



ACUERDO N° 50 En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los veintiún días (21) días de diciembre de dos mil dieciocho, se reúne en Acuerdo la **Sala Civil** del Tribunal Superior de Justicia con los señores vocales doctores **ROBERTO G. BUSAMIA** y **IVALDO D. MOYA**, con la intervención de la Secretaria Civil -Subrogante-, doctora **MARÍA ALEJANDRA JORDÁN**, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados "**M., V. M. c/ I.S.S.N. s/ ACCIÓN DE AMPARO**" (**Expediente N° 502237 Año 2014**).

ANTECEDENTES: A fs. 805/819 la actora -V. M. M.- deduce recurso de casación de Nulidad Extraordinario y por Inaplicabilidad de Ley contra la resolución de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la I Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Neuquén -Sala III-, obrante a fs. 798/800vta. mediante la cual se revoca el auto de fs. 783 y se establece que, para los tratamientos de alta complejidad, el número máximo al que estaría obligada la obra social a cubrir en un cien por ciento, sería el de tres intervenciones de este tipo, respetando los intervalos mínimos de tiempo consagrados en la legislación mencionada.

Corrido el traslado de ley, la contraria contesta a fs. 823/828. Solicita se rechacen ambos recursos interpuestos con imposición de costas.

A fs. 833/835 el Sr. Fiscal General contesta la vista conferida y propicia que se declare la admisibilidad parcial del recurso de casación incoado por la amparista, limitándolo al artículo 15, inciso a), de la Ley N° 1406.

A fs. 837/840 por Resolución Interlocutoria N° 266/2018, este Cuerpo declara admisible el recurso por Inaplicabilidad de Ley incoado por la actora sólo por la causal contemplada en el artículo 15, inciso a), de la Ley N° 1406 e inadmisibles las del inciso c) de idéntico precepto legal como, también, el recurso de Nulidad Extraordinario.



A fs. 842/843vta. obra dictamen del Sr. Fiscal General quien propone que se declare improcedente el recurso de Inaplicabilidad de Ley interpuesto por la amparista y se confirme el decisorio de la Cámara de Apelaciones que se recurre.

Manifiesta, al respecto, que la Ley N° 26862 y su Decreto Reglamentario N° 956/2013, se aplicarían en todo el país aunque no regirían de manera automática en las provincias, en tanto la salud constituiría una atribución jurisdiccional no delegada a la Nación, requiriéndose de leyes específicas a tal fin. Así, agrega que la Provincia de Neuquén habría adherido a la normativa nacional citada mediante la Ley N° 2954 (publicada el 11/09/2015) y si bien -dice-, sus contenidos casi coincidirían con los de su par nacional, se diferenciaría en la cantidad de procedimientos de alta complejidad que deberían cubrirse y en el margen de edad como requisito para acceder a las técnicas de reproducción asistida (entre 24 y 40 años). Al efecto, transcribe el artículo 6 de la citada normativa y expresa que el legislador local habría desglosado los dos tipos de tratamiento en incisos distintos, a diferencia del nacional que habría englobado las dos técnicas en un mismo párrafo. Por lo que concluye que, al agregarse el vocablo "anuales" sólo al apartado referido a los tratamientos de baja complejidad, omitiendo su colocación en el relativo a los de alta complejidad, no resultaría aplicable la interpretación que efectúa la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa cuya violación se alega y, en consecuencia, la Cámara habría efectuado una interpretación acertada de la normativa aplicable, correspondiendo -en el caso- el rechazo del recurso de casación incoado.

Firme la providencia de autos, efectuado el pertinente sorteo, se encuentra la presente causa en estado de dictar sentencia, por lo que esta Sala Civil resuelve plantear y votar las siguientes:



CUESTIONES: a) ¿Resulta procedente el recurso de Inaplicabilidad de Ley impetrado? b) En su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? c) Costas.

VOTACIÓN: Conforme al orden del sorteo realizado, a las cuestiones planteadas el **Dr. ROBERTO G. BUSAMIA**, dice:

I. 1. Que a fs. 756/760 se presenta la Sra. V. M. M. y peticiona que se intime a la demandada -en un todo conforme con el pronunciamiento recaído el 10 de septiembre de 2014- a dar cobertura del tratamiento de fertilidad asistida de alta complejidad con ovodonación que fuera denegado en sede administrativa.

Manifiesta que la sentencia que ampararía su derecho a la salud y a formar una familia, en su parte pertinente expresa "...en lo que hace a la extensión de la cobertura, considero y tal como lo regula la norma que debe ser integral, esto es, en un cien por ciento en los términos dispuestos por el artículo 8 de la Ley N° 26862 y artículo 8 del Decreto Reglamentario N° 956/2013. Asimismo, y en lo referente a la cantidad de tratamientos o procedimientos, atendiendo a las características propias del caso en examen y términos de la petición inicial, entiendo que resulta atinado limitar la cobertura en los términos del referido artículo 8 del referido Decreto Reglamentario N° 956/2013, en la norma establecida y cantidades de procedimientos indicados, para obtener el embarazo por el método requerido mientras que el profesional que los asiste lo prescriba y el estado de salud reproductiva de la amparista lo autorice...".

