



PODER JUDICIAL DE CÓRDOBA

EXPEDIENTE: XXXXXXXX [REDACTED] - A, A. D. V. Y OTRO C/ ADMINISTRACION PROVINCIAL DE SEGUROS DE SALUD (A.P.R.O.S.S.) - AMPARO (LEY 4915)

SENTENCIA NUMERO: 24.

En la ciudad de Córdoba, a los diecisiete días del mes de octubre de dos mil diecinueve, siendo las doce horas, se reúnen en Acuerdo Público los señores vocales integrantes del Tribunal Superior de Justicia, doctores María Marta Cáceres de Bollati, Domingo Juan Sesin, Aída Lucía Teresa Tarditti, M. de las Mercedes Blanc G. de Arabel, Sebastián Cruz López Peña, Silvia Beatriz Palacio de Caeiro y Leonardo Casimiro Gonzalez Zamar, bajo la presidencia de la primera, a fin de dictar sentencia en estos autos caratulados “**A, A. D. V. Y OTRO C/ ADMINISTRACIÓN PROVINCIAL DE SEGUROS DE SALUD (APROSS) – AMPARO (LEY 4915) – RECURSO DE APELACIÓN**” (Expte. SAC n.º XXXXXXX), con motivo del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, procediéndose a fijar las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA CUESTIÓN: ¿Es procedente el recurso de apelación interpuesto?

SEGUNDA CUESTIÓN: ¿Qué pronunciamiento corresponde?

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA LOS SEÑORES VOCALES DOCTORES MARÍA MARTA CÁCERES DE BOLLATI, DOMINGO JUAN SESIN, AÍDA LUCÍA TERESA TARDITTI, M. DE LAS MERCEDES BLANC G. DE ARABEL, SEBASTIÁN CRUZ LÓPEZ PEÑA, SILVIA BEATRIZ PALACIO DE CAEIRO Y LEONARDO CASIMIRO GONZÁLEZ ZAMAR, EN FORMA CONJUNTA, DIJERON:

I. La parte actora dedujo recurso de apelación en contra de la Sentencia n.º 170, de fecha 8 de noviembre de 2018, por la que la Cámara Contencioso Administrativa de Segunda Nominación de esta ciudad, resolvió: “I.- No hacer lugar a la acción de amparo interpuesta por los Sres. A.A. D. V. y S.C.J.L. en contra de la Administración Provincial de Seguros de Salud (APROSS). II.- Imponer las costas por el orden causado” (fs. 160/171va.).

II. Por Auto n.º 523, dictado por la Cámara Contencioso Administrativa de Segunda Nominación de esta ciudad, con fecha 27 de noviembre de 2018 (fs. 181/182), se concedió, en los términos previstos por el artículo 15 de la Ley n.º 4915, el recurso de apelación impetrado.

III. Al evacuar el traslado del mentado recurso, la parte demandada solicitó que la sentencia impugnada fuera confirmada, con costas a la contraparte (fs. 190/196).

IV. Evacuado el traslado por la parte actora en orden a la intervención del COPRAMESAB (fs. 198/198vta.) y ordenada la emisión por este Tribunal Superior de un dictamen respecto de los puntos solicitados a f. 195vta. (fs. 200/200vta.), se incorporó el informe pertinente a fs. 208/209 y, luego, se sustanciaron los traslados por los justiciables a fs. 214/217 y 218 respectivamente.

V. Finalmente, se corrió traslado al Ministerio Público a efectos de que se pronuncie en esta litis y, al hacerlo, el Sr. Fiscal Adjunto (Dictamen E n.º 288, de fecha 14 de mayo de 2019, fs. 220/226) concluyó que resulta procedente el recurso de apelación interpuesto por la accionante.

VI. Así las cosas, se dictó el decreto con el correspondiente llamado de autos para sentencia (f. 227), el que, una vez firme, ha dejado la causa en condiciones de ser resuelta (f. 234).

VII. El recurso de apelación de la parte actora admite el siguiente compendio (fs. 172/189), a saber:

VII.1 Exordio

Con carácter preliminar al desarrollo de su expresión de agravios, la quejosa estima necesario exponer, al menos, dos aspectos preliminares, reputándolos de fundamental trascendencia.

En primer término, aduce que, con arreglo a los términos de su demanda, la acción de amparo conllevó el planteo de inconstitucionalidad de la resolución n.º 178/2009 dictada por la APROSS, sosteniendo que, más allá del respeto al federalismo y a las autonomías provinciales, aquélla vulnera el derecho a la igualdad, al suponer una discriminación arbitraria entre los actores y los restantes habitantes del país y del mismo ámbito provincial, en la medida que los justiciables, en tanto afiliados compulsivos de la APROSS y dependientes del Estado provincial, no pueden optar por otra cobertura de salud y se encuentran, por tanto, sometidos fatalmente a la mentada resolución. Agrega que se genera una diferencia írrita, en virtud de que si los actores no fueran empleados públicos y estuvieran afiliados a otra obra social o prepaga, tendrían derecho a la prestación o, inclusive, aún si fueran indigentes o desempleados tendrían acceso al tratamiento a cargo del Estado en el sistema público de salud. Remite,

en aras de la economía procesal, al capítulo “IV – Procedencia sustancial” de la demanda” (fs. 6vta./8).

Dice que el referido agravio constitucional, pese a resultar correcta y oportunamente presentado en el líbello introductorio, no fue mencionado por la cámara actuante y, luego, ni siquiera obtuvo reseña alguna en los considerandos del pronunciamiento cuestionado. Agrega que una omisión de tal relevancia, como consecuencia necesaria, vicia todo lo resuelto posteriormente en la sentencia. En segundo término, asevera que la accionada se limitó, en la causa, simplemente a contestar, sin proponer, probar o diligenciar pruebas en contrario, haciendo presente que, con arreglo a la teoría de la carga probatoria dinámica, la entidad accionada contaba con acceso a estadísticas, casos y demás consideraciones que se podrían haber aportado al proceso.

Explica que cada uno de los votos del decisorio en crisis menciona la prueba científica, derivada principalmente del testimonio del Dr. J. L. O., sin que hubiera sido rebatida por la parte demandada, pese a suponerse que contaba con mejores elementos para contradecir los dichos del mencionado testigo.

VII.2 Expresión de agravios

VII.2.a En relación al primer gravamen, manifiesta, bajo el acápite “Nulidad por incongruencia. Falta de tratamiento de las cuestiones planteadas”, que la sentencia en crisis resulta nula por incongruencia, consistente en la falta de tratamiento de la tacha de inconstitucionalidad de la normativa atacada, en el temperamento de que resultaría violatoria de los principios de igualdad y no discriminación.

Relata que las disposiciones objetadas (artículos 13 Ley n.º 9277 y resoluciones APROSS n.º 178/2009 y n.º 87/2010) desconocen las garantías constitucionales precedentes, al excluir a los amparistas de la cobertura de terapia reproductiva únicamente por una cuestión de edad, lo que -en opinión de la parte recurrente- afecta el derecho a la vida, a la salud, etc. Añade que lo expuesto igualmente conlleva una causal de discriminación solamente por la condición de residentes en esta provincia y afiliados compulsivos a la APROSS.

Precisa que la normativa emanada de la APROSS excluye la posibilidad del tratamiento solicitado por una cuestión etaria, es decir, superar 41 años, sin que resulte prevista tal limitación en la regulación nacional. Agrega que, así, se impone una exigencia adicional orientada a limitar el derecho de sus afiliados, condicionamiento -reitera el impugnante- que las restantes mujeres del país y del territorio provincial no padecen. Remata que la Ley n.º 26862, única vigente al momento de demandar, no

fijaba límite de edad.

Esgrime que la pertenencia a la APROSS es compulsiva, pues los agentes de la Administración Pública no pueden cambiar de obra social o decidir su exclusión de la cobertura. Advierte, en consecuencia, que este elemento refuerza el planteo de discriminación ya que no se configuraría un supuesto de sometimiento voluntario a un régimen jurídico. Reedita la consideración de que los accionantes, inclusive no teniendo ingresos u obra social, no hubieran tenido que demandar por cuanto la normativa nacional les brindaba cobertura al momento de la demanda. Adiciona que resulta un absurdo que una reglamentación, fundada principalmente en alegaciones sobre disminución de costos económicos y prevención del desfinanciamiento del sistema, restrinja derechos primigenios que hacen a la política sanitaria de alcance nacional.

Indica que, con un criterio similar al expuesto, podría configurarse el despropósito de que la provincia de Córdoba, no adhiriendo a lineamientos sanitarios nacionales, resolviera excluir de su calendario de vacunas a niñas y niños, frustrando, así, campañas previstas por el Estado nacional.

Observa que el hecho de invocar que el poder de policía local hace al control de la política de salud, no puede acotar o disminuir derechos de raigambre constitucional, como el de la salud, cuya importancia, extensión y entidad han sido meticulosa, prístina y correctamente explicitadas por la jurisprudencia de este Máximo Tribunal. Citas precedentes judiciales en sostén de sus asertos.

Señala que los argumentos precedentes resultaron totalmente soslayados por la decisión en crisis, puntualizando que el Sr. vocal del primer voto no los incluyó siquiera en la relación de causa, a la cual adhiere luego la Sra. vocal de segundo voto, mientras que la Sra. vocal de tercer voto ni siquiera comparte la relación de causa antedicha o propone una diferente.

Repite que no hay una sola línea escrita en la sentencia impugnada en relación al desarrollo argumental anterior, aunque fuera para desecharlo, limitándose, en cambio, la cámara interviniente, a abordar solamente asuntos de procedencia formal, inconstitucionalidad en base a la jerarquía normativa, autonomía provincial en materia de salud y obras sociales, etc., sin que medie pronunciamiento sobre el argumento fondal referido a la exclusión de garantías individuales. Transcribe doctrina judicial en respaldo de sus afirmaciones.

En definitiva, postula la existencia de una desigualdad notoria, que tornaría procedente la recepción del acuse de inconstitucionalidad de las resoluciones de la APROSS fundadas en pautas objetivamente genéricas de edad. Complementa que tal consideración se intensifica cuando, como acontecería en

autos, se ha producido prueba que acredita indubitablemente que las condiciones subjetivas de los actores (en particular, la respuesta al tratamiento y el estado de salud de la Sra. A., A. D. V.), permiten suponer una respuesta favorable al procedimiento requerido, máxime cuando su respuesta orgánica estaría sobre la medida de las mujeres de su edad.

VII.2.b En orden al segundo agravio, bajo el epígrafe “Falta de fundamentación lógica y legal de la sentencia. Incongruencia. Arbitrariedad. Violación del principio lógico de no contradicción”, la parte recurrente sostiene que el resolutive en disputa presenta una fundamentación viciada al incumplir con la premisa silogística que toda sentencia judicial ha de observar.

Denuncia, en primer lugar, que el voto del primer vocal adolece del vicio lógico de autocontradicción, en la medida que, tras efectuar un minucioso análisis de la prueba rendida en autos (en particular, el testimonio del Dr. J. L. O. sobre las favorables perspectivas de éxito respecto del tratamiento) y, pese a tener en claro tanto la buena respuesta al mismo por parte de la Sra. A., A. D. V. , cuanto la ausencia de mayores riesgos que los de un embarazo o gestación de tipo natural para la requirente o la persona por nacer, concluye que, en base a la resolución n.º 1044/2018 del Ministerio de Salud de la Nación, no se configura en la especie el recaudo de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta.

