



Acceso a técnicas de reproducción asistida.

La libertad de las personas para elegir formar una familia.

Carrera: Abogacía

Nombre del alumno: Pedro Lobas

Legajo: VABG109153

DNI: 44.378.086

Fecha de entrega: 17/11/2024

Tutor: Nicolas Cocca

Año: 2024

Tema: DESCA (Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.)

Autos: “G. N. y otros C/ OBSBA S/ AMPARO – SALUD – MEDICAMENTOS Y TRATAMIENTOS”

Tribunal: JUZGADO DE 1RA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N.º 14 SECRETARÍA N°27

Fecha de la sentencia: 27/10/2022

SUMARIO: **I.** Introducción. **II.** Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y decisión del tribunal. **III.** Análisis de la ratio decidendi. **IV.** Descripción del análisis conceptual: antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales. **V.** Postura del autor. **VI.** Referencias.

I. INTRODUCCIÓN.

El caso que estamos analizando nos trae una problemática sobre las implicancias de poder acceder al derecho a la salud, como así también a los derechos reproductivos de las personas.

El derecho a la salud es definido por la OMS (2007) como: “...uno de los derechos fundamentales de todo ser humano, sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social.” Este derecho se encuentra consagrado en distintos tratados internacionales y regionales de derechos humanos, como por ejemplo en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), como así también en la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), por lo que tienen una enorme repercusión e importancia en todo el mundo.

A su vez, el caso trata sobre derechos reproductivos, y en cuanto a estos podemos señalar que abarcan ciertos derechos humanos que se encuentran reconocidos en las leyes nacionales, documentos internacionales y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas, los cuales se basan en el reconocimiento a todas las personas de decidir de manera libre y responsable sobre el ejercicio de su sexualidad de manera independiente, como así también a disponer de los medios e información sobre la decisión de tener hijos.

Este caso que estamos analizando nos informa sobre una pareja que tiene el propósito deseado de procrear pero que enfrenta dificultades para poder concebir un niño, por lo que le exigen a la obra social “ObSBA” actuar con premura, con la cobertura

del cien por ciento de los tratamientos y medicamentos. La negativa de la obra social argumentando que no se ha adherido al régimen normativo establecido por la ley de obras sociales hace que nos preguntemos si todos tenemos la misma visión en cuanto al concepto de la salud y a la reproducción humana, ya que en el caso se presenta, una contradicción por parte de la obra social en torno a la libertad que tienen las personas de llevar adelante un proyecto de familia, y una postura del tribunal defendiendo los derechos reproductivos y la autonomía individual de los demandantes respaldándose en valores y principios éticos.

Analizado el fallo “G. N. Y OTROS CONTRA OBSBA SOBRE AMPARO – SALUD-MEDICAMENTOS Y TRATAMIENTOS”, podemos afirmar que en el mismo existe un problema de tipo axiológico, el cual denota del conflicto que hay entre los argumentos que utiliza la obra social “ObsBA” para negarse a cubrir el cien por ciento de hasta tres tratamientos y medicamentos de la fertilización in vitro con columnas anexas y criopreservación de embriones que solicitan los actores, con la decisión que determina el juzgado, que al tratarse de la reproducción humana, tuvo que realizar una profunda dimensión ética para poder decidir acerca de los embriones que serían implantados.

Dworkin nos explica que los problemas de tipo axiológico son aquellos que se suscitan respecto de una regla de derecho que entra en contradicción con algún principio superior. (Dworkin, 1984)

En ese caso, la selección de la norma aplicable no es un proceso lógico, sino axiológico, en donde el juez va a tener que optar por las normas jurídicas aplicables y simultáneamente tendrá que elegir el método de interpretarlas. Ambas elecciones se van a llevar a cabo en base a la intuición de los valores en juego. (Julio C. Cueto, 1998)

En el fallo que presento podemos identificar aspectos que resultan relevantes para determinar la existencia de un problema axiológico dentro del mismo.

Este nos demuestra el problema que tienen los demandantes para acceder al derecho a la salud (más precisamente a un tratamiento de fertilización), debido a la negativa de la obra social para cubrir toda la medicación, provocándole a los actores la pérdida de su autonomía individual para decidir sobre su proyecto de familia. A su vez, nos permite preguntarnos si la decisión que toma la obra social puede ser vista como una

forma de discriminación hacia las parejas que tengan o pudiesen tener dificultades para concebir un niño.

Es por ello por lo que el tribunal va a tener que decidir si prioriza la postura de la obra social excusándose en la ley o si va a proteger los principios jurídicos y derechos humanos de los actores, lo que hace que entre en una contradicción.

II. RECONSTRUCCIÓN DE LA PREMISA FÁCTICA, HISTORIA PROCESAL Y DECISIÓN DEL TRIBUNAL.

En la ciudad de Buenos Aires una pareja formada por N.G., mujer de 35 años, y C.E.C., hombre de 40 años, ambos con problemas de infertilidad, estaban en busca de un hijo, por lo que se acercan a la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (ObSBA), a la cual la actora estaba afiliada, con el fin de realizar una solicitud para que esta se haga cargo del cien por ciento del tratamiento de alta complejidad con fertilización in vitro – ICSI- con óvulos propios y semen homologo con el fin de tener un hijo, tratamiento el cual recomendó realizar la especialista tratante de la situación médica particular de la actora, la Dra. Luciana Devenuto del Instituto Médico CER.

Atento a esta solicitud, la obra social se negó a cubrir el tratamiento, lo que le impide a la pareja el acceso a la atención médica necesaria que solicitan para poder formar una familia.

Ante esta postura de la obra social, la pareja junto con el patrocinio letrado del Ministerio Publico de la Defensa (Defensoría nº4), decidieron promover una acción de amparo ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario nº14, con el fin de que se le ordene a ObSBA a cumplir con la cobertura del cien por ciento del procedimiento de alta complejidad y otros relacionados.

A su vez, presentaron con la demanda, una solicitud de medida cautelar para que la obra social les otorgue de manera urgente la cobertura del tratamiento, argumentando que deben actuar con premura teniendo en cuenta que su situación de salud es crítica y requiere atención inmediata.