Agrega que, a partir de dicha sentencia, habría realizado tres procedimientos de fertilización asistida de alta complejidad -sin resultado positivo de lograr un embarazo-, lo que habría llevado a la pareja a una interconsulta médica-profesional en la Clínica IVI -en el mes de noviembre de 2017- en la que, nuevamente, se los habría



asesorado para que recurran a un nuevo tratamiento de fertilidad asistida de alta complejidad con ovodonación.

Luego de ello, relata que habría efectuado presentaciones administrativas ante el Instituto de Seguridad Social de Neuquén, denegando este último organismo la solicitud de cobertura mediante una Disposición *Ad Referéndum* del Directorio N° 2203/17. Ante tal negativa -dice- interpusieron el pertinente recurso de reconsideración administrativo, el que fue nuevamente rechazado, con el fundamento de que se habría dado cobertura a los tres tratamientos de alta complejidad que prescribe la normativa nacional, local y la Resolución N° 454/2016 como máximo.

La recurrente manifiesta que habría realizado tres procedimientos, sin resultado positivo de haber logrado un embarazo y que los mismos en ningún momento se habrían agotado en un periodo anual. En dicho entendimiento, propugna una interpretación amplia de la normativa, comprendiendo que la ley manda a cubrir hasta un máximo de tres tratamientos anuales de alta complejidad, con intervalos mínimos de tres meses entre cada uno y que conforme lo sostiene una línea jurisprudencial minoritaria, se ha admitido la obligación de cobertura hasta el logro de un embarazo.

Añade que, ante la duda, se debería estar por una interpretación que mejor resguarde y favorezca el derecho a la salud del protegido y que no puede interpretarse que el legislador haya querido limitar a tres tratamientos de fertilización asistida de alta complejidad de por vida porque ello -entiende- no sería acorde con la legislación internacional en la materia.

Por lo que peticiona que se ordene al Instituto de Seguridad Social de Neuquén la cobertura integral del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad con



ovodonación, tal como se habría establecido en la sentencia de autos. Ello en tanto -añade- la demandada mediante la Resolución N° 38/2018 y las denegaciones sistemáticas no estaría cumpliendo con la misma, lo cual generaría -a su entender- desobediencia a una orden judicial y vulneración al derecho de salud y a formar una familia dignamente.

2. Corrido el pertinente traslado, a fs. 781/782vta. la demandada se opone a la cobertura solicitada porque considera que se habría dado cumplimiento a la sentencia recaída y a todos y cada uno de los requerimientos posteriores de la actora, en un todo conforme a lo ordenado por la Sra. Jueza de grado.

Sostiene la accionada que la actora pretendería por la presente vía de incumplimiento de sentencia obligar a su parte a dar cobertura a un cuarto tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad con ovodonación, lo cual -afirma- no estaría contemplado por la sentencia dictada en los presentes actuados ni por la Ley Nacional N° 26862, su Decreto Reglamentario N° 956/2013 ni Ley Provincial N° 2954.

Añade que la interpretación amplia que pregonaría la actora resultaría anterior a la sanción de las leyes que regulan la materia e insiste en que su parte, no habría incumplido la sentencia recaída en autos, dando respuesta a cada uno de las peticiones de la actora.

3. A fs. 783 se intima a la demandada a dar cobertura al tratamiento de fertilización asistida solicitado, conforme los términos de la sentencia definitiva, en el plazo de cinco días y bajo apercibimiento de aplicar astreintes por cada día de demora.

4. Disconforme con la intimación cursada, la demandada apela. Expresa agravios a fs. 787/789.

En su memorial de agravios reitera que su parte habría dado cumplimiento a los tres tratamientos de



fertilización asistida de alta complejidad tal como lo habría establecido la sentencia recaída en autos.

Asimismo, señala que la jueza de grado subrogante no tendría fundamento alguno para intimar a su parte a dar cumplimiento a cuatro tratamientos de fertilización asistida de alta complejidad, en tanto no lo establecería la ley ni la sentencia firme y consentida.

Considera que, conforme la normativa nacional y provincial, cada paciente tendría derecho a un máximo de tres tratamientos de alta complejidad y que se estipularía, claramente, para los agentes de seguro de salud, la obligación de cubrir esa cantidad de tratamientos, lo cual habría cumplido. Por lo que solicita la revocación del auto apelado.

5. Corrido el pertinente traslado, la actora lo contesta a fs. 793/795 y peticiona, en primer lugar, que se decrete su deserción por no reunir los requisitos del artículo 265 del Código Procesal Civil y Comercial de Neuquén.

Subsidiariamente contesta y expresa que la jueza de grado ordena cumplir al Instituto de Seguridad Social de Neuquén con la cobertura del procedimiento de fertilización asistida de alta complejidad en los términos de la sentencia dictada el 10 de septiembre de 2014 la que, en breve síntesis, ordena su cobertura en un cien por ciento y no limita a número máximo de intentos sino que lo traslada al espíritu de la normativa legal vigente, que, en definitiva, -a su criterio- sería tres intentos por año.

