

## Fallo

<b>Categoría:</b> DERECHO CONSTITUCIONAL	<b>Fecha:</b> 12/05/2017
<b>Nro de Fallo:</b> S/N	
<b>Tribunal:</b> Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y de Minería N° 2 - I Circunscripción Judicial	
<b>Secretaría:</b> Secretaría única	<b>Sala:</b>
<b>Carátula:</b> "C. M. J. Y OTRO C/ I.S.S.N. S/ ACCIÓN DE AMPARO"	<b>Tipo Resolución:</b> Sentencias
<b>Integrantes:</b>	<b>Nro. Expte:</b> 516674 - Año 2017
	<b>Disidencia:</b>

**Voces:** Acción de amparo.

**Novedoso**

### Contenido:

Neuquén, 12 de Mayo del año 2017.

**VISTOS:** Estos autos caratulados "C. M. J. y OTRO c/ I.S.S.N. s/ ACCIÓN DE AMPARO" (Expte. N°516674/2017) venidos a despacho para dictar sentencia, en los que a fs. 17/28 M. J. C. y E. R. Z., con patrocinio letrado, promueven acción de amparo contra el Instituto de Seguridad Social del Neuquén (en adelante ISSN), a los efectos de que se condene al demandado a brindar la cobertura total en un 100% de los tratamientos de fertilización asistida que resulten necesarios FIV/ICSI de alta complejidad con lamentos propios de la pareja y semen heterólogo.

Respecto a los hechos indican que las actoras forman una pareja desde el año 2013 y que en el 2015 contrajeron matrimonio igualitario. Que por razones biológicas requieren el tratamiento de fertilización in Vitro con semen heterólogo solicitando su cobertura a la demandada en razón de ser dependientes de ... de la Provincia del Neuquén.

Manifiestan que C. sería la donante de óvulos para implantarse en la coactora Z..

Dicen que el 30/11/2015 presentaron ante el ISSN el pedido de cobertura y adjuntaron la documental requerida obteniendo resolución el 08/11/16 por Disposición 2789/16 en el Expte. 4469-193201/5 Alc.0000 - año 2016. Que por la misma se rechaza el reclamo administrativo y se reconoce la cobertura del procedimiento de inseminación intrauterina con semen de banco a favor de las afiliadas (actoras).

Realizan consideraciones respecto a la viabilidad del procedimiento solicitado así como que el mismo respeta

su deseo personal y resuelve de modo más ético la voluntad de que ambas sean madres.

Se expiden rebatiendo los argumentos de la disposición.

Fundan su derecho y la procedencia de la acción.

Ofrecen prueba.

Corrido traslado de la demanda y requerido informe, a fs. 95/101 se presenta el Instituto de Seguridad Social del Neuquén por intermedio de apoderado.

Informa que conforme surge del expediente administrativo N° 4469-193201/5 Alc. 0000, Año 2016, las actoras solicitan la cobertura del tratamiento de fertilización y valorados los antecedentes emitidos por las distintas reparticiones de la demandada se dicta la disposición en crisis rechazándose la solicitud.

Realiza las negativas procesales de rigor. Sostiene que en la disposición en crisis se rechazó lo solicitado por las actoras pero se reconoció a favor de las afiliadas la cobertura del procedimiento de inseminación intrauterina a M. J. C. por menor edad y, por ende, menor riesgo. Así, sostiene que se brinda la cobertura solicitada con una alternativa en cuanto al procedimiento en consideración a argumentos médicos y jurídicos.

En primer término, respecto a las consideraciones médicas, arguye que pese a no tratarse de una patología se atendió el reclamo de las actoras. Indica la menor probabilidad de embarazo de la coactora mayor a cuarenta años y el riesgo que también importa el procedimiento de ovodonación para M. J. C..

Así, la sugerencia realizada se adecua a las atribuciones que ostenta como auditora.

Realiza consideraciones respecto a la diferencia de costo de ambos tratamientos en atención a la calidad de obra social de la demandada.

Refiere que el tratamiento solicitado no cumple con los requisitos previstos por la Ley 2954 y Resolución 454/16 del ISSN y por lo tanto no existe acto arbitrario ni legal.

Ofrece prueba y hace reserva de caso federal.

A fs. 82 toma intervención el Fiscal de Estado.

A fs. 179 se abre la causa a prueba etapa que se clausura a fs. 200 pasando los autos para el dictado de sentencia.