A todo esto, el 26/05/2022 la parte demandada objeta la procedencia del amparo, argumentando que se opone a la vía elegida por los actores, entendiendo que existen otras alternativas para que la pareja lleve a cabo su plan de familia, y que no existe una obligación por parte de ellos de un cumplimiento inmediato e impostergable exigible.

Así las cosas, el 24/06/2022 la causa fue recibida a prueba y se dispuso el libramiento de oficios al Centro Especializado en Reproducción (CER), los cuales fueron respondidos el 06/07/2022 a la ObSBA, que el día 13/07 de ese mismo año adjuntó la carpeta administrativa y la Coordinación Plan Médico Prestacional. El día 09/09/2022, con respecto a la producción de esta prueba, la parte demandada fue declarada negligente.

Finalizada la etapa, los autos pasaron al estudio para dictar sentencia, en donde el tribunal concluyó que se declare procedente el amparo, rechazando los argumentos de la parte demandada, determinando que la obra social debía brindar la cobertura integral del tratamiento de alta complejidad con fertilización in vitro, con óvulos propios y semen homólogo con columnas anexinas y congelación embrionaria, conforme la prescripción médica y hasta tanto los médicos tratantes lo consideren adecuado, reconociendo así el derecho a la salud integral y a la reproducción humana médicamente asistida.

III. ANÁLISIS DE LA RATIO DECIDENDI.

En base a lo expuesto en el caso, el juzgado fundó su decisión teniendo en cuenta doctrina y jurisprudencia aplicable.

La doctrina en cuanto al amparo solicitado señala que cada caso tiene distintas características y depende del criterio judicial otorgar al justiciable la protección constitucional más adecuada. (Morello, A., y Vallefn, C., 2004)

En cuanto a la cuestión de salud, el juzgado fundó sus argumentos teniendo en cuenta los tratados internacionales (art. 75, inc. 22 CN), entre los cuales destacó el art. 12 inc. c del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el inc. 1 arts. 4 y 5 de la Convención sobre Derechos Humanos -Pacto San José de Costa Rica- e inc. 1 del art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Los artículos mencionados de estos tratados internacionales hacen referencia al derecho de vida inherente que tenemos las personas.

A su vez, menciona la Constitución de la Ciudad de Aires, la cual en su art. 20 garantiza el derecho a la salud integral y establece que el gasto público en materia de salud constituye una inversión prioritaria.

También tiene en cuenta la ley 26.862, ley de reproducción médicamente asistida, la cual establece un régimen de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico asistenciales de reproducción médicamente asistida, tratamientos que quedan

incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO), el cual incluye todas las prestaciones que la obra social o prepaga tiene que cubrir de manera obligatoria, cualquiera sea el plan de salud.

Paralelamente cita la Ley 23.360 (ley de obras sociales), la cual es aplicable supletoriamente a la ObSBA de acuerdo con el art. 2, inc. d, ley 472, en donde en su art. 8 dispone quienes son aquellos que quedan obligatoriamente incluidos como beneficiarios de las obras sociales.

Es importante destacar que, al tratarse de la reproducción humana, el juez tuvo que hacer una profunda dimensión ética y pensar también en resguardar debidamente los derechos de los embriones que serán implantados, teniendo en cuenta el art. 4 de la CADH, y el art. 19, CCyCN, los cuales consideran a las personas humanas como sujetos de derecho desde el instante de la concepción. En la búsqueda de un equilibrio entre el respeto de la vida privada de los actores y la completa indiferencia del órgano judicial, tuvo que ser necesario pensar en la protección integral de la familia, y a su vez en implementar algún dispositivo tuitivo eficaz para la protección jurídica del embrión implantado, cuyos derechos podrían ser afectados.

La Convención de Derechos del Niño, en su art. 3.1 y 3.2 obliga a las instituciones públicas a considerar primordialmente el interés superior y en adoptar a favor suyo medidas de protección y cuidado para su bienestar, es por ello que el juez debió determinar que el destino excluyente de los embriones resultantes necesariamente debe ser reproductivo, por lo que aquellos que no fuesen implantados, podrán ser vitrificados durante el periodo que el criterio médico considere favorable para que el organismo de la demandante pueda recibirlos, ordenando que si una vez concluido ese periodo existiesen embriones excedentes, serán donados con destino exclusivo a ser implantados en otra mujer.

En síntesis, el juez fundamenta su decisión en la protección del derecho a la salud, la obligación que tiene la obra social, de acuerdo con las leyes, de garantizar la cobertura de los medicamentos que solicitan los actores, y en la autonomía de los demandantes en la toma de decisiones sobre su salud reproductiva. En ello se funda el juzgado para otorgar el amparo solicitado y ordenar a la obra social que cubra con las pretensiones de los actores.

IV. DESCRIPCIÓN DEL ANÁLISIS CONCEPTUAL: ANTECEDENTES DOCTRINARIOS Y JURISPRUDENCIALES.

Luego de analizar el fallo e identificar que en el mismo existe un problema de tipo axiológico, notamos que toma gran importancia el derecho a la salud, que juntamente con el “interés superior del niño” y la reproducción humana, son los fundamentos en los que se basa el Dr. Aurelio Luis Ammirato para tomar una decisión y dictar sentencia en un proceso que se pronuncia firme una vez transcurrida la primer y única instancia.

Empezando por lo más importante, resulta necesario preguntarse ¿Qué es el derecho a la salud? La Organización Mundial de la Salud (OMS) nos dice que se trata de un estado de bienestar físico, mental y social, es decir, una armonía y equilibrio entre la persona y el medio que lo rodea y en el cual ésta se desenvuelve y persigue el desarrollo de su plenitud.

La salud reviste el carácter de derecho humano fundamental, cuyo titular es el hombre y se halla inescindiblemente vinculado al derecho a la vida, a la integridad física, al disfrute de un ambiente sano, a la información y a la libertad sexual, entre otros.

Es un derecho inclusivo, que comprende un amplio conjunto de factores que pueden contribuir a una vida sana, el cual comprende libertades y derechos, entre los cuales podemos mencionar el derecho a la igualdad de oportunidades para disfrutar del más alto nivel posible de salud; el acceso a medicamentos esenciales; la salud materna, infantil y reproductiva; y el acceso igual y oportuno a los servicios de salud básicos, entre otros. Es por ello por lo que el derecho a la salud está sumamente vinculado con los derechos humanos.

