

## Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 1 de septiembre de 2015.

Vistos los autos: "*Recurso de hecho deducido por los actores en la causa L.E.H. y otros cl O.S.E.P. si amparo*", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que la Sala 1 de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, por mayoría, desestimó el recurso extraordinario de inconstitucionalidad local con lo cual confirmó el rechazo, dispuesto en las instancias anteriores, de la acción de amparo que perseguía que se condene a la Obra Social de Empleados Públicos de la provincia a otorgar cobertura integral (100%) de la prestación de fertilización asistida in vitro (FIV), por técnica ICSI (inyección introcitoplasmática) con DGP (diagnóstico genético preimplantacional). Contra tal pronunciamiento los actores interpusieron el recurso extraordinario cuya denegación origina la queja en examen.

2°) Que, para decidir del modo indicado, el magistrado que votó en primer término, Dr. Nanclares, consideró que lo determinante del rechazo de la demanda era que la ley vigente no contempla la técnica "DGP" entre las prestaciones obligatorias a cargo de las entidades asistenciales. A su turno, el voto concurrente y ampliatorio del Dr. Pérez Hualde expresó su desacuerdo con la utilización de la referida técnica consistente en una selección de embriones con el objeto de utilizar solo los que poseen mayores condiciones de viabilidad. Al respecto, con base en la Convención sobre los Derechos del Niño, sostuvo que los embriones son "personas" por lo que no podía autorizarse su libre -1- disposición. Señaló que de una correcta interpretación de la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en la causa *Artavia Murillo vs. Costa Rica* (2012) se extraía que lo expresado allí sobre el comienzo de la existencia de las personas había sido hecho a título de *obiter dictum* (ya que no se había puesto en cuestión en ese caso la técnica DGP sino la prohibición general por decreto del procedimiento de fertilización in vitro) y no podía colocarse por encima de lo que prevé el propio Pacto Internacional cuya custodia incumbe al organismo jurisdiccional supranacional. Por su parte, el Dr. Palermo, que votó en disidencia, respecto de las objeciones al método DGP, sustentó su postura favorable a su admisión en precedentes jurisprudenciales nacionales, en un fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*Costa y Pavan vs. Italia*, de 2012) y en la legislación comparada.

3°) Que los recurrentes plantean que el pronunciamiento impugnado desconoce el derecho fundamental y humano de acceso integral a las técnicas de reproducción humana asistida en los términos desarrollados por la CIDH en el caso "*Artavia Murillo*", de conformidad con las condiciones de vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Asimismo, sostienen la existencia de una cuestión federal infraconstitucional vinculada con la interpretación y aplicación de la ley 26.862 -de reproducción asistida- y su reglamentación.

4°) Que existe en el caso materia federal suficiente que habilita el examen de los agravios por la vía elegida pues se ha puesto en cuestión la interpretación de normas federales y -2- CSJ 3732/2014/RHI L.E.H. Y otros el O.S.E.P. si amparo. la decisión ha sido contraria al derecho que los apelantes fundaron en ellas (art. 14 de la ley 48) . Es apropiado recordar que, como lo ha puesto de relieve en repetidas oportunidades, en la tarea de esclarecer la inteligencia de las riormas federales, esta Corte no se encuentra limitada por los argumentos de las partes o del a qua, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado (Fallos: 307:1457; 315:1492; 330:2416, entre muchos otros) sin necesidad de abordar todos los temas propuestos sino aquellos que sean conducentes para una correcta solución del caso (Fallos: 301:970; 303:135; 307:951, entre muchos otros).

5º) Que es bien conocida la doctrina de esta Corte que ha reconocido el carácter fundamental del derecho a la salud, íntimamente relacionado con el derecho a la vida (Fallos: 329:2552; 333:690, entre otros) y del cual forma parte el derecho a la salud reproductiva. Empero, no es menos cierto que, de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico tales derechos de raigambre constitucional, así como los principios y garantías consagrados en la Carta Magna, no son absolutos sino que deben ser ejercidos con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio, en la forma y extensión que el Congreso, en uso de sus facultades propias, lo estime conveniente a fin de asegurar el bienestar general (arts. 14 Y 28 de la Constitución Nacional), con la única condición de no ser alterados en su substancia (Fallos: 249:252; 257:275; 262:205; 283:98; 300:700; 303:1185; 305:831; 310:1045; 311:1132 y 1565; 314:225 y 1376; 315:952 y 1190; 319:1165; 320:196; 321:3542; 322:215; 325:11, entre muchos otros) . -3-

6º) Que mediante la sanción de la ley 26.862, el legislador ha procurado "garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción asistida" (art. 10) comprendidas las "técnicas de baja y alta complejidad que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones" (art. 2º, primer párrafo). La cobertura debe ser brindada por "el sector público de la salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean" (art. 8º). Tales entidades de servicios de salud deben incorporar "como prestaciones obligatorias" para sus "afiliados o beneficiarios la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación". Quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO) estos procedimientos, así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad de aplicación, la cual -4- CSJ 3732/2014/RHI L.E.H. Y otros el O.S.E.P. si amparo. no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios" (cfr. arto citado).

