

///C U E R D O:

En la ciudad de **Paraná**, Capital de la Provincia de Entre Ríos, a los **once** días del mes de **noviembre** de **dos mil veinte**, reunidos los miembros del Excmo. Superior Tribunal de Justicia, a saber: el señor Vocal Dr. **BERNARDO IGNACIO RAMON SALDUNA**, la señora Vocal Dra. **SUSANA MEDINA**, y el señor Vocal Dr. **EMILIO AROLDO EDUARDO CASTRILLON**, asistidos de la Secretaria autorizante fueron traídas para resolver, las actuaciones caratuladas: "**G.D Y OTRA C/ ORGANIZACIÓN DE SERVICIOS DIRECTOS EMPRESARIOS (O.S.D.E.) S/ ACCION DE AMPARO**", Expte. Nº 25016.-

Practicado el sorteo de ley resultó que el tribunal para entender quedó integrado en el siguiente orden: *la señora Vocal Dra. **Medina**, los señores Vocales Dres. **Salduna, Castrillon, Smaldone** y la señora Vocal Dra. **Mizawak**.*-

Examinadas las actuaciones, el Tribunal planteó las siguientes cuestiones:

PRIMERA CUESTIÓN: ¿Existe nulidad?

SEGUNDA CUESTIÓN: Qué corresponde resolver?

TERCERA CUESTIÓN: ¿Qué cabe resolver en materia de costas causídicas?

CUARTA CUESTIÓN: ¿Cómo deben regularse los honorarios profesionales?

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA LA SEÑORA VOCAL DRA. MEDINA, DIJO:

I.- Que, el recurso de apelación deducido contra la sentencia dictada en la acción de amparo, importa también el de nulidad, conforme a lo dispuesto por el art. 16 de la Ley de Procedimientos Constitucionales.-

Consecuentemente, se impone examinar las actuaciones y declarar -aún de oficio- las nulidades que eventualmente pudieran verificarse.-

Ni las partes ni el Ministerio Público Fiscal han denunciado la existencia de vicios invalidantes, y tampoco surgen del análisis de la causa defectos de magnitud que ameriten la declaración de nulidad.-

Así voto.-

A la misma cuestión propuesta el señor Vocal Dr. SALDUNA, dijo:

I.- Adhiero a lo postulado por la ponente, en cuanto a la ausencia de vicios que, por su magnitud y relevancia, conlleven la nulidad del pronunciamiento venido en revisión.-

Así voto.-

A la misma cuestión planteada y a su turno el señor Vocal Dr. CASTRILLON, dijo:

I.- Que damos por reproducidos todos y cada uno de los antecedentes vertidos por la colega que comanda la votación y en virtud de la inexistencia de planteo parcial ni del Ministerio Público que denuncien la presencia de vicios invalidantes y no advirtiendo la presencia de los mismos, adhiero a la no declaración de nulidad propuesta.-

Así voto.-

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA LA SEÑORA VOCAL DRA.

MEDINA, DIJO:

I.- Que, la juez *a quo*, mediante sentencia de fecha 31 de octubre de 2020, hizo lugar a la acción de amparo deducida por las Sras. **G.D y M.J.A.**, contra Organización de Servicios Directos Empresarios (O.S.D.E.), condenando a ésta última a brindar a las amparistas en forma urgente, integral y gratuita, el 100% de la cobertura de: TRATAMIENTO DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA: consistente en "MÉTODO R.O.P.A." a realizarse en la Clínica "PREGNA MEDICINA REPRODUCTIVA" de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, siendo la paciente estimulada la afiliada **G.D**, D.N.I. N° XX.XXX.XXX y la receptora y eventual gestante la afiliada **M.J.A.**, D.N.I. N° XX.XXX.XXX; MEDICACIÓN: a favor de la afiliada **G.D**, D.N.I. N° XX.XXX.XXX, consistente en: B.1.) "PERGOVERIS 150 UL", NUEVE (9) AMPOLLAS; B.2.) "GONAL 300", TRES (3) INYECCIONES; B.3.) "OVIDREL" 1 mg; B.4.) "CETROTIDE", CUATRO (4) INYECCIONES; II.C.- MEDICACIÓN: a favor de la afiliada **M.J.A.**, D.N.I. N° XX.XXX.XXX, consistente en: C.1.) "PROGYNOVA" 2 mg. DOS (2) ENVASES; C.2.) "PROGEST 200", DOS (2) ENVASES por 30 comprimidos cada uno, conforme lo peticionado en el escrito promocional y lo expuesto en el considerando; e impuso las costas a la accionada Organización de Servicios Directos Empresarios (O.S.D.E.) vencida, art. 20 y 31 de la ley N° 8369 y modif.-, no encontrando mérito para eximirla, total o parcialmente (art. 20º L.P.C.).-