En nuestro país el derecho universal a la salud se encuentra garantizado por la Constitución Nacional en su artículo 42, así como también en el artículo 75 inciso 22 a través de la incorporación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.

La Declaración Universal de Derechos Humanos señala en su artículo 3 que todo individuo tiene derecho a la vida, el cual es definido como la facultad jurídica o poder de exigir la conservación y la protección de la vida humana, o sea, de ese estado de actividad sustancial propio del hombre.

Miguel Ángel Alegre Martínez, en su escrito “El derecho a la vida como derecho a nacer” nos dice que hay que proteger el derecho a la vida como premisa ineludible para el respeto y disfrute de los demás derechos.

Si el derecho a la vida del no nacido se hace depender de la voluntad de otras personas, que además podrán decidir sobre ella de forma libre e incondicional, estamos ante el más claro ejemplo de desprotección de una vida humana vulnerable. La igualdad “desde el nacimiento” pasa necesariamente por la igualdad “en el nacimiento”, esto es: porque éste no dependa de la voluntad de otra(s) persona(s). (Alegre Martínez, 2012)

Adriana Fabiana Mac Donald (2011) nos dice que el derecho a la vida se inicia desde el momento mismo de la concepción, es persona y por lo tanto origina el derecho a nacer sin que nadie ni ningún obstáculo puedan evitar ese derecho natural e irrevocable que toda madre debe tener.

A su vez, Martínez explica que la persona es algo más que un ser dotado de personalidad civil, y ni siquiera los Magistrados del Tribunal Constitucional son quiénes para negarle los derechos vinculados a su condición de ser humano.

El Dr. Gregorio Badeni, abogado y profesor universitario argentino, se refiere a que la vida es más que un derecho, que constituye una cualidad inseparable de la condición humana y presupuesto indispensable para su existencia. (Mac Donald, 2011)

El fallo analizado nos demuestra las dificultades que tiene la actora para acceder al derecho a la salud y a las técnicas de reproducción humanas médico asistidas.

La reproducción medicamente asistida la podemos definir como el conjunto de tratamientos o procedimientos médicos necesarios para lograr un embarazo, entre las cuales existen dos tipos de técnicas, las de baja complejidad, que son las que tienen como objetivo la unión del óvulo con el espermatozoide dentro del aparato de reproducción femenino, por ejemplo la estimulación ovárica y la inseminación intrauterina, y por otro lado las de alta complejidad, que son las que tienen como objetivo la unión entre el óvulo y el espermatozoide fuera del sistema reproductor femenino por ejemplo la fecundación in vitro. Este caso está tratando una técnica de alta complejidad.

En el artículo 12 de La Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer se impone “asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.” Ello incluye servicios relacionados con el embarazo, el parto y la recuperación post parto.

Ana Martí Gual, en su tesis doctoral del año 2011, expone que es indudable que las prácticas de reproducción asistida se han expandido considerablemente, llegando a formar parte común del proceso reproductivo, sobre todo en el caso de aquellas mujeres que ya alcanzaron la edad de 35 años.

La fecundación in vitro que presenta el fallo consiste en la unión del óvulo de una mujer y el espermatozoide de un hombre en un plato de laboratorio. In vitro significa por fuera del cuerpo. Fecundación significa que el espermatozoide se ha fijado y ha ingresado al óvulo.

Para cubrir estos tratamientos, en junio de 2013 se sancionó y promulgó en Argentina la Ley de Reproducción Medicamente Asistida (Ley 26.862), la cual estableció que las Obras Sociales y las prepagas deben cubrir los tratamientos necesarios para lograr el embarazo. Su artículo 8 menciona que se incorporaran como prestaciones obligatorias y a brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida.

El Decreto n° 956/2013 -reglamentario de la ley 26.862- prevé la inclusión en el Programa Medico Obligatorio (PMO) de los procedimientos y las técnicas de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo para la reproducción medicamente asistida.

Como ya nombramos anteriormente, la resolución 133-ObSBA-06 aprobó la aplicación del Programa Medico Obligatorio en el ámbito de la obra social, de donde deriva la cobertura de las practicas comprendidas en la ley 26.862, cuyas disposiciones son de orden público.

Es indispensable a su vez enfatizar que aquellos embriones son sujetos de derecho, los cuales constan de derechos esenciales y no dependen de la legislación nacional del Estado, ya que tienen como directo fundamento los atributos de la persona humana. De acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño, es obligación de las instituciones públicas considerarlos seres humanos y como consecuencia considerar su interés superior y velar por su protección y bienestar. A su vez su artículo 24 incluye también el deber de ofrecer servicios en materia de planificación de la familia.

La doctora Soledad Torrecuadrada, en un artículo del anuario mexicano de derecho internacional del 2016, nos señala que el interés superior del niño es un derecho subjetivo y a su vez un principio fundamental de los derechos de los que son titulares, el cual posee un propósito protector de los menores, debido a su especial vulnerabilidad a causa de la imposibilidad que tiene de dirigir su vida con total autonomía. Este principio se encuentra consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño.

A continuación, mencionaremos diferentes fallos los cuales están conectados con el fallo que analizamos al comienzo debido a que tratan la misma problemática, es decir, la dificultad para acceder al derecho a la salud, más concretamente a las técnicas de reproducción humana médico asistidas.

En primer lugar, mencionaremos un fallo de gran repercusión “*Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica*” Este caso se relaciona con la violación de los derechos a la vida privada y familiar, del derecho a fundar una familia y del derecho a la igualdad y no discriminación, consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como consecuencia de la prohibición general de practicar la técnica de reproducción asistida de la fecundación in vitro que se daba en Costa Rica. Esta prohibición estaba vigente en Costa Rica desde el año 2000, tras una decisión emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos dictaminó una sentencia en la que declaró al Estado responsable por haber vulnerado los derechos a la vida privada y familiar, el derecho a la integridad personal, el derecho a decidir tener hijos, el derecho a la salud sexual y así también el derecho a la no discriminación.

El fallo fue tan relevante que se construyó un centro de fecundación in vitro. El miércoles 17 de julio de 2019, la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS) inauguró formalmente la Unidad Reproductiva de Alta Complejidad (Clínica FIV). (CIDH, 28/11/2012)

Siguiendo con otro fallo que marcó el tema que estamos tratando, vamos a referirnos a un conflicto que sucedió en nuestro país, el fallo “F. C. V. Y OTROS CONTRA OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES (ObsBA) SOBRE AMPARO”.