6. A fs. 798/800vta. la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería -Sala III- revoca el auto cuestionado, en lo que fuera motivo de agravios, con costas de Alzada en el orden causado.

Para así decidir, los sentenciantes afirman que, para los tratamientos de alta complejidad, tanto dentro del ámbito de la Ley N° 26862, como de su par provincial N° 2954, se cubriría hasta un máximo de tres intervenciones, con



intervalos mínimos entre una y otra de tres meses. Agregan, al respecto, que las normas analizadas no harían referencia a que la cantidad de estos tratamientos de alta complejidad deban realizarse durante el año, a diferencia de lo que ocurre con los tratamientos de baja complejidad, ya que en estos últimos -interpretan- la legislación sería clara al autorizar cuatro tratamientos anuales.

De ello derivan que, para los tratamientos de alta complejidad -como el caso particular-, el número máximo al que estaría obligada la obra social a cubrir en un ciento por ciento sería el de tres intervenciones de este tipo, respetando los intervalos mínimos de tiempo consagrados en la legislación mencionada.

Por lo expuesto, consideran que habiendo cumplido la obra social demandada la totalidad de los tratamientos de alta complejidad (tres) dispuestos en la sentencia, con sustento en el artículo 8 del Decreto Reglamentario N° 956/2013, es que proponen que se haga lugar al recurso y se revoque el auto recurrido en lo que fue motivo de agravios.

Por último, expresan que al tratarse de un caso que pudo dar lugar a distintas interpretaciones sobre el alcance del artículo 8 del Decreto Reglamentario N° 956/2013, las costas de Alzada las imponen por su orden.

7. A fs. 805/819 la actora deduce recurso de casación.

De conformidad al andarivel y motivos que lograron la apertura de esta instancia extraordinaria local, la Sra. M. alega que la Alzada habría incurrido en infracción legal por no aplicar el criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Y.M.V. y otro c/ IOSE s/ amparo de salud" del 14 de agosto de 2018, siendo -a su juicio- un caso muy similar al planteado en autos.

Explica que, en dicho antecedente, el Máximo Tribunal de la Nación sentó como única interpretación



admisibles de la reglamentación, que los interesados podrían acceder a tres tratamientos anuales de reproducción medicamentosa asistida con técnicas de alta complejidad y no, como lo habría interpretado la Cámara de Apelaciones local, al limitar la cobertura a un total de tres intervenciones.

II. 1. Al ingresar al tratamiento del caso bajo examen, corresponde analizar si los vicios denunciados se configuran en el pronunciamiento recurrido, teniendo como norte que los presentes actuados se encuentran transitando la etapa de cumplimiento de la sentencia de mérito.

Ante todo, cabe señalar que, el 10 de septiembre de 2014, se dictó pronunciamiento definitivo en Primera Instancia en el que se hace lugar a la acción de amparo, condenando al Instituto de Seguridad Social de Neuquén a que dentro del plazo de diez días corridos desde que la actora informe por medio fehaciente la elección de su médico tratante, a brindar la cobertura del tratamiento de fertilización asistida según el método indicado por los galenos responsables, debiendo reconocer el costo en la forma dispuesta en los considerandos, en el porcentaje del cien por ciento, todo ello bajo apercibimiento de lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley N° 1981 (cfr. fs. 223, último párrafo).

En lo referente a la extensión de la prestación, se sostuvo que resultaba atinado establecer la cobertura en los términos del referido artículo 8 del Decreto Reglamentario N° 956/2013 en la forma establecida y cantidades de procedimientos indicados, para obtener el embarazo por el método requerido, mientras que el profesional que los asiste lo prescriba y el estado de salud reproductiva de la amparista lo autorice (cfr. fs. 223 1er. párrafo).

El fallo de grado quedó firme y consentido al declarar la Alzada desierto el recurso de apelación interpuesto por la obra social provincial (cfr. fs. 249/252).



También llega firme a esta instancia que la obra social dio satisfacción a las sucesivas intimaciones de la amparista y erogó el costo de tres tratamientos de reproducción médicamente asistida con técnicas de alta complejidad (Cfr. fs. 757 y vta. y fs. 781).

Ante la denegatoria de la obra social provincial a la cobertura de un cuarto tratamiento solicitado por la actora, la cuestión a dilucidar consiste en determinar la cantidad de prácticas de alta complejidad sujetas a cobertura conforme fuera dispuesto en la sentencia de grado, la cual extiende la cobertura a los términos de la normativa nacional anteriormente citada.

2. En primer lugar, resulta relevante señalar que la materia aquí traída a resolución hace al derecho a la salud reproductiva que es un derecho íntimamente vinculado con el derecho a la vida, sin el cual ningún otro derecho tiene sentido (cfr. doctrina Fallos 323:3229; 329:2552; 333:690)

Asimismo, el derecho a la salud es un derecho humano fundamental que emana de nuestra Constitución Nacional, específicamente de los artículos 33, 42, párrafo 1º, y 75, inciso 22.