Para así decidir, tuvo en cuenta que habiendo acreditado las amparistas, mediante la documentación médica que evidencia la prescripción y necesidad de recurrir al tratamiento específicamente solicitado, y a la par, ponderando que el tratamiento basal de la acción de amparo implicaría para las mismas una mayor participación activa de la pareja en el proceso de procreación por cuanto ambas adoptarán un rol activo durante todo el proceso del embarazo, siendo una la madre biológica y la otra la madre gestante, lo que coayudaría a la salud emocional de las mismas, considera que la alternativa propuesta por la accionada, sobre la cobertura de otros métodos distintos al interesado por las accionantes y por otros prestadores no resultaría equiparable, ni tampoco por cierto superadora, de la pretensión objeto del amparo.-

Señaló que la negativa de la prestación por parte de la demandada bajo el

método y con el prestador interesado por las accionantes en definitiva resulta ser una denegatoria arbitraria, que restringe en grado de ilegitimidad manifiesta el derecho a la salud de las mismas, derecho de rango constitucional afectándose sus derechos sexuales y reproductivos, vulnerando en definitiva el derecho de formar su propia familia, derechos cuyo ejercicio efectivo fuera regulado por la ley 26.862, no resultando como contrariamente expone la demandada el ejercicio de un derecho de manera antojadizo sino por el contrario, habiendo las amparistas precisado las razones o fundamentos por los cuales interesan la cobertura de la prestación por tratamiento de alta complejidad de fertilización asistida a través del "MÉTODO R.O.P.A", las cuales por otra parte fueron señaladas por el perito médico forense, por lo que consideró que correspondía admitir la acción y condenar a la accionada a brindar a las amparistas la cobertura de la prestación en los términos interesados y de las demás prestaciones médicas y medicamentos relacionados, toda vez que la negativa a la concreta prestación demandada importa una denegación y ésta deviene manifiestamente ilegítima de acuerdo con el anclaje normativo cimentado en el art. 42 de la C.N., art. 5 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, aprobada por la Ley 23054 y recepcionada por el art. 75 inc. 22 de la C.N., y los arts. 19 y 21 de la Constitución de Entre Ríos, que reconocen a la salud como derecho humano fundamental.-

Contra dicha decisión se disconformó la parte demandada, interponiendo recurso de apelación (Cfr. Apela -01/11/2020-), siendo concedido con efecto devolutivo (cfr. Apela demandada Concede Recurso de Apelación -01/11/2020 -), obrando presentación de memoriales de parte actora (cfr. Memorial parte Actora -03/11/2020 -) y demandada (cfr. Presenta memorial demandada -04/11/2020 -).-

II.- Corrida vista al Ministerio Público Fiscal, dictamina que se debe revocar el fallo venido en revisión (cfr. Contesta vista MPF 06/11/2020).-

III.- Que, sintetizados de este modo los aspectos relevantes de la causa, debe inicialmente señalarse que es reiterada y pacífica doctrina del Superior Tribunal de Justicia que dada la naturaleza excepcional de los procesos de amparo, de ejecución o de prohibición, la concesión del recurso de apelación (arts. 15 y 16 de la LPC) devuelve al STJ la plenitud de la jurisdicción, colocándolo frente a la demanda en la misma posición que el "a-quo", pudiendo examinar todos sus aspectos, estudiar cuestiones no consideradas en la impugnación y establecer de oficio la existencia de circunstancias impeditivas o extintivas que operen "ipso iure", dotando al Tribunal "ad-quem" de facultad y atribución suficiente para juzgar en su totalidad los hechos y el derecho, actuando respecto de ellos con plena jurisdicción pudiendo, por tanto, ejercer no sólo el "iudicium rescindens" que le permite la

destrucción o revocación de lo resuelto, sino también el "*iudicium rescissorium*", que le autoriza a reemplazar lo resuelto por otra decisión ajustada a derecho y, por sobre todo, sin quedar acotado por los alcances del resolutorio atacado ni por los agravios meramente facultativos (arts. 15 y 16, de la ley citada) que eventualmente pudiera efectuar la parte recurrente.-

IV.- Establecido lo anterior, en forma liminar he de destacar que, el amparo en general es una acción destinada a proteger los derechos constitucionales de toda persona (física o jurídica) contra cualquier acto, hecho, decisión u omisión de autoridades públicas o de particulares que los lesione o amenace en forma actual o inminente, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, y que es un proceso excepcional sólo utilizable en delicadas situaciones en las cuales peligre el ejercicio de derechos fundamentales, pues su apertura, requiere de circunstancias de muy definida excepción, tipificadas por la presencia de arbitrariedad, irrazonabilidad e ilegalidad manifiestas.-