Este fallo, al igual que el fallo “G. N. Y OTROS CONTRA OBSBA SOBRE AMPARO – SALUD-MEDICAMENTOS Y TRATAMIENTOS”, en adelante

fallo X, trae aparejada la misma problemática. Los demandantes iniciaron una acción de amparo contra la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires, es decir la misma obra social que participa en el fallo X, con el objeto de que se ordene a la demandada la inmediata cobertura integral de las técnicas de reproducción asistida, medicación, tratamientos, estudios, internación y honorarios médicos a realizarse en el instituto PROCREARTE.

A los demandantes también se les había indicado, por recomendación del médico tratante, un tratamiento de fertilización asistida denominado ICSI.

El Tribunal resolvió hacer lugar a la medida cautelar solicitada por los actores y, en consecuencia, ordenar a la ObSBA la cobertura integral y sin limitación de cantidad -salvo tope legal- de las técnicas de reproducción asistida, junto con todo lo que ello conlleva.

Se justifica este accionar del juez con las mismas razones por la cual en el fallo X se resolvió de la misma manera. Se tuvieron en cuenta las leyes nacionales referidas a la salud, la reproducción humana y las obligaciones de las obras sociales, como así también tratados internacionales como la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, la Convención de los derechos del Niño, y la Convención Americana de Derechos Humanos. (Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 13/05/2015)

A su vez en este fallo se hizo mención del precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el fallo que tratamos anteriormente, es decir, “*Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica*”

Otro fallo que habla sobre fertilización in vitro es “B., S. A. CONTRA OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES SOBRE AMPARO - SALUD - MEDICAMENTOS Y TRATAMIENTOS”, en donde se le ordenó a la obra social a cubrir el 100% del tratamiento de reproducción humana asistida que solicitaba la actora, tratamiento en el cual se iba a utilizar semen en banco que su médica tratante prescribió, perteneciente al Centro CER- CENTRO ESPECIALIZADO EN REPRODUCCION. (Juzgado CAyT N. ° 17, 02/07/2020)

V. POSTURA DEL AUTOR.

En el desarrollo de este trabajo hemos analizado doctrina, legislación y jurisprudencia relacionada con la problemática de las familias para acceder al derecho a

la salud, al derecho a la reproducción y al derecho a la vida que deberíamos gozar todos los seres humanos.

Pudimos adoptar una posición, al igual que el Juzgado de 1ra Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N.º 14, sobre cuáles son los derechos que se le estaban vulnerando a la parte actora, derechos de suma importancia para el desarrollo de las familias en la sociedad.

La Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires argumentando que no ha adherido al régimen normativo establecido por la Ley N.º 23.660 y 23.661 para así no aplicar la Ley N.º 26.862, nos demuestra un acto de ignorancia y desentendimiento de la preocupación de la actora para procrear y así tener un hijo con su pareja.

Este actuar de la Obra Social se traduce en una grave discriminación, ya que no tenía en cuenta legislación internacional, que luego de la incorporación en nuestra Carta Magna, en su artículo 75 inciso 22, de los Tratados Internacionales en la Reforma de 1994, sí es aplicable esta legislación a cualquier caso que atente sobre los derechos de las personas.

Me parece importante mencionar la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, la cual fue creada por la urgente necesidad de una aplicación universal a la mujer de los derechos y principios relativos a la igualdad, seguridad, libertad, integridad y dignidad, para así eliminar todas las formas de discriminación contra ellas.

Lo detallado nos demuestra que a muchas parejas les resulta imposible la concepción de forma normal y natural, necesitando por tal razón el acceso a los Servicios de Salud para su concreción. Asimismo, viendo la resistencia de las Obras Sociales a prestar sus servicios haciéndose cargo de los costos de los tratamientos reproductivos, resulta imprescindible que los fallos judiciales resguarden el derecho a la vida, a la salud y a la igualdad de los ciudadanos, suprimiendo todas las formas discriminatorias.

VI. CONCLUSIÓN.

Luego de lo analizado a lo largo del trabajo podemos afirmar que el derecho a la salud como el derecho a la vida son cuestiones que a veces entran en controversia con la autonomía de la voluntad de las personas, como se ha visto en los fallos expuestos, en donde los tribunales deciden proteger estos derechos de acuerdo con las necesidades que se plasman en cada uno de ellos.

A partir del decreto 956/2013, el cual aprobó la reglamentación de la Ley N.º 26.862, la cobertura integral de las técnicas y procedimientos de reproducción humana asistida pasaron a ser de cumplimiento obligatorio para el sector público, las obras sociales y el sector privado, en caso de que cualquier persona mayor de edad del territorio argentino la solicite, y esta controversia entre las personas y las obras sociales se ha vuelto más frecuente, por lo que a los tribunales ya se les hace común lidiar con este problema.

La problemática involucra no solo adultos, sino también niños en donde su vida está en manos de jueces que deberán fallar de acuerdo no solo a la ley sino también a sus principios, teniendo en cuenta el interés superior del niño y a su vez la libertad de las personas de reproducirse.

Esta libertad, autonomía de la voluntad, principio consagrado en nuestra Carta Magna, es fundamental e inherente a todas las personas, el cual queda demostrado en los fallos estudiados que en materia de salud es más relevante que cualquier otra cuestión.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

Doctrina:

- Alegre Martínez, M. A. (2012). El derecho a la vida como derecho a nacer. *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, Vol. 60, N.º 1. Recuperado de [Enlace](#).
- Cueto Rúa, J. C. (1998). *La axiología jurídica y la selección de métodos de interpretación* (pp. 527-535). Universidad de Buenos Aires. Recuperado de: [Enlace](#).
- Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. Barcelona. Editorial Ariel, S.A.
- Mac Donald, A. F. (2011). *La importancia del derecho a la vida*. Recuperado de: [Enlace](#).
- Martí Gual, A. (2011). *Maternidad y técnicas de reproducción asistida: un análisis, desde la perspectiva de género, de los conflictos y experiencia de las mujeres usuarias*. (Tesis Doctoral). Universitat Jaume I, Castelló. Recuperado de: [Enlace](#).
- Morello, A., Vallefn, C., (2004). *El amparo: régimen procesal* (p. 35) La Plata. Librería Editorial Platense, 5º ed.
- Reproducción Medicamente Asistida. (2014). Recuperado de: [Enlace](#).
- Tello, L.A. (2019). *PRINCIPIO DE MÁXIMA DIVULGACIÓN CONTRA EL SECRETO RESERVADO: PROBLEMA AXIOLÓGICO ANALIZADO EN EL CASO “SAVIOLA”*. Universidad Empresarial Siglo 21. Córdoba. Recuperado de: [Enlace](#).
- Torrecuadrada García-Lozano, S. (2016). El interés superior del niño. *Anuario mexicano de derecho internacional*. Recuperado de: [Enlace](#).

