



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

M. N. M. s/

AMPARO (demandado: Medicus SA)

Causa n° 2876/1

RSD N° 25

Folio N° 138

En la ciudad de San Justo, Provincia de Buenos Aires, a los 19 días del mes de marzo de 2013, reunidos en la Sala de Acuerdos del Tribunal, los Señores Jueces de la Excelentísima Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Primera del Departamento Judicial La Matanza, Doctores Ramón Domingo Posca, Eduardo Ángel Roberto Alonso y José Nicolás Taraborrelli, bajo la presidencia del primero de los nombrados, para dictar pronunciamiento en los autos caratulados “M. N. M. s/ Amparo”, Expte. 2876/1, habiéndose practicado el sorteo pertinente -art.168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires-, resultó que debía observarse el siguiente orden de votación: **TARABORRELLI- ALONSO-POSCA**, resolviéndose plantear y votar la siguiente:

C U E S T I O N

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

V O T A C I O N

A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR JOSE NICOLAS TARABORRELLI, dijo:

I.- Los antecedentes del caso.-

Contra la sentencia de fs. 367/376vta. que hace lugar a la acción de amparo promovida por N. M. M. y P. V. O. contra la Empresa de Medicina prepaga “MEDICUS SA” (art. 14 e la ley 13.928) y en consecuencia condena a la empresa de

medicina prepaga, inmediatamente de notificada, a brindar a los afiliados la cobertura TOTAL de los tratamientos de fertilización “in Vitro” mediante técnica I.C.S.I. , conjuntamente con la medicación necesaria para ello de un tratamiento de alta complejidad por año, hasta un máximo de dos (conforme a lo dispuesto en los artículos 1, 3, y 5 de la ley 14.208 y art. 4 anexo único reglamentario de la citada ley y decretos 2980/10 y 564/11) –art. 43 de la Constitución Nacional, arts. 12 inc. 1, 15, 20 inc. 2º, y 36 inc. 8º de la Constitución de la Provincia de Buenos aires, ley 14.208, art. 13 y 14 ley 13.928); e impone las costas a la demandada en su condición de vencida, se alzan a fs. 402, los accionantes y a fs. 408, primer párrafo los demandados, recursos que fueron concedidos en relación con efecto devolutivo, a fs. 412 pto. II.

A fs. 403/407vta. fundan su recurso los sujetos activos de autos, agraviándose -en lo medular- en: las omisiones en las que –alegan- ha incurrido el primer Sentenciante, a saber: la no mención en el fallo en crisis del lugar en dónde habrá de efectuarse el mentado tratamiento, el que entiende, como dice ya expresara ab initio, deberá ser practicado en el centro de fertilidad “Seremas” sito en la calle Arenales nro. 1954 primer piso de la CABA, por ser el lugar de atención de la pareja; la no determinación de la cobertura de los honorarios médicos que se generen; solicitando que se aclare expresamente en la sentencia que la empresa demandada deberá hacerse cargo también de los honorarios médicos que irroguen los tratamientos ordenados; el silencio guardado respecto a la crioconservación de los embriones no implantados luego e la FIV, solicitando se condene a la demandada costear los gastos que impliquen tal procedimiento; la no regulación de sus honorarios, al haber intervenido en marras, no sólo en causa propia, sino en representación de su esposa. Se agravia, asimismo, en cuanto a la cantidad de tratamientos de fertilización ordenados en la sentencia en crisis, alegando que su parte ha solicitado se condene a la demandada a la cobertura de los tratamientos que sean necesarios hasta lograr el embarazo deseado, entendiendo que de efectuarse el procedimiento conforme tales previsiones, se estaría limitando el mismo a dos veces por año, pudiendo realizarse la co-accionada, atento a su edad de 38 años, como máximo cuatro tratamientos. Apoya tal crítica en el hecho de que se encuentra científica y médicamente probado que el

porcentaje de efectividad de la FIV- con método ICSI- oscila entre un 70 y un 80 %, por lo que concluye que el embarazo deseado podría no concretarse en los cuatro intentos ordenados, viéndose truncada su posibilidad de ser padres. Así, recuerda que ha sido el Poder Ejecutivo Provincial quién reglamentó la ley 14.208, por medio del decreto 2980/10, introduciendo en el Anexo Único, como reglamentación del art. 4° de la ley 14.208 que accederán a los tratamientos de fertilidad aquellas mujeres cuya edad se encuentre comprendida entre los 30 y 40 años, articulado que ha sido declarado inconstitucional por la jurisprudencia. En tal sentido, aduce, que si bien su parte no ha formulado el planteo de inconstitucionalidad en la demanda inicial, debería haberse decretado la misma, y por lo tanto la inaplicabilidad de oficio, de la reglamentación del art. 4° , introducido por el Anexo Único del decreto 2980/10, en lo que respecta a los límites de edad allí plasmados. Ello así puesto que entiende que dicha norma reglamentaria entra en crisis no sólo con nuestra propia Constitución Provincial, sino también con los Tratados Internacionales de Jerarquía Constitucional, a saber, el art. 36 inc. 8 de nuestra Carta Magna Provincial, 12 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