Dentro de este marco, la Ley de Procedimientos Constitucionales regula en sus artículos 1 y 2 los presupuestos de procedencia -sustanciales- de la acción de amparo.-

Se ha dicho que la ilegalidad del acto lesivo -entendido éste en sentido amplio- debe aparecer de modo claro y manifiesto (cfr. MORELLO, Augusto M. y VALLEFIN, Carlos A., El amparo. Régimen procesal, 2ª edición, Librería Editora Platense SRL, La Plata, 1995, pág. 30) por lo cual "...quien demanda por medio del amparo debe alegar y demostrar que es titular del derecho que invoca y que el acto contra el que acciona adolece de ilegalidad manifiesta" (cfr. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, Sala Nº 1 de Procedimientos Constitucionales y Penal en autos "OVIEDO, Ester L. c/ AGUILAR, Lidia I", fallo del 08/03/1999, LL Litoral 2000, pág. 728), debiendo la ilegalidad del "...acto, hecho, decisión u omisión aparecer palmario de las constancias reunidas sin que deba merecer una gran profusión probatoria ni una investigación que exceda la mera apreciación exegética de las probanzas acompañadas a la causa" (cfr. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, Sala Nº 1 de Procedimientos Constitucionales y Penal en autos "GISPERT, Liliana Haydee y otro c/ SGPÉR", fallo del 17/04/2010, DJ 28/10/2010, pág. 44).-

V.- Pues bien, en el presente caso, la parte actora conformada por D.G y M.J.A, de 31 y 36 años de edad respectivamente, han promovido esta acción de amparo peticionando se autorice y provea con carácter INMEDIATO Y URGENTE, y de manera GRATUITA E INTEGRAL, SIN PAGOS DE COSEGUROS, CON UN 100% DE COBERTURA: II.A.- TRATAMIENTO DE REPRODUCCION ASISTIDA: consistente en "MÉTODO R.O.P.A." a realizarse en la Clínica "PREGNA MEDICINA REPRODUCTIVA" de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,

siendo la paciente estimulada la afiliada D.G., D.N.I. N° XX.XXX.XXX y la receptora y eventual gestante la afiliada M.J.A., D.N.I. N° XX.XXX.XXX; y II.B.- MEDICACIÓN: a favor de la afiliada D.G., D.N.I. N° XX.XXX.XXX, consistente en: B.1.) "PERGOVERIS 150 UL", NUEVE (9) AMPOLLAS; B.2.) "GONAL 300", TRES (3) INYECCIONES; B.3.) "OVIDREL" 1 mg; B.4.) "CETROTIDE", CUATRO (4) INYECCIONES; II.C.- MEDICACIÓN: a favor de la afiliada M.J.A., D.N.I. N° XX.XXX.XXX, consistente en: C.1.) "PROGYNOVA" 2 mg. DOS (2) ENVASES; C.2.) "PROGEST 200", DOS (2) ENVASES por 30 comprimidos cada uno.-

Ambas se encuentran afiliadas a la empresa accionada Organización de Servicios Directos Empresarios (O.S.D.E.) (cfr. Documental - 22/10/2020 -), y manifiestan ser una pareja igualitaria con deseos de constituir una familia, realizando diversas consultas médicas a los fines de evaluar la posibilidad de realizar un tratamiento de fertilización asistida, sugiriendo los médicos la realización del denominado "Método R.O.P.A." (recepción de ovocitos de la pareja), explicitando que el método elegido se basa en la composición de la pareja, atento que resulta imposible realizar tratamientos de baja complejidad de manera previa, permitiendo a una pareja igualitaria, formada, en este caso, por dos mujeres que desean ser madres, optar por una "maternidad compartida", participando ambas activamente de todo el proceso, aportando en la medida de sus posibilidades la mayor carga genética y emocional posible que las una con ese hijo/a por nacer, siendo necesario realizar el tratamiento de Fecundación in Vitro (FIV), una técnica de alta complejidad mediante la cual se fecundan los óvulos obtenidos de una de las mujeres con los espermatozoides obtenidos de la muestra de semen del donante, y el embrión resultante es transferido al útero de la mujer que no aportó los óvulos, logrando así que se concrete un embarazo en el que ambas integrantes de la pareja sean protagonistas.-

La postura de OSDE ante el reclamo prestacional formulado en sede extrajudicial consistió en afirmar que el método solicitado no tiene cobertura, replicando en su respuesta vía correo electrónico la normativa que estima de aplicación al caso, dejando asentado allí mismo que a su vez constituye la alternativa ofrecida, y textualmente copia un párrafo del artículo 8 del Decreto N° 956/13, reglamentario de la Ley N° 26862, que refiere: *"En caso que en la técnica de reproducción médicamente asistida se requieran gametos o embriones donados, estos deberán provenir exclusivamente de los bancos de gametos o embriones debidamente inscriptos en el REGISTRO FEDERAL DE ESTABLECIMIENTOS DE SALUD (ReFES)..."*.-