Jurisprudencia:

- Corte Interamericana de Derechos Humanos “*Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa rica*”. (2012) Recuperado de: [Enlace](#).
- Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario – N°17 “B., S. A c/Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires” (2020). Recuperado de: [Enlace](#).

- Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. (2015). *F. C. V. y otros contra obra social de la Ciudad de Buenos Aires (ObSBA) sobre amparo*.

Recuperado de: [Enlace](#).

Legislación:

- Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.
- Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Constitución Nacional Argentina.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Convención de los Derechos del Niño.
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Ley Ciudad – N.º 472 (2000). Recuperado de: [Enlace](#).
- Ley de Obras Sociales N.º 23.660 (1989).
- Ley de Reproducción Médicamente Asistida N.º 26.862 (2013)
- Naciones Unidas Derechos Humanos (1993). *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*. Recuperado de [Enlace](#).
- Naciones Unidas (1994). *Informe de la conferencia internacional sobre la población y el desarrollo*. El Cairo.
- Organización Mundial de la Salud. (2007). *El derecho a la salud: Nota descriptiva N.º 323*.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Programa Médico Obligatorio (P.M.O.) (1995) Decreto 492/1995.



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Fuero Contencioso Administrativo y Tributario

2022 -Año del 40° Aniversario de la Guerra de Malvinas. En homenaje a los veteranos y caídos en la defensa de las Islas Malvinas y el Atlántico Sur

JUZGADO DE 1RA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 14 SECRETARÍA
N°27

G. N. Y OTROS CONTRA OBSBA SOBRE AMPARO - SALUD-MEDICAMENTOS Y TRATAMIENTOS

Número: EXP 116647/2022-0

CUIJ: EXP J-01-00116647-2/2022-0

Actuación Nro: 2986093/2022

Buenos Aires,

Y VISTOS; CONSIDERANDO:

I. N.G y C.E.C, por su propio derecho y con el patrocinio del Ministerio Público de la Defensa (Defensoría n° 4), promovieron esta acción de amparo contra la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (ObsBA), a fin de que se le ordene cumplir con el procedimiento de alta complejidad de fertilización *in vitro* con columnas de anexinas y criopreservación de embriones prescripto por su médico tratante, integrante de la cartilla médica de la demandada, a fin de lograr su propósito deseado de procrear (cfr. actuación n° 1140896/2022).

En tal contexto solicitaron el dictado de una medida cautelar tendiente a que la parte demandada les otorgue : *“...la cobertura del 100% -cien por cien- de hasta 3 – tres- tratamiento/os de alta complejidad por año, incluyendo la práctica de “Columnas de 4 Anexina” y criopreservación embrionaria, incluyendo la medicación y los gastos que el/ellos demanden, antes, durante y después del/los tratamiento/os, hasta la obtención del/los embarazo/os y nacimiento efectivo para la conformación de nuestra familia con hijo/os e hija/as. Particularmente y en cuanto a la cobertura de la práctica de criopreservación de embriones, se requiere que la demandada se haga cargo de abonar de manera directa al prestador o bien por adelantado, dado que no contamos con los recursos necesarios para abonar la suma equivalente a u\$s 1.000 -dólares estadounidenses un mil- y esperar que los mismos sean devueltos bajo la modalidad de reintegro”*.

Agregaron que las circunstancias expuestas muestran la evidente necesidad de actuar con premura, teniendo en cuenta que *“Somos una pareja conformada por una mujer de 35 años de edad y un hombre de 40 años (...) Por mi parte presento*

infertilidad primaria de cuatro años de data y Emiliano presenta el mismo cuadro con alteración de espermograma ...” (cfr. actuación °1140896/2022, punto IV.1).

Mediante la Actuación n° 1150129/2022 este estrado hizo lugar a la medida cautelar solicitada en la demanda y, en consecuencia, dispuso que la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (ObSBA) “...garantice en forma efectiva e inmediata a los actores la cobertura del 100% del procedimiento de transferencia de embriones criopreservados, conforme lo indica su médica tratante, abonando en forma directa su costo al prestador. Ello, hasta tanto se dicte sentencia definitiva, y haciéndole saber que deberá informar a este Juzgado el cumplimiento de la manda adoptada, dentro del plazo de tres (3) días”.

Conferido el pertinente traslado, la obra social demandada respondió el día 26/05/2022 (cfr. actuación n° 1294022/2022).

En primer término se opuso a la vía elegida por la parte actora, por entender que lo requerido “(...) no versa sobre un incumplimiento arbitrario por parte de ObSBA, de brindar las prestaciones acordes a su patología , sino que más bien versa sobre la interpretación armónica del plexo normativo todo que regula la fertilización asistida (...)”.

Luego, negó los hechos descriptos en la demanda por entender que en la presente causa no existe una obligación de cumplimiento inmediato e impostergable exigible a la ObSBA.

Por su parte indicó que “...recientemente esta ObSBA ha dispuesto la ampliación de cobertura prestacional en materia de fertilidad para el universo de sus afiliados, ello se encuentra expresamente previsto a cuestiones de índole de fertilidad diagnosticadas por especialistas. Que en ese sentido es que las prestaciones de ovodonación y criopreservación se encuentran expresamente previstas, además de los medicamentos que sean necesarios para llevar a cabo los referidos tratamientos médicos”. Asimismo destacó que “...la ObSBA tiene su propio Programa Prestacional en Fertilidad y la prestación reclamada se encuentra contemplada expresamente para el universo de afiliados que cuenten con derivación de mi mandante y padezcan infertilidad”.