A fs. 408/411 vta., otro si digo, esgrime sus críticas la accionada, circunscribiendo las mismas, en primer lugar, alrededor de que la cobertura reclamada *ab initio* no es una prestación de salud, pues ella no cura enfermedad alguna ni revierte la infertilidad. Asimismo, plantea que la técnica provoca violación de elementales derechos que gozan de garantías constitucionales, tales como el derecho a la vida, a la igualdad, y dignidad humana, conforme surge de la pericia citada incluso por el a quo, al discriminarse –dice- entre los embriones más aptos y descartar los restantes, que son congelados con un destino incierto, reputándolos de verdaderos seres humanos, conforme el Código Civil, cuestiones estas prescindidas por el Sentenciante de grado. Destaca que aquí no está en juego el derecho a la vida de los actores, sino justamente el derecho a la vida de las personas por nacer, mediante el procedimiento en cuestión. Que, existe un vacío legal imperante en la materia, lo que no ha sido tenido en cuenta tampoco por el a quo, como así tampoco lo dispuesto en el contrato celebrado entre los aquí litigantes. Que amén de lo

esgrimido cuestiona la validez formal de la normativa provincial, lo que entiende resulta ser materia de regulación nacional. Que, señala como incorrecta la interpretación de las normas aplicadas, apartadas de los principio contractuales plasmados en el Código de fondo, pues entiende que la cobertura no debe exceder los términos del contrato, caso contrario, se terminaría colapsando el sistema de medicina prepaga y desconociéndosele su derecho de propiedad y el de ejercer el comercio, encontrándose sólo obligado a brindar las previsiones del P.M.O., señalando a tal fin la respuesta brindada por el Ministerio de Salud de la Nación; que cuestiona también la extensión con que ha sido ordenada la cobertura total, sin considerarse que no corresponde bajo ningún supuesto que su pupila deba hacerse cargo de la criopreservación de los embriones. Como colofón, entiende que la cobertura otorgada al amparista es improcedente y carente de todo fundamento fáctico, por lo que solicita se revoque la sentencia, rechazando la acción de amparo.

A fs. 412 se corre traslado de los agravios vertidos, el cuál es contestado a fs. 417/420, por los amparistas y a 421/423vta, por la accionada, los que en honor a la brevedad doy por reproducidos en este acto.

A fs. 427 pto. II se remiten en vista las presentes actuaciones a la Sra. Agente Fiscal de Cámara Dptal, la cuál es evacuada a fs. 436/438vta., entendiendo la misma que la inconstitucionalidad planteada debe rechazarse, por adecuarse la reglamentación a los parámetros de legalidad y razonabilidad.

A fs. 440, se efectúa el pertinente sorteo de Vocalía.

II.- La solución.-

El derecho a la salud se presenta como un derecho humano básico e indispensable para el desarrollo de los restantes derechos. Puede ser definido como el conjunto de obligaciones tendiente a asegurar el acceso a una asistencia sanitaria, es decir, como aquel en virtud del cuál la persona humana y los grupos sociales, especialmente la familia, en cuanto titulares del mismo, pueden exigir de los órganos del Estado y de los grupos económicos y profesionales, en cuanto sujetos pasivos,

que establezcan las condiciones adecuadas para que aquellos puedan alcanzar un estado óptimo de bienestar físico, mental y social garantizando el mantenimiento de esas condiciones. A los fines de su efectivización cada Estado organiza su propio sistema de salud, el que en el caso de Argentina, funciona a través de tres subsistemas: el público, el de obras sociales, y el empresas de medicina privadas (C5aCiv. y Com. Córdoba, 2012/08/29, “B.I. c/ Galeno o Galeno Argentina SA s/ Amparo”, Revista de Derecho de Familia y de las Personas. Año IV, nro. 11, diciembre 2012, La Ley, pág. 217).

Tras la reforma constitucional de 1994, se otorgó a la tutela de la vida y de la salud una protección especial sustentada por pluralidad de normas, integradas al plexo normativo con igualdad de fuerzas, una de fuente interna cuyo origen es La Constitución Nacional y Provincial y otras derivadas de normas supranacionales de jerarquía constitucional (art 75 inc. 22 CN) que son: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Declaración Universal de los derechos Humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y su protocolo facultativo, Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación racial, Convención sobre todas las formas de discriminación contra la mujer, Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o Degradantes, Convención sobre los Derechos del Niño) (María Soledad Webb. “¿En la fertilización asistida colisiona el derecho a procrear con la integridad de la vida en estado embrionario?”. Revista Derecho de Familia y de las personas. Año II. Nro. 10, noviembre 2010, La Ley. pág. 296).