En la instancia judicial mantiene el eje de su rechazo sobre la misma base argumental, remarcando que la única forma que admite la norma para acceder a una

donación de gametos es a través de un banco, y no cualquiera, sino de uno que se encuentre debidamente registrado ante el ReFES; refiriendo que *“...varias instituciones a fin de sortear ésta exigencia que impone la norma han apelado a la llamada “donación en fresco” o al pretendido MÉTODO R.O.P.A, en la que supuestamente no sería necesario acudir a un banco de gametos para la donación del ovocito, pero la norma es lo suficientemente clara para concluir que ello no es admitido -al menos si se pretende acceder a la cobertura de un tratamiento en los términos de la ley 26.862-, en tanto el PEN al reglamentar la norma ha sido taxativo al establecer que en caso de donación de gametos o embriones, éstos deben provenir exclusivamente de un banco de gametos inscripto -y en consecuencia habilitado- por la autoridad de aplicación”*; afirmando seguidamente que *“Desconoce esta parte las razones técnicas y de bioseguridad que la autoridad de aplicación tuvo en miras al imponer tal recaudo, mas es claro que la obra social -también los prestadores- debe cumplir con ellas”*, por lo cual considera debe rechazarse la pretensión de las accionantes de obtener gametos de una fuente distinta a los bancos autorizados al efecto, reputando que dicha pretensión resulta encuadrable en abuso de derecho, acotando que *“...no escapa al entendimiento de esta parte la importancia que puede tener para los accionantes el tener un hijo biológico, pero también debe tenerse en claro que esa no es la única manera de formar una familia y en dicho afán no corresponde que la sociedad en su conjunto -o en este caso los beneficiarios de la obra social deban afrontar el costo de los tratamientos no previstos en la normativa aplicable, y por ende sin cobertura prevista, para satisfacer su deseo de tener un hijo biológico”*, proponiendo como alternativa la cobertura de tratamientos de fertilización asistida en los términos que prevé la ley y la normativa reglamentaria, a través de prestadores propios contratados al efecto, insistiendo en que OSDE no ha negado la prestación, sino las características de la modalidad que se pretende para la misma.-

Puesta a la concreta tarea de abordar el tratamiento y resolución del caso bajo consideración, tras quedar delimitadas las posturas partivas y examinado la prueba obrante en autos, corresponde analizar si la sentencia de grado que hizo lugar a la acción, resulta ajustada a derecho.-

En tal cometido, he de señalar liminarmente que la accionada no formula un cuestionamiento de fondo a la técnica de reproducción medicamente asistida que resultaría de aplicación ni a su legalidad o pertinencia en relación al caso planteado, tampoco controvierte la afiliación a la empresa demandada ni la condición de pareja igualitaria de las coactoras, sino que resiste las características de la modalidad requerida por éstas,

consistente en que se obtengan ovocitos de una de las integrantes de la pareja (D.G), procediéndose a la fecundación in vitro (con los espermatozoides obtenidos del donante), y el posterior implante del embrión resultante en la otra persona que conforma la pareja (M.J.A.), materializándose de este modo la recepción de ovocitos pretendida, postulando la accionada como alternativa acudir a uno de los bancos de gametos o embriones inscriptos en el Registro Federal de Establecimientos de Salud, conforme se desprende de su respuesta en sede extrajudicial, a la que también remite al contestar la acción de amparo.-

En relación a esto último, O.S.D.E. en su memorial de expresión de agravios cuestiona esencialmente que la magistrada *a quo* sostuviera que *“...no resulta un fundamento atendible para sustentar el rechazo de su cobertura, por cuanto dicha exigencia se corresponde a casos en que se deba recurrir a gametos o embriones de un tercero, ajeno a la pareja y no para el caso de autos donde los óvulos pueden ser obtenidos de una de las integrantes de la misma”*, manifestando la recurrente que esta última expresión carece de asidero jurídico y legal, introduciendo una distinción de carácter unilateral y arbitraria que no surgiría de ninguna norma y/o reglamento, violentando así lo dispuesto en el Decreto N°956/2013, reglamentario de la Ley N°26862.-

En este sentido, y en lo que guarda relación con el caso de marras, cabe precisar que el artículo primero de la Ley N° 26862 dispone que *“La presente ley tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida”*, el artículo segundo establece *“A los efectos de la presente ley, se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones.*

Podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación”.-

Por su parte el artículo ocho de la citada ley, dispone: *“Cobertura. 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 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...”.-

