicha prestación no esté contemplada en el vademécum del Programa Médico Obligatorio, puesto que el mismo no puede ser considerado como un tope excluyente de toda otra prestación, sino de una base o piso prestacional, el que puede y debe ser extendido a casos concretos que exijan prestaciones que no estén específicamente contempladas en el Programa Médico Obligatorio (09/05/2012, in re "G.,N.R. vs. Galeno Argentina y otro – Amparo, citado por la Sala Segunda de esta Cámara en el precedente ya aludido).-

Entiendo entonces que la demanda de amparo debe prosperar y que se debe ordenar la cobertura pretendida por parte del Instituto Provincial de Salud de Salta, debiendo fijarse un límite en cuanto al monto del tratamiento, para lo cual se tendrá en cuenta lo dicho por el médico especialista que atiende a la señora Pellejero, quien expresó que el mismo asciende a la suma de \$ 27.000, debiendo la accionada proceder al pago de dicha cifra en el plazo máximo de diez días de presentación del presupuesto y/o de la factura del galeno.-

Por ello,

F A L L O

I) HACIENDO LUGAR a la demanda deducida a fs. 17/22 por los Sres. A.Y.P. y S.F.. En su mérito, CONDENANDO al Instituto Provincial de Salud de Salta a brindar la cobertura integral al 100% del costo del tratamiento de Fertilización In Vitro reclamado, lo que incluye gastos médicos, prácticas, honorarios e internación, por un monto máximo de \$ 27.000 (pesos veintisiete mil), según lo precisado en el último párrafo de los considerandos, más los medicamentos que la práctica requiera, y lo sea por el Dr. A.C., en el Instituto Vitae, de nuestra Ciudad. CON COSTAS.-

II) CÓPIESE, regístrese y notifíquese.-

Fdo.: Marcelo Ramón Domínguez.-

Fdo.: María Victoria Mosmann, Secretaria.//-