La reproducción es un derecho humano y obtiene sustento en el derecho constitucional a constituir una familia (art. 14 bis de la Constitución Nacional), el que particularmente se encuentra amparado en el art. 36 inc. 1º de nuestra Ley Suprema Provincial, que a saber reza “... la Provincia promoverá la eliminación de los obstáculos económicos, sociales o de cualquier otra naturaleza, que afecten o impidan el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales. A tal fin reconoce los siguientes derechos sociales: **1. DE LA FAMILIA:** la familia es el núcleo primario y fundamental de la sociedad. La Provincia establecerá políticas que

procuren su fortalecimiento y protección moral y material (...) **8. A LA SALUD.** La Provincia garantiza a todos sus habitantes el acceso a la salud en los aspectos preventivos, asistenciales y terapéuticos...”

La salud reproductiva, involucrada en el presente caso, abarca a la salud psicofísica de ambos peticionarios, dado la frustración que puede traer aparejada la búsqueda insatisfecha de progenio, así como su derecho a procrear. Por lo tanto también integra su derecho a la Salud entendida como un estado general de bienestar físico, mental y social, en los términos definidos por la Organización Mundial de la Salud agregándose que “En tanto definida la infertilidad como un funcionamiento anormal del sistema reproductivo que priva a las personas de todas las razas y niveles socio-económicos de crear una familia, importa UNA ENFERMEDAD. La infertilidad puede originar depresión, ansiedad y angustia que contaminan la vida de relación toda de la pareja, que advierte con desasosiego la frustración en procrear e integrar su núcleo familiar con su descendencia. No es una condición dada tal como el color de los ojos o la estatura. Implica una alteración en el ciclo natural de la vida de nacer, crecer, reproducirse y morir. Como tal merece ser tratada en la medida que existen modernamente técnicas medicas que puedan intentar lograr el añorado embarazo para dar a luz otro ser, sea de la técnica que logre alcanzar el fin deseado con el mayor resguardo integral en la salud de ambos progenitores (“A.,M.,R. y otra c/ Obsba sobre amparo, TCAYT nro. 6, Revista Derecho de Familia y de las Personas, año III, nro. 2, marzo 2011, pág. 211/212).

En consonancia a lo *ut supra* señalado, nuestra Provincia ha dictado la ley 14.208. -en ejercicio de su facultad no delegada (art.121 de la Const. Nacional) (conf. “B., A. C. Y OTRO C/ CAJA DE PREVISION SOCIAL PARA ABOGADOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES S/ AMPARO” 11.420, voto del el Dr. Spacarotel), ello así cuando las obligaciones sanitarias de la autoridad local no implican "...desconocer el deber de coordinación con el Estado Nacional -mediante el Ministerio de Salud- el que debe acudir en forma subsidiaria, de manera de no frustrar los derechos de la amparista. De no ser así, las leyes sancionadas en la materia no dejarían de ser sino enfáticas enumeraciones programáticas vacías de operatividad. En este contexto, no puede soslayarse la función rectora que ejerce en

este campo a través del ministerio demandado, para garantizar el cumplimiento del tratamiento sanitario, coordinando sus acciones con los estados provinciales, sin mengua de la organización federal y descentralizada que corresponda para llevar a cabo tales servicios (Fallos: 323:3229, considerando 27)." (Del dictamen del señor Procurador Fiscal) (CSJN, "Floreancig, Andrea Cristina y otro por sí y en representación de su hijo menor H., L. E. c/ Estado Nacional s/ amparo", 11/07/2006) (arts. 1, 121 CN; 1, 36 inc. 1 C.Prov).

Tal normativa tiene por objeto el reconocimiento de la infertilidad humana como enfermedad, de acuerdo a los criterios internacionales sustentados por la Organización Mundial de la salud (OMS), y reconoce la cobertura médico asistencial integral de las prácticas médicas a través de las técnicas de fertilización homóloga reconocidas por dicha Organización, conforme lo normado en la presente (art. 1). La misma define a la infertilidad como la dificultad de una pareja de concebir un niño naturalmente o de llevar un embarazo a término.

Ahora bien, siendo que en la especie el vínculo entre las partes se encuentra plasmado en un contrato de medicina prepaga, el cuál reviste las características de ser sinalagmático, oneroso, aleatorio y de tracto sucesivo conforme las normas de nuestro código fonal (arg. arts. 1137, 1138, 1139, 1140, 1198, 2051 C.C.) no puede soslayarse que resulta aplicable a su respecto la ley de defensa del consumidor, que también ha encontrado acogida con la reforma constitucional en el art.42-, desplazándose la concepción demoliberal de la Constitución Histórica que reconocía el derecho personal de propiedad y libertad contractual. Como consecuencia de este encuadre legal, la interpretación de las cláusulas limitantes de cobertura, debe efectuarse con criterio restrictivo y favorables al particular-consumidor (esta sala in re "Garbarino SA c/ Rafo Rodrigo Diego s/ Cobro Ejecutivo, RSD nro. 114, folio nro. 557, 5/7/12, entre otros) La relación contractual que vincula a los amparistas con sus prestadoras de salud demandadas, configura un supuesto de una contrato predispuesto, de adhesión y además obligatorio, en la medida en que la afiliada directa no tuvo oportunidad de discutir las condiciones de contratación.