Este artículo de la Ley N° 26862 es reglamentado por el artículo 8 del Decreto N° 956/13, del cual invoca la accionada uno de sus párrafos en defensa de su tesis: *“...En caso que en la técnica de reproducción médicamente asistida se requieran gametos o embriones donados, estos deberán provenir exclusivamente de los bancos de gametos o embriones debidamente inscriptos en el Registro Federal de Establecimientos de Salud (ReFES) de la Dirección Nacional de Regulación Sanitaria y Calidad en Servicios de Salud, dependiente del Ministerio de Salud...”.-*

En el contexto reseñado corresponde analizar si el argumento expuesto por la parte accionada posee entidad suficiente para revertir la decisión adoptada en la instancia de grado, y en relación a ello considero que asiste razón a la señora juez *a quo* en cuanto entiende que la exigencia contenida en el párrafo citado del artículo 8 del decreto N° 956/13 PEN, corresponde a casos en que se deba recurrir a gametos o embriones de un tercero, ajeno a la pareja.-

Para ello tengo en cuenta lo dispuesto en el Código Civil y Comercial de la Nación, Libro Segundo Relaciones de Familia, Título V Filiación, Capítulo 2 Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida, en cuanto al abordar la regulación de la filiación en base a estas técnicas, en particular, el artículo 563, que refiere al derecho a la información de las personas nacidas por técnicas de reproducción asistida, dispone que *“La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida **con gametos de un tercero** debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento”.-*

Por su parte, en el Capítulo 5 Determinación de la filiación extramatrimonial, artículo 575, segundo párrafo, dispone que **“Cuando en el proceso reproductivo se**

utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con éstos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena”. En relación a ello, en el Código Civil y Comercial de la Nación comentado (editado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, segunda edición 2016), se explicita que la filiación derivada por TRHA tiene sus reglas propias, cuyo eje central o columna vertebral es la voluntad procreacional (art. 562 CCyC) expresada a través del consentimiento previo, informado y libre debidamente protocolizado (arts. 560 y 561 CCyC), con independencia de que estas personas —o una persona sola— hayan aportado su material genético. En otras palabras, el material genético puede provenir o corresponder a un tercero y, sin embargo, el vínculo filial quedar establecido en quien o quienes prestaron el debido consentimiento, por ser quienes tienen la voluntad de procrear o de ser padres a través del uso de las TRHA.-

Agrego a lo anterior, que respecto al artículo 560 del Código Civil y Comercial, se expresó en la obra mencionada que: “Así, **cuando se utilizan gametos o embriones de terceros** —conf. **Ley 26.862** de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida, **que permite la donación tanto de gametos como de embriones**— la identidad biológica está en quien gesta al niño —que además, debe prestar el correspondiente consentimiento informado—; en cambio, la identidad genética está en cabeza de quien o quienes aportaron el material genético del cual se formó el embrión. ...” (lo resaltado en negrita me pertenece).-

Vale decir que para el legislador las cuestiones que han merecido especial atención al regular las técnicas de reproducción humana asistida son aquellas en las que media la utilización de gametos de terceros, por su relevancia en aspectos ligados principalmente a la identidad y salud (art. 564 CCyC) de las personas nacidas a través de las técnicas de reproducción humana asistida, de allí que cuando el artículo 8 del decreto N° 956/13 alude a gametos o embriones donados, lo hace indudablemente en relación a gametos procedentes del aporte efectuado por un tercero no integrante de la pareja, en cuyo caso sí deberán provenir aquellos de los bancos inscriptos en el Registro Federal de Establecimientos de Salud, lo que resulta inaplicable a casos como el caso de marras, en que ambas personas han puesto de manifiesto su voluntad procreacional (art. 563 CCyC) así como su deseo de conformar una familia.-

En este sentido, cabe traer a colación la postura asumida por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, que en fecha 21 de diciembre de 2016 se expidió en el caso A. y otro c/ Ospoce s/ amparo de salud, el cual

guarda ciertas similitudes con el presente en cuanto a sustrato fáctico y jurídico refiere, ocasión en la que señaló lo siguiente: *“Sobre la necesidad del paso por el registro, en su resolución, este tribunal por mayoría ha sostenido los fundamentos orientados a considerar que la situación que se presenta entre en el caso de marras entre dos mujeres que forman una pareja, es equiparable a la de una pareja heterosexual, donde confluyen gametos de ambos integrantes de la “pareja”, quienes los aportan con voluntad procreacional para generar la vida del hijo de ambos. De ahí que la naturaleza del acto de dar el óvulo para que su pareja -también mujer- lo fecunde (con espermatozoides donados) y desarrolle el crecimiento de la persona por venir no es la del acto jurídico de la donación, sino que es equiparable a la del esposo que participa en la fecundación con el aporte de su gameto; o al de la mujer que con el aporte de su cuerpo, con el espermatozoides de su marido y el óvulo de otra persona, concibe a la nueva persona...”*.-