La Carta Magna Nacional reconoce los derechos implícitos (artículo 33), entre los cuales está el derecho a la vida, el que engloba, asimismo, el derecho a la salud, como su derivado natural, lógico y jurídico, y alude expresamente al derecho a la salud de los usuarios de bienes y servicios, comprendiendo los servicios de salud, siendo los pacientes los usuarios de aquéllos (artículo 42, párrafo 1º).

Concordante con ello, la Constitución local expresamente impone a la Provincia de Neuquén el deber de asegurar la salud reproductiva en su artículo 36. En tal sentido, garantiza el ejercicio de los derechos reproductivos y sexuales, libres de coerción y violencia, como derechos humanos fundamentales. Del mismo modo, tiene el deber de



diseñar e implementar programas que promueven la procreación responsable, respetando las decisiones libres y autónomas de hombres y mujeres, relativas a su salud reproductiva y sexual, especialmente a decidir responsablemente sobre la procreación, el número de hijos y el intervalo entre sus nacimientos.

Además, nuestro bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos contenidos en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional.

Amparan este derecho personalísimo, entre otros tratados:

1) La Declaración Universal de Derechos Humanos, que establece en su artículo 25 que:

"Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial [...] la asistencia médica".

2) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que reconoce en el artículo 12 el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental y exige a los Estados partes la adopción de medidas para asegurar a todos asistencia médica en caso de enfermedad.

3) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos determina en su artículo 7 que nadie podrá ser sometido a experimentos médicos o científicos sin su libre consentimiento.

4) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre consigna que

"Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales relativas a [...] la asistencia médica" (artículo XI).

5) La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica establece en su artículo 26 el compromiso de los Estados partes de adoptar, en la medida de



los recursos disponibles, las disposiciones que permitan la efectividad de los derechos sociales.

Como todo derecho humano, el derecho a la salud y también el derecho a la salud sexual y reproductiva imponen a los Estado tres tipos de acciones: las de respetar, proteger y cumplir (promover). Y es, justamente, en cumplimiento de tales obligaciones que los poderes de Estado (del que no está ajeno el Poder Judicial) deben adecuar su actividad para que, dentro del marco normativo vigente se concrete la realización de los derechos humanos en cuestión.

Sobre este punto, ha dicho la Corte Internacional de Derechos Humanos que al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.

En tal marco, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha determinado que, cuando la Nación ratifica un tratado "...se obliga [...] a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple..." (cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Ekmekdjian, M. A. c/ Sofovich, G. y otros", Fallos 315:1492) y que la vulneración de las normas contenidas en aquél puede producirse por acción u omisión, lo que resulta de capital importancia en lo que respecta al derecho a la salud.

También, ha dicho nuestro Máximo Tribunal Nacional que

"El Estado Nacional asumió compromisos internacionales explícitos orientados a promover y facilitar las prestaciones de salud y dicha obligación se extiende a sus subdivisiones políticas y otras entidades públicas que participan de un mismo sistema sanitario" (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 20/12/2005, "Sánchez, Norma R. c. Estado Nacional y otro", Fallos 328:4640).



Es que, si bien el derecho a la salud, como derecho implícito dentro de los clásicos derechos civiles, pudo tener como contenido inicial el derecho personal a que nadie infiera daño a la salud, con lo que el sujeto pasivo cumplía su única obligación omitiendo ese daño; en la actualidad se exige, además de la abstención del daño, variadas prestaciones favorables que implican en determinados sujetos pasivos el deber de dar y hacer. Precisamente, estos sujetos son, en principio, el Estado, pero también las obras sociales y las empresas de medicina prepaga. Y las prestaciones se trasladan concretamente en tratamientos de prevención, asistencia durante la enfermedad, seguimiento en el período de recuperación y rehabilitación, provisión de terapias y medicamentos.

En este marco, se enrola la Ley Nacional N° 26862 de Reproducción Médicamente Asistida, reglamentada el 19/07/2013 mediante el Decreto N° 956/2013 (publicado en el Boletín Oficial el 23/07/2013).

El artículo 1 de la mentada ley enuncia el objeto de regulación, el que está constituido por el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida.

El acceso a estos procedimientos y técnicas constituye un derecho, puesto que el derecho a procrear, a formar una familia, hace a la esencia de la condición humana y forma parte del derecho a la salud, al que se ha aludido anteriormente.

De ahí que, la Ley N° 26862 ha venido a asegurar la igualdad ante la ley (artículo 16 de la Constitución Nacional) de todos los sectores de la sociedad y a contrarrestar un proceso de inequidad, pues, como bien ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Artavia Murillo y otros – fecundación in vitro vs. Costa Rica", de 28/11/2012, sólo aquellas personas que contaban con recursos económicos



tenían la posibilidad de abordar los tratamientos para tener un/a hijo/a y concretar así su deseo de constituir una familia. Puesto que, antes de la sanción de la Ley N° 26862 estos tratamientos no estaban contemplados en el Programa Médico Obligatorio, creado por Resolución del Ministerio de Salud N° 247/1996.

