

AUTO NÚMERO: 132

Río Cuarto, 16/05/2018

Y VISTOS:

Estos autos caratulados: “**G., M. R. Y OTRO C/ ADMINISTRACION PROVINCIAL DE SEGURO DE SALUD (APROSS) – AMPARO**” (EXPTE.) puestos a despacho de estos Vocales a fin de resolver acerca del pedido de medida cautelar innovativa formulado por los amparistas en la presentación de fojas 32/37.

Y CONSIDERANDO:

1.1.1. Que los actores solicitan, como medida cautelar innovativa, que se ordene a la demandada APROSS que proceda al 100% de la cobertura médico, medicación indicada, a saber: *Gonal F Pen 900 (Folitropina alfa) jeringas prellenadas (2); Menopur 1200 (HMG) 1 jeringa prellenada; Cetrotide (cetrotirelix) 4 jeringas prellenadas; Ovidrel (Coriogonadotropina alfa); Ronfase 2 mg; Progest 200* como también las técnicas que sean necesarias y prescriptas para el éxito del tratamiento de fertilidad (columnas de anexina, crio conservación de embriones, entre otros), y toda otra indicación que fuere necesaria e indicada por su médico tratante para el tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad (FIV – ISCI), todo según criterio e indicación médica y cantidad de intentos, con su médico tratante Dr. Diego Cagnolatti, en el centro de fertilidad Procreate Filial (Diagnósticos SRL) de esta ciudad, establecimiento inscripto en el REFES.

Señala que la urgencia de la demanda estaría dada en las razones médicas y en las consecuencias perjudiciales del transcurso del tiempo, presupuesto determinante para el éxito del procedimiento.

1.1.2. En cuanto a los presupuestos para la medida cautelar que solicita, sostienen que la *verosimilitud del derecho* surge de la aplicación de la ley 26.862 y su decreto reglamentario Número 956 y demás normativa que enumera (arts. 25.1 y 25.2 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* y art. 75 de la CN, art. 10.1 del *Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales*, la Ley 25673, y la *Convención Internacional de Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer -Ley 23.179-*), en tanto se trata de una pareja con deseos

de procrear desde hace tres años sin poderlo lograr hasta el momento, encontrándose los amparistas afiliados al APROSS.

En orden al peligro en la demora manifiestan que el mismo se infiere de la edad de la interesada que tiene directa influencia en los resultados de estos tratamientos, motivo por el cual se sugiere fuertemente no dilatar la decisión de llevar a cabo el tratamiento indicado.

Respecto a la contracautela ofrece otorgar la que el tribunal estime necesario a los fines de no vulnerar la igualdad de las partes en el proceso.

1.2. Se extrae de las constancias de autos, en lo que aquí toca, que desde que los amparistas efectuaron su reclamo a la demandada a los fines de que se hiciera cargo del tratamiento de fertilización asistida, no obtuvieron una respuesta concreta al mismo ni menos aún lograron la cobertura pretendida.

1.3. Que el organismo accionado, al evacuar el informe del art. 8 de la ley 4915 en su presentación de fojas 55/64, se opone a la procedencia de la acción de amparo aduciendo su representante, entre otras cuestiones, que los actores no han iniciado ningún trámite administrativo mediante el cual además de solicitar la cobertura requerida justifique, desde el punto de vista médico, el tratamiento de fertilización pretendido. También agrega que la práctica solicitada por los amparistas, sería en un centro no prestado de APROSS, que la afiliada tiene más de 41 años y eventualmente solicita semen heterólogo (donación de espermatozoide).

2.1. Así planteada la cuestión, en primer término cabe señalar que la medida peticionada configura una cautelar innovativa, dado que su despacho importa alterar el estado de hecho o de derecho vigente al momento de su dictado. Esta medida requiere como toda precautoria la concurrencia de los presupuestos básicos generales, esto es, el de (1) verosimilitud del derecho, el (2) peligro en la demora y la (3) contracautela, a los que se agrega un cuarto requisito que le es propio: la (4) posibilidad de que se consume un daño irreparable.

2.2. Sentado ello, resulta oportuno mencionar que, muchas veces, los despachos de medidas innovativas se adscriben a lo que se conoce como “jurisprudencia de necesidades”, más preocupada por solucionar lo urgente que por satisfacer ortodoxias sistemáticas. Sobre el particular, se ha dicho lo siguiente: “*La necesidad tiene ‘cara de hereje’ dicen y llevan razón. Muchas de las soluciones*

pretorianas hoy triunfantes, no se ajustan, perfectamente, a los esquemas tradicionales. Y si han aparecido y prevalecido es porque responden a necesidades sentidas, aunque no sean el producto alambicado de lucubraciones conceptuales y sistemáticas. No se les pida, entonces, a estas nuevas soluciones -que casi constituyen un 'botiquín de urgencia'- un encuadramiento teórico acabado. No nacieron para dar satisfacción a espíritus cavilosos, sino para dar respuestas a los necesitados del auxilio judicial" (Conf. Peyrano, Jorge W., "El perfil deseable del juez civil del siglo XXI", en JA 2001-IV-863, y "La medida innovativa 'generativa'", JA 2002-III-1285).