Así las cosas, el día 24 de junio de 2022 la causa fue recibida a prueba (actuación n° 1594204/2022) y se dispuso el libramiento de oficios dirigidos al Centro



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires

Fuero Contencioso Administrativo y Tributario

2022 -Año del 40° Aniversario de la Guerra de Malvinas. En homenaje a los veteranos y caídos en la defensa de las Islas Malvinas y el Atlántico Sur

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 14 SECRETARÍA
N° 27

G. N. Y OTROS CONTRA OBSBA SOBRE AMPARO - SALUD-MEDICAMENTOS Y TRATAMIENTOS

Número: EXP 116647/2022-0

CUIJ: EXP J-01-00116647-2/2022-0

Actuación Nro: 2986093/2022

Especializado en Reproducción (CER), que fue respondido el 6 de julio de 2022 (actuación n° 1817466/2022); a la ObSBA, que el día 13 de julio de 2022 adjuntó la carpeta administrativa (actuación n° 1929564/2022), y a la Coordinación Plan Médico Prestacional. Con respecto a la producción de esta prueba la parte demandada fue declarada negligente el día 9 de septiembre de 2022 (actuación n° 2481634/2022).

Mediante la actuación n° 2726916/2022 dictaminó el Ministerio Público Fiscal. Así las cosas, los autos pasaron a estudio para dictar sentencia (cfr. actuación n° 2896651/2022).

II. Ante todo es preciso analizar la idoneidad de la vía del amparo, que fue objetada por la parte demandada. Esta cuestión no puede resolverse de manera dogmática, sino luego de una ponderación de las particularidades del caso concreto. En este sentido, la doctrina señala que “(...) *las características de cada caso obligan a una fina evaluación –en punto a la existencia o no de vías computables- que, reservada al prudente criterio judicial, otorgue al justiciable la más adecuada protección constitucional (...)*” (Morello, A., y Vallefín, C., *El Amparo. Régimen procesal*, Librería Editora Platense, 5° ed., La Plata, 2004, pág. 35).

En el presente caso no se advierte que la mayor celeridad del amparo implique una vulneración del derecho de defensa en perjuicio de los litigantes o de alguno de ellos, ya que por las características del objeto procesal de la causa la cuestión puede ser resuelta adecuadamente dentro de este marco procesal. En efecto, la cuestión conlleva en gran medida a la interpretación de las normas jurídicas aplicables, que no denotan mayor complejidad, y se revela innecesario dilucidar aspectos de orden fáctico ya que resultan suficientemente claros a partir de las constancias incorporadas al expediente.

En consecuencia, cabe concluir en la procedencia formal del amparo y, por tanto, rechazar el planteo formulado al respecto por la parte demandada.

III. Sentado ello cabe adentrarse en la cuestión de fondo, que se circunscribe a determinar si, en base a los hechos probados y la normativa vigente, existe una obligación legal por parte de la demandada de brindar la prestación médica solicitada por la parte actora, que consiste en el tratamiento de alta complejidad con fertilización in vitro –ICSI- con óvulos propios y con semen homólogo con columnas de anexinas y congelación embrionaria, conforme la indicación efectuada por la médica tratante.

Al respecto, cabe recordar que el derecho a la salud está reconocido en los tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22), entre ellos el art. 12 inc. c del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1 arts. 4 y 5 de la Convención sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- e inc. 1 del art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, extensivo no solo a la salud individual sino también a la salud colectiva.

En forma concordante la Constitución de la Ciudad de Aires garantiza el derecho a la salud integral, y establece que el gasto público en materia de salud constituye una inversión prioritaria (art. 20). Además, asegura —a través del área estatal de salud— las acciones colectivas e individuales de promoción, protección, prevención, atención y rehabilitación gratuitas, con criterio de accesibilidad, equidad, integralidad, solidaridad, universalidad y oportunidad. No se trata exclusivamente de la asistencia sanitaria frente a la enfermedad sino que se extiende a la adopción de medidas positivas que favorezcan un mayor bienestar y calidad de vida de las personas.

La ley 153 (ley básica de salud de la Ciudad de Buenos Aires), reglamenta la garantía del derecho a la salud integral, en tanto que la ley 26.862 estableció un régimen de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico asistenciales de reproducción médicamente asistida, con el objeto garantizar a toda persona mayor de edad que haya explicitado su consentimiento informado el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, entendiendo por tales los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo, incluidas las técnicas de baja y alta complejidad, que comprendan o no la donación de gametos y/o embriones. Su artículo 8 dispone que “*el sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, la Obra Social del*



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires

Fuero Contencioso Administrativo y Tributario

2022 -Año del 40° Aniversario de la Guerra de Malvinas. En homenaje a los veteranos y caídos en la defensa de las Islas Malvinas y el Atlántico Sur

JUZGADO DE 1RA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 14 SECRETARÍA
N°27

G. N. Y OTROS CONTRA OBSBA SOBRE AMPARO - SALUD-MEDICAMENTOS Y TRATAMIENTOS

Número: EXP 116647/2022-0

CUIJ: EXP J-01-00116647-2/2022-0

Actuación Nro: 2986093/2022

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, incorporarán como prestaciones obligatorias y a brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación. Quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO) estos procedimientos, así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad de aplicación, la cual no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios. También quedan comprendidos en la cobertura prevista en este artículo, los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos, según la mejor tecnología disponible y habilitada a tal fin por la autoridad de aplicación, para aquellas personas, incluso menores de dieciocho (18) años que, aun no queriendo llevar adelante la inmediata consecución de un embarazo, por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas puedan ver comprometidas su capacidad de procrear en el futuro”.

Por su parte el artículo 10 establece que sus disposiciones son de orden público y de aplicación en todo el territorio de la República, e invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a sancionar, para el ámbito de sus exclusivas competencias, las normas correspondientes.

El Decreto n° 956/2013 -reglamentario de la ley 26.862– estipula en su art. 10 que *“quedan obligados a brindar cobertura en los términos de la presente reglamentación y sus normas complementarias los Agentes del Sistema Nacional del Seguro de Salud enmarcados en las Leyes N° 23.660 y N° 23.661, las Entidades de Medicina Prepaga (Ley N° 26.682), el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (Ley N° 19.032), la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, el Instituto de Obra Social de las Fuerzas Armadas, las Obras Sociales Universitarias (Ley N° 24.741), y todos aquellos agentes que brinden servicios médico asistenciales independientemente de la forma jurídica que posean...”*. A su vez prevé la inclusión en el Programa Médico Obligatorio (PMO) de los procedimientos y las técnicas de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo para la reproducción médicamente asistida reguladas en el artículo 8, ley 26.862.