**CONSIDERANDO: I.-** La acción de amparo constituye un procedimiento constitucional de garantía de los derechos reconocidos ofrecido por la Carta Magna Nacional y Provincial, para la preservación de dichos derechos.

Por ello, la acción de amparo debe estar sustentada en la violación de una norma o principio constitucional o en el peligro de que ello ocurra.

*"...esta manifestación de la justicia constitucional irrumpió en nuestro medio con la finalidad primordial de*

*salvaguardar, inmediatamente, la integridad de los derechos fundamentales, ..., bien restableciéndolos, bien previniéndolos de restricciones indebidas, cuando ellas resultaren de próxima e indudable concreción"* (Patricio Sammartino - PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL AMPARO ADMINISTRATIVO p. 19).

Es decir, que la procedencia del amparo como vía judicial, presupone la existencia de una lesión jurídica de naturaleza constitucional, supuesto que se considera en sentido amplio, como toda restricción o alteración al derecho. (SALGADO A. Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad, 1° edición p.27).

Por su parte, debe tenerse en cuenta que de acuerdo a lo dispuesto por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, los tratados internacionales tienen jerarquía constitucional, con el agregado de que dicha normativa internacional adquiere el carácter de supraconstitucional, en tanto el Estado Nacional es garante de la aplicación de dichas normas dentro del territorio del país.

El art. 1 de la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer establece que *"A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera."*

Asimismo, en el tratado se considera a la maternidad como "función social" (art. 5), imponiendo a los estados parte del pacto, la adopción de medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica, incluyendo el derecho a la planificación de la familia (art. 12 y art. 14 inc. 2.b).

La Declaración Universal de Derechos Humanos en su art. 18 ha reconocido el derecho de hombres y mujeres a partir de edad núbil, a formar una familia, siendo esta el elemento natural y fundamental de la sociedad, por lo que tiene derecho a la protección de la sociedad y del estado.

Concordante el Pacto de San José de Costa Rica en su art. 17 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 23, reconocen a la familia idéntico estatus fundamental de la sociedad y el derecho a su protección.

Estas normas internacionales de garantía resultan de directa aplicación al derecho interno y es obligación de la jurisdicción su aplicación al caso concreto.

Concordante, la Constitución Provincial expresamente

impone a la provincia el deber de asegurar la salud reproductiva en su art. 36.

**II.-** El caso traído para dictar sentencia se funda en la petición de las actoras de la cobertura total al 100 % de los tratamientos de fertilización asistida denominados FIV-ICSI de alta complejidad, con gametos propios de la pareja y con semen heterologo, que resulten necesarios para lograr un embarazo.

Alegan que forman pareja desde el año 2013 y en el 2015 contraen matrimonio igualitario, a la luz de la ley 26.618, pretendiendo tener un hijo o hija y que por razones estrictamente biológica no pueden ser madres por el método natural de reproducción, por lo que necesitan una fertilización in vitro con semen heterologo.

Fundamentan la petición en que ha sido denegada la cobertura con arbitrariedad e ilegalidad manifiestas, basado en inexistencia de enfermedad orgánica, que la pareja no tiene antecedentes de infertilidad, el riesgo de un embarazo en una persona de más de 40 años y la baja posibilidad de éxito de embarazo.

En consecuencia, en autos se reúnen los requisitos del amparo, ya que existe una omisión por parte del accionado que produce una lesión actual (en sentido amplio) por la falta de acceso de las accionantes a la cobertura asistencial pretendida.

Corresponde entonces, a los efectos de la resolución de la causa, establecer si asiste derecho a las actoras o si la negativa de la demandada tiene fundamento legal.

**III.-** De las constancias de autos surge que las actoras constituyen un matrimonio y que por la sola razón de ser del mismo sexo se hace imposible lograr un embarazo, así como la determinación de quien será donante y quien llevará adelante el embarazo.

Por tanto, el punto en conflicto se centra en determinar si el demandado está obligado a otorgar la cobertura del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad como se demanda y si la negativa resulta arbitraria.

De los dichos de las partes y prueba producida en autos surge que el médico tratante indica el tratamiento del modo como se demanda, afirmando que ambas están en condiciones para poder realizarlo.

De tal modo queda desbaratado el argumento respecto al riesgo que conlleva el procedimiento, además que las actoras lo asumen según sus propios dichos.

La documental agregada en autos y en particular el obrante a fs. 40 consta la indicación del tratamiento de fertilización in vitro del modo como fue requerido en la demanda.