2.3. Jurisprudencia de nota, ha ratificado la posibilidad de dictar medidas innovativas dentro del marco de un proceso de amparo. Así, la Cámara C. y C. de 6ta. Nominación de la ciudad de Córdoba, refirió que ello no implicaba emitir un juicio sobre las cuestiones de fondo planteadas, cuando hubiera verosimilitud en el derecho que se invocaba, imperiosa premura en obtener una respuesta jurisdiccional y cuando, además, existiera el peligro de que se consumara un daño irreparable en perjuicio de quien había promovido la acción de amparo. El referido Tribunal esgrimió que la admisibilidad y procedencia de medidas cautelares en la acción de amparo "es un asunto que no se encuentra establecido específicamente en dicha normativa" (Ley provincial 4915 y Ley nacional 16.986), aunque podía inferirse del artículo 15 de la Ley local y del artículo 484 del CPCC, que "atiende el supuesto de las cautelares no enumeradas, pero que pueden solicitarse frente a un perjuicio inminente o irreparable", siempre que se reúnan las previsiones del artículo 483 del CPCC. No obstante reconocer el carácter excepcional de estas medidas, que "se ubican en el plano de la tutela judicial anticipada", concluyó "en estas cautelares, donde se confunde el objeto del principal con lo solicitado como medida precautoria, además de la concurrencia de los presupuestos que la doctrina y la legislación exigen para la admisibilidad de aquellas - verosimilitud del derecho invocado, peligro en la demora y contracautela-, es necesario contemplar la posibilidad de que se consume un daño irreparable". El carácter cautelar de la medida solicitada "no abre juicio sobre el resultado de las cuestiones de fondo planteadas", "la medida cautelar ordenada resulta adecuada a las previsiones del ordenamiento jurídico local (artículos 456 y 483 del CPCC, y artículo 15 de la Ley 4915), puesto que hay verosimilitud en el derecho que se invoca, imperiosa premura en obtener la decisión, pues se trata de la provisión

de medicamentos necesarios para la subsistencia de la accionante, y no hay otra medida contenida en la ley para conseguir dicha cautela (“SRC c/Asociación Mutual Choferes de Taxi y Otro – Amparo”, 20 de octubre de 2011, publicado en *Diario Jurídico de Cba. del 1 de noviembre de 2011, Año 9 nro. 2204* y este tribunal en los autos “P.L., S. c/ Apross” – Amparo” - AI 198 / 24.09.2015-).

3.1. Así planteada la cuestión cabe destacar que este Tribunal en los citados autos, y en otros dictados con posterioridad en juicios de amparo iniciados también contra el APROSS respecto a los que omitiremos citar los datos de la actora para preservar su intimidad (conf. AI 46 del 22/3/2016, AI 152 del 6/9/2016 y 161 del 4/7/2017) se pronunció respecto de la cobertura de las técnicas de reproducción humana asistida, en los que se trataba de supuestos como el de autos, es decir mujeres de similar edad a la Sra. F., razón por la cual este tribunal se encuentra constreñido a seguir la doctrina fijada en dichos precedentes, más allá de algunas circunstancias personales que muestran diferencias en cada caso.

4.1. Hecho tal señalamiento, en la especie, la cautelar solicitada consiste precisamente en otorgar la cobertura integral del tratamiento detallado ut supra, el que coincide –parcialmente– con el objeto de la demanda.

4.2. Como se advierte constituye un anticipo de tutela, lo que justifica una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos de admisión. Es así que su despacho exige ponderar con mayor rigor, el recaudo de la verosimilitud del derecho, es decir, requiere algo más que un “*fumus bonis iuris*” y a la vez, debe también existir la posibilidad que se configure un perjuicio irreparable.

4.3. Huelga aclarar que la Corte Suprema ha sentado doctrina en orden a estas medidas, sosteniendo que “*no exigen de los magistrados el examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido sino sólo de su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra cosa que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad*” (CSJN, Fallos, 306:2060; 315:2956; 316:2855 y 2860; 317:243 y 581; 318:30 y 532; 323:1877.)