Revela que la violación del principio de no contradicción proviene del hecho de que la referida normativa prevé -de estar a la redacción de su artículo 1- como mecanismo de excepción a la mujer mayor de 44 años, en aquellos casos que existiera prescripción médica fundada en contrario, censurando el devenir lógico del juez de cámara interviniente dado que tiene por comprobada, con prueba técnico-científica (el testimonio del Dr. J. L. O., respaldado por las historias clínicas), las reales posibilidades de éxito del tratamiento, en razón de una respuesta por encima de la media esperable a su edad (fijada por el galeno en un 30% de posibilidades de logro).

Recrimina que, a pesar de tales afirmaciones, el judicante olvida el renglón final del artículo 1 de la misma norma, puesto que la última oración del precepto en cuestión prevé como excepción -al límite etario de 44 años- la prescripción médica en contrario.

Manifiesta, por tanto, que una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo, por lo cual si la resolución impugnada es tan clara para formarle el juicio, y tener justificado la provisión del tratamiento por motivos de éxito y de respuesta somática de la justiciable, no se advierte por qué razón no aplicó la excepción.

Razona, *a contrario sensu*, que si el sentenciante entendió que la resolución ministerial de que se trata

solamente convalidaba o daba razonabilidad al límite etario sentado por la APROSS en el año 2009, igualmente la arbitrariedad lucía manifiesta, por cuanto el ente provincial nunca previó excepciones e, inclusive, su restricción por edad resultaba notoriamente inferior al establecido por la reglamentación nacional.

Reprocha que el Sr. juez de primer voto arguya como razonable el límite etario de 44 años, y rechace la demanda de amparo en la consideración de que la Sra. A., A. D. V. registraba 45 años de edad al momento de fallar, cumplidos prácticamente tres meses antes de la sentencia.

Expone que, si bien la fecha de la demanda fija la pretensión, la duración del proceso excede a las partes, ya que en el caso de autos se fijó una audiencia con arreglo al artículo 58 del Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Córdoba -en adelante, CPCC-, aunque, luego, la causa estuvo un mes a despacho para resolver la cautelar, 15 días para expedirse sobre la apelación a la precautoria y, finalmente, más de un mes y medio para la emisión de sentencia.

Indica que cuando se entabló la demanda, la Sra. A., A. D. V. cumplimentaba con los requisitos previstos en la resolución ministerial de orden nacional, debido a que, en febrero de 2018, contaba con 44 años de edad, conforme surge de la copia del DNI incorporada. Añade que, tras soportar los avatares de un proceso que estuvo a fallo 3 meses, es un absurdo argüir que carece de derecho a la prestación por exceder el límite etario; contrariando, de esta manera, el fallo una pauta de mínima equidad, el mensaje -glosa el amparista- sería que demorando el proceso, se gana el juicio, al propio tiempo de derivar que el tiempo es el peor enemigo de la justicia.

Se agravia, en segundo lugar, de los argumentos blandidos por la Sra. vocal de tercer voto, reputando extensivos los reproches precedentes en referencia a la omisión de consideración de la excepción prevista en el artículo 1 de la resolución n.º 1044/2018 del Ministerio de Salud de la Nación.

Expresa que el razonamiento de la Sra. vocal de tercer voto se sustenta en la invocación de bajas probabilidades de éxito del tratamiento, según las estadísticas citadas como fuente de la legislación reglamentaria sanitaria nacional, con la finalidad de preservar -en desmedro de los amparistas- el financiamiento de la APROSS. Adita que los datos estadísticos mencionados son de carácter general y únicamente contemplan las patologías reproductivas reguladas por la referida normativa, pero exceden el caso bajo examen, en virtud de que la Sra. A., A. D. V. adolece de patologías concretas que requieren un tratamiento específico.

Remarca -además- que la demandada, presumiblemente en mejores condiciones de probar, no aportó

prueba alguna que desmienta la posibilidad de éxito o la declaración técnica del Dr. J. L. O. o cualquier otra prueba que aportara algo distinto al litigio.

Sostiene que si el legislador previó la excepción de marras, ha sido porque, como lo adujo la Sra. vocal de tercer voto, *“el juez no debe sustituir al legislador ni juzgar sobre el mero acierto o conveniencia de las disposiciones adoptadas por los otros poderes”*, de tal guisa que -apunta la quejosa- se debería haber tenido en cuenta que, la existencia de la referida excepción, requería de parte de la juzgadora una respuesta concreta y particular al caso, sin ceñirse en una estadística en general.

Dice que la Sra. vocal de tercer voto incurre en un sofisma cuando justifica la razonabilidad de la limitación etaria con el dictado de la resolución n.º 1044/2018 del Ministerio de Salud de la Nación, de fecha 1 de junio de 2018 (con traba de la litis y causa en trámite), y, luego, concluye que no media vicio de irrazonabilidad, ni de arbitrariedad, en la resolución n.º 178/2009 de la APROSS.

Apunta que la franja etaria mencionada en la resolución antedicha, fija el límite en 41 años de edad (notoriamente inferior a la normativa nacional ilustrada), careciendo de razonabilidad.

Asienta que la denegatoria también resulta ilegítima, por cuanto se prevén excepciones en la normativa nacional en base a las condiciones particulares de cada caso, sin que tales salvedades sean previstas por el régimen posterior de la APROSS.

Arguye que el pronunciamiento de la Sra. vocal de tercer voto contiene un error al centrarse en un argumento netamente económico, consistente en preservar el sistema de reparto de la demandada y prevenir su desfinanciamiento. Agrega que ni siquiera se menciona en la sentencia opugnada a cuánto asciende el costo del tratamiento, ni la fuente de la que derivaría el riesgo de desfinanciamiento.

Asegura que los amparistas, en aras de preservar financieramente a la APROSS, aportan considerables sumas de dinero, sugiriendo que el monto de la contribución mensual por parte de la Sra. A., A. D. V. le permitiría disponer de una obra social privada con cobertura plena. Completa tal argucia con la siguiente consideración: al estar cautiva de la entidad provincial de seguros de salud, no puede tener la calidad de beneficiaria de aquélla, ni tampoco obtener el tratamiento que su salud requiere con otros prestatarios del sistema de salud.

Finalmente formula reserva del caso federal.

VIII. En su escrito de contestación de agravios (fs. 190/196), la accionada, además de haber solicitado la intervención del Comité Consultivo y Operativo en Prácticas Médicas, Sanitarias y

Bioética (COPRAMESAB) o de un perito oficial que se expida sobre las posibilidades de éxito del tratamiento requerido como de sus eventuales riesgos, y de asentar la reserva del caso federal, esgrimió la confirmación de la decisión cuestionada con arreglo a los siguientes argumentos:

a) La quejosa incurre en su presentación recursiva en un mero disenso, sustentado en su sola disconformidad con lo resuelto por la cámara interviniente. Esto, toda vez que -indica la prestataria accionada- reedita y repite los mismos argumentos que los expuestos en el líbello de su demanda. Cita jurisprudencia en apoyatura de sus afirmaciones.

b) Ha petitionado la parte apelante -sin más- la inconstitucionalidad de la resolución n.º 178/2009 de la APROSS, sin proporcionar argumentos ni prueba alguna al efecto. Destaca, en consecuencia, que no se advierte ningún perjuicio, ni contradicción con alguna norma constitucional atento a que el plexo normativo se encuentra estatuido con la finalidad de atender al bien común. Agrega que no puede obviarse que, debido al carácter excepcional y de *ultima ratio* de la declaración de inconstitucionalidad, es menester que se alegue y demuestre “*el caso concreto*”, erigiéndose tal recaudo en una carga procesal de la parte interesada en su pronunciamiento. Cita Derecho judicial en sostén de sus asertos.

c) La Ley n.º 26862 importaría una norma que no es de aplicación directa en la esfera provincial, ya que -precisamente- en su artículo 10 invita a las provincias, junto a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a sancionar las normas correspondientes en el marco de sus exclusivas competencias. Añade que la provincia de Córdoba ha dictado la Ley n.º 9695 e incorporado, mediante la sanción de la Ley n.º 9277, dentro de la cobertura especial a sus afiliados o beneficiarios, el tratamiento de fertilización asistida. Concluye que en nada altera lo hasta aquí expuesto, la circunstancia de que, con posterioridad a la sanción de la normativa provincial, se hubiera dictado una ley nacional, en virtud de que son órbitas diferentes y el Estado provincial goza de autonomía en materia de salud.

d) Sin perjuicio de que las normas de la APROSS que rigen en materia de tratamientos de fertilización asistida corresponden a un sector de competencia no delegada, que se compadece con el restante orden jurídico en el que se hallan insertas (artículo 174 de la Constitución Provincial, en adelante CP), lo real es que la resolución impugnada no sólo se ha fundado en cuestiones médicas y de evidencia científica sino también en parámetros etarios establecidos por la misma Ley N.º 26862 y sus reglamentaciones, cuya aplicación los amparistas han requerido incansablemente en autos.

e) La Sra. A., A. D. V. , tanto desde el momento de la interposición de la acción de amparo

cuanto del dictado de la resolución ministerial n.º 1044/2018 que reglamenta la Ley n.º 26862, y en mayor grado aún en ocasión del dictado del decisorio en crisis, se encontraba fuera de los parámetros de edad regulados en la materia. Agrega que -precisamente- en oportunidad de sentenciar ha de analizarse la existencia o no de una lesión actual, por lo que resulta adecuada la solución discernida por el Sr. vocal de primer voto.

f) Por lo restante, expone que se asiste a un cambio de paradigma jurisprudencial en tanto se exige que, incluso cuando se discute la tutela del derecho a la salud, las sentencias deben exponer los fundamentos razonados que sostengan jurídicamente la cobertura, máxime cuando se inaplica una ley, normativa o contrato; de lo contrario, se estaría ante un salto argumentativo que afecta, de modo directo e inmediato, la garantía constitucional de defensa en juicio. Evoca precedentes judiciales en respaldo de sus argumentos.

IX. El dictamen emitido por el Dr. R. E. B., en su calidad de Miembro del COPRAMESAB, repara en que -en el presente caso- la cuestión radica en el *“hecho de ‘flexibilizar normas de admisibilidad’ más que en una cuestión de criterio médico, en tanto la paciente que presenta el amparo supera los cuarenta y cuatro (44) años, en post de la admisibilidad del derecho vulnerado (derecho a la salud y la vida)”*, en el entendimiento de que, tras ilustrar con datos de literatura médica, *“en el presente amparo lo pretendido lejos de las aclaraciones médicas, posibilidad y razonabilidad de lo solicitado”* remite a un *“núcleo de solución que corresponde a una interpretación jurídica de normas (sic) legislación y administración de salud y no a una evacuación de estricto criterio médico de los facultativos”* (fs. 208/209).

X. El Sr. Fiscal Adjunto, al evacuar el traslado de ley, concluyó que resulta formalmente procedente el recurso de apelación interpuesto (Dictamen E n.º 288, presentado el 14 de mayo de 2019, fs. 220/226). Las razones brindadas fueron las siguientes:

a) La impugnación de los amparistas ha logrado poner en tela de juicio los argumentos brindados por la cámara interviniente –en su mayoría-, en la medida que han expresado fundadamente los yerros que, a su entender, contiene la decisión en pugna y señalado -como principal ataque- la omisión de ponderar y valorar tanto la testimonial brindada por el facultativo Dr. J. L. O., en la que se destaca las buenas condiciones y particularidades físicas de la paciente, cuanto la excepción prevista por el artículo 1 *in fine* de la resolución ministerial n.º 1044/2018, en la que resultaría comprendida la Sra.