Asimismo, de la documental obrante a fs. 192/7 surge el presupuesto por la suma de \$84.900 que compone de presupuesto por procedimiento de Fertilización Alta

Complejidad, Vitriificación de embriones y Semen Heterologo.

Surge así acreditada la indicación médica del tratamiento cuya cobertura se solicita.

**IV.-** la ley 24.673 que crea el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación responsable establece como objetivo *"...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, coacciones y violencia (...) garantizar a toda la población el acceso a la información, orientación, métodos y prestaciones de servicios referidos a la salud sexual y procreación responsable"*. En cuanto a la legislación provincial, la Ley 2258 establece que *"Art. 3°: se considera "fecundación asistida" la que requiera de procesos no naturales tendientes a ayudar al proceso de fecundación, tales como la inseminación artificial, fertilización in vitro, micro fertilización asistida y otras que se vayan incorporando."*

Por su parte el art. 96 de la ley 611 indica que la Dirección de Prestaciones *"...realizará en la Provincia todos los fines del Estado Provincial en materia salud y asistencial para sus agentes en actividad o pasividad y para los sectores de la actividad pública y privada que se adhieran en su régimen..."*

Por último, la ley 26.862 ha incluido en el PMO, *"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, lso 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."* (art.8).

Según el art. 10 de la normativa, sus disposiciones son de orden público y de aplicación en todo el territorio nacional. Así, recientemente, conforme fuera citado, la Provincia por medio de la ley 2954 garantizó el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, en

concordancia con la ley nacional 26.862 y según las características del Sistema de Salud Provincial.

El art. 11 de la ley 2954, dispone que la obra social provincial (ISSN), así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados en todo el territorio provincial, deben incorporar como prestaciones obligatorias y brindar a sus afiliados o beneficiarios, entre otros las técnicas de baja y alta complejidad.

De lo que resulta que la omisión en otorgar la cobertura solicitada aparece arbitraria e infundada, más aun cuando se advierte en la resolución dictada, que sería posible otorgarla a la Sra. C., realizando una selección sin sustento alguno y violentando el derecho de las accionadas a tomar dicha decisión.

Se advierte entonces que en la denegatoria subyace una conducta discriminatoria por la igualdad de sexos de las accionantes, violentando expresamente el último párrafo del art. 8 de la ley 26.862 cuando impide la introducción de *"...requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o es estado civil de los destinatarios."*

En consecuencia, corresponde hacer lugar a la demanda de cobertura al 100% de los tratamientos de fertilización asistida que resulten necesarios, denominados FIV ICSI de lata complejidad, con gametos propios de la pareja con semen heterologo.

En cuanto al alcance y sin perjuicio que en anteriores pronunciamientos he resuelto la cobertura en la medida porcentual que establecía el reglamento del ISSN, a la luz de la especial referencia legislativa a una cobertura integral deberá el demandado cubrir el tratamiento y medicamentos al 100%.

Respecto de la extensión de la condena, deberá cubrir un tratamiento y en caso que no se obtenga el embarazo, en etapa de ejecución de sentencia, las actoras deberán presentar prescripción de su médico tratante y ponerlo a disposición de la demandada a los fines de su consideración.

Por último, en atención a la índole del tratamiento y que consta en autos el costo del tratamiento solicitado, el demandado deberá cumplir la condena en el plazo del 10 días.

**V.-** Atento a como se resuelve la cuestión, las costas se imponen a la demandada (art. 68 del CPCyC).

Por lo expuesto, **RESUELVO: 1)** Hacer lugar a ña acción de amparo incoada y en consecuencia **CONDENAR** al **INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN -ISSN-** A OTORGAR A **M. M. M y E. R. Z.** la cobertura al 100% del **TRATAMIENTO DE FERTILIZACIÓN ASISTIDA**, FIV-CSI de lata complejidad, con gametos propios de la pareja y con semen heterologo, tal como fuera solicitado y de acuerdo a la indicación

médica, en el plazo de 10 días, con costas. **2)** Regular los honorarios de ..., patrocinantes de las actoras en la suma de \$23.565; los de ... como apoderada de la demandada en la suma de \$6.598 y los de ... y ... en la suma conjunta de \$16.496 (conf. Art. 6, 7, 10, 36 Ley 1594). Protocolícese. Notifíquese.

**DRA. Alejandra C. Bozzano - Juez.**