4.4. Consideramos que en la temática en análisis y, en general, en cuestiones que vinculan el derecho a la vida y a la salud, es difícil adaptarse a la regla elaborada por la propia Corte, según la cual la vía cautelar no debe conceder en su

totalidad el contenido de la pretensión articulada (*Conf. CSJN in re “Rizzo Romano, Alfredo Héctor y otros v. Estado Nacional (Corte Suprema de Justicia de la Nación)”*, 11/03/1997, Fallos 320:300), por el contrario en casos como el presente la vía cautelar se transforma en la más específica y a menudo útil de la decisión; de allí que muchas veces la cuestión relacionada con el derecho a la salud reproductiva en determinadas etapas de la vida -en el caso la amparista Sra. G. tiene 42 años- desborda el continente del amparo porque requiere decisiones rápidas y efectivas que lleven a la solución definitiva, aunque es sabido que el trámite, por abreviado que haya sido pensado, nunca se ajusta a las previsiones normativas. No se nos escapa que esto plantea cuestiones que tienen que ver con la igualdad de las partes en el proceso y con el derecho a la defensa en juicio, pues no es posible suprimir la audiencia y prueba del demandado a quien se le atribuye, nada menos, que ilegalidad o arbitrariedad “*manifestas*”, respecto de un asunto que puede generar, sí no es atendido prontamente, en la pérdida definitiva de una facultad, de un derecho o de una justa aspiración de cualquier ser humano.

4.5. En este sentido, cabe recordar que con anterioridad la *Corte Suprema de Justicia de la Nación*, en el *leading case “Camacho Acosta”* dijo textualmente que: *"resulta particularmente necesario que el tribunal se expida provisoriamente sobre la índole de la petición formulada en la medida cautelar innovativa si se pretende reparar, mediante esa vía, un agravio causado a la integridad física y psíquica tutelada por el art. 5 inc. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos... Esto es así pues es de la esencia de estos institutos procesales de orden excepcional enfocar sus proyecciones -en tanto dure el litigio- sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de perjuicios que se podrían producir en caso de inactividad del magistrado y que podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva"*. (CSJN, 7/8/1997, in re: “*Camacho Acosta*”, en JA, 1997-IV-620.

4.6. Aparece aquí la necesidad de potenciar en este tipo de medidas “*algo más*” que la mera verosimilitud, como modo de asignar una protección anticipada que conlleva un costo económico que ha de incidir en el patrimonio de la parte obligada, y la contrapartida de ese “buen derecho” es la contracautela que se dispone en tales medidas.

4.7. Pese a ello, en el caso, a fs. 39 -en relación a la cautelar innovativa solicitada- el tribunal dispuso, atento a la naturaleza y alcance de la misma, diferir la ponderación de la medida para cuando haya sido evacuado el informe previsto en el art. 8 de la Ley 4915, oportunidad en la que se resolvería conforme a los elementos de juicio que disponga. Es decir que se ordena sustanciar la pretensión cautelar con la contraria, como recaudo previo a su tratamiento. La demandada no efectuó consideración alguna respecto a la cautelar innovativa, ni al ofrecimiento de la contracautela propiamente dicho. Tan sólo atinó a decir que no se ha acompañado ningún informe médico que justifique la medida en orden al peligro en la demora, y que tratándose de una extrema medida cautelar los requisitos de procedencia deben dar en grado superior y más exigente al necesario para una medida cautelar común.

4.8. Sobre el tópico cabe expresar que *“la verificación del cumplimiento del ‘periculum in mora’ debe examinarse en relación a la irreparabilidad del perjuicio que derivaría en caso de no acordarse la precautoria solicitada. Tal recaudo se tiene por cumplido cuando la situación (de hecho o de derecho) que se pretende innovar ocasionaría (de subsistir) un ‘daño irreparable’ al pretensor entendido esto último de modo realista...”* (Peyrano, Jorge W. *“Compendio de reglas procesales en lo Civil y Comercial”*, pág. 85, Zeus Editora, Rosario, 1983).

5.1. Ingresando ya derechamente al análisis de la cuestión, corresponde destacar que constituyen hechos no controvertidos las patologías que padecen los amparistas, como también sus condiciones de afiliados a la obra social demandada (fs. 1/2).

5.2. Sentado ello se impone señalar que la normativa invocada por el Apress (ley provincial 9695 y Resolución 178/2009) es anterior a la sanción de la Ley 26.862 (Ley de Reproducción medicamente asistida), y esta última, que tiene carácter de norma de orden público, declara como su objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción medicamente asistida, sin que se advierta la existencia de normativa que formule adecuación a la norma general referenciada, como así tampoco, las eventuales explicaciones que, hipotéticamente, demostraran que aquellas, pese a la mentada precedencia, se muestran en línea con la legislación nacional.