A., A. D. V.

b) Evoca registros jurisprudenciales en los que se ha destacado la necesidad de interpretar la regulación de la APROSS sobre la materia, a la luz de una lectura conforme con el bloque de constitucionalidad y de convencionalidad federal y con la finalidad de proteger, de manera efectiva, el derecho a la salud, comprensivo del derecho a la salud reproductiva de las personas, a fundar una familia, etc.

c) Comparte la visión jurídica expuesta por la Sra. vocal de segundo voto en orden a la apertura del recurso de apelación articulado. Cita jurisprudencia y legislación internacional, nacional y provincial. Agrega que la parte actora ha acreditado que la Sra. A., A. D. V. presenta una buena respuesta a la estimulación ovárica, de estar a la realización de tres inseminaciones intrauterinas con desarrollo folicular adecuado (f. 17) como así también a los términos de la declaración testimonial del médico tratante, Dr. J. L. O., obrante a fs. 124/126 de este expediente.

d) La exclusión etaria, entonces, no devendría razonable ni proporcional ante la falta de evidencia científica que contrarreste el pronóstico favorable señalado por la prescripción médica del galeno tratante, resultando esta, por consiguiente, dirimente a la hora de encuadrar a los amparistas en el supuesto del artículo 1 de la resolución ministerial n.º 1044/2018. Apunta doctrina autoral como fundamento de sus argumentos.

XI. LA EXPRESIÓN DE AGRAVIOS

Conforme a la reseña efectuada, le corresponde ahora a este tribunal pronunciarse sobre la procedencia del recurso de apelación incoado, en el que han sido expresados los agravios que, según la parte actora, le ocasiona la sentencia y que delimitan el radio de las cuestiones que deben ser tratadas y resueltas en el marco de una vía recursiva ordinaria como la impetrada (artículos 371, 380 y concordantes del CPCC).

Al respecto es del caso hacer notar preliminarmente que, pese a la observación expuesta por la accionada en orden a la insuficiencia de la expresión de agravios presentada por la quejosa (fs. 190/190vta.), no cabe negarle al escrito respectivo su eficacia -con miras a la apertura de esta instancia- para señalar los yerros de los que, a juicio de esta última, adolece el decisorio emanado de la cámara actuante y exponer las razones, como la manera, en la que ellos inciden en la resolución contra la que direcciona su embate, máxime si se retienen los fines específicos a los que se orienta tal reproche, tanto en referencia a la pretensión que se hacer valer mediante el proceso constitucional de

que se trata (artículos 1 y 15, Ley n.º 4915; 48, CP; 43 párrafo 1.º, CN; 8 y 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos, en adelante CADH) cuanto en lo atinente a los derechos de orden fundamental en cuya protección se acciona.

Así, entonces, lo que resulta razonable exigir a quien recurre es una expresión de agravios comprensibles que permita a los jueces acometer su tarea de revisión con la mejor eficacia, de tal guisa que el cumplimiento del requisito en cuestión aparezca, en principio, como estrictamente necesario para que el tribunal superior del pleito pueda discernir qué aspectos del fallo debe revisar y cuáles son los defectos que se le atribuyen[1]. Tales extremos, por cierto, lucen satisfechos por el alzamiento recursivo de los amparistas en la especie.

A mayor abundamiento, el Tribunal cimero de orden federal ha dejado en claro que cuando se trata de tutelar los derechos fundamentales a la vida y la salud, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conllevan las pretensiones incoadas por los justiciables, impeliéndolos no sólo a encauzar los trámites por vías expeditivas sino –primordialmente- a evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional [2].

XII. LA CUESTIÓN EN DISPUTA

Sentado ello, se impone hacer notar que, con arreglo a lo resuelto por la Subdirección de Jurisdicción de Prestaciones Médicas APROSS, se notificó a la Sra. A., A. D. V. la decisión de no “*autorizar la solicitud de tratamiento de fertilidad de alta complejidad ICSI, ya que AProSS cuenta con la Resolución 0178/09. Los destinatarios para esta cobertura deberán acreditar normativas, entre las que la edad de la mujer deberá ser hasta los 41 años por Resolución*” (f. 20). De allí que la pretensión de los promotores del amparo estriba en que se ordene a la accionada la provisión del tratamiento de marras (f. 17), el que importa la cobertura de la atención requerida como la provisión de prestaciones y medicaciones que el mismo conlleva, o que en el futuro los facultativos le indicaren, a la par de tachar de inconstitucional a la resolución n.º 178/2009 de APROSS en la medida que entraña una lesión al “*derecho a la vida, comprensivo del derecho a la salud, consagrado difusamente por la Constitución Nacional, lo normado en el art. 4 de la C. Provincial y lo dispuesto por las Leyes 23.660 y 23.661*” (f. 1).

De lo relatado con anterioridad, surge que las partes discrepan sobre la solución propiciada por el tribunal que decidió en la anterior instancia. En efecto, para los amparistas la opinión mayoritaria,

conformada por el voto de los vocales de primer y tercer voto, Humberto R. Sánchez Gavier y Cecilia M. de Guernica respectivamente, ha brindado una solución incongruente y arbitraria, al desestimar la cobertura de un tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad, con sustento en la justificación del criterio de inclusión previsto, bajo el epígrafe *Normas de cobertura para tratamientos de fertilización asistida*, en el punto A, Anexo Único de la resolución n.º 178/09 de la APROSS (B.O. 21/12/2009), el que reza: “*los destinatarios de esta cobertura, deberán acreditar las siguientes condiciones: (...) mujeres mayores de 37 años y hasta los 41 años*” (f. 60).

Ahora bien, según el criterio de la mayoría expuesto en la sentencia sujeta análisis, es factible que el umbral etario tabulado por la APROSS “*para determinados casos resulte prematuro, conforme los adelantos de la ciencia y las condiciones físicas de cada persona*”, resultando menester que “*la supuesta conculcación de derechos constitucionales debe ser analizada en cada caso y no pueresolverse sin más, la inconstitucionalidad de la norma*”; de allí que el parecer del Sr. vocal de primer voto enliste, entre otros, los siguientes aspectos inherentes a particularidades del presente caso: *e.gr.*, los informes médicos que indican la favorable condición física de la Sra. A., A. D. V. para la realización del tratamiento de fertilización asistida, las posibilidades de resultado positivo -que el médico tratante asigna en un 30%- , la circunstancia de que no se incrementen riesgos para la mujer y el feto en relación a la gestación natural, etc.(fs. 165vta./166).

Sin embargo, se invoca, a los fines de disponer de “*una pauta de interpretación razonable y límite adecuado para determinar las edades -según los casos- hasta las cuales las mujeres se encuentran en condiciones de acceder a los tratamientos de reproducción medicamente asistida*”, la aplicabilidad de una “*reglamentación [que] no resulta obligatoria dado su alcance nacional*”, aunque –en el parecer del Sr. vocal del primer voto- “*permite resolver el caso sub examen ya que los sólidos fundamentos científicos que sustentan la citada Resolución me hace concluir que la negativa de la Apross a brindar la prestación requerida por los actores, aparece como razonable y no afecta, con ilegalidad o arbitrariedad manifiesta, los derechos constitucionales que invocan*” (f. 166vta.).

Sentado ello, la normativa aludida precedentemente por el sentenciante como guía hermenéutica es la resolución n.º 1044, emanada del Ministerio de Salud de la Nación, con fecha 1 de junio de 2018, la cual estatuye: “*todo tratamiento de reproducción médicamente asistida con óvulos propios se*

realizará a mujer de hasta CUARENTA Y CUATRO (44) años de edad al momento de acceder a dicho tratamiento, salvo prescripción médica en contrario” (artículo 1).

A su turno, la Sra. vocal de tercer voto puntualiza que su decisión se emite “*en sentido coincidente con el Dr. Sánchez Gavier*”, aunque -al propio tiempo- adita que el derecho a la salud reproductiva de los amparistas debe ser compatibilizado con el derecho del universo de afiliados de la APROSS, de modo que “*la razonabilidad de la norma que se analiza, en cuanto a los criterios de inclusión/exclusión dentro de los beneficios, debe ser mirada desde tal óptica*” (f. 170), considerando relevante -en tal empresa- la normativa emanada de la cartera de salud nacional, es decir, la resolución n.º 1044/2018 del Ministerio de Salud de la Nación, cuyo tenor adquiere -a juicio de la juzgadora- “*tal evidencia científica y empírica*” que es menester desprover la tacha de “*irrazonabilidad, ilegitimidad o arbitrariedad a la negativa de la demandada, ya que constituyen un fundamento adecuado al actuar de dicha autoridad*” y avalar, de esta manera, una “*restricción en cuanto al financiamiento a través del APROSS a los fines de optimizar los recursos para atender al universo de sus afiliados*” (f. 170vta.).

En contraste, la Sra. vocal de segundo voto refiere, en sentido coincidente con lo dictaminado por el Ministerio Público (fs. 225/226), que no superaría un razonable escrutinio constitucional oponer una causal de exclusión que “*no deviene razonable y proporcional cuando en las constancias de autos existe un juicio de carácter médico legal, evidencia científica que la actora presente una respuesta ovárica que supera la media*” (f. 168), sin perjuicio de dejar sentado que la “*evidencia científica no refutada por prueba en contrario de la demandada*” conduce a encuadrar el caso de marras “*en la excepción prevista en el art. 1 de la Resolución Ministerial N° 1044*” (fs. 167/168vta.), máxime cuando una solución en sentido adverso precipitaría la estructura lógica de los argumentos “*en una típica causal de arbitrariedad fáctica por apartamiento de prueba dirimente, como así también de la adecuada determinación de los hechos que nos persuaden con prueba científica de encontrarnos ante un supuesto de excepción que consiste en la “prescripción médica en contrario”*”(f. 168vta., el destacado pertenece al original).

En otras palabras, lo que está en juego es determinar si, en virtud de las particulares circunstancias de la causa, la desestimación de la cobertura, por motivos etarios, de la Sra. A., A. D. V. respecto del programa de fertilización asistida programado por la APROSS resulta procedente y no discriminatoria

-como afirma el parecer mayoritario en el fallo de la cámara interviniente- o si, por el contrario, necesita ser releída a la luz de una interpretación conforme, que la vuelva compatible con el bloque de constitucionalidad y de convencionalidad federal vigente en el sistema jurídico argentino. A fines de evacuar una respuesta a este interrogante, en forma previa, se impone apostar -en el escenario descripto- los derechos en juego en consonancia con la relevancia que revelan las noveles técnicas de reproducción humana asistida -en adelante, TRHA-.