Consiguientemente, no había obligatoriedad ni para el Estado de cubrirlos de forma gratuita, ni para las obras sociales y empresas de medicina prepaga de contemplarlos dentro de sus prestaciones básicas, aunque la jurisprudencia mayoritaria venía asumiendo una postura en contrario.

En razón de ello, es que la Ley N° 26862 ha optado por la perspectiva de derechos, puesto que ha hecho prevalecer el derecho a la salud –incluida la salud reproductiva– y, con ello, el derecho a formar una familia para miles de personas que no contaban con los recursos económicos necesarios para hacer frente al costo que demandaban estos tratamientos, indispensables en sus casos para ser madre o padre.

Este derecho a formar una familia también se encuentra tutelado por el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, al incorporar diversos Tratados Internacionales de Derechos Humanos que lo propugnan y amparan (entre ellos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo VI); la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 16 y 25.2); El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 10); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 6.1, 23.1, y 23.2,); el Pacto de San José de Costa Rica (artículo 17); la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículo 5°, b; 11, f; 12.1 y 2; 16). De igual forma, en la Carta Magna provincial se tutela dicho derecho al declarar en su artículo 46 que la familia es elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser amparada por el Estado, que asegura su



protección social y jurídica, asumiendo mujeres y varones iguales derechos y responsabilidades como progenitores.

En consonancia con ello, en el ámbito infraconstitucional, la Ley N° 26485, de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales garantiza el derecho a "Decidir sobre la vida reproductiva, número de embarazos y cuándo tenerlos" (artículo 3°, inciso "e").

Asimismo, la Recomendación General N° 24 del Comité de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer –también conocida por sus siglas en inglés CEDAW– ha sostenido en el punto 11 que "La negativa de un Estado parte a prever la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria" (Cfr. CEDAW, Recomendación General N° 24: "La mujer y la salud" del 2/02/1999).

Postura hermenéutica que concuerda con lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Cfr. CIDH, 28/11/2012, "Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica", ya citado) que ha establecido que impedir el acceso a las técnicas de fertilización implica una discriminación indirecta en relación con la condición de discapacidad, el género y la situación económica. Es decir, importa una discriminación indirecta con relación a la condición de discapacidad, porque se concibe a la infertilidad como una limitación funcional y las personas con infertilidad deben considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, que incluyen el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva. De igual modo, se ha sostenido que conlleva una discriminación indirecta respecto del género, en tanto impedir el acceso a las técnicas de fertilización tiene un impacto



negativo desproporcional sobre las mujeres por entender que la maternidad forma parte del libre desarrollo de su personalidad. Y, por último, con relación a la situación económica, porque imposibilitar su acceso tiene un impacto desproporcionado en las personas infértiles que no cuentan con los recursos económicos para solventarlos.

3. Sentado lo anterior, para resolver el caso planteado se debe recurrir a los principios consagrados en las normas convencionales y constitucionales citadas teniendo presente que la norma involucrada (artículo 8 del Decreto Reglamentario N°956/2013) es parte integrante de un sistema jurídico, al que pertenece desde el momento de su creación, generándose entre todas las normas de un sistema acciones y reacciones. La interpretación de este precepto debe conjugarse como un todo coherente, con la totalidad de las normas y de los institutos jurídicos que le sirven de base. Es decir, debe efectuarse una interpretación de la norma con miras al contexto en que está situada, conjugando los demás preceptos que integran el plexo normativo y del cual forman parte. Pues, sus distintos fragmentos forman una unidad coherente: en la inteligencia de sus cláusulas debe cuidarse de no alterar el equilibrio del conjunto y en este sentido no puede dejar de valorarse que el derecho a la salud reproductiva constituye un bien fundamental que resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal.

4. Asimismo, por tratarse el derecho a la salud reproductiva de un derecho humano, debe ser analizado de acuerdo al principio *pro homine* que implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el ser humano, es decir, que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio. Este principio se contempla



directamente en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El principio *pro homine* tiene varias formas de aplicación, entre las que se destacan: 1) En primer lugar, en los casos en los cuales está en juego la aplicación de varias normas relativas a derechos humanos, debe aplicarse aquella que contenga protecciones mejores o más favorables para el individuo. 2) En segundo lugar, en casos en los cuales se está en presencia de una sucesión de normas, debe entenderse que la norma posterior no deroga la anterior si ésta consagra protecciones mejores o mayores que deben conservarse para las personas. 3) En tercer lugar, cuando se trate de la aplicación de una norma, debe siempre interpretarse en la forma que mejor tutele a la persona.

De ahí que, no se pueda decidir este caso, en el que está comprometido uno de los más esenciales derechos humanos, cual es el de la salud reproductiva, sin recurrir al aludido principio. Porque se debe partir de la base de que la progresividad de los derechos no trae aparejada la regresividad de otros. De esta forma, ante una ley que tutela el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico asistenciales de reproducción médicamente asistida, debe existir la correlativa obligación del Estado de garantizar su acceso sin discriminación y en un pie de igualdad.

Desde esta perspectiva, una posible restricción de sus prestaciones -a través de la limitación de una de sus técnicas- no guardaría correlato alguno con la función del Estado como garante de los derechos que se han reconocido a nivel constitucional y convencional.