5.3. Por su parte en los considerandos del decreto reglamentario de dicha norma se estableció que: *“la Ley N° 26.862 tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. Que en dicha ley prevalecen, entre otros derechos concordantes y preexistentes reconocidos por nuestra Constitución Nacional y Tratados Internacionales de rango Constitucional (conforme artículo 75, inciso 22 de nuestra Carta Magna), los derechos de toda persona a la paternidad / maternidad y a formar una familia, en íntima conexión con el derecho a la salud. Que el derecho humano al acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, reconocido por la Ley N° 26.862, se funda en los derechos a la dignidad, a la libertad y a la igualdad de toda persona humana (conforme la Constitución Nacional y los fundamentos y principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos). Que la Ley N°26.862 se fundamenta en la intención del legislador de ampliar derechos; ello, en tiempos de cambios y de más inclusión en el ámbito social y en el de la salud; en el marco de una sociedad que evoluciona, aceptando la diferencia y la diversidad cultural y, promoviendo de tal modo, una sociedad más democrática y más justa. Que la Ley N°26.862 establece que pueden acceder a las prestaciones de reproducción médicamente asistida todas las personas, mayores de edad, sin que se pueda introducir requisitos o limitaciones que impliquen discriminación o exclusión fundadas en la orientación sexual o el estado civil de quienes peticionan por el derecho regulado. La cobertura prestacional la deben brindar los establecimientos asistenciales de los TRES (3) subsectores de la salud: público, seguridad social (obras sociales) y privado (medicina prepaga). Que la ley de marras sigue lo prescripto científicamente por la ORGANIZACION MUNDIAL DE LA SALUD (OMS) en orden a la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas de reproducción médicamente asistida”.*

5.4.1. Establecida tal plataforma declarativa de principios, corresponde ingresar en el análisis de los presupuestos necesarios que habilitarían la adopción de la medida cautelar que se solicita, esto es, la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora, los que deben ser evaluados con criterio de

probabilidad y tomando en consideración que cuanto mayor sea el peligro en la demora menos rigor se exige en la acreditación de la verosimilitud del derecho, y viceversa.

5.4.2. Que en esta instancia del proceso corresponde solo el análisis de los requisitos de procedencia de la cautelar cuya resolución se peticiona, siendo los demás argumentos vertidos por las partes objeto de análisis en el momento del dictado de sentencia en autos. En este sentido cabe señalar que *“El anticipo de jurisdicción en el examen de las medidas cautelares innovativas no importa decisión definitiva sobre la pretensión concreta del actor. Lleva ínsita la evaluación del peligro de permanencia en la situación actual a fin de habilitar una resolución que concilie - según el grado de verosimilitud- los probados intereses de aquél y el derecho constitucional de defensa del demandado”* (L.L. 12-4-2006;6; L.L. 2006-B-630; D.J. 5/4/2006, 901).

5.5.1. Sentado ello, cabe señalar que la actora, Sra. M.R.G., es una mujer de 42 años de edad, y su pareja, Sr. A. S. B., de 38 años, con la necesidad de recurrir al tratamiento de alta complejidad de fecundación médicamente asistida para poder realizar su derecho a la maternidad, siendo ambos afiliados de la accionada, la cual resiste la cobertura, alegando que aquella no se encuentra incluida en los lineamientos que marca la Ley 9695 y la Resolución de Apross N° 0178/09, que no ha existido un tratamiento administrativo previo, y que cobertura se requiere en un centro no prestador.

5.5.2. En este punto, siguiendo calificada doctrina se impone señalar que *“las técnicas de reproducción humana asistida son especialmente a favor de la mujer. Si bien es cierto que admiten un nuevo modo de formación de una familia, con lo cual también favorecen a la sociedad y a los miembros de una familia cualquiera sea su sexo, insisto en que en muchas mujeres existe un ansia de ser madre, gestar un hijo y llevarlo en el vientre hasta su nacimiento. La etapa gestacional puede constituir una necesidad para muchas mujeres y si es posible que el derecho la permita, es razonable que se reconozca a fin de que no se lleve a cabo fuera de las regulaciones legales o solamente pueda acceder a esta técnica quien tiene suficiente dinero para ello. En la República Argentina, la ley 26.862 tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos. Logra satisfacer una necesidad social, en tanto supera el obstáculo existente: ofrece el procedimiento a toda la población, con lo cual termina*

con los recursos de amparo aplicados a la búsqueda de auxilio judicial ante la falta de inclusión de los tratamientos de reproducción humana asistida entre las prácticas con cobertura por parte de las obras sociales y sistemas de medicina prepaga. Esta norma dispone que tiene derecho a acceder toda persona mayor de edad -es decir en pareja o no- y que las obras sociales y las entidades de medicina prepaga deben incorporar la cobertura integral e interdisciplinaria de los procedimientos y las técnicas de reproducción médicamente asistida como prestaciones obligatorias a brindar a sus afiliados o beneficiarios. Con ello, ya no existe únicamente para quienes puedan pagarlo en privado.” (Highton, Elena I. “Una etapa histórica: la mujer en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, LA LEY 03/08/2015, 5).