XIII. LA VOLUNTAD DE PROCREAR, EL DERECHO A LA SALUD REPRODUCTIVA Y LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

Este Tribunal ha tenido ocasión de expedirse, principalmente con motivo, entre otros, de los asuntos “V. F. , C. V. ”^[3]y “Ontivero”^[4], en torno a las proyecciones jurídicas que revela la voluntad procreacional, abordando, así, las dilemáticas cuestiones planteadas por el avance de la ciencia y la biotecnología -al menos, en la medida que han desatado una vertiginosa revolución reproductiva-. Precisamente si se repara en la situación sometida a juicio -con el alcance descripto en el punto anterior- y la negativa de la obra social a hacerse cargo del costo de la prestación de reproducción asistida de alta complejidad (ICSI), queda en claro que en la presente causa se encuentran involucradas, por un lado, la aspiración de los amparistas de procrear y conformar una familia, anhelos que hacen a su derecho a la salud reproductiva, y, por otro costal, la obligación, o no, del agente de salud demandado de otorgar la cobertura integral al tratamiento aquí requerido.

Como primera medida, en cuanto la parte actora invoca un estado de infertilidad primaria de 3 años de evolución (fs. 1vta./2, 17), el que menoscaba su derecho a la salud reproductiva, los extremos aludidos conducen a considerar, del mismo modo que lo ha hecho la cámara actuante al pronunciar la sentencia recurrida (fs. 162/163, 167/168), que el derecho a la salud exhibe la catadura de un derecho humano consagrado en numerosos instrumentos internacionales (artículos VII y XI, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en adelante DADDH; artículos 3, 8 y 25, Declaración Universal de Derechos Humanos, en adelante DUDH; 12, incisos 1 y 2, ap. d, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en adelante PIDESC; 24, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en adelante PIDCP; 4, incisos 1, 5, 19 y 26, CADH; etc.), los que ostentan jerarquía constitucional conforme lo normado por el inciso 22 del artículo 75 del texto constitucional federal. Con idéntica sintonía, la Constitución de Córdoba establece que la salud es un bien natural y social que genera en los habitantes de la provincia el derecho al más completo bienestar psicofísico,

espiritual, ambiental y social (artículo 59, CP).

Así, es oportuno traer a la liza el concepto de salud genésica, cuyo alcance ha sido desbrozado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en los siguientes términos: “*la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección, así como el derecho de acceso a los pertinentes servicios de atención de la salud*”. En consecuencia, más allá de su reconocimiento expreso en los documentos normativos precedentemente enlistados, el derecho a la salud constituye un *sustratum* indispensable para el ejercicio de otros derechos, en tanto es una precondition para la realización de los valores en la vida y de los proyectos personales, y todo ser humano titulariza derecho al disfrute del más alto nivel posible que le permita vivir dignamente[5].

Por su parte, tanto el preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud -adoptada por la Conferencia Internacional celebrada en Nueva York y suscripta el 22 de julio de 1946-, de la misma manera que lo hacen el Protocolo adicional a la CADH (artículo 10) -aprobado por la Ley nº 24658- como el PIDESC (artículo 12), establecen que toda persona tiene derecho a la salud, entendido como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.

De todo ello surge que el derecho a la salud -imprescindible para el desarrollo humano-, se vincula directamente con la dignidad de la persona y con el derecho a formar una familia, de estar, entre otros, a los enunciados previstos en los artículos 16.1 y 16.3, DUDH y 23.2, PIDCyP.

Ciertamente, si se repara en los registros del Derecho Internacional de los Derechos Humanos -en adelante, DIDH-, se comprende que, tal como lo ha sostenido el Tribunal regional de derechos humanos -en oportunidad de expedirse, a fines de 2012, en el caso “Artavia Murillo y otros (‘fecundación in vitro’) vs. Costa Rica”-, dentro del derecho humano a formar una familia se encuentra el derecho a la salud reproductiva (artículo 16, ap. e, CEDAW), cuya protección conlleva, entre otras obligaciones, el mandato de favorecer de la manera más amplia el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar, pues se trata de un derecho tan básico del *corpus* del DIDH, que su goce útil no se puede desconocer ni siquiera ante las circunstancias más extremas: *e.gr.*, el artículo 27, inciso 2 de la CADH incluye a la protección de la familia en la nómina de derechos cuya suspensión no luce autorizada en la coyuntura de un estado de emergencia.

En efecto -en el pronunciamiento glosado- la Corte Interamericana ha evocado la exégesis auspiciada por el Comité de Derechos Humanos, en tanto este órgano de monitoreo del sistema de protección internacional de derechos humanos precisó que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia[6], apuntando que el derecho a la vida privada se relaciona con: 1) la autonomía reproductiva y 2) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para su pleno ejercicio.

Bajo dicha protección, se destacó que el mentado derecho resulta vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad, pues la protección a su vida privada incluye el respeto de las decisiones de convertirse en madre, a más de incluir la determinación de los integrantes de la pareja de convertirse en progenitores genéticos por medio de las TRHA.

Igualmente se puso de resalto, respecto al derecho de beneficiarse del desarrollo y del progreso científico, que “[d]el derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan a cada persona” [7].

Asimismo, con fundamento en lo dispuesto por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en cuanto declaró que “los Estados deben adoptar las medidas necesarias para que la utilización de los logros de la ciencia y la tecnología contribuya a la realización más plena posible de los derechos humanos y las libertades fundamentales sin discriminación alguna por motivos de raza, sexo, idioma o creencias religiosas” (resolución n.º 3384, de fecha 10/11/1975).

En suma, el derecho a beneficiarse de los progresos científicos ha sido puesto de resalto en varios precedentes jurisprudenciales en los que se han receptado los pedidos de cobertura médica de los costes que demandan la instrumentación de las TRHA, sean despachados por tribunales de justicia en el orden nacional [8], sean pronunciados por este Máximo Tribunal [9].

Se sigue de lo expuesto hasta aquí que, en conexión con el derecho a gozar de los avances científico-tecnológicos, las TRHA pueden concebirse como “*un modo o vía cada vez de mayor presencia para que*

las personas puedan formar familia” [10]. En ese sentido, como una suerte de premisa insoslayable en la materia, la Corte IDH ha sostenido lo siguiente: “[L]a decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a técnicas de reproducción asistida forma parte del ámbito de los derechos a la integridad personal, a la libertad personal y a la vida privada y familiar. Además, la forma como se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja” [11].

En la misma dirección, dicho Tribunal ha fijado: “[E]l 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” [12]. Todo esto, en íntima relación con el derecho al goce de los beneficios del progreso científico, cuestión que, en el ámbito interamericano, se encuentra prevista por la DADDH (artículo 13) y por el Protocolo de San Salvador adicional a la CADH en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -en adelante, PSS- (artículo 14.1, b).

Despejado ello, se impone hacer notar que con independencia de las integraciones normativas o de la pluralidad de fuentes que conviven en un sistema federal de distribución de competencias como el sistema jurídico argentino, y al que han aludido tanto los justiciables (fs. 2vta./5, 173, 192/192vta.) cuanto la cámara interviniente (fs. 166, 170/170vta.), cabe retener que la mención efectuada respecto de la Ley n.º 26862 -a favor, en principio, de un acceso amplio a la TRHA- tiene relevancia como punto de referencia, porque en esta causa está en juego si es plausible o si -en cambio- consiste en una restricción arbitraria la regulación de la APROSS que priva de cobertura a las afiliadas que no presenten la siguiente condición: “*mujeres mayores de 37 años y hasta los 41 años*” [13].

Es que huelga recordar que las TRHA implican un fenómeno en el que coexisten la medicina reproductiva, la biotecnología y la ingeniería genética; todas ellas, conectadas desde una perspectiva bioética, y en las que las cuestiones éticas y deontológicas componen un núcleo -de preguntas y discusiones- insoslayable. Esto, en la medida en que ellas suponen una “*disociación entre el fenómeno reproductor humano y el ejercicio de la sexualidad que viene a plantear una problemática que ha desbordado las estructuras jurídicas existentes*” [14].

Desde esa óptica, las TRHA constituyen un universo en constante movimiento y abierto al progreso científico. Por eso, precisamente, *e.gr.*, la Ley n.º 26862 brinda una definición parca, sin perjuicio que

su redacción final propicie su optimización futura: “A los efectos de la presente ley, se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones. Podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación” (artículo 1).

En definitiva, a lo largo de este apartado ha quedado en claro que, en esta causa, está en juego el derecho de los amparistas a la salud reproductiva, requiriéndole -con tal fin- a su obra social que brinde la cobertura del procedimiento, estudios, medicamentos, etc., que las TRHA requieren con miras al ejercicio de su decisión reproductiva autónoma y, de paso, paliar la imposibilidad de concebir descendencia de forma natural que los aqueja y mortifica, así, su proyecto de vida.

XIV. NECESIDAD DE INTERPRETAR LA REGULACIÓN DE LA APROSS A LA LUZ DE UNA LECTURA CONFORME CON EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD FEDERAL

Habiendo delimitado la entidad de los derechos en disputa y el marco normativo que los sustenta, luce conveniente analizar si resulta plausible o arbitraria la restricción que establece la resolución n.º 178/09 de la APROSS, como así también la exégesis del texto, y particularmente de los considerandos, de la resolución n.º 1044, del Ministerio de Salud de la Nación, en virtud de las cuales el pronunciamiento mayoritario de la cámara actuante deja fuera del programa de fertilización asistida a las mujeres que, como la actora en estos obrados en ocasión de sentenciar, franqueen la cota etaria de los 44 años.

Emplazados en este contexto constitucional y convencional, cabe señalar que el tribunal de mérito ha identificado debidamente el andamiaje normativo y convencional, nacional y local vigente, dentro del cual la institución demandada debe desenvolverse y a cuya luz corresponde sea valorada la regularidad de su actuación, pues, más allá de la organización de nuestro Estado federal -en donde coexisten las obras sociales nacionales con las provinciales- la integralidad del ordenamiento jurídico vigente en nuestro Estado constitucional de Derecho, en cuanto regula las prioridades básicas que deben ser cubiertas por los poderes públicos, trasciende los límites jurisdiccionales dispuestos en nuestra organización federal.

Tal dato no es de peso menor en la especie, pues -al margen de que dicha aseveración, como se percibirá más adelante, es un componente que ha de estar presente en el control del razonabilidad del procedimiento de argumentación de un derecho fundamental-, se emplaza a la luz de la idea -expuesta por Robert Alexy- de que las decisiones de la justicia constitucional pueden y necesitan ser justificadas y criticadas en el marco de un discurso racional de los derechos fundamentales -rotulado, así, discurso iusfundamental-[15].

En tal sentido, cabe destacar que en el decisorio opugnado se han considerado expresamente las disposiciones contenidas en la Ley n.º 26862, en cuanto postula con amplitud el acceso a la cobertura de los TRHA, y lo previsto localmente en la Ley n.º 9695, que incluye dentro del menú prestacional de la APROSS las prácticas en cuestión (artículo 12, inc. n, Ley n.º 9277), al propio tiempo de contemplarse las disposiciones previstas en las reglamentaciones vigentes tendientes a hacer operativos los derechos allí consagrados, tanto a propósito del Decreto PEN n.º 956/13 y la resolución n.º 1044 de la rama ministerial nacional cuanto de la resolución APROSS n.º 178/09 de raigón provincial.

A la conformación de tal plexo normativo tributa indudablemente el estándar exegético que, reconociendo que el objeto y fin de los instrumentos internacionales de derechos humanos finca en la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, auspicia la aplicación del principio *propersona*, en mérito del cual -en lugar de limitar el goce y el ejercicio de los derechos previstos en la CADH- estos se interpretan “a la luz de la norma más protectora”[16], a la vez de exigir que en ocasión de la actividad interpretativa “debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos”[17].