A mayor abundamiento, he de señalar que la organización familiar basada en parejas del mismo sexo o personas solas, cuenta con reconocimiento y protección convencional a la luz del desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *“Atala Ríffo y niñas vs. Chile”* (Fondo, Reparaciones y Costas), 24/02/2012; *“Caso Fornerón e hija vs. Argentina”* (Fondo, Reparaciones y Costas), 27/04/2012; *“Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica”* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 28/11/2012. En este último caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ratificó que el acceso a la reproducción humana asistida debe estar garantizado legalmente, y expresó que los derechos reproductivos integran los derechos humanos: hay un derecho a procrear y un derecho a no procrear.-

Por ello considero que casos como el que se encuentra bajo consideración deben ser analizados en el marco del derecho a la salud, conforme la definición de la Organización Mundial de la Salud a su respecto, entendiendo que *“La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”*, y en dicho contexto, la negativa opuesta por la entidad de medicina prepaga resulta ilegítima en los términos de los artículos 1 y 2 de la Ley N° 8369 de procedimientos constitucionales, al aplicar y asignar de modo palmariamente irrazonable a un puntual párrafo contenido en una disposición reglamentaria (Decreto N° 956/13 PEN), un sentido y alcance contrario a lo estatuido en el Código Civil y Comercial de la Nación, en la Ley N° 26862, su decreto reglamentario, y los derechos a la salud, sexuales y reproductivos que asisten a la parte actora, por lo que coincido con la solución adoptada en la instancia de

grado en cuanto posibilita que las dos mujeres que desean ser madres, y han optado por una "maternidad compartida", participen activamente, aportando ambas en la medida de sus posibilidades la mayor carga genética, emocional y biológica que las una con ese hijo/a por nacer, protagonizando ambas todo el proceso, erigiéndose esto último señalado en la nota distintiva respecto a otros métodos, lo que denota que la decisión adoptada en las especiales circunstancias fácticas que presenta el caso, es la que refleja adecuadamente el reconocimiento del derecho a la salud como derecho humano fundamental receptado en el artículo 19 de la Constitución de Entre Ríos, erigiéndose la alternativa en cuestión como la más apropiada, sin que puedan equipararse a ella las que aduce ofrecer la accionada al carecer de la particularidad señalada anteriormente; restando solo agregar que tampoco es posible advertir que O.S.D.E. hubiese intentado probar y justificar en concreto por qué la alternativa requerida por las amparistas, prescripta por su Médica tratante (cfr. Documental - 22/10/2020 -), que resultó avalada por el Médico Forense (cfr. Perito Médico eleva informe sobre amparo -28/10/2020 -), sería una carga perjudicial para el resto de los asociados y su organización empresaria, conforme lo manifiesta en su contestación al informe del artículo 8 de la Ley N°8369.-

Lo expuesto hasta aquí entiendo es suficiente para propiciar el rechazo del recurso de apelación interpuesto por la parte accionada, y en consecuencia, confirmar la sentencia venida en revisión.-

Así voto.-

A la misma cuestión propuesta el señor Vocal Dr. SALDUNA, dijo:

I.- Sobre los antecedentes relevantes del caso, me remito al relato de quien comanda este Acuerdo.-

II.- En orden a dar respuesta a la cuestión planteada es relevante subrayar que el art. 17 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos considera a la familia "como elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado".-

Asimismo, "reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención".-

Por lo demás, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en autos "Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica" resaltó que el Comité de Derechos Humanos había señalado que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia.-

En esas mismas actuaciones, el Tribunal argumentó que el derecho a la vida privada se vincula con la autonomía reproductiva y el acceso a los servicios de salud reproductiva. Y, en el punto, se apoyó en el art. 16 e) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer en cuanto dispone que "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (...) e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos".-

La CIDH concluyó que "Este derecho es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad. Así, la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos (...)" y, con transcripción de instrumentos internacionales, precisó que la atención de la salud reproductiva es definida como "el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivo, al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva".-

Por todo lo expuesto, se impone la suerte adversa del remedio intentado por la demandada.-

III.- Según las consideraciones que anteceden, sumados a los fundamentos que desarrolla la Sra. Vocal Dra. Medina, propicio **RECHAZAR** el recurso de apelación articulado por la accionada; y, en consecuencia, otorgar firmeza al pronunciamiento venido en revisión.-

Así voto.-

A la misma cuestión planteada y a su turno el señor Vocal Dr. CASTRILLON, dijo:

I.- Resumidos los antecedentes del caso por la ponente me remito a ellos, en honor a la brevedad, ingresando directamente al tratamiento de la cuestión traída a juzgamiento. En tal cometido, por coincidir en lo sustancial con el fundamento lógico y jurídico desarrollado por la Dra. Medina en su voto, adhiero al mismo, permitiéndome agregar las siguientes consideraciones.-