5.6.1. A los fines de la hermenéutica de la reglamentación del Apros debemos tener en consideración, no sólo lo dispuesto por la Ley de Fertilización nacional, sino también la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, cuyo texto fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas y ratificado por la Argentina por ley 23.179, que en los artículos 2 C y 12 sostiene “1. 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. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario”.

5.6.2. Asimismo, la ley de 25.673 de *Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable*, establece el derecho a decidir sobre la vida reproductiva, número de embarazos y cuándo tenerlos; y en idéntico sentido la *Ley de Protección Integral a las Mujeres* (ley 26.485), promulgada en el Boletín Oficial del 14 de abril del 2009, de orden público y de aplicación en todo el territorio de la República, que en su artículo 3 garantiza todos los derechos reconocidos por la *Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, y al enumerar las formas de violencia, establece “d) *Violencia contra la libertad reproductiva: aquella que vulnera el derecho de las mujeres a decidir libre y*

responsablemente el número de embarazos o el intervalo entre los nacimientos, de conformidad con la Ley 25.673 de Creación del Programa Nacional de Salud”.

5.6.3. Asimismo, la *Convención de Belem do Pará (Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer)*, ratificada por Ley 24.632 establece en su art. 1 “*Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.*

5.6.4. Por su parte la *Corte Interamericana de Derechos Humanos* en el célebre caso *Artavia Murillo* y de acuerdo a lo resuelto en *Gelman vs. Uruguay* y en *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, consideró que el caso 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. Ello en tanto en primer lugar, el Tribunal resaltó que, a diferencia de lo dispuesto en el *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, en el cual sólo se protege el derecho a la vida familiar bajo el artículo 8 de dicho Convenio, la *Convención Americana* cuenta con dos artículos que protegen la vida familiar de manera complementaria. Al respecto, la Corte reiteró que el artículo 11.2 de la *Convención Americana* está estrechamente relacionado con el derecho reconocido en su artículo 17; y 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; que es un derecho tan básico de la *Convención Americana* que no se puede derogar aunque las circunstancias sean extremas. Entendió que el artículo 17.2 de la *Convención Americana* protege el derecho a fundar una familia, el cual está ampliamente consagrado en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos; y que el Comité de Derechos Humanos ha señalado que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia. Asimismo, dijo 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. Entendió

que el derecho a la autonomía reproductiva está reconocido también en el artículo 16 (e) de la *Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, según 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”; que este derecho es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad.

5.7. De conformidad con dicho marco normativo tanto nacional como supranacional y el criterio de la Corte Interamericana, cabe destacar que las disposiciones internas del Aproz (anteriores a la Ley Nacional de Fertilización Asistida) -que establecían distinciones que la ley nacional de orden público no contempla- han devenido inaplicables, en tanto las mismas no pueden efectuar distinciones que la legislación nacional no efectúe. Máxime si tenemos en cuenta que ley 26.862 es absolutamente amplia al establecer como beneficiarios del régimen a todas las personas mayores de edad, impidiendo que se establezcan requisitos o limitaciones vinculadas al estado civil o sexualidad de las requirientes. Debiendo señalarse que, no obstante el tiempo transcurrido desde la sanción de la mencionada ley (que data de junio de 2013 y su reglamentación -Decreto 956- de julio de 2013), el APROSS no ha adecuado sus normas reglamentarias internas a esa normativa.

5.8. Que lo expresado nos lleva al convencimiento de que la coaccionante goza de apariencia de buen derecho y que siendo una mujer de 42 años, el paso de tiempo atenta ineludiblemente con su pretensión de lograr un embarazo exitoso sin menoscabo de su salud, generándose caso contrario algún perjuicio que no resulte reparable con la sentencia de mérito.