No obstante ello, de la cuidadosa lectura de los motivos que sustentan el pronunciamiento mayoritario de la cámara interviniente, es posible advertir consideraciones que permitirían inferir que aquél resulta descalificable como acto judicial en lo atinente -según una tradicional categorización- a los fundamentos de hecho de la decisión [18], al omitir el tratamiento correcto de prueba cuya adecuada valoración es decisiva para la solución del litigio [19], máxime cuando sabido es que el riesgo de una tacha de arbitrariedad -al menos, en esta especie- se configura no sólo por la manifiesta prescindencia sino también por la patente distorsión de probanzas que lucen incorporadas al expediente[20].

Al respecto, surge que el argumento determinante, en el que se ha cimentado centralmente el rechazo

de la acción de amparo por los Sres. vocales de primer y tercer voto, luce asociado a un criterio etario, en virtud del cual los sentenciadores se expiden por la declinación de la cobertura del tratamiento de alta complejidad (ICSI) con óvulos propios de la justiciable.

En tal sentido, aquéllos han considerado que en la sistemática del plexo reglamentario que rige el punto, el rango etario no debe ser asumido como un límite absoluto e infranqueable toda vez que permite conferir un tratamiento de excepción, en la medida que se compruebe casuísticamente -caso a caso- las posibilidades de alcanzar el embarazo sin riesgo para la progenitora como para la persona por nacer (fs. 165vta. y 170).

Cabe retener que los juzgadores se valen para ello, incluso, de las *“opiniones científicas de los numerosos y calificados organismos nacionales e internacionales que menciona en sus Considerandos”*, la resolución n.º 1044, emanada del Ministerio de Salud de la Nación (f. 166), al punto de erigirlas en un parámetro decisorio con peso decisivo en la especie: *e.gr.*, en el parecer del vocal de primer voto *“permite resolver el caso sub examen ya que los sólidos fundamentos científicos que se sustentan en la citada resolución me hacen concluir que la negativa de la Apros a brindar la prestación requerida por los actores, aparece como razonable”* (f. 166vta., el destacado pertenece al original), mientras que a propósito de la opinión de la Sra. vocal de tercer voto -tras reseñar, entre otros, el Registro Argentino de Reproducción Asistida (RAFA) para 2015, el Informe de la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva, las Estadísticas de la Sociedad para la Tecnología en Reproducción Asistida de EEUU, etc.- se puntualiza que tal *“evidencia científica y empírica puesta de manifiesto”* en los antecedentes de la reglamentación ministerial nacional, *“desproveen de irrazonabilidad, ilegitimidad o arbitrariedad a la negativa de la demandada”*(f. 170vta.). Tales argucias han servido, entonces, de fundamento para repeler el andamio de la pretensión de los amparistas, pese a que, con arreglo al material probatorio incorporado a la litis, obra un pronóstico médico que -en contraste- determina la capacidad de la Sra. A., A. D. V. para procurar el embarazo deseado, como así también modula el estado de posibles riesgos, complicaciones o resultados adversos que pudiera originarle respecto de la salud de la amparista y de la persona por nacer.

En efecto, de estar a las constancias de fs. 11/19 de autos, se ha incorporado a este litigio el informe médico, junto a los estudios respaldatorios e historia clínica pertinente, emitido por el facultativo J. L. O., en el que se precisa -dentro de los *“antecedentes relevantes desde el punto de vista reproductivo”*-

el atinente a la “*la edad de la paciente*”, puesto que, si bien presenta una “*Baja Reserva Ovárica*”, se informa una “*buena respuesta a la estimulación ovárica, ya que ha realizado tres Inseminaciones Intrauterinas con desarrollo folicular adecuado*”, al propio tiempo de sugerirse, “*debido al tiempo de evolución de la esterilidad y los antecedentes de la pareja*”, la práctica de la técnica de reproducción asistida de alta complejidad (ICSI) solicitada (f. 17).

Asimismo en ocasión de que el referido “*médico obstetra y especialista en medicina reproductiva*” declarara testimonialmente (f. 125, pregunta primera), se justificó “*pasar al próximo paso de Alta Complejidad porque la paciente tiene una reserva ovárica por encima de lo esperado a la media*”, incluso reseñándose que la Sra. A., A. D. V. “*responde muy bien para la edad que tiene, mejor de lo que el profesional esperaría por lo que se propone avanzar con el tratamiento*” (f. 125vta., pregunta séptima).

A más, el galeno interviniente ha dejado en claro que el porcentaje de gravidez depende de la causa de infertilidad, la que en el caso de los amparistas no descubre “*una patología advertible que justifique la falta de embarazo, por lo que se denomina Esterilidad sin Causa Aparente (ESCA)*”, advirtiendo que -precisamente- tales tratamientos son los que “*tienen mejores resultados estadísticos y más se embarazan*” (f. 125vta., pregunta aclaratoria de la Dra. Luna a la pregunta séptima), de tal modo que en el supuesto de autos “*la tasa estadística sería de un 30% de posibilidades de éxito*” (f. 126, pregunta octava).

Asimismo se impone hacer notar que -en su deposición testimonial- el experto ha subrayado en relación a los eventuales peligros o contingencias que, para la afiliada o la persona por nacer, conllevaría el empleo de la técnica de fertilización asistida requerida: “*no aumentan riesgos patológicos en el embarazo o de malformaciones o anomalías genéticas, que son iguales que en caso de embarazo normal*”(f. 126, pregunta de la Dra. Luna a la pregunta octava).

Las expresiones hasta aquí transcritas son suficientemente elocuentes, ante su cotejo con los términos discursivos en los que se ha envarado el pronunciamiento de la Alzada, acerca de la ausencia del desarrollo de un razonamiento -a cargo de la mayoría allí acuñada- que se expida pormenorizadamente sobre la “*condición de pertinencia*”, que presupone la existencia de una relación directa con el caso [21], entre la tasa de éxito específicamente demostrada en este pleito respecto de la amparista y la que resultaría de la ristra genérica de datos estadísticos y bibliografía científica glosados en los

considerandos de la resolución n.º 1044, emitida por el Ministerio de Salud de la Nación (fs. 166/166vta., 170vta.), pues no basta simplemente su mero catálogo -aunque fundado en un criterio de aceptación general por la comunidad científica- para descartar, sin más, el material probatorio que se ha gestionado concretamente por los accionantes en la causa.

Debido a que la decisión mayoritaria de la cámara actuante se ha asentado -principalmente- en el “recurso a la ciencia”, esto es, en la invocación de conocimientos que se forman por fuera del Derecho y que se caracterizan por la peculiar aceptabilidad debida al hecho de que resultan de investigaciones y búsquedas de carácter científico, no es ocioso recordar que -como lo advierte Michele Taruffo- su empleo no resuelve todas las dificultades que nacen de los aspectos metajurídicos del razonamiento decisorio y de la comprobación de hechos importantes en el proceso[22].

En efecto, el problema más acuciante y complejo estriba -sin embargo- en el uso correcto de los conocimientos y métodos científicos, fundamentalmente ante las particularidades de orden fáctico de cada litigio. No en vano, hacia 1993 la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos fue inducida a pronunciar una famosa sentencia –en el asunto “Daubert”[23]-, que ha dado lugar a una enorme literatura y en la que se indican a los jueces los criterios a los cuales debería atenerse para asegurarse que la “ciencia” que se introduce al proceso como base para comprobar el hecho debatido, se ajuste a una serie de previsiones que han de ponderar a los efectos de persuadir a los justiciables cuando apelan, como elementos de convicción, a resultados de evidencias científicas y técnicas, entre las que se destaca ya no sólo la cualidad del método científico utilizado (*validity*), sino también la eventual aplicabilidad del medio probatorio en el marco de los hechos que gobiernan el caso concreto (*relevance*), el margen de error conocido o potencial que condiciona el consenso general por parte de la comunidad científica, etc.

A mayor abundamiento, la solución propuesta por los Sres. vocales de primer y tercer voto requería -para gozar de plenitud intelectual- de una reflexión crítica que -en lugar de asumirlos como dogmas de fe[24]- explicara las razones en función de los cuales la tasa de éxito de las TRHA, la capacidad de respuesta ovárica, el nivel de riesgos patológicos o de anomalías genéticas, etc., concretamente demostrados sobre la base de los elementos de juicio que obran en este pleito respecto de la Sra. A., A. D. V. , resultaban desvirtuados o desprovistos de fiabilidad por la interpretación de los datos estadísticos consignados en los informes y estudios científicos que ilustran los considerandos de la resolución n.º 1044, emanada del Ministerio de Salud de la Nación (fs. 166/166vta., 170vta.), en los

que apoyó la dirección de su decisión final. En definitiva, se tornaba necesario evaluar y escrutar de manera más estricta si la científicidad de los mentados datos resultaba refutable o falible por el tenor de las probanzas que efectivamente se produjeron en esta causa, pues luce patente la carestía argumentativa en torno a explicar con qué fuerza tales datos apoyan una hipótesis -la exclusión por condicionamientos etarios de la cobertura de las TRHA- en detrimento de la otra -las particularidades comprobadas en el litigio respecto de la situación de salud genésica de la Sra. A., A. D. V. -.

Es que la sola referencia enciclopédica a los resultados estadísticos de la ciencia especializada no excluye la valoración de las pruebas específicamente gestionadas en el proceso[25], de suerte que su evocación se encuentra muy lejos de descargar al magistrado -evitando así un proceder puramente deferencial- de un especial esfuerzo por fundar racionalmente su decisión sobre este punto; al contrario, si bien el juzgador no es el perito de los peritos, la deferencia no puede estar en contradicción con la “aspiración epistémica del proceso”, consistente en realizar afirmaciones veraces sobre los hechos controvertidos en el litigio[26].

Al respecto, bien vale la cita de Marina Gascón Abellán sobre el tópico: *“responder a la primera pregunta (qué dicen los datos) es la principal tarea del perito en el proceso (...) una vez que los datos han sido interpretados y expresados adecuadamente (...) hay que responder a la segunda pregunta: qué debe creerse sobre la hipótesis litigiosa (i.e. el factum probandum) a partir de esos datos, y ello ha de hacerse tomando en cuenta tanto la información suministrada por el experto (lo que dicen los datos una vez interpretados por él) como la derivada del resto de pruebas disponibles en la causa. Esta tarea decisional expresa la valoración de la prueba y es evidente que corresponde al juez (...) son los jueces, independientes e imparciales, quienes tienen institucionalmente atribuida la tarea de decidir el conflicto”*[27].

Por lo restante, a tenor de las conclusiones anotadas en el punto IV del presente decisorio por parte del COPRAMESAB (fs. 208/209), las probanzas incorporadas al proceso por la parte actora no han sido contrarrestadas de modo indubitado por el esfuerzo probatorio de la entidad demandada, debido a que no obstante encontrarse ésta última en condiciones más propicias y favorables para su producción y diligenciamiento -debido primordialmente al dominio de los especiales y técnicos conocimientos sobre las circunstancias del hecho a acreditarse, las razones de habitualidad con las que enfrenta reclamos de esta naturaleza, la disponibilidad de recursos científicos y tecnológicos para su gestión, etc.-, lo cierto

es que el elemento documental obrante a fs. 214/215 de estos autos remite -en rigor- a constancias en mera copia de un informe de auditoría médica de la APROSS, producido en las actuaciones administrativas sustanciadas bajo n.º de Tram./Expte. XXXX-XXXXXX/2018, en el que se reeditan las razones y datos genéricos que han sustentado -en este foro judicial- su resistencia a la pretensión de los amparistas y su consecuente negativa a la cobertura de la prestación solicitada (fs. 46/49, 110/118), y ello sin desvirtuar -como resulta expectable en mérito de una conducta diligente y útil al resultado eficaz de su necesario aporte[28]- la atendibilidad del parecer médico que singularmente aborda el estado de salud genésico de la Sra. A., A. D. V. , su respuesta personalísima al tratamiento allí sugerido, la concreta chance de contingencias en razón de eventuales riesgos y efectos adversos a su respecto, etc.