En este sentido la CSJN sostuvo, para el supuesto de las prestadoras de medicina prepagas, empero sirve como principio subsidiario en el presente que

”...les corresponde a las mencionadas empresas o entidades "efectivamente asegurar a los beneficiarios las coberturas tanto pactadas como legalmente establecidas (v. art. 1, ley 24.754)", máxime cuando no debe olvidarse que si bien la actividad que asumen pueda representar determinados rasgos mercantiles "en tanto ellas tienden a proteger las garantías constitucionales a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas (v. arts. 3, Declaración Universal de Derechos Humanos; 4 y 5, Convención Americana sobre Derechos Humanos y 42 y 75, inc. 22, de la Ley Fundamental), también adquieren un compromiso social con sus usuarios", que obsta a que puedan desconocer un contrato, o, como ocurre en el sub-lite, invocar sus cláusulas para apartarse de obligaciones impuestas por la ley (v. doctrina de Fallos: 324:677), so consecuencia de contrariar su propio objeto que debe efectivamente asegurar a los beneficiarios las coberturas tanto pactadas como legalmente establecidas (v. doctrina de Fallos: 324: 677). Ha dicho, asimismo, que la ley 24.754 representa un instrumento al que recurre el derecho a fin de equilibrar la medicina y la economía, puesto que pondera los delicados intereses en juego, integridad psicofísica, salud y vida de las personas, así como también que más allá de su constitución como empresas los entes de medicina prepaga tienen a su cargo una trascendental función social que está por encima de toda cuestión comercial ("Sartori" Fallos: 328:4747, disidencia de los jueces Fayt y Maqueda). (CSJN, SENT. 28 de agosto de 2007 autos: "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Cambiaso Pères de Nealón, Celia María Ana y otros c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas"). Amén de ello, la ley 24.754 establece que las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga deberán cubrir, como mínimo, en sus planes de cobertura médico asistencial las mismas "prestaciones obligatorias" dispuestas para obras sociales, conforme lo establecido por las leyes 23.660, 23.661 y 24.455, y sus respectivas reglamentaciones. (el subrayado me pertenece) prestaciones entre las que se encuentran las establecidas en el Programa Médico Obligatorio (PMO). (CSJN U. 30. XLII. Unión de Usuarios y Consumidores c/ Compa Euromédica de Salud s/ amparo. Buenos Aires, 8 de abril de 2008). Es necesario recordar que el PMO no es una ley, ni un decreto, sino meramente una resolución del Ministerio de Salud, en consecuencia, de rango muy inferior a las normativas citadas

anteriormente. “...El PMO surge en el marco de la Ley 23.661 (art. 28). De la lectura del mismo se evidencian las siguientes características y objetivos del sistema de obras sociales: 1) El sistema Nacional de Seguro de Salud debe tender a garantizar la equidad, la universalidad y la solidaridad para todos sus beneficiarios. (Considerandos) 2) La caída en la consulta médica, la falta de medidas de prevención y la no provisión de medicamentos e insumos, hacen necesario generar mecanismos para que las obras sociales garanticen las prestaciones básicas a sus beneficiarios y esto se manifieste en mejor calidad de vida (Considerandos). 3) En anexo I de la resolución citada, en los primeros párrafos define los objetivos del sistema: “Se reafirma el principio de que este Programa Médico Obligatorio está basado en los principios de la atención primaria de la salud, entendiendo a la misma no sólo como la cobertura para el primer nivel de atención, sino y fundamentalmente como una estrategia de organización de los servicios sanitarios...” Brindar una cobertura integral, es decir, un abordaje biopsicosocial de los problemas de salud...Proveer de cuidados continuos a los beneficiarios, privilegiando la atención a partir de un médico de familia que sea el responsable de los cuidados de los beneficiarios, y dónde los mismos tengan el derecho a conocer el nombre de su médico, así como los demás proveedores del servicio, obligándose a conocer y acompañar en forma integral a los pacientes en el cuidado de salud la recuperación de la misma y la rehabilitación”. 4) Finalmente, el artículo 28 de la ley 23.661 (...) establece que los Agentes del seguro deberán desarrollar un programa de prestaciones de salud, a cuyo efecto la ANSSAL establecerá y actualizará periódicamente”. De la lectura de las normativas citadas se puede apreciar, que el PMO está lejos de ser una norma cerrada o rígida como erróneamente se lo entiende, principalmente porque la norma del que deriva (el citado art. 28 de la ley 23.661) exige la actualización periódica del mismo (“actualizar” implica el deber del Ministerio de Salud de hacerlo, no la facultad en el marco de la normativa vigente (...)) Actualizar implica hacerlo en el marco de la normativa vigente, entre las que se encuentra las que citamos anteriormente. Sobre el tema de la fertilización asistida en cualquiera de sus técnicas, pese al enorme avance no sólo médico (de la Tekne) sino legislativo (en los últimos años tanto la Constitución local como las formativas internacionales y locales han establecido con

fuerza el concepto de “salud reproductiva”) y social (cada vez más surge de los medios de comunicación los avances de la realidad cotidiana en estos temas), la seguridad social sigue sin incorporar estas coberturas medicas lejos de la necesaria progresividad de los derechos sociales...”(Pablo O. Rosales. “Análisis Legal y jurisprudencial sobre cobertura de fertilización humana asistida y sus técnicas médicas”. Revista de Derecho de Familia y de las personas. Año III, nro. 2. marzo de 2011, La Ley pág. 204/205).