6.1. Pese al cuestionamiento formulado por la demandada al contestar el informe del art. 8 en el sentido que la normativa nacional no le resulta aplicable, existe unanimidad doctrinaria y jurisprudencial tanto en la aplicación directa -*self executing*- de la normativa convencional aplicable al caso (*Convención Americana sobre Derechos Humanos, Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*), como en la posibilidad de aplicar en la jurisdicción provincial una ley nacional que aborda igual derecho que la

provincial, pero con un alcance mayor o superior, surgiendo, además, expresamente de la legislación nacional que *“Las disposiciones de la presente ley son de orden público y de aplicación en todo el territorio de la República. Se invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a sancionar, para el ámbito de sus exclusivas competencias, las normas correspondientes”*, y por su parte corrobora la aplicación a todo el territorio el propio decreto reglamentario 956/2013 que en su artículo 10 establece: *“Las respectivas autoridades sanitarias de las jurisdicciones provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, deberán adoptar los recaudos tendientes a la efectiva implementación de la Ley en el ámbito de sus competencias, incluyendo las previsiones presupuestarias correspondientes”*.

Ahora bien, va de suyo que, al añadirse el carácter **de orden público**, el reconocimiento, la extensión, la garantía del derecho no puede ser circunscriptos, con base en la invocación de esa *“invitación”*, salvo en lo atinente al aspecto económico financiero, a la cobertura (artículo 8) de los tratamientos que prevé la Ley nacional; ello por cuanto sería un contrasentido que se garantizase el derecho a todos los habitantes de la Nación Argentina, pero ese mismo derecho requiriese -para *“existir”*- un reconocimiento expreso en un determinado ámbito. Se considera que ese debe ser el criterio para interpretar la referida *“invitación”*.

Luego de dictada la norma nacional se resolvió: *“el 26 de junio de 2013 fue publicada en el Boletín Oficial la ley 26.862, cuyo objeto es ‘garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida’ (art.10). En este nuevo régimen se establece que ‘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’*.

(art. 8) Finalmente, la ley determina que sus disposiciones **‘...son de orden público y de aplicación en todo el territorio de la República’** (art. 10)” (CSJN, “V., C. G. c/ IAPOS y otros s/amparo”, 27/5/2014). Incluso con posterioridad a ello, en una situación equiparable (acción de amparo interpuesta contra la Obra Social de Empleados Públicos de la Provincia de Mendoza” –provincia que tampoco adhirió a la Ley Nacional–), se consideró aplicable la normativa nacional, sosteniendo “que mediante la sanción de la ley 26.862, el legislador ha procurado ‘garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción asistida’ (art.10) comprendidas las ‘técnicas de baja y alta complejidad que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones’ (art.2º,primer párrafo). La cobertura debe ser brindada por ‘el sector público de la salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean (art. 8). Tales entidades de servicios de salud deben incorporar como prestaciones obligatorias para 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 (...). 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” (CSJN, "Recurso de hecho deducido por los actores en la causa L.E.H. y otros c O.S.E.P -amparo", 1/9/2015, Fallos 338:779).

Tal como hemos sentenciado en “B., G. c/ A. - Amparo” (Sentencia N° 54 del 22/6/2017), lo dicho no supone desconocer lo manifestado por el Máximo Tribunal Provincial a través de su Sala Electoral y Competencia Originaria en los autos “Á. c/ Apress” (Auto N° 239, 29/11/2016), cuando expresó la inaplicabilidad de la normativa nacional aludida. Empero, la doctrina sentada por el Tribunal Cimero

Federal indican la necesidad de su seguimiento, más allá del alcance que se le pudiera asignar a este último precedente en virtud de las particularidades que el caso presentaba.

7.1. La edad de la paciente y el hecho de que se haya realizado una fertilización asistida de baja complejidad con resultado negativo, deja en claro el peligro en la demora. Apréciase que dicho extremo no fue negado expresamente por la demandada y que a estos fines debe tenerse por así sucedido.

7.2. Al propio tiempo, invoca que el centro Procreate Filial Diagnósticos SRL de esta ciudad no se encuentra dentro de la cartilla de prestadores. En este sentido, se impone señalar que en una provincia como la nuestra, con el vasto territorio que ocupa, ciertamente que llama la atención que ciudades que representan conglomerados habitacionales importantes y sus zonas de influencias, no hayan sido previstas para que cuenten también con prestadores referidos a la problemática que nos convoca. Este dato no es menor, pues indudablemente luce afectado el principio de igualdad (art. 16 CN) cuando en este caso dos afiliados a la obra social de la provincia, según sus domicilios (fs. 32), se encuentran en tan disímil situación al tiempo de recibir la prestación referida. El asunto reviste a nuestros ojos y para dirimir lo venido, singular trascendencia, pues ha sido la inexplicada omisión del APROSS de acercar geográficamente centros que brinden este tipo de prestaciones –adecuados, por supuesto, a las reglamentaciones vigentes–, al menos a las principales ciudades provinciales (logrando con ello algún nivel de racionalidad en cuanto a la cercanía entre el paciente y el médico o centro prestador del servicio requerido), hacen que la pretensión se muestre verosímil y sustentable.