5. Por otra parte, la cuestión planteada también conlleva la necesidad de efectuar una interpretación teleológica de la norma reglamentaria, en miras a su finalidad porque indudablemente sus objetivos primordiales no podrían



ser menoscabados por una reglamentación, al punto de desnaturalizar el derecho que ella consagra.

La Ley 26862 tiene por objeto "garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida (artículo 1º Ley Nº 26862). Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones...". La normativa pone a cargo de un vasto número de agentes de salud que brindan a sus afiliados servicios médico-asistenciales, independientemente de la figura jurídica que posean, "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. Esta norma incluye "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.

Es una ley de orden público y obliga a "arbitrar las medidas necesarias para asegurar el derecho al acceso igualitario de todos los beneficiarios a las prácticas normadas por la presente", no pudiendo introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios".

Los términos transcriptos lucen adecuadamente certeros en referencia al amplio alcance que el legislador ha querido otorgar a la cobertura de las prestaciones para



asegurar el cabal ejercicio del derecho a la salud reproductiva.

Teniendo en consideración dichos fines y objetivos trazados, mal podría garantizarse un acceso integral si se limitara al total de tres los procedimientos de alta complejidad, convirtiendo el objeto de la ley en una enfática enumeración programática vacía de operatividad. Puesto que dejaría afuera del sistema a un número considerable de personas, siendo que el único límite que la ley impone al respecto se vincula con aquellos procedimientos o técnicas no especificados en el propio texto normativo (cfr. doctrina de Fallos: 338:779) o con aquellos que no hubieran sido aprobados por la autoridad de aplicación (artículo 2º, último párrafo de la ley citada).

6. Esta finalidad perseguida por la legislación reglamentada se revalida con las manifestaciones de los legisladores, recabadas de la lectura de los debates parlamentarios, en donde se hace hincapié, principalmente, en el deseo de garantizar el derecho a formar una familia por medio de la cobertura de los tratamientos médicos que cada paciente requiera para poder concebir, sin importar su orientación sexual ni su estado civil. También se formuló que en un Estado que propende hacia el bienestar común de todos sus habitantes y ciudadanos, es justo que la economía no se transforme en un impedimento para el acceso a estos tratamientos, y por ello incluirlos en el Programa Médico Obligatorio, como se prevé, implica cumplir con el derecho a la igualdad consagrado en nuestra Constitución Nacional, brindando una cobertura desde el sector público, pero también desde el privado, y garantizando el derecho a la salud, que tiene sus fundamentos en la normativa constitucional y en los tratados internacionales. Igualmente, se resalta la insistencia en el respeto a la diversidad, garantizándose la igualdad en el acceso al tratamiento y se antepone el ser



humano a los intereses económicos, desde que el acceso a la salud integral en todos sus aspectos no puede abandonarse a los mandatos del mercado (cfr. Comentarios preliminares a la Ley de Reproducción Medicamente Asistida N° 26862, Ed. Microjuris.com Argentina en 2 julio 2013)

Todo lo cual, denota que una interpretación que deniegue los tratamientos que resuelven problemas de salud reproductiva -en este caso a través de la limitación a un número máximo de tres intervenciones para las técnicas de alta complejidad- importaría -también- alterar la realidad tenida en cuenta por el legislador al sancionar la norma en examen.

7. Y si la argumentación brindada todavía generara alguna duda respecto de la correcta interpretación del artículo 8 del Decreto Reglamentario N° 956/2013, en punto a la cantidad de prácticas de alta complejidad sujetas a cobertura, al analizarse el texto mediante el método gramatical de interpretación de la norma puede entenderse que el párrafo cuestionado consta de tres frases separadas por comas en tanto establece:

"En los términos que marca la Ley 26862, una persona podrá acceder a un máximo de cuatro tratamientos anuales con técnicas de reproducción medicamente asistida de baja complejidad, y hasta tres tratamientos de reproducción medicamente asistida con técnicas de alta complejidad, con intervalos mínimos de tres meses entre cada uno de ellos".

Conforme surge de su contenido, una persona puede acceder a un máximo de "tres" tratamientos de alta complejidad. El precepto del decreto no especifica si se trata de tres en total o de tres en un determinado lapso temporal. Pero su lectura completa permite comprender que ese límite de "tres" intervenciones ha sido establecido en relación con el período anual que manifiestamente fue establecido para la cobertura de las técnicas de baja complejidad mencionadas en



el primer tramo (en este caso cuatro). Al haberse planteado la norma en un único párrafo u oración, la falta de reseña temporal en el caso de las técnicas de reproducción asistida de alta complejidad es para evitar una redundante duplicación de la palabra "anual".

Así, la técnica utilizada por el legislador pone en evidencia la unicidad, la correspondencia entre conjuntos que se logra a través de un lenguaje directo, sin necesidad de aclarar o distinguir nada, sencillamente porque no existe - conforme los propósitos que propugna- ninguna causa de índole valorativa, médica ni económica para asignar un límite en la cantidad de un tipo de tratamiento.