Del consuno de todas las previsiones normativas, doctrinarias y jurisprudenciales, no puedo sino concluir que las críticas incoadas por la accionada dirigidas a desbaratar la cobertura médica, por no ser una prestación de salud, por considerar que la misma excedía las cláusulas contractuales, que no se encuentran dentro del PMO, como así también que la ley de fertilización asistida carece de validez formal, han de ser desestimadas, debiendo confirmarse esta parcela del fallo en crisis arg. arts 1,14bis, 42, 75 inc. 22 CN -la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Declaración Universal de los derechos Humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y su protocolo facultativo, Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación racial, Convención sobre todas las formas de discriminación contra la mujer, Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o Degradantes, Convención sobre los Derechos del Niño-121, 1, 12, 36 inc. 1, Constitución Provincial, 265, 1137, 1138, 1139, 1140, 1198, 2051 C.C.,leyes nacionales nro. 23.660, 23.660, 24.240 y sus modificatorias, 24.455, 24.754; leyes provinciales nro. 14.208).

Ahora bien, tampoco podrá tener andamio lo esbozado por la empresa demandada respecto que al excederse los términos contractuales, colapsaría el sistema de medicina prepaga, ello así siendo que ésta última en ningún momento ha arribado a la causa elementos probatorios que evidencien que, de afrontar tales erogaciones, se produciría sin más la interrupción del servicio de salud, no dándose, por ende, por cumplimentado el imperativo legal que impone el art. 375 del rito.

Zanjado lo cuál, sin perjuicio de que el amparista ha cuestionado recién en esta instancia revisora, la inteligencia del decreto reglamentario nro, 2980/10 Anexo Unico, entiendo corresponde, atento la envergadura que reviste la presente cuestión y la trascendencia de la misma, pasarlo por el tamiz constitucional (esta sala causa nro. 1132/, RSD nro. 43/07, folio 276 7-6-07; entre otras).

Así el art. 4° del mentado decreto establece que: “Artículo 4.-Accederán a los tratamientos de fertilidad asistida aquellas mujeres cuya edad se encuentre comprendida entre los treinta (30) y cuarenta (40) años. Se dará prioridad a las parejas que no tengan hijos producto de dicha relación, brindando la posibilidad de un (1) tratamiento de alta complejidad por año, hasta un máximo de dos (2). Las parejas que requieran la realización de las citadas prácticas deberán presentar una declaración jurada, conteniendo: a) datos personales, adjuntando copia certificada del documento de identidad; b) composición del núcleo familiar, acompañando partidas certificadas emitidas por la autoridad competente; c) manifestación de cobertura médico asistencial integral en el sistema de seguridad social o medicina prepaga. Será facultad de la autoridad de aplicación requerir un informe ambiental. La residencia en la Provincia de Buenos Aires por el plazo de dos (2) años deberá acreditarse al momento del requerimiento, mediante el documento nacional de identidad o la certificación emitida por la autoridad competente en materia migratoria, junto con toda otra prueba documental que, a criterio de la autoridad de aplicación, permita certificar dicha circunstancia ...”.

Dicho lo cuál, cabe recordarse que el 99 inc. 2° de la Constitución Nacional reconoce al Poder Ejecutivo, dentro de sus atribuciones, la de expedir las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu, con excepciones reglamentarias. Tal recaudo también es requerido por nuestra Carta Magna Provincial, al señalar en su art. 144 inc. 2° que “El gobernador es el jefe de la administración de la Provincia, y tiene las siguientes atribuciones: 2) Promulgar y hacer ejecutar las leyes de la Provincia, facilitando su ejecución por reglamentos y disposiciones especiales que no alteren su espíritu. (el subrayado me pertenece).

Así, el inc. 2 del art. 99, prohíbe que el Presidente de la Nación altere el espíritu de la ley con excepciones reglamentarias. Así como el Congreso no puede alterar los derechos al reglamentarlos (artículos 14 y 28 de la Constitución Nacional), el presidente no puede suprimir ni agregar supuestos a la ley que desvirtúen su finalidad. El control de razonabilidad en términos de relación y proporcionalidad entre la norma legal y las disposiciones reglamentarias ofrece criterios adecuados para examinar en cada circunstancia los eventuales excesos del ejecutivo (conf. María Angélica Gelli, Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada. 3ra edición ampliada y actualizada. La Ley. pág. 829).