En este sentido, resulta plausible el criterio propiciado tanto por la Sra. vocal de segundo voto de la cámara interviniente cuanto por el Ministerio Público que, al dictaminar, argumentó que correspondía hacer lugar al recurso de apelación formulado por los actores. Tales conclusiones se asentaron sobre las siguientes premisas: primeramente en la circunstancia de que, con arreglo a las constancias de autos, *“existe un juicio de carácter médico legal, evidencia científica que la actora presente una respuesta ovárica que supere la media”* (f. 168), máxime ante *“la falta de evidencia científica que contraste el pronóstico favorable explicitado en la prescripción médica indicada por el médico tratante Dr. O. (...) fundado en criterios médicos no rebatidos, por quien se encontraba en mejores o iguales condiciones para probarlo”*(f. 168vta.). Con la misma orientación, como se anticipó, se ha expedido el Fiscal Adjunto del Ministerio Público provincial (f. 226vta.).

Que sentado lo que precede, huelga recordar que este Alto Tribunal ha tenido ocasión de señalar que cobra gravitación, en hipótesis como las de autos, la exigencia de que la fundamentación del acto sentencial se asiente en una derivación razonada de las constancias concretas generadas con la tramitación del caso, evitando así el posible efecto discriminatorio que podría derivar de la aplicación imparcial de una ley que no tome en consideración las circunstancias particulares del sujeto destinatario de la misma[29].

Es que no podría dejar de advertirse que, si la controversia entre los justiciables se relaciona con un linde etario para acceder a la cobertura de la técnica de reproducción asistida de alta complejidad (ICSI) y su conexión con las condiciones de producción de elementos de juicio que obran en la causa -

pues cabe retener las conclusiones asertivas a las que arriman la opinión técnica vertida por el galeno interviniente-, como así también con las particulares circunstancias fácticas de autos –en mérito de las cuales, la Sra. A., A. D. V. contaba con 44 años en ocasión tanto de la desestimación por la entidad demandada del acceso a la prestación requerida cuanto de la interposición de la acción de amparo (fs. 5vta., 10, 20, 23)-, era menester prohiar en la especie un criterio heurístico finalista y consecuencialista, en función del cual las disposiciones implicadas, a la vez que los juicios de interpretación que sobre ellas se han sugerido, resultaran aplicados considerando armónicamente la totalidad del ordenamiento jurídico y los principios y garantías de raigambre constitucional –a los que cabe aditar los de envergadura convencional-, con la meta de obtener un resultado adecuado, atento a las excepcionales particularidades de esta causa –al menos, si no aspira a perder de vista que la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial-[30].

En una línea de raciocinio similar ya se ha expedido la Corte Nacional, debido a que en oportunidad de sentenciar el asunto “Saguir y Dib” –en el que hizo lugar a la solicitud de autorización judicial para la ablación de un riñón a una menor de 17 años y 8 meses de edad, pese a que la letra del artículo 13 de la Ley n.º 21.541 prohibía la donación de órganos en vida a los menores de 18 años-, estimó prudente referir lo siguiente: *“no debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo toda vez que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia en el sistema en que está engarzada la norma (Fallos: 234:482). Sobre tales bases no es dable la demora en la tutela de los derechos comprometidos que requiere en cambio, consideración inmediata, oportuna y adecuada a su naturaleza, todo lo cual impone la superación de ápices formales (...) el quid del problema reside entonces en optar por una interpretación meramente teórica, literal y rígida de la ley que se desinterese del aspecto axiológico de sus resultados prácticos concretos o por una interpretación que contemple las particularidades del caso, el orden jurídico en su armónica totalidad, los fines que la ley persigue, los principios fundamentales del derecho, las garantías y derechos constitucionales y el logro de resultados concretos jurídicamente valiosos”,* de tal guisa que la específica misión de los tribunales de justicia de velar por la vigencia real y efectiva de los principios constitucionales -y convencionales anteriormente reseñados-

han de conducirlos a *“ponderar cuidadosamente aquellas circunstancias a fin de evitar que la aplicación mecánica e indiscriminada de la norma conduzca a vulnerar derechos fundamentales de la persona y a prescindir de la preocupación por arribar a una decisión objetivamente justa en el caso concreto lo cual iría en desmedro del propósito de “afianzar la justicia” enunciado en el Preámbulo”*[31].

Inclusive, este itinerario argumental se ha robustecido en oportunidad más próxima, puesto que se ha advertido sobre el imperativo de ofrecer a los justiciables, en el contexto de los litigios sanitarios, *“una satisfactoria protección jurídica de la vida y de la salud (...) que sea respetuosa de la dignidad que es inherente al ser humano y que no signifique una demora que desnaturalice y torne ilusoria la reparación del derecho irreversiblemente dañado”*[32].

De acuerdo con el razonamiento desarrollado, la circunstancia de que los operadores jurídicos no desconozcan las consecuencias de orden práctico en su interpretación del material normativo con el que han de operar en el caso -máxime si en el mismo se hallan involucrados sujetos de preferente atención constitucional en razón de su estado de vulnerabilidad-, en modo alguno supone alentar actitudes tendientes a desconocer las palabras de la ley sino -más bien- a dar preeminencia a su espíritu, a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico y a los principios fundamentales del Derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo, cuando la inteligencia de un precepto basada exclusivamente en la literalidad de uno de sus textos conduzca a resultados concretos que no armonicen con los principios axiológicos enunciados precedentemente, arribe a conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso o a consecuencias concretas notoriamente disvaliosas. De lo contrario, aplicar la ley se convertiría en una tarea mecánica incompatible con la naturaleza misma del Derecho y con la función específica de los magistrados que les exige siempre conjugar los principios contenidos en la legislación con los elementos fácticos del caso, pues el consciente desconocimiento de unos u otros no se compece con la misión de administrar justicia[33].

Con estrecha vinculación a este uso argumentativo, no debería sortearse que, a más de la carencia de contraprobanzas fehacientes del agente de salud demandado que contrarresten el parecer del galeno especializado con el alcance precedentemente señalado, las particulares circunstancias de la causa dan cuenta que, si la finalidad básica del proceso finca en la tutela de los derechos, aquél será más efectivo,

o tendrá una mayor capacidad de eliminar con justicia las situaciones de conflicto, cuanto más prontamente tutele el derecho del actor que tiene razón[34]. Es que si el demandante es constreñido a esperar la cosa juzgada ciertamente habrá sido perjudicado por la demora que insume - casi con carácter inevitable- la lentitud del proceso mediante la gestación de un daño, denominado por Italo Andolina “daño marginal de inducción procesal o en sentido estricto” -incluso, cuando pudo ser evitado o morigerado a través de la tutela cautelar-[35].

Téngase presente que en oportunidad de deducir la demanda de amparo, con fecha 20 de marzo de 2018, la Sra. A., A. D. V. contaba con 44 años de edad (fs. 5vta., 10, 20, 23), al punto que mediante Auto n.º 113, fechado el 18 de abril de ese año, la cámara interviniente concedió parcialmente -aunque en esta ocasión por unanimidad- la medida cautelar solicitada y ordenó a la parte demandada que brinde a los amparistas la cobertura de los estudios y prestaciones previas a la entrega del kit para baja respondedoras correspondiente al esquema de estimulación ovárica para tratamiento de alta complejidad (f: 84vta.). En efecto, en la motivación del despacho cautelar se consignó: *“el único motivo denegatorio es el rango etario de la amparista, a pesar de que su médico tratante ha indicado el tratamiento de alta complejidad de que se trata, en razón de que la accionante tiene buena respuesta a la estimulación ovárica, ya que ha realizado tres inseminaciones intrauterinas con desarrollo folicular adecuado (...) los amparistas han acompañado un resumen de historia clínica que releva los tres procesos anteriores de inseminación intrauterina (...) a los que se suma el pronóstico favorable del médico tratante por la buena respuesta folicular de la amparista ”*(f. 84/84vta., el destacado corresponde al original).

Inclusive, reténgase que -al compás del imperio de la igualdad en el proceso- era preciso que el tiempo resultara isonómicamente distribuido entre las partes litigantes, pues -en lo que aquí incumbe- no sólo los accionantes apelaron al empleo de un procedimiento especial, que comporta en la práctica una especie de tutela jurisdiccional diferenciada, atinente a su carácter rápido y expedito de una acción procesal constitucional, sino que -a la vez- entrañaba la exigencia de que los jueces actuantes repartieran el tiempo en el curso de aquél *“de acuerdo con el índice de probabilidad de que el actor tenga derecho al bien disputado”*[36], probabilidad aquí asociada a los derechos en juego y a la premura del caso presente, los que -al despachar la medida precautoria- hacían entender unívocamente al tribunal del juicio, tras reconocer el carácter fundamental del derecho a la salud (f. 88), que *“en las*

condiciones de edad de la amparista, es posible admitir la urgencia de dar inicio a todos los estudios médicos que preceden a la provisión del Kit (sic) prescripto por el especialista en medicina reproductiva” (f. 89).

Bajo tales premisas, no debería obviarse que, como lo insinuaba Giuseppe Chiovenda, la necesidad de servirse del proceso para obtener la razón no debe volverse en contra de quien la tiene, evitándose, así, que la actuación de la ley importe una disminución para los derechos de la parte en cuyo favor se realiza^[37], al menos si se retiene el punto de vista que visualiza al proceso como un instrumento de tutela de los derechos humanos, una garantía especial para salvaguardar su adecuado ejercicio^[38]. O bien, como se sugiere en la actualidad: en la medida que el proceso es un instrumento ético, no puede importar un daño a la parte que tiene razón, favoreciendo a la que no la tiene^[39]. La deposición testimonial del médico tratante, Dr. J. L. O., obrante a fs. 126, así lo corrobora: *“la demora supone aumentar los riesgos y disminuir las chances del embarazo”* (f. 126, pregunta novena).

Por lo demás, no es un argumento de menor gravitación el atinente a la particular situación jurídica en la que se hallarían los actores, dado que no recibirían la cobertura correspondiente a las TRHA requeridas debido a que la reglamentación vigente de la obra social a la que se encuentran afiliados declina -por exorbitar el tope etario- dicha prestación (fs. 22/24, 47/49). Aunque, a la vez, tampoco estarían en condiciones de acceder a las TRHA brindadas a través de la Red de Establecimientos Públicos de Reproducción Médicamente Asistida^[40], en cuanto las mismas están destinadas a garantizar la cobertura integral para el universo de la población que no cuenta con el amparo prestacional de una obra social. En este orden de ideas, el galeno especialista ha dejado en claro que atiende a pacientes de *“otras obras sociales en tratamientos reproductivos de alta y baja complejidad”* (f. 126).