8. La conclusión a la que se arriba en el presente voto resulta concordante con la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al fallar con fecha 14 de agosto del 2018 la causa: "Y.M.V. y otro c. IOSE s/ amparo de salud" (CCF 004612/2014/CS001), en un caso con características similares al presente.

Allí, el Máximo Tribunal Nacional -por mayoría- luego de analizar la normativa involucrada en la resolución de la causa, expuso que "...la única interpretación admisible de la reglamentación examinada, en consonancia con los objetivos trazados por la Ley 26862 es la que habilita a los interesados a acceder a tres tratamientos "anuales" de reproducción médicamente asistida con técnicas de alta complejidad".

En dicho antecedente se aclaró, también, que si bien la Autoridad de Aplicación dictó el 2 de enero de 2017 la Resolución MSN 1-E/2017 mediante la cual definió varios aspectos reglados por el Decreto N° 956/2013, prescribiendo en su artículo 1° que "...para cada uno del total de TRES (3) TRATAMIENTOS DE REPRODUCCIÓN MÉDICAMENTE ASISTIDA CON TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN MÉDICAMENTE ASISTIDA DE ALTA COMPLEJIDAD (TRHA/AC) a los cuales cada paciente tiene derecho, quedarán incluidos los procedimientos médicos y etapas contempladas en



(los anexos)...que forman parte integrante de la presente, a los efectos de lo dispuesto por el artículo 8º, tercer párrafo, del Anexo al Decreto Reglamentario N° 956/2013..." no había podido ser invocada por las partes de dicha causa ni tomada en cuenta por los jueces intervinientes en sus pronunciamientos. Pero más allá de esa circunstancia, agrega que tampoco corresponde hacer mérito de ella pues, si no resulta admisible bajo ningún punto de vista que la reglamentación desnaturalice los alcances del ejercicio de un derecho consagrado en la ley reglamentada, menos aún puede aceptarse que a ese resultado se llegue por aplicación de una regulación de rango inferior.

Por lo demás, este criterio fue mantenido en la causa "C.A.V. y otro c/ OSDE s/ amparo de salud" (Cfr. sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 3 de octubre de 2018).

9. Desde toda esta perspectiva y teniendo en consideración el dialogo de fuentes, no puede sino concluirse que la interpretación del artículo 8 del Decreto N° 956/2013 que efectúa la Cámara de Apelaciones, al denegar a la amparista el acceso a más de tres tratamientos de reproducción médicamente asistida con técnicas de alta complejidad, no ha tenido en cuenta las palabras de la ley que reglamenta, esto es, la Ley Nacional N° 26862 de Reproducción Medicamente Asistida, sus finalidades y propósitos, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los Tratados sobre Derechos Humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento jurídico argentino.

10. Mención aparte merece la aplicación, al presente caso, de la Ley provincial N° 2954, sancionada en el mes de octubre de 2015 sobre "Acceso Integral a las Técnicas de Reproducción Médicamente Asistida".

La normativa -en líneas generales- sigue en lo principal a la Ley Nacional N° 26862 que dispone la cobertura



por el sistema de salud del acceso a tales prácticas, conteniendo pautas propias según las características del sistema de salud provincial.

En punto a las técnicas de baja y alta complejidad, la normativa garantiza la cobertura de hasta un máximo de cuatro tratamientos anuales de baja complejidad; y de tres ciclos -con intervalos cada tres meses- en los casos de técnicas de alta complejidad, previo haberse cumplido como mínimo con tres intentos de técnicas de baja complejidad.

En este aspecto, reproduce en su artículo 6 lo dispuesto en el artículo 8 del Decreto Reglamentario Nacional -ya citado- aunque se diferencia de éste en cuanto divide los tratamientos en dos incisos: el "a" para referenciar los tratamientos de baja complejidad y el "b" para aquellos de alta complejidad.

Esta distinción dio lugar a que el Fiscal General considere en su Dictamen de fs. 842/843vta. que el legislador local, al desglosar los dos tipos de tratamiento en incisos distintos -a diferencia del nacional que habría englobado las dos técnicas en un mismo párrafo- como, así también, al agregarse el vocablo "anuales" sólo al apartado referido a los tratamientos de baja complejidad -omitiendo su colocación en el relativo a los de alta complejidad-, no resultaría aplicable la interpretación que efectúa la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el antecedente cuya infracción se denuncia.

Sobre el particular, es oportuno mencionar que la normativa local fue sancionada con posterioridad al dictado de la sentencia de mérito (sentencia de Primera Instancia fallada el 10/09/2014 y publicación de la Ley Provincial N° 2954 del 11/09/2015), por lo que en atención a la etapa procesal en la que se encuentra transitando el presente expediente -ejecución de sentencia- el juzgador debería sujetarse únicamente a los términos y condiciones establecidos en aquel acto



jurisdiccional, en virtud del respeto a la cosa juzgada material y a la inalterabilidad de su contenido, en tanto no podría hacer mérito de legislación dictada con posterioridad a su dictado a fin de desentrañar los alcances de la cobertura fallada.