Al respecto tiene dicho el Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires, recientemente, con fecha 7 de junio de 2012, que *“surge palmariamente del texto de la normativa sancionada por la legislatura, que ésta busca garantizar el acceso a los tratamientos de reproducción asistida a sus habitantes, pero también se percibe que la reglamentación por Decreto nro. 2980/10 y sus modificatorio nro. 564/11, limita en forma arbitraria e irrazonable la posibilidad de realizar estos tratamientos a las parejas ya que restringe ese derecho abarcando sólo a las mujeres que se encuentren entre los 30 y 40 años. Que el recaudo temporal adicional, impuesto por el Decreto reglamentario, constituye una demasía en relación a la norma que reglamenta, toda vez que ésta última nada indica al respecto, constituyéndose en un verdadero exceso en la reglamentación por parte del Poder Ejecutivo. Que en esa dirección, considero que n del texto de la Ley 14.280, ni de los considerandos de los Decretos 2.980/10 y 564/11 surgen argumentos claros que permitan dar sustento al límite de cobertura basado en la edad mínima y máxima de la requirente, ni el porqué de la adopción de esa banda de edad entre los 30 y 40 años, careciendo esa restricción de fundamentos científicos y biológicos. Que, en consecuencia, la reglamentación no explicita en sus considerandos los motivos científicos que llevan a imponer este límite de edad, al cuál la norma de origen en nada ha trasuntado sobre ello...”* (el subrayado no pertenece al original).

En el mismo sentido se ha expedido el pretorio Provincial *“...Obviamente, si el hermeneuta interviniente se limita a ponerse en una posición de exegeta de los textos legales, se impondría el rechazo de la presente demanda, ya que es obvio que*

la actora ha sobrepasado el límite etario fijado por el decreto antes mencionado. Adelanto que en el particular esa no va a ser la postura adoptada por el suscripto, por entender que la reglamentación del Art. 4° de la Ley 14.208 dispuesta por el Anexo Único del Decreto 2980/10, resulta inconstitucional. Si bien dicho planteo de inconstitucionalidad no está formulado por la parte actora, debe recordarse que nuestro cívico tribunal provincial sostiene que: "Procede el control oficioso de constitucionalidad de las leyes". (SCBA, C 79083 S 18-11-2009, Juez HITTERS (SD), SCBA, C 104171 S 2-12-2009, Juez HITTERS (SD), entre muchos otros). Es interesante transcribir un párrafo de la sentencia dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, in re "Juárez, Miguel A. c/ Talleres Gráficos León S.A.I.C. y otros s/ Despido y cobro de haberes" (Causa L. 92.547, fallo del 28 de mayo de 2010) en el que claramente sostiene que: "Como se advierte, el recaudo temporal adicional que impone el decreto reglamentario constituye un evidente exceso en relación a la norma que reglamenta toda vez que esta última nada indica al respecto. El Art. 99 Inc. 2° de la Constitución Nacional reconoce al Presidente de la Nación la atribución de expedir instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias. En ese esquema, el Art. 3° del decreto 146/2001 es inconstitucional. Y así lo declaro pues, como tantas veces lo he expresado, la inconstitucionalidad de las normas puede y debe declararse de oficio por los jueces, pues el tema de la congruencia constitucional se les plantea antes y más allá de cualquier propuesta de inconstitucionalidad formulada por las partes (conf. mi voto en las causas Ac. 82.557, sent. del 8VI2005;; Ac. 88.847, sent. del 12IX-2007; L. 84.380, sent. del 4X2006; L. 78.230, sent. del 5-VII-2006; L. 83.542, sent. del 7III2007, por citar sólo algunas de las más recientes, entre muchas otras)". El mismo recaudo requerido por el Art. 99 Inc. 2° de la Constitución Nacional, se encuentra reflejado en el Art. 144 Inc. 2°, de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, en el que se expresa: "El gobernador es el jefe de la Administración de la Provincia, y tiene las siguientes atribuciones: 2- Promulgar y hacer ejecutar las leyes de la Provincia, facilitando su ejecución por reglamentos y disposiciones especiales que no alteren su espíritu". Notemos que en los considerandos del

Decreto 2980/10 se destaca: "Que el derecho a la salud ha sido reconocido expresamente en diversos tratados internacionales con jerarquía constitucional y en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; Que la Ley N° 14208 tiene por objeto el reconocimiento de la infertilidad humana como enfermedad, de conformidad con los criterios internacionales sustentados por la Organización Mundial de la Salud; Que asimismo se reconoce la cobertura médico asistencial integral de las prácticas médicas a través de las técnicas de fertilización homólogas reconocidas por dicha Organización; Que conforme el artículo 4° de la Ley citada, el Estado Provincial, a través de los efectores públicos, deberá garantizar los tratamientos correspondiente a todos los habitantes de la Provincia de Buenos Aires, con dos (2) años de residencia en la misma, y preferentemente a quienes carezcan de todo tipo de cobertura médico asistencial integral en el sistema de seguridad social y medicina prepaga; Que, en la instancia, deviene necesario designar la Autoridad de Aplicación correspondiente". Como se ve, ni del texto de la Ley 14.280, ni de los considerandos del Decreto 2980/10, surge fundamento alguno que permita darle sustento al límite de cobertura basado en la edad mínima y máxima de la requirente, que aparece en forma totalmente abrupta y artificiosa en el Anexo Único, pretendiendo reglamentar el Art. 4° de la ley en cuestión, donde solo se limita la aplicación de la misma a "los habitantes de la Provincia de Buenos Aires con dos (2) años de residencia en la misma, preferentemente a quienes carezcan de todo tipo de cobertura médico-asistencial integral en el sistema de seguridad social y medicina prepaga", nada se dice de limite cronológico. El decreto en cuestión, en lo que impone un banda de edad para la aplicación de la Ley 14.280, excede las facultades reglamentarias del Poder Ejecutivo y entra en colisión con las disposiciones de la Ley 26.845 (Art. 2 inciso c, Art 3 inciso e y concordantes), su decreto reglamentario 2011/10 y con el Art. 12 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, firmada y ratificada por nuestro país y que desde 1994 tiene jerarquía superior a las leyes, por haber sido incorporada en el inciso 22 del Art. 75 de la Constitución Nacional. Por todo lo hasta aquí expuesto, de prosperar mi voto, soy de opinión que debe decretarse la inconstitucionalidad y por lo tanto la inaplicabilidad en el caso en análisis de la reglamentación del Art. 4