7º) Que, como puede advertirse, la prestación específica reclamada por la actora y denegada por los jueces de la causa, esto es, el diagnóstico genético preimplantacional (DGP), no aparece incluida dentro de las técnicas y procedimientos enumerados por la ley como integrantes de la cobertura que los prestadores de servicios de salud deben proporcionar con carácter obligatorio. Es pertinente señalar, en tal sentido, que el decreto 956/2013, reglamentario de la norma legal, al definir y explicitar el alcance que cabe atribuir a las definiciones legales, fundamentalmente en relación con el concepto de "técnicas de alta complejidad" contenido en la ley, solo menciona "la fecundación in vitro; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos (art. 2º, segundo párrafo) masomite toda referencia al DGP.

8º) Que es cierto que la regulación deja abierta la posibilidad de incluir en la nómina de prestaciones que tienen por finalidad posibilitar la concepción a los "nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnicocientíficos" (art. 20). Sin embargo, el propio texto legal determina que esa alternativa solo es viable "cuando [tales procedimientos] sean autorizados por la autoridad de aplicación" (idem) situación excepcional en la que no se encuentra la técnica DGP. -5-

9º) Que, con arreglo a lo dispuesto por el arto 3º de la ley 26.862, la calidad de "autoridad de aplicación" del régimen normativo incumbe al Ministerio de Salud de la Nación, organismo que tiene por misión entender en la planificación global de las políticas del sector y en la coordinación e integración de sus acciones con las autoridades sanitarias de las distintas jurisdicciones y de diferentes entidades a fin de implementar un sistema sanitario que cuente con suficiente viabilidad social en miras a la plena realización del derecho a la salud (Fallos: 330: 4160). A dicho Ministerio el legislador le ha conferido - entre otras- la responsabilidad de fijar los' requisitos para la habilitación de los establecimientos asistenciales en los que se brinden servicios en orden a la reproducción médicamente asistida (art. SO de la ley 26.862) así como la de autorizar los nuevos procedimientos y técnicas reproductivas que sean producto de los avances tecnológicos y que, por ende, no han sido definidos por la ley, tal. como se señaló en el anterior considerando. y ello reconoce su fundamento en la especificidad de las facultades, competencias, técnicas y responsabilidades en materia de salud que despliega la cartera ministerial mencionada de las que carecen, en principio, las estructuras correspondientes a otros departamentos del Estado, entre ellas las del Poder Judicial.

10º) Que, en razón de lo expuesto, deviene inadmisibile que sean los jueces o tribunales -y más aún dentro del limitado marco cognoscitivo que ofrece la acción de amparo- quienes determinen la incorporación al catálogo de procedimientos y técnicas de reproducción humana autorizados, una práctica médica cuya ejecución ha sido resistida en esta causa. Ello es así pues, co- -6- CSJ 3732/2014/RHI L.E.H. Y otros el O.S.E.P. si amparo. mo lo ha sostenido repetidamente esta Corte, la misión de los jueces es dar pleno efecto a las normas vigentes sin sustituir al legislador ni juzgar sobre el mero acierto o conveniencia de las disposiciones adoptadas por los otros poderes en ejercicio de sus propias facultades (doctrina de Fallos: 315:2443; 318:1012; 329:5621, entre muchos otros)

11º) Que, en las condiciones expresadas, cabe descartar que la negativa de la obra social demandada a hacerse cargo del costo de la prestación cuestionada pueda ser considerada un acto u omisión teñido de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta -que permita tener por configurados los requisitos de procedencia del amparo según el arto 43 de la Constitución Nacional- en la medida en que no existe una norma específica que le imponga tal obligación (art. 19, ídem; cfr. doctrina de Fallos: 303:422, 331:1403, entre otros).

En consecuencia, no hay motivo alguno que justifique la descalificación del pronunciamiento apelado en cuanto convalidó esa conducta pues no es factible predicar de él que se ha apartado del derecho vigente. Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal subrogante, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. - Costas por su -II-orden habida cuenta de la naturaleza de los derechos en juego. Declárase perdido el depósito de fs. 2. Notifíquese y, oportunamente, devuélvanse.

Firmado por: Dres. Ricardo Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco y Juan Carlos Maqueda.