Asimismo, no obstante lo expuesto, resulta imprescindible añadir que, en función de las razones puestas de resalto en los puntos anteriores del presente considerando, si no resulta admisible bajo ningún punto de vista que la reglamentación desnaturalice los alcances del ejercicio de un derecho consagrado en la ley reglamentada menos aún puede aceptarse que por aplicación de una ley provincial se llegue a ese resultado.

La Provincia de Neuquén tiene la competencia suficiente para reglamentar las técnicas de reproducción médicamente asistida en su respectiva jurisdicción, pero siempre y cuando ello no implique por parte del Estado Provincial una contradicción o disminución de los estándares establecidos en el orden normativo federal.

Ello así, ya que el adecuado respeto al régimen federal de gobierno impone a los estados locales a la hora de ejercer su potestad legisferante y reglamentaria reconocer y aceptar los respectivos estándares de referencia fijados a nivel de normativa federal cuyas disposiciones constituyen una guía de contenidos mínimos a tener en cuenta por todas las provincias que integran el Estado Argentino (cfr. Corte Suprema de Justicia en la causa "Confederación Indígena del Neuquén c/ Provincia del Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad" sentencia del 10/12/2013)

11. Por todas las consideraciones vertidas, se ha de propiciar el acogimiento del recurso deducido y la consiguiente revocación del fallo impugnado, en el entendimiento que ha mediado infracción legal con relación a la Ley N° 26862, con los alcances del artículo 8 del Decreto



956/2013 y en punto a la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en orden a la cantidad de prácticas de alta complejidad sujetas a cobertura.

12. Con arreglo a los criterios expuestos, corresponde casar el decisorio impugnado por haber mediado la infracción invocada, y en virtud de que los elementos sopesados resultan suficientes para fundar el dictado de un nuevo pronunciamiento en los términos del artículo 17, inciso c), de la Ley 1406, corresponde recomponer el litigio, mediante la revocación del decisorio dictado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la I Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Neuquén -Sala III-, disponiendo que el límite a que alude el artículo 8 del decreto N° 956/2013 -reglamentario de la Ley N° 26862- en lo que respecta a la cobertura de los tratamientos de fertilización asistida con técnicas de alta complejidad y que se encuentran determinados en número de tres para una persona, ha sido previsto de modo anual. Por lo que se confirma, en este aspecto, el auto de Primera Instancia de fs. 783 en lo que ha sido materia de recurso.

V. Con relación a la tercera de las cuestiones planteadas y sometidas a escrutinio de este Acuerdo, se imponen las costas en Segunda Instancia y de esta etapa casatoria a la demandada vencida (artículo 12 Ley 1.406, 68 y 279 del Código Civil y Comercial de Neuquén) **VOTO POR LA AFIRMATIVA.**

El señor vocal **Dr. EVALDO D. MOYA**, dice: Comparto los fundamentos y la solución propuesta por el **Dr. ROBERTO G. BUSAMIA** en su voto, por lo que expreso el mío en igual sentido. **VOTO POR LA AFIRMATIVA.**

De lo que surge del presente Acuerdo, por unanimidad, **SE RESUELVE: 1º)** Declarar **PROCEDENTE** el recurso por Inaplicabilidad de Ley interpuesto por la actora -V. M. M.- conforme lo considerado, y **CASAR** el decisorio de la Cámara



de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la I Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Neuquén -Sala III- obrante a fs. 798/800vta., por haber incurrido en la infracción legal denunciada -artículo 15° de la Ley N° 1406-. **2°)** De conformidad con lo dispuesto por el artículo 17, inciso c), de la Ley N° 1406, corresponde **REVOCAR** el decisorio recurrido y disponer que el límite a que alude el artículo 8 del decreto N° 956/2013 -reglamentario de la Ley N° 26862- en lo que respecta a la cobertura de los tratamientos de fertilización asistida con técnicas de alta complejidad y que se encuentran determinados en número de tres para una persona, ha sido previsto de modo anual, confirmándose en consecuencia el auto de Primera Instancia de fs. 783 en lo que ha sido materia de recurso **3°)** Imponer las costas de Segunda Instancia y las de esta etapa, a la demandada vencida (artículo 12 de la Ley N° 1406, 68 y 279 del Código Civil y Comercial de Neuquén) **4°)** **REGULAR** los honorarios profesionales en la Alzada a la doctora a la Dra. ... -patrocinante de la actora- en la suma de PESOS TRES MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y DOS (\$3.682.-), y por esta etapa extraordinaria en la suma de PESOS TRES MIL SESENTA Y OCHO (\$3.068.-), circunscripta a la cuestión traída en casación (artículos 2°, 15°, 35° y 36° de la Ley 1594). **5°)** Regístrese, notifíquese y oportunamente, devuélvanse los autos a origen.

Con lo que se da por finalizado el acto que previa lectura y ratificación, firman los señores Magistrados por ante la Actuaría, que certifica.

Dr. EVALDO D. MOYA - Dr. ROBERTO G. BUSAMIA
Dra. MARÍA ALEJANDRA JORDÁN - Secretaria Subrogante