de la Ley 14.280, introducida por el Anexo Único del decreto 2980/10...” (Tribunal del Trabajo nro. 2 de Lanús, con voto del Dr. Miguel Angel Díaz Casas, 29-6-2011).

Tales consideraciones, me llevan a concluir, apartándome de lo dictaminado por la Sra. Agente Fiscal General Departamental, que la limitación efectuada en el art. 4° de la reglamentación de la ley 14208, decreto 2980 Anexo Único, resulta arbitraria, carente de razonabilidad y fundamentos científicos, conculcando los derechos y garantías que dimanar de los artículos 14bis, 16, 28, 31, 75 inc. 22 de la Constitución Nacional -Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Declaración Universal de los derechos Humanos; Pacto de San José de Costa Rica, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer-99 inc. 2 CN; arts. 57, 144 inc. 2° de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, 265 CC y ley 14.208; por lo que propongo, declarar su inconstitucionalidad, y por ende su inaplicabilidad. Disponiéndose, consecuentemente, que sean los Galenos intervinientes quién evalúen y determinen, según su ciencia e idoneidad, la cantidad y frecuencia de los tratamientos.

Por último, en virtud del art. 273 del Código Adjetivo, he de pronunciarme respecto de las achacadas omisiones por parte de los amparistas

En relación a la criopreservación de los eventuales embriones no transferidos o sobrantes de la técnica concedida, entiendo que *prima facie* resulta de interés desarrollar mínimamente en qué consiste dicha técnica ICSI, a los fines de encuadrar la solución que Infra he de arribar.

Concretamente los pasos a seguir son: 1) Aspiración de los óvulos. 2) Remoción del Complejo Coronacumulus de los ovocitos. 3) Obtención y procesamiento del semen. 4°) Inyección del espermatozoide en el interior del ovocito con la ayuda del microscopio micromanipulativo. 5) Verificación de la fecundación. 6) Cultivo de los huevos fecundados hasta su transferencia. 7) Transferencia del embrión a la mujer. (conf. “B.M.N. y otro c/ Dirección de Ayuda Social para personal del Congreso de la Nación s/ Amparo”. Causa nro. 11.682/08, 19-5-2009, voto en disidencia de la Dra. Graciela Medina).

De tales precisiones entiendo que el tratamiento debería realizarse sin congelamiento o criopreservación de embriones, ello conforme lo propiciara la Cámara Contencioso Administrativa con asiento en la Ciudad de Mar del Plata in re “R., N.. B. c/ IOMA s/ Amparo”, 3-11-2009 (Revista Derecho de Familia y de las Personas año II, nro. 4, mayo 2012, pag. 249/256) “...*en tanto aquella posibilidad – según se desprende del dictamen pericial- no constituye más que una contingencia accesoria cuya ausencia –al no tratarse de un paso reglado o ineludible dentro del método (v.fs. 252)- no impide ni obstaculiza la realización efectiva de la práctica (cfr. fs. 254). La modalidad propuesta permite lograr la justa composición del caso planteado, sin necesidad de ingresar en el debate bioético y filosófico sugerido por la accionada en relación los procesos de congelamiento y manipulación de los embriones no implantados en el útero de la mujer; discusión que, para más, excedería claramente del marco de conocimiento propio del juicio de amparo...*”; tesitura que de compadece, con el criterio adoptado por los legisladores provinciales al disponer la creación de un Consejo Consultivo Médico de Fertilidad Asistida (art. 7 de la ley 14.208), al momento del dictado de la ley, y con el acotado ámbito procesal del amparo, por necesitar la cuestión a dilucidar mayor debate y prueba, a través de un juicio de conocimiento más amplio. Lo que así propongo.

De tener acogida lo “ut supra” propuesto, se tornan inocuos e innecesarios de tratamiento los demás argumentos en relación al tópico traídos por los quejosos.