Por estas razones, considero que APROSS debe autorizar la realización del tratamiento en instituciones que no sean solamente los prestadores permitidos por la obra social.

Además de ser considerada APROSS una “híper” obra social por la cantidad de afiliados que abarca, se encuentra radicada en una provincia en la cual la segunda ciudad más grande es Río Cuarto (siendo también su capital alterna), por lo que esto llama la atención en el sentido de que la obra social debería haber previsto la posibilidad de que la provincia de Córdoba cuente con más de dos centros habilitados dado la extensión territorial de la provincia y la cantidad de afiliados.

Además que es la propia ley 9277 la que en su artículo 4 dispone que “*la APROSS ajustara su actuación a los lineamientos de la política sanitaria definida por el Poder Ejecutivo Provincial observando la igualdad en el acceso a las prestaciones...*”. La proclamada “*igualdad en el acceso*” no se efectiviza si en la práctica y fuera de la letra de la ley se obliga a los afiliados a realizarse el tratamiento exclusivamente en los centros autorizados por la demandada, traduciéndose ello en una limitación al acceso de las prestaciones a todos aquellos afiliados que tienen su centro de vida a kilómetros de la ciudad de Córdoba.

Con respecto a ello, corresponde traer a colación lo resuelto por este Tribunal en un fallo reciente mediante el cual se dijo que “*En este sentido no puede dejar de señalarse, con cierta preocupación que, como se dijo, no obstante tratarse de la Capital Alternativa de la Provincia y ante la existencia de varias resoluciones dictadas por los tribunales locales, consagrando el derecho de los afiliados a recibir las prestaciones que nos ocupan en lugares cercanos a su residencia, la APROSS no haya arbitrado los medios necesarios para celebrar convenios con prestadores en las principales ciudades de la Provincia que no sólo aseguren aquel principio -que se vincula con el efectivo acceso a la salud-, sino que, además, muy probablemente, redundaría en una notable reducción de costos que estaría dado por los convenios que pudieran celebrarse. Es claro, por tanto, que, a estas alturas, y habiéndose resuelto cuanto menos y según conocimiento de este tribunal cuatro causas –contando la presente (que datan respectivamente de junio, septiembre y diciembre del año próximo pasado -emanada, la primera de un tribunal de 1era. Inst. y las dos restantes de ambas cámaras del fuero-)– en las que, coincidentemente, se dispone la intervención de profesionales locales, las mayores erogaciones que pudieran generarse son responsabilidad exclusiva de la administración de la Apross que claramente no se ha mostrado diligente para resolver esta cuestión que se muestra evidente*” (conf. Auto Interlocutorio N° 46 del 22/03/2016 in re “R., M. M. c/ Administración Provincial de Seguro de Salud (APROSS)- Amparo” (Expte. 2664487).

7.3. Resulta necesario reiterar que el derecho a la salud que consagran las normas constitucionales y supraconstitucionales ya citadas, tiene íntima relación con el derecho a la vida y comprende, entre otros, aquellos aspectos que se

vinculan con la reproducción humana asistida y la consecuente posibilidad de concreción de un proyecto de vida familiar. Junto con lo anterior, una vez más reafirmamos en este caso que, las prestaciones destinadas a resguardar ese derecho y a hacerlo efectivo -sean estas otorgadas por el Estado, por obras sociales o por empresas de medicina prepaga- deben incluir la cobertura integral de aquellas patologías vinculadas con la infertilidad, y así el ejercicio del derecho que prioritariamente se encuentra en juego en estos obrados debe garantizarse en un ámbito de libertad y respeto de la vida privada y familiar, sin distingos discriminatorios, en miras de una paternidad y maternidad responsables y con ajuste a un criterio de proporcionalidad razonable entre los medios empleados y el fin que se persigue.

8.1. Así las cosas, toda vez que el derecho a la atención de la salud se encuentra tutelado constitucionalmente, ante la fuerte verosimilitud en el derecho de la accionante, y dados los peligros ciertos y graves (edad de la amparista) ínsitos en la demora en la cobertura integral del tratamiento de fertilización asistida prescripto por fundados dictámenes médicos, corresponde ordenar al instituto demandado la inmediata cobertura del tratamiento en cuestión, bajo la responsabilidad profesional del médico escogido y personal de la amparista y su pareja, habrán de llevarse adelante las prestaciones en cuestión, siendo del caso señalar que las mismas serán realizadas por profesionales que han acreditado su especialización en la materia y, por ende, asumen los riesgos que la práctica conlleva.