Tal como lo ha desarrollado profusamente la vocal ponente, el derecho a formar una familia es de raigambre constitucional y convencional, debiendo ser garantizado

legalmente como un derecho humano. En este sentido, la reproducción humana mediante métodos naturales resulta ser la génesis por sobre la cual se erigen todos los derechos basados en la constitución de una familia. Pero estos métodos naturales de reproducción no son viables cuando la pareja está formada por dos personas con órganos reproductivos iguales, ya que resulta necesario una instancia de donación o participación de una persona del sexo biológico contrario.-

Cuando la pareja del mismo sexo está conformada por dos mujeres (como el caso en análisis) comienza a tener incidencia el denominado Método R.O.P.A. (Recepción de Ovocitos de la Pareja), tratamiento por medio del cual se extraen los óvulos de una de las mujeres que conforma la pareja, se fecundan con los espermatozoides obtenidos de la muestra de un donante (3° ajeno), y se implanta el embrión en el útero de la otra mujer (gestante). Este mecanismo supone la participación activa de ambas mujeres en todo el proceso, ya que una de ellas aporta el material genético y la otra el material biológico; es lo que se denomina como "maternidad compartida".-

Efectuada dicha aclaración, cabe destacar que el voto ponente efectúa una ejemplar ponderación de las leyes de Obras Sociales (N° 23.660 y 23.661), como así también de la Ley N° 26.862 y su reglamentación mediante Decreto N° 956/13 PEN. De igual modo, la evolución de la realidad social - familiar receptada por las normas supranacionales y reconocida normativa y empíricamente por el ordenamiento interno, privilegia la razón teleológica en cuanto al concepto de familia, su integración y fortalecimiento en el plano de la salud integral, volitivo y psicológico.-

Resulta ejemplificador de dicho análisis la conclusión a la que se arriba en cuanto a que podrán incluirse en el marco de la Ley N° 26.862 nuevos procedimientos y técnicas desarrolladas mediante avances tecnológicos y científicos cuando estos sean autorizados por la autoridad de aplicación, constituyendo el método R.O.P.A. uno de estos "nuevos" procedimientos a los que alude la normativa nacional.-

Ninguna duda cabe que la exigencia contenida en el párrafo del art. 8 del D.R. N° 956/13 corresponde a casos en que se deba recurrir a gametos o embriones de un tercero ajeno a la pareja. En este sentido y en las actuales circunstancias evolutivas de la sociedad, no podemos dejar de equiparar a una unión entre dos mujeres con una pareja heterosexual, lo contrario sería condicionar la voluntad procreacional de aquélla.-

En este sentido, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, en fallo de fecha 28/10/2018, sostuvo que *"En una pareja heterosexual, el*

hombre que dona su gameto para la reproducción no tiene que pasar por el registro o aportar a la misma obra social que su pareja mujer. Ninguna valoración o interpretación contraria que se haga de la ley parece factible. Admitida esa premisa, cabe preguntarse si habría alguna razón que justifique exigir ese requisito a la mujer que está unida en pareja con otra mujer. Y la respuesta es no. En primer lugar porque esa condición sería impeditiva para ejercer la voluntad procreacional para una pareja de mujeres...".-

En el ámbito convencional internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos "Atala Riffo y niñas vs. Chile", "Caso Fornerón e hija vs. Argentina" y "Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica" cimentaron los precedentes necesarios para que la norma siga detrás de las evoluciones de las relaciones humanas y, con ellos, los derechos que derivan de las mismas, señalando que el acceso a la reproducción humana asistida debe estar garantizada legalmente y define esencialmente un derecho humano medular en la materia "existe el derecho a procrear, no podemos propender a un derecho cuya finalidad sea no procrear".-

Por lo expuesto, adhiero -reitero- a la propuesta de la Dra. Medina, rechazando el recurso de apelación articulado por la demandada, confirmar la sentencia de primera instancia que hacer lugar a la acción de amparo interpuesta en las condiciones requeridas y en los centros referidos por la demandada que aseguren la finalidad perseguida por las amparistas, ya que los mismos no han sido objetados en cuanto a su capacidad, excelencia e idoneidad.-

Así voto.-

A LA TERCERA CUESTIÓN PLANTEADA LA SEÑORA VOCAL DRA. MEDINA, DIJO:

I.- En cuanto a las costas causídicas en esta alzada, propicio imponerlas a cargo de la parte accionada vencida.-

Así voto.-

A la misma cuestión propuesta el señor Vocal Dr. SALDUNA, dijo:

I.- Por haber mediado contención, las costas se imponen a cargo de la vencida (art. 20 LPC).-

Así voto.-

A la misma cuestión planteada y a su turno el señor Vocal Dr. CASTRILLON, manifiesta su adhesión a la solución propiciada por la Dra. Medina y el Dr. Salduna.-

A LA CUARTA CUESTIÓN PLANTEADA LA SEÑORA VOCAL DRA.