Respecto de la falta de determinación del lugar en el que habrá de efectuarse el mentado tratamiento, no puede pasarse por alto que los accionantes, al ser derivados a un centro de fertilidad, escogieron, desde un primer momento, de la Cartilla de “Medicus SA”, al Dr. Santiago Brugo Olmedo (matrícula nro. 52.769) especialista en medicina reproductiva y andrológica, el cuál cuenta con el Centro de Fertilidad SEREMAS sito en la calle Arenales nro. 1954, primer piso de la CABA. Consecuentemente, es allí dónde cuentan con una historia clínica abierta, dónde han efectuado todos los estudios de rigor, consultas médicas pertinentes –ver fs. 362/365- y en el que manifiestan sentirse contenidos anímica y emocionalmente por todo el equipo médico de ese lugar; circunstancias que han sido puestas en conocimiento de la contraria, tanto en la solicitud que se efectuara para la autorización de la práctica,

recepcionada por Medicus SA con fecha 19 de octubre 2012, en la carta documento por la que solicitan den respuesta a su pedido, recepcionada por la demandada con fecha 9 de noviembre de 2012, -ver fs.65/66 y 68/69, respectivamente-; así como en el libelo de inicio de fs. 5/25. En su consecuencia, poco trecho habré de recorrer para concluir que el tratamiento en cuestión habrá de llevarse a cabo en el “Centro de Fertilidad SEREMAS”, lo que así propongo (arg. art. 504 del CC; arg. art. 34, 273, 375, 384 y ccdtes. del CPCC).

En lo relativo a la aclaración solicitada en cuanto a los honorarios médicos que irrogue el tratamiento, cabe señalar que la Judicatura liminar, al sentenciar, ha dicho “...**CONDENAR** a la Empresa de Medicina prepaga MEDICUS SA, inmediatamente de notificada, a brindar a los afiliados N° 13091168000, (DNI N° 20.592.686) – N. M. M.- y N° 13085119000 (DNI N° 24.782.851) –P. V. O.- la cobertura **TOTAL** de los tratamientos de fertilización “in vitro” mediante la técnica I.C.S.I., conjuntamente con la medicación necesaria para ello...”. De ello no puede sino colegirse, en atención a la definición brindada por la Real Academia Española al término **TOTAL** (**1. adj.** General, universal y que lo comprende todo en su especie (www.rae.es, 15/3/2013) que del fallo en crisis no se vislumbra ningún concepto a aclarar (arg. art. 36, 166, 273 y ccdtes. del CPCC).

En cuanto a la regulación de los honorarios de uno de los quejosos, que actúa por derecho propio, si bien en principio le asiste razón, que en la instancia de grado, no se han fijado sus estipendios, a los fines de no vulnerarse la doble instancia procesal, corresponde poner tal petición a consideración del juez de grado (10, 12, 16 y 49 del Dec. Ley 8904/77), lo que así propicio.

En cuanto a las costas generadas en este estadio, propicio imponerlas por su orden, ello atento a la naturaleza de la cuestión planteada y lo novedoso de la misma (art. 68, segundo párrafo del CPCC), debiendo diferirse la regulación de honorarios de esta Instancia revisora para su oportunidad (art. 31 Dec. Ley 8904/77).

Por ello, **PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA-**

A la misma cuestión, los Señores Jueces Dres. Eduardo Ángel Roberto Alonso y Ramón Domingo Posca, adhieren al voto del vocal preopinante, votando **PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA**.

Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente:

SENTENCIA:

AUTOS Y VISTOS: CONSIDERANDO: Conforme el resultado obtenido en la votación de que instruye el Acuerdo que antecede, este Tribunal: **RESUELVE:** **1º) DECLARAR** de oficio la inconstitucionalidad, y por lo tanto la inaplicabilidad en el caso en análisis, del la reglamentación del art. 4 de la ley 14.208 introducida por el Anexo Único del Decreto 2980/10, en atención a los fundamentos señalados en la parte dispositiva de la Sentencia. **2º) MODIFICAR** el decisorio en crisis, disponiéndose consecuentemente, que sean los Galenos intervinientes quién evalúen y determinen, según su ciencia e idoneidad, la cantidad y frecuencia de los tratamientos. **3º) COMPLEMENTARLA** en los siguientes puntos: a) fijándose que el Instituto Médico en el cuál habrá de llevarse a cabo el tratamiento sea el “Centro de Fertilidad SEREMAS” sito en la calle Arenales nro. 1954, primer piso de la CABA b) poniéndose a consideración del Sr. Juez de grado, la solicitud de que por las labores efectuadas en autos se regulen los pertinentes honorarios (art. 10, 12, 16 y 49 Dec. 8904/77), c) desestimándose el congelamiento o criopreservación de embriones. **4º) CONFIRMAR** el resto que fuera materia de agravios. **5º) IMPONER** las costas de Alzada por su orden (art. 68, segundo párrafo del CPCC). **6º) DIFERIR** la regulación de los honorarios generados en este estadio para su oportunidad (art. 31 del Dec. Ley 8904/77). **REGISTRESE. DEVUELVA.** Fdo.: Dr. Ramón Domingo Posca, Dr. Eduardo Angel Roberto Alonso, Dr. José Nicolás Taraborrelli –Jueces- Ante mi: Dra. Edith Irene Rota.- Secretaria-