Lo destacado precedentemente llevaría, entonces, al sin sentido de permitir que afiliados obligatorios de la APROSS, a la que se les descuenta mensualmente los aportes correspondientes a la obra social, se encuentren en condiciones desventajosas respecto a aquellas personas que no aportan a ninguna prestadora de salud.

En función de lo ahora señalado, difícilmente podría dejarse de valorar el estado de alta vulnerabilidad en que se encuentran los amparistas en su carácter no sólo de pacientes de salud sino también en su condición de consumidores -frente a su agente de seguro social-, a lo que cabe agregar la de su

potencial incapacidad para engendrar sin el auxilio de las TRHA -en particular, de la Sra. A., A. D. V. en su condición de mujer (artículo 75, inciso 23, CN)-. Ello obliga, en función de los parámetros señalados en materia de salud y de protección de los derechos humanos, a proyectar la atendibilidad de ésta última argumentación hacia los registros del *jus constitutionale commune latinoamericanum* en los que medien circunstancias sustancialmente equivalentes, aunque no necesariamente idénticas, para decidir en un similar sentido -según lo sugerido por la regla de universalizabilidad-[41].

Precisamente el Tribunal regional de derechos humanos ha expuesto consideraciones de innegable repercusión en el presente caso, pues -al margen de los estándares de protección ya enunciados en el punto VIII de la presente-, el problema jurídico planteado por los amparistas se relaciona con los alcances del derecho a la seguridad social en lo atinente a “*la atención de la salud*” dentro de los riesgos e imprevistos sociales, prohiendo su naturaleza de un derecho autónomo y justiciable que deriva del artículo 26 de la CADH y del resto del *corpus iuris* internacional (artículos 29, CADH; 3, inciso *j* y 45, incisos *b* y *h*, Carta de la Organización de los Estados Americanos, en adelante COEA; XVI, DADDH; 22 y 25, DUDH; 9, PIDESC; 9, PSS; etc.), de conformidad con una interpretación sistemática, teleológica y evolutiva.

Es que si bien -de manera general- la Organización Internacional del Trabajo -en adelante, OIT- ha dejado en claro que el derecho a la seguridad social se traduce en “*la protección que una sociedad proporciona a los individuos y los hogares para asegurar el acceso a la asistencia médica y garantizar la seguridad del ingreso*”, en hipótesis -en lo que aquí atañe- de contingencias o imprevistos en materia de salud[42], es del caso hacer notar que la Corte Interamericana -al pronunciarse recientemente en el asunto “*Muelle Flores vs. Perú*”- ha establecido que su contenido normativo incluye “*el derecho a no ser sometido a restricciones arbitrarias o poco razonables de la cobertura social existente, ya sea del sector público o del privado, así como del derecho a la igualdad en el disfrute de una protección suficiente*”[43], y entre sus elementos fundamentales ha enlistado el relativo al “*nivel suficiente*”, es decir, la obligación en cabeza de los Estados Partes de respetar plenamente el principio de la dignidad humana y el principio de la no discriminación, a fin de evitar cualquier efecto adverso sobre el nivel de las prestaciones y la forma en que se conceden, como así también el inherente a la “*accesibilidad*”, esto es, la exigencia de que todas las personas deben estar cubiertas por el sistema de seguridad social, sin discriminación cuanto la necesidad de que las condiciones para acogerse a las prestaciones deben ser razonables, proporcionadas y transparentes.

Sobre este último punto, en los anales de la jurisprudencia interamericana se ha enfatizado igualmente que, como “*condición transversal de la accesibilidad a los servicios de salud*”, el Estado está obligado a garantizar un trato igualitario a todas las personas -de estar a lo sentenciado en el caso “*Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*”[44]. De esta forma, de conformidad con el artículo 1.1 de la CADH no son permitidos tratos discriminatorios, “*por motivos de raza, color, sexo, [...] posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*”. Y el Tribunal interamericano, por cierto, ha recordado que los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según la citada cláusula convencional, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. En efecto, más allá de la eventual proyección a este asunto de la condición de sexo correspondiente a la Sra. A., A. D. V., luce indisputable que la redacción de dicho precepto internacional deja abiertos los criterios con la inclusión del término “*otra condición social*” para incorporar así a categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas[45], de modo que en la esfera de protección convencional bien pueden albergarse igualmente el estado de vulnerabilidad de los amparistas en su calidad de pacientes y consumidores en el servicio sanitario, ante el cual se activa la tutela del derecho a la igualdad y no discriminación en sus dos concepciones: una negativa relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias, y otra positiva relacionada con la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real[46].

En la misma dirección, puede sumarse que, tal como ya se ha expedido este Tribunal Superior en anteriores precedentes, no podría admitirse en su totalidad el argumento que evoca la aplicación de criterios de preferencia y optimización de recursos para atender al universo de afiliados de la APROSS, en desmedro de las exigencias de protección efectiva de derechos de talante constitucional y convencional de los actores, pues -en hipótesis excepcionales como las de autos- las pretensiones que aquellos hacen valer “*no versan sobre dos afiliados empecinados en torno a un capricho, sino de dos personas que demandan la concreción de unas de las decisiones más trascendentes y personalísimas de la existencia: la de procrear, reproducirse mediante el auxilio de las TRHA y extender la familia con hijos biológicos de los propios cónyuges, todo lo cual constituye un derecho humano fundamental reconocido y garantizado por numerosos tratados internacionales que conforman nuestro bloque de constitucionalidad y de convencionalidad federal (art. 75, inciso 22, CN)*”[47].

Un último argumento es posible añadir, si no se pierde de vista el disvalioso impacto que resultaría -en el momento de interpretar la resolución n.º 178/09 de APROSS- optar, dentro del rango de lecturas jurídicas posibles, por aquella alternativa exegética que conduzca a postular de forma rígida e invariable, y al margen de las particularidades de cada caso, que las mujeres en cuanto sujetos de preferente atención constitucional y convencional, por el sólo hecho de resultar captadas dentro el tope etario allí estatuido, luzcan automáticamente excluidas del programa de cobertura de las TRHA.

He allí la necesidad de que, en función de las específicas circunstancias de la causa y teniendo en cuenta que la declaración de inconstitucionalidad es siempre el último recurso al que se debe acudir, la regulación sea releída de forma tal que pueda resultar conforme con el plexo de derechos garantizados por el bloque de constitucionalidad y de convencionalidad con el alcance, medida y extensión mentados en el punto VIII y en las consideraciones vertidas con antelación en el presente apartado. De tal suerte que es prudente evocar lo siguiente: *“No cabe duda alguna que los derechos sexuales y reproductivos integran la nómina de los derechos humanos y, como tales, son inalienables, integrales e inseparables de la condición de persona. Asimismo, se ha afirmado que una interpretación de las leyes de salud y del complejo de las normas reglamentarias que condujera a frustrar la tutela amplia y generosa de los derechos constitucionales a la vida y a la salud resultaría incompatible con principios elementales de hermenéutica jurídica, pues es regla de oro que las normas de jerarquía inferior deben ser interpretadas de un modo compatible con los principios, derechos y garantías de orden constitucional”* [48].

Tal como se acaba de señalar, dentro del rango de posibilidades hermenéuticas que posibilita el texto de una norma, siempre debe optarse por aquella que la vuelva compatible o conforme con el bloque de constitucionalidad y de convencionalidad federal. Por ello, corresponde exhortar a las autoridades de la APROSS a que, en supuestos excepcionales en materia de cobertura de las THRA como la demandada en este caso, adecuen progresivamente las normas, prácticas y reglamentaciones a las disposiciones de la CN y de los tratados internacionales de derechos humanos, como así también a la legislación infraconstitucional en consecuencia de aquellos. -máxime cuando, como se ha hecho notar con antelación, particularmente la resolución n.º 1044, del Ministerio de Salud de la Nación habilita la cobertura en cuestión a través de rangos etarios más elevados-.

Por cierto, este requerimiento es una manifestación del despliegue del control de constitucionalidad y

de convencionalidad que demanda a la judicatura un rol activo en pos de que todas las prácticas estatales sean conforme a la CN y a los pactos suscriptos por la República Argentina con el fin de evitar posibles y ulteriores responsabilidades internacionales, al margen de la oriundez de los productos normativos cuya aplicación ha sido prohijada en la resolución de este pleito por la cámara interviniente.

En efecto, pese a las observaciones esgrimidas por la parte demandada al efecto, sabida es la gravitación que la “cláusula federal” estipulada por el artículo 28 de la CADH cobra en supuestos como los de autos: aun tratándose de un Estado parte constituido como Estado federal, aquél en modo alguno resulta eximido de cumplir todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial -inciso 1-, sin perjuicio de que -con arreglo al inciso 2 del mismo precepto- en el evento de disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, se patrocine la adopción -de modo inmediato- de las medidas pertinentes, conforme a la Constitución federal y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención.

Finalmente, no escapa al análisis de los argumentos desarrollados a lo largo de este pronunciamiento, dos aspectos -si bien ya anticipados- sobre los que debe insistirse en la decisión final de la contienda. Por un lado, tanto el dictamen del Ministerio Público (fs. 220/226vta.), como la opinión de la vocal de segundo voto de la Cámara interviniente (fs. 169/169vta.), consideran que debe ordenarse a la APROSS la provisión de la cobertura integral y plena (100%) a los amparistas con el propósito de recibir el tratamiento de fertilización asistida, según los términos de su demanda (fs. 1/10), mientras que, por otro lado, no se evade a este análisis el hecho que -al tiempo de este pronunciamiento- la actora ha superado el límite de 44 años previsto en la normativa reglamentaria nacional, considerada tanto por el Fiscal General Adjunto cuanto por la vocal de segundo voto como fundamento del acogimiento del recurso, de modo que -previo a proveerse procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción humana asistida- deberá constatarse el estado de salud actual, factibilidad y seguridad de la paciente para recibir el tratamiento y prácticas necesarias.

Con lo cual, la admisión de la pretensión de cobertura de TRHA deberá quedar condicionada a la opinión y responsabilidad de los facultativos médicos que asisten a la parte actora, teniendo en consideración el actual estado de salud genésico de la Sra. A., A. D. V. , ante los riesgos considerados

en la resolución n.º 1044/2018 del Ministerio de Salud de la Nación.

XV. COSTAS

En función de las particularidades que rodean el presente juicio y la complejidad de la materia debatida, se estima equitativo imponer las costas por su orden (artículo 130 CPCC por remisión del artículo 13 de la Ley n.º 7182, aplicable en virtud de lo dispuesto por el artículo 17 de la Ley n.º 4915).

Así votamos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA LOS SEÑORES VOCALES DOCTORES MARÍA MARTA CÁCERES DE BOLLATI, DOMINGO JUAN SESIN, AÍDA LUCÍA TERESA TARDITTI, M. DE LAS MERCEDES BLANC G. DE ARABEL, SEBASTIÁN CRUZ LÓPEZ PEÑA, SILVIA BEATRIZ PALACIO DE CAEIRO Y LEONARDO CASIMIRO GONZÁLEZ ZAMAR, EN FORMA CONJUNTA, DIJERON:

Corresponde: **I.** Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto en contra la Sentencia n.º 170, de fecha 8 de noviembre de 2018, dictada por la Cámara Contencioso Administrativa de Segunda Nominación de la ciudad de Córdoba.