MEDINA, DIJO:

I.- En lo atinente a los honorarios profesionales en esta instancia, he de ceñirme a lo establecido en el Acuerdo Plenario celebrado por el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos en fecha 28/10/2019, esto es, el 40% de lo regulado en la instancia de grado.-

Así voto.-

A la misma cuestión propuesta el señor Vocal Dr. SALDUNA, dijo:

I.- Ante esta Alzada, los honorarios de los letrados intervinientes se regulan en un 40% de lo fijado por sus actuaciones en la primera instancia; todo ello, de conformidad al "ACUERDO PLENARIO Nº 1 - ART. 35 LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL - LEY 10.704" del 28/10/2019.-

Así voto.-

A la misma cuestión planteada y a su turno el señor Vocal Dr. CASTRILLON, manifiesta su adhesión a la solución propiciada por la Dra. Medina y el Dr. Salduna.-

Con lo que no siendo para más, se dio por terminado el acto quedando acordada la siguiente **SENTENCIA**, que **RESUELVE:**

1º) ESTABLECER que no existe nulidad.-

2º) RECHAZAR el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada *Organización de Servicios Directos Empresarios (O.S.D.E.)*, contra la sentencia de fecha 31 de octubre de 2020, la que, por los fundamentos de la presente, **se confirma.-**

3º) IMPONER las costas de esta instancia a la demandada vencida.-

4º) REGULAR los estipendios profesionales del **Dr. Facundo Oscar Carnevalini** *-letrado patrocinante de la actora-* en la suma de **Pesos DIEZ MIL NOVECIENTOS VEINTE (\$10.920,00.-)**, y del **Dr. Matías Galimberti** *-letrado apoderado de la demandada-* en la suma de **Pesos SIETE MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y CUATRO (\$7.644,00.-)**, por sus actuaciones en esta Alzada *-cfme. art. 64 del Dec.-Ley Nº 7046, rat. Ley 7503.-*

Protocolícese, notifíquese *-cfme. arts. 1, 4 y 5 Ac. Gral. Nº 15/18 SNE-* y, en estado bajen.-

Dejo constancia que la sentencia que antecede, ha sido dictada el día **once** de **noviembre** de 2020 en los autos **"G.D Y OTRA C/ ORGANIZACIÓN DE SERVICIOS DIRECTOS EMPRESARIOS (O.S.D.E.) S/ ACCION DE AMPARO"**, Expte. Nº 25016, por el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, integrado al efecto el señor Vocal Dr. **Bernardo I. R. Salduna**, la señora Vocal Dra. **Susana Medina Medina** y el señor Vocal Dr. **Emilio A. E. Castrillon**, quienes suscribieron la misma mediante firma electrónica,

conforme -Resolución Nº 28/20 del 12/04/2020, Anexo IV- prescindiéndose de su impresión en formato papel y se protocolizó. Conste.-

Fdo.: ELENA SALOMÓN -SECRETARIA-.-

cdsm

Existiendo regulación de honorarios a abogados y/o procuradores, cumpliendo con lo dispuesto por la Ley 7046, se transcriben los siguientes artículos:

Ley 7046-

Art. 28º: NOTIFICACION DE TODA REGULACION. Toda regulación de honorarios deberá notificarse personalmente o por cédula. Para el ejercicio del derecho al cobro del honorario al mandante o patrocinado, la notificación deberá hacerse en su domicilio real. En todos los casos la cédula deberá ser suscripta por el Secretario del Juzgado o Tribunal con transcripción de este Artículo y del art. 114 bajo pena de nulidad.- No será necesaria la notificación personal o por cédula de los autos que resuelvan reajustes posteriores que se practiquen por aplicación del art. 114.- **Art. 114º. PAGO DE HONORARIOS.** Los honorarios regulados judicialmente deberán abonarse dentro de los diez días de quedar firme el auto regulatorio. Los honorarios por trabajos extrajudiciales y los convenidos por escrito cuando sean exigibles, se abonarán dentro de los diez días de requerido su pago en forma fehaciente. Operada la mora, el profesional podrá reclamar el honorario actualizado con aplicación del índice, previsto en el art. 29 desde la regulación y hasta el pago, con más su interés del 8% anual. En caso de tratarse de honorarios que han sido materia de apelación, sobre el monto que queda fijado definitivamente en instancia superior, se aplicará la corrección monetaria a partir de la regulación de la instancia inferior. No será menester justificar en juicios los índices que se aplicarán de oficio por los Sres. Jueces y Tribunales.-

Fdo.: ELENA SALOMÓN -SECRETARIA-