8.2. Ello así, consideramos que las disposiciones de orden público de la Ley 26.862 no autorizan que el Apros –como agente del sistema de salud que deben garantizar el acceso a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción asistida– pueda invocar un desbalance económico para eludir el cumplimiento de tales obligaciones positivas.

8.3. En definitiva, no habiendo una oposición concreta y técnicamente fundada respecto a la cautelar a la que aspira en cuanto a la cobertura del tratamiento requerido, despejados como han quedado ambos extremos, pues con ninguna de las respuestas de la obra social se satisface la prestación de la manera en que la ley lo indica, parece de toda evidencia la viabilidad de la pretensión cautelar impetrada en cuanto a su procedencia y alcance.

9.1. Por ello, bajo responsabilidad de la solicitante y la fianza de dos letrados de la matrícula (dada la especificidad, complejidad y costos de las prestaciones involucradas y sus eventualidades), las cuales deberán ofrecerse y ratificarse en legal forma, corresponde que se haga lugar a la medida cautelar innovativa solicitada por los amparistas, y en consecuencia, se ordene al APROSS que en un lapso de cinco días brinde cobertura integral al tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad (FIV-ICSI) a llevarse a cabo en Procrearte Filial (Diagnósticos SRL) de esta ciudad, con el profesional médico, Dr. Diego Cagnolatti, medicación indicada, a saber: *Gonal F Pen 900 (Folitropina alfa) jeringas prellenadas (2); Menopur 1200 (HMG) 1 jeringa prellenada; Cetrotide (cetrotirelix) 4 jeringas prellenadas; Ovidrel (Coriogonadotropina alfa); Ronfase 2 mg; Progest 200;* como también las técnicas que sean necesarias y prescriptas para el éxito del tratamiento de fertilidad (columnas de anexina, crio conservación de embriones, entre otros), y toda otra indicación que fuere necesaria e indicada por su médico tratante para el procedimiento referido, sobre la base de los presupuestos acompañados a fs. 90/91 y 98/99, práctica limitada a un (1) intento en atención a la naturaleza de la decisión tomada. Oficiése a tal fin, siendo a cargo de la parte interesada el diligenciamiento de dicho mandamiento. Oportunamente, acrediten los amparistas la realización del tratamiento y el efectivo pago de los rubros presupuestados, acompañando –a tal efecto– dentro de los cinco días de finalizado el mismo, la respectiva documentación respaldatoria emitida en legal forma por el centro médico interviniente.

9.2. Asimismo, y atento a las constancias que surgen del expediente, en especial el estado del trámite, dispóngase que, una vez protocolizado el presente, los autos sean devueltos a la Secretaría del Tribunal a los fines de que se provea lo pertinente para la prosecución de la causa.

Por todo ello;

SE RESUELVE:

I) Bajo responsabilidad de la solicitante y la fianza de dos (2) letrados de la matrícula (dada la especificidad, complejidad y costos de las prestaciones involucradas y sus eventualidades), las cuales deberán ofrecerse y ratificarse en legal forma, hacer lugar a la medida cautelar innovativa solicitada por la amparista con el alcance señalado en los considerandos y en consecuencia, ordenar al APROSS que en

un lapso de cinco días brinde cobertura integral al tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad (FIV-ICSI) a llevarse a cabo en Procreate Filial (Diagnósticos SRL) de esta ciudad, con el profesional médico, Dr. Diego Cagnolatti, medicación indicada, a saber: *Gonal F Pen 900 (Folotropina alfa) jeringas prellenadas (2); Menopur 1200 (HMG) 1 jeringa prellenada; Cetrotide (cetorelix) 4 jeringas prellenadas; Ovidrel (Coriogonadotropina alfa); Ronfase 2 mg; Progest 200*; como también las técnicas que sean necesarias y prescriptas para el éxito del tratamiento de fertilidad (columnas de anexina, crio conservación de embriones, entre otros), y toda otra indicación que fuere necesaria e indicada por su médico tratante para el procedimiento referido, sobre la base de los presupuestos acompañados a fs. 90/91 y 98/99, práctica limitada a un (1) intento en atención a la naturaleza de la decisión tomada. Ofíciense a tal fin, siendo a cargo de la parte interesada el diligenciamiento de dicho mandamiento. Oportunamente, acrediten los amparistas la realización del tratamiento y el efectivo pago de los rubros presupuestados, acompañando –a tal efecto– dentro de los cinco días de finalizado el mismo, la respectiva documentación respaldatoria emitida en legal forma por el centro médico interviniente.

Protocolícese y hágase saber.