Paralelamente, orienta a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a *“adoptar los recaudos tendientes a la efectiva implementación de la Ley en el ámbito de sus competencias, incluyendo las previsiones presupuestarias correspondientes”*.

Por su parte la resolución n° 1-E/2017, del Ministerio de Salud de la Nación, prevé los procedimientos médicos, etapas y alcances para cada uno del total de tres (3) tratamientos de reproducción médicamente asistida con técnicas de reproducción médicamente asistida de alta complejidad (trha/ac); en tanto que la resolución n° 1045/18 de la misma cartera ministerial dispone que *“todo medicamento aplicado a cualquier tratamiento de reproducción médicamente asistida, previsto por la Ley N° 26.862, deberá ser brindado con cobertura al CIENTO POR CIENTO (100%) por los agentes obligados enunciados en el artículo 8° de dicha Ley”*.

Finalmente, la ley 23.360 (ley de obras sociales), aplicable supletoriamente a la ObSBA de acuerdo al artículo 2, inciso d, ley 472, dispone en su art. 8 que *“[q]uedan obligatoriamente incluidos como beneficiarios de las obras sociales: a) los trabajadores que presten servicios en relación de dependencia, sea en el ámbito*



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires

Fuero Contencioso Administrativo y Tributario

2022 -Año del 40° Aniversario de la Guerra de Malvinas. En homenaje a los veteranos y caídos en la defensa de las Islas Malvinas y el Atlántico Sur

JUZGADO DE 1RA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 14 SECRETARÍA N°27

G. N. Y OTROS CONTRA OBSBA SOBRE AMPARO - SALUD-MEDICAMENTOS Y TRATAMIENTOS

Número: EXP 116647/2022-0

CUIJ: EXP J-01-00116647-2/2022-0

Actuación Nro: 2986093/2022

privado o en el sector público del Poder Ejecutivo o en sus organismos autárquicos y descentralizados; en empresas y sociedades del Estado, en la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y en el Territorio Nacional de la Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur; b) los jubilados y pensionados nacionales y los de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires; y c) los beneficiarios de prestaciones no contributivas nacionales”.

IV. La parte demandada argumentó que “...no ha adherido al régimen normativo establecido por la Ley N° 23.660 y 23.661, por lo que no corresponde la aplicación a la ObsBA de la Ley N° 26.862...”, pero lo cierto es que la resolución 133-ObSBA-06, que actualizó la disposición 56-ObSBA-04, aprobó la aplicación del Programa Médico Obligatorio (PMO) en el ámbito de la obra social, de donde deriva la cobertura de las prácticas comprendidas en la ley 26.862, cuyas disposiciones son de orden público.

Ahora bien, la actora ha acreditado su condición de afiliada a la ObsBA y también que, considerando su situación médica particular (v. historia clínica agregada en la actuación n° 1817466/2022) la especialista tratante Dra. Luciana Devenuto (M.N. 151.292) del Instituto Médico CER, recomendó la realización del tratamiento de alta complejidad con fertilización in vitro –ICSI- con óvulos propios y con semen homólogo con columnas de anexinas y congelación embrionaria. También fue probado que a pesar de haber efectuado la solicitud correspondiente ante la obra social demandada la cobertura fue denegada (v. carpeta administrativa adjunta en la actuación n° 1929561/2022).

Consecuentemente, a la luz del bloque normativo aplicable (de fuente convencional, constitucional, legal y reglamentaria) y la prescripción médica dada a la

demandante, la falta de cobertura del tratamiento deviene una conducta manifiestamente arbitraria e ilegítima de parte de la obra social, lesiva de derechos de los afiliados, y en tal medida impone el progreso de la pretensión.

V. Este caso comprende distintas dimensiones o aspectos estrechamente entrelazados. Algunos son de índole estrictamente jurídica, como los que atañen al derecho a la salud integral, el diseño del propio plan de vida y el ejercicio de la autonomía individual (en particular los derechos reproductivos) por parte de los actores, y ya han sido examinados precedentemente. Otros son aspectos médicos, que están a cargo de los profesionales que tratan a los accionantes y cuyo criterio acerca del tratamiento aconsejable ha sido probado durante el proceso. Pero al tratarse nada menos que de la reproducción humana el caso también incluye, ante todo y sobre todo, una profunda dimensión ética y la necesidad de resguardar debidamente los derechos de los embriones que serán fruto de los procedimientos a emprender. Entre todos los sujetos implicados en la cuestión son ellos los más débiles y vulnerables, y aunque no podemos escuchar su voz deben ser tenidos en cuenta.

El principio *favor debilis*, que atraviesa transversalmente todo el ordenamiento jurídico, nos exige instrumentar esta protección.

En efecto, el correcto ejercicio de la función jurisdiccional exige al juez evaluar cuidadosamente las consecuencias de sus decisiones, y la reflexión al respecto conduce en el caso a considerar que la aplicación de las prácticas objeto de la condena aparejará la formación de embriones humanos, en un número que ignoramos. En la búsqueda de un equilibrio entre el respeto por la vida privada de los actores (art. 19, CN, principio de libertad y no interferencia estatal) y la completa indiferencia del órgano judicial por aquellas consecuencias, es preciso pensar en la protección integral de la familia y, en particular, implementar algún dispositivo tuitivo eficaz para la protección jurídica del embrión no implantado, tercero cuyos derechos podrían resultar afectados (art. 19, CN, recién citado).

En este sentido, la biología enseña que todo embrión es un ser vivo, etapa inicial del desarrollo de un organismo multicelular, desde la división celular del cigoto formado luego de la fecundación, hasta que con su crecimiento y progresivo desarrollo adquiere las características propias de la especie. En nuestro caso, el cigoto es el



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Fuero Contencioso Administrativo y Tributario

2022 -Año del 40° Aniversario de la Guerra de Malvinas. En homenaje a los veteranos y caídos en la defensa de las Islas Malvinas y el Atlántico Sur

JUZGADO DE 1RA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 14 SECRETARÍA N°27

G. N. Y OTROS CONTRA OBSBA SOBRE AMPARO - SALUD-MEDICAMENTOS Y TRATAMIENTOS

Número: EXP 116647/2022-0

CUIJ: EXP J-01-00116647-2/2022-0

Actuación Nro: 2986093/2022

producto de la fusión de los gametos femenino (óvulo) y masculino (espermatozoide) y el embrión resulta de la división celular de ese cigoto.