II. Hacer lugar a la demanda promovida por los Sres. A., A. D. V. y S. C. , J. I. , y ordenar a la APROSS que incluya a los actores en el programa de fertilización asistida (artículo 12, inciso *n*, de la Ley n.º 9277), hasta la cobertura del 100 % del costo de los aranceles según los módulos oficiales establecidos por la normativa vigente, aunque condicionada a la opinión y responsabilidad de los facultativos médicos que asisten a la parte actora, teniendo en consideración el actual estado de salud genésico de la Sra. A., A. D. V. , con arreglo a los riesgos considerados en la resolución n.º 1044/2018 del Ministerio de Salud de la Nación.

III. Imponer las costas por el orden causado.

Por el resultado de los votos emitidos, previo acuerdo, el Tribunal Superior de Justicia, en pleno,

RESUELVE:

I. Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto en contra la Sentencia n.º 170, de fecha 8 de

noviembre de 2018, dictada por la Cámara Contencioso Administrativa de Segunda Nominación de la ciudad de Córdoba.

II. Hacer lugar a la demanda promovida por los Sres. A., A. D. V. y S. C. , J. I. , y ordenar a la APROSS que incluya a los actores en el programa de fertilización asistida (artículo 12, inciso *n*, de la Ley n.º 9277), hasta la cobertura del 100 % del costo de los aranceles según los módulos oficiales establecidos por la normativa vigente, aunque condicionada a la opinión y responsabilidad de los facultativos médicos que asisten a la parte actora, teniendo en consideración el actual estado de salud genésico de la Sra. A., A. D. V. , con arreglo a los riesgos considerados en la resolución n.º 1044/2018 del Ministerio de Salud de la Nación.

III. Imponer las costas por el orden causado. Protocolícese, hágase saber, dese copia y bajen.

[1] Cfr. CSJN, Fallos 331: 2862, en el asunto “Ruíz”, del dictamen de la Procuración General, al que remitió la disidencia de la jueza Elena I. Highton de Nolasco; P. 894. XXXIX. RHE, de fecha 28/8/2007, en el asunto “Palmiciano”, del dictamen de la Procuración General, al que remitió la disidencia de la jueza Elena I. Highton de Nolasco.

[2] Cfr. CSJN, Fallos 336:2323; 332:1394; 331:563; 330:4647; 329:4918; 329:2929; 329:2837; entre muchos otros.

[3] Cfr. TSJ, en pleno, Secretaría Electoral y de Competencia Originaria, Auto n.º 3, de fecha 2/3/2018, en el asunto “V. F. , C. V. ”.

[4] Cfr. TSJ, en pleno, Secretaría Electoral y de Competencia Originaria, Sentencia n.º 1, de fecha 26/2/2018, en el asunto "Ontivero".

[5] Cfr. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General n.º 14 (2000), *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párrafo 14.

[6] Cfr. Comité de Derechos Humanos, Observación General n.º 19, *Comentarios generales adoptados por el Comité de*

Derechos Humanos, Artículo 23 - La familia, 39º período de sesiones, HRI/GEN/1/Rev.7, 171 (1990), párrafo 5.

[7] Cfr. Corte IDH, caso “Artavia Murillo y otros (‘fecundación in vitro’) vs. Costa Rica”, Sentencia Serie C/n.º 257, de fecha 28/11/2012, párrafo 150.

[8] Cfr. Cám. Fed. de Apel. de San Martín, Sala I, de fecha 11/11/2014, en el asunto “G. Y. S. c. OSDE”; Trib. Crim. n.º 4 de La Plata, de fecha 18/6/2014, en el asunto “N., V.A. y otra c. Instituto Obra Médica Asistencia (IOMA)”; Cám. Fed. de Córdoba, Sala A, de fecha 30/8/2013, en el asunto “B. G. y otro c. OSPE – OMINT SA”; Cám. Nac. Apel. Civil y Com. Federal, Sala II, de fecha 26/3/2013, en el asunto “B., E. N. c. OSDE s/amparo”; entre muchos otros.

[9] Cfr. TSJ, en pleno, Secretaría Electoral y de Competencia Originaria, Auto n.º 3, de fecha 2/3/2018, en el asunto “V. F., C. V.º”; Sentencia n.º 1, de fecha 26/2/2018, en el asunto "Ontivero".

[10] Cfr. Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora; “Técnicas de Reproducción Humana Asistida”, en Bergel, Salvador D.; Flah, Lily R.; Herrera, Marisa; Lamm, Eleonora y Wierzbza, Sandra M.; *Bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 310.

[11] Cfr. Corte IDH, caso “Artavia Murillo y otros (‘fecundación in vitro’) vs. Costa Rica”, Sentencia Serie C/n.º 257, de fecha 28/11/2012, párrafo 272.

[12] Cfr. Corte IDH, caso “Artavia Murillo y otros (‘fecundación in vitro’) vs. Costa Rica”, Sentencia Serie C/n.º 257, de fecha 28/11/2012, párrafo 146.

[13] Cfr. Normas de cobertura para tratamientos de fertilización asistida, Anexo Único, Punto A, Criterios de inclusión, resolución n.º 178/09 de APROSS, B.O. 21/12/2009.

[14] Cfr. Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora; “Técnicas de Reproducción Humana Asistida”, ob. cit., p. 297.

[15] Cfr. Alexy, Robert; *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, pp. 508/509.

[16] Cfr. Corte IDH, sentencia (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 20/10/2016, caso “Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil”, párrafo 312.

[17] Cfr. Corte IDH, sentencia (fondo, reparaciones y costas), 15/9/2005, caso “Masacre de Mapiripán vs. Colombia”, párrafo 106.

[18] Cfr. Carrió, Genaro; *Recurso extraordinario por sentencia arbitraria en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, Buenos

Aires, Abeledo Perrot, 1967, p. 57.

[19] Cfr. CSJN, Fallos 302:468, de fecha 20/5/1980, en el asunto “Zanelli”

[20] Cfr. CSJN, Fallos 302:806, de fecha 29/7/1980, en el asunto “Prim”.

[21] Cfr Taruffo, Michele; “La prueba científica en el proceso civil” en *Estudios sobre la prueba*, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México, 2006, pp. 135 y ss.

[22] Cfr. Taruffo, Michele; “Sentido común, experiencia y ciencia en el razonamiento del juez” en *Sobre las fronteras. Estudios sobre la justicia civil*, Bogotá, Temis, 2006, pp. 130 y ss.

[23] Cfr. “*Daubert vs. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.*”, 509 USSC 579 (1993).

[24] Cfr. Schweitzer, Nicholas & Saks, Michael, “The CSI Effect: Popular Fiction About Forensic Science Affects Public Expectations About Real Forensic Science”, *Jurimetrics*, t. 47, 2007, pp. 357 y ss.

[25] Cfr. *Wróblewski, Jerzi*; “*La prueba jurídica: axiología, lógica y argumentación*” en *Sentido y hecho en el Derecho*, San Sebastián, UPV, 1969, p. 185.

[26] Cfr. Allen, Ronald “The Conceptual Challenge of Expert Evidence”, *Discusiones Filosóficas*, Año 14, n.º 23, 2013, pp. 41 y ss.

[27] Cfr. Gascón Abellán, Marina; “Conocimientos expertos y deferencia del juez”, *Doxa*, n.º 39, 2016, p. 356.

[28] Cfr. Morello, Augusto M.; “Hacia una visión solidarista de la carga de la prueba. La cooperación al órgano, sin refugiarse en el interés de la parte”, *ED*, 132:953.

[29] Cfr. TSJ, en pleno, Secretaría Electoral y de Competencia Originaria, en el asunto “V. F. , C. V. ”, Auto n.º 3, de fecha 2/3/2018, con cita -en nota a pie n.º 9- del Comité sobre las Personas con Discapacidad, Comunicación n.º 3/2011, caso ‘H. M. vs. Suecia’, CRPD/C/7/D/3/2011, de fecha 19/4/2012.

[30] Cfr. CSJN, Fallos 255:360; 258:75 y 281:146; muchos entre otros.

[31] Cfr. CSJN, Fallos 302:1284.

[32] Cfr. CSJN, Fallos 342:459, en el asunto “Institutos Médicos Antártida”.

[33] Cfr. CSJN, Fallos 234:482; 302:1284.

[34] Cfr. Marinoni, Luiz Guilherme; “La necesidad de distribuir la carga del tiempo en el proceso”, *Themis*, n.º 43, 2001, p. 46.

[35] Cfr. Andolina, Italo; *Cognizione ed esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale*, Milano, Giuffré, 1983, p. 15.

[36] Cfr. Andolina, Italo, op. cit., pp. 36/37.

[37] Cfr. Chiovenda, Giuseppe; *Principios de Derecho Procesal Civil*, Madrid, Reus, 1925, t. II, p. 405, nota 2.

[38] Cfr. Gelsi Bidart, Adolfo; “Derechos Humanos: Base – Desarrollo – Cambio” en *Liber Amicorum*. Héctor Fix Zamudio, San

José de Costa Rica, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, t. I, p. 763. [39]Cfr. Marinoni, Luiz Guilherme; “La necesidad de distribuir la carga del tiempo en el proceso”, Themis, n.º 43, 2001, p. 49.

[40] Creado mediante resolución n.º 1831-E/2017 del Ministerio de Salud de la Nación.

[41] Cfr. Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso; *Interpretación y argumentación jurídica*, San Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, 2003, p. 97.

[42] Cfr. Conferencia Internacional de Trabajo, 100.ª reunión, 2011, Estudio General relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución), Informe III (Parte 1B), párrafo 281.

[43] Cfr. Corte IDH, sentencia (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 6/3/2019, caso “Muelle Flores vs. Perú”, párrafo 187, con cita en nota a pie 196 de ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 19, *El derecho a la seguridad social (artículo 9)*, 4/2/2008, párrafos 9/28.

[44] Cfr. Corte IDH, sentencia (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 23/8/2018, caso “Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala”, párrafos 129-130, con remisión a las consideraciones vertidas en sentencia (fondo, reparaciones y costas), 24/2/2012, “Atala Riffo y niñas vs. Chile”, párrafo 85 y sentencia (fondo, reparaciones y costas), 8/3/2018, “Poblete Vilches vs. Chile”, párrafo 122.

[45] Cfr. Corte IDH, sentencia (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 1/9/2015, caso “Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador”, párrafo 255.

[46] Cfr. Corte IDH, sentencia (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 31/8/2012, caso “Furlan y familiares vs. Argentina”, párrafo 267.

[47] Cfr. TSJ, en pleno, Secretaría Electoral y de Competencia Originaria, Sentencia n.º 1, de fecha 26/2/2018, en el asunto "Ontivero".

[48] Cfr. Briozzo, Soledad; “Algunas consideraciones sobre la protección del derecho humano a la salud reproductiva”, LL, DFyP, 6/9/2017, p. 277, apartado IV.

CACERES de BOLLATI, María Marta
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

SESIN, Domingo Juan
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

TARDITTI, Aida Lucia Teresa
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

BLANC GERZICICH de ARABEL, Maria de las Mercedes
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

LOPEZ PEÑA, Sebastián Cruz VOCAL
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

PALACIO de CAEIRO, Silvia Beatriz
VOCAL DE CAMARA

GONZALEZ ZAMAR, Leonardo Casimiro
VOCAL DE CAMARA

LOPEZ SOLER, Francisco Ricardo
SECRETARIO/A T.S.J.