Es dable enfatizar que, por tanto, se trata de sujetos de derecho y no meros objetos, individuos con derecho a la vida (cfr. arts. 3, Declaración Universal de Derechos Humanos; I, Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; 75, inc. 22, CN; y 10, CCBA), dotados de la particular dignidad derivada del hecho de que –ya sea que el ordenamiento jurídico les reconozca o no la condición de personas (el art. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 19, CCyCN, lo hacen desde el instante de la concepción)- se trata indudablemente de semillas de vida humana, en tanto contienen todo el material genético necesario para la formación de seres humanos.

Los derechos esenciales del hombre no dependen de la legislación nacional de Estado alguno, ya que tienen como directo fundamento los atributos de la persona humana (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, exposición preliminar, segundo párrafo; Convención Americana sobre Derechos Humanos, Preámbulo, segunda cláusula), y la dignidad ontológica inherente a todo ser humano, de carácter inviolable, es uno de los principios fundamentales del derecho (Jorge Nicolás Lafferrière, *La protección de la dignidad del niño concebido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Pontificia Universidad Católica Argentina, <http://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/8837>), como lo refleja el derecho internacional de los derechos humanos. Admitida sin más la condición humana de los embriones (implantados o no implantados), la Convención de los Derechos del Niño obliga a las instituciones públicas a considerar primordialmente su interés superior (art. 3.1) y adoptar en favor suyo medidas de protección y cuidado encaminadas a su bienestar (art. 3.2).

VI. Desde esta perspectiva y con esta finalidad, dado que la pretensión concierne a la utilización de técnicas de reproducción humana asistida, y estando en claro que el propósito perseguido por los actores es la procreación (uno o más hijos para esta pareja), el principio de congruencia (arts. 27, inc. 4; y 145, inc. 6, CCAyT; y 26, ley 2145) permite establecer que el destino excluyente de los embriones resultantes necesariamente debe ser reproductivo. De hecho, la ley 26.862 dispone que “...se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica **para la consecución de un embarazo**” (art. 2, énfasis agregado).

Por este motivo queda vedada toda práctica abusiva, entendiendo por tal la utilización de los embriones para cualquier fin distinto al de provocar un embarazo (a título meramente enunciativo y sin que implique desconocer que pueden existir otras prácticas abusivas igualmente vedadas, cabe mencionar: el comercio; la manipulación genética; la experimentación científica; el diagnóstico preimplantatorio -selección-; la utilización de material biológico -órganos o tejidos- para donación o trasplante; la generación de células estaminales, la clonación y el simple descarte por cesación de la criopreservación).

Por ello mismo, todos los embriones deberán ser transferidos, lo cual aconseja evitar en lo posible embriones excedentes (es decir, que no serán implantados ahora). Los que no fuesen implantados, podrán ser cristalizados solamente durante el período en que, según el criterio médico, el cuerpo de la demandante pueda recibirlos (gestación diferida). Si al concluir este período existiesen embriones excedentes no podrán ser destruidos, sino únicamente donados con destino exclusivo a ser implantados en otra mujer (reproducción humana).

En mérito a las consideraciones expuestas, normas y jurisprudencia citadas, y habiendo dictaminado el Ministerio Público Tutelar y Fiscal; **FALLO**:

- 1) Rechazando el planteo atinente a la falta de idoneidad de la vía procesal.
- 2) Haciendo lugar a la acción de amparo y, en consecuencia, condenando a la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (ObSBA) a brindar a los actores (señora N.G y señor C.E.C.) la cobertura integral del tratamiento de alta complejidad con



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires

Fuero Contencioso Administrativo y Tributario

2022 -Año del 40° Aniversario de la Guerra de Malvinas. En homenaje a los veteranos y caídos en la defensa de las Islas Malvinas y el Atlántico Sur

JUZGADO DE 1RA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 14 SECRETARÍA N°27

G. N. Y OTROS CONTRA OBSBA SOBRE AMPARO - SALUD-MEDICAMENTOS Y TRATAMIENTOS

Número: EXP 116647/2022-0

CUIJ: EXP J-01-00116647-2/2022-0

Actuación Nro: 2986093/2022

fertilización in vitro –ICSI- con óvulos propios y con semen homólogo con columnas de anexinas y congelación embrionaria, conforme la prescripción médica y hasta tanto los médicos tratantes lo consideren adecuado.

3) El destino excluyente de los embriones resultantes necesariamente debe ser reproductivo. Queda vedada toda práctica abusiva sobre los embriones, entendiéndose por tal su utilización para cualquier fin distinto al de provocar un embarazo. Todos los embriones deberán ser transferidos, debiendo evitarse en lo posible embriones excedentes. Los que no fuesen implantados, podrán ser vitrificados solamente durante el período en que, según el criterio médico, el organismo de la demandante pueda recibirlos (gestación diferida). Si al concluir este período existiesen embriones excedentes no podrán ser destruidos, sino únicamente donados con destino exclusivo a ser implantados en otra mujer (reproducción humana).

4) Una vez concluido el tratamiento las partes informarán su resultado en el expediente, dando cuenta del cumplimiento de los recaudos fijados en el punto precedente.

5) Con costas a la demandada vencida (art. 62, CCAyT).

Protocolícese mediante el sistema eje, notifíquese electrónicamente a las partes por secretaría y al Ministerio Público Tutelar y Fiscal y, oportunamente, archívese.



Poder Judicial
Ciudad de Buenos Aires

JUZGADO N° 14|EXP:116647/2022-0 CUIJ J-01-00116647-2/2022-0|ACT 2986093/2022

Protocolo N° 1850/2022

FIRMADO DIGITALMENTE 27/10/2022 10:16



Aurelio Luis Ammirato
JUEZ SUBROGANTE
JUZGADO DE 1RA
INSTANCIA EN LO
CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO Y
TRIBUTARIO N° 14