

Y VISTOS: Estos autos, para resolver sobre el recurso de apelación interpuesto y fundado por la parte demandada —fs. 146/53— contra la resolución obrante a fs. 45/8, mediante la cual la señora magistrada subrogante concedió la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, ordenó a la ObSBA que proceda de inmediato a adoptar las medidas necesarias para cubrir los costos económicos del tratamiento médico pertinente a los fines de que las accionantes puedan acceder a la posibilidad de tener un hijo en común. A fs. 201/03 dictaminó la Sra. Fiscal de Cámara, propiciando que se haga lugar al recurso planteado y revoque la decisión apelada.//-

I. A fs. 1/11 las actoras promovieron acción de amparo contra la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (ObSBA)), con el “objeto de que se la conmine a brindar a las actoras la cobertura económica del tratamiento de fertilización in vitro por técnica ICSI en la institución que aquellas elijan realizarlo”. Las demandantes relataron que forman una pareja desde el año 2003 y que se encuentran con la necesidad imperiosa de tener un hijo entre ambas, siendo ello, biológicamente imposible mediante cualquier método natural. Asimismo, manifestaron que una de la co-actoras (señora M.E.P.), tiene 39 años de edad y presenta un foco endometriósico en ambos ovarios, que de todos modos le impediría quedar embarazada por métodos naturales. Señalaron que el no poder procrear les causaría importantes problemas de salud, en particular en la esfera psicológica y afectiva. Adujeron, por último, que en el caso se encuentran comprometidos diferentes derechos constitucionales que hacen fundamentalmente al derecho a la salud en el sentido más amplio del término. Por todo lo expuesto, solicitaron que se ordene a la ObSBA la cobertura económica de la prestación requerida, toda vez que no () tienen el dinero suficiente para poder solventarlo. A su vez, como medida cautelar, solicitaron que se intime a la ObSBA al pago de la prestación que necesitan para llevar a cabo el tratamiento.-

II. A fs. 45/8 la señora juez subrogante hizo lugar a la medida cautelar solicitada. Para así decidir la sentenciante de primer grado señaló que —en síntesis— la verosimilitud del derecho encuentra sustento la protección constitucional del derecho a la salud integral (art. 20, CCBA) y la carencia de medios económicos, por parte de las actoras, para afrontar este aspecto esencial de su plan de vida, esto es, tener un hijo en común.-

III. Contra ese pronunciamiento se alza la demandada, a tenor de los argumentos que expone en su memorial de fs. 146/53. En síntesis, se agravia por cuanto sostiene que: a) la prestación cuya cobertura se ordena no se encuentra incluida en el Programa Médico Obligatorio;; b) no existe urgencia alguna en la realización del tratamiento de fertilización; y c) la vía del amparo no resulta idónea para ventilar la cuestión objeto del proceso.-

IV. A fs. 201/03 dictaminó la Sra. Fiscal de Cámara, opinando que debería revocarse la decisión apelada. En tal sentido, resaltó que la resolución 133/ObSBA/06 —que actualizó la disposición 56/OSBA/04— dispuso la aplicación del PMO aprobado por el Ministerio de Salud de la Nación en el ámbito de la obra social. Luego, destacó que el tratamiento en cuestión no se halla dentro de las prestaciones básicas que deben obligatoriamente ser cubiertas por la ObSBA. Por tanto, concluyó que la omisión invocada por las demandantes no justifica la medida cautelar pretendida. Sostuvo, a su vez, que corresponde reconducir la acción por la vía ordinaria.-

V. En primer lugar, cabe expedirse acerca de la procedencia de la vía procesal escogida, esto es, la acción de amparo, con sustento en que no se verifica en la especie la configuración de una ilegalidad o arbitrariedad manifiesta en el proceder de la parte demandada. Sobre este aspecto, no es posible ignorar que, tal como este Tribunal ha señalado en otras oportunidades, la acción de amparo procede contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos o garantías reconocidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes de la Nación, la Constitución de la Ciudad, las leyes dictadas en su consecuencia y los tratados interjurisdiccionales en que la Ciudad sea parte, de conformidad con lo establecido por los artículos 43, CN y 14, CCBA. Como lo ha declarado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta requiere que la lesión de los derechos o garantías resulte del acto u omisión de la autoridad pública en forma clara e inequívoca, sin necesidad de un largo y profundo estudio de los hechos o de un amplio debate y prueba (Fallos, 306:1253; 307:747). Sin embargo, no por ello puede calificarse al amparo como una acción excepcional. Por el contrario, toda vez que ésta constituye una garantía constitucional, para tutelar de modo rápido y eficaz los derechos y las garantías establecidas para protegerlos, la procedencia de aquél debe ser analizada con criterio razonablemente amplio, resultando admisible siempre que el proceder impugnado reúna las características y efectos que prevén los textos constitucionales. Por ende, esta Sala entiende que el recaudo señalado —arbitrariedad o ilegalidad manifiesta— se relaciona estrechamente con la exigencia y la necesidad de desplegar una mayor o menor actividad probatoria y, consecuentemente, la amplitud del debate sobre los hechos. Así pues, cuando la materia en análisis se refiere a cuestiones de derecho, y cuya dilucidación requiere a lo sumo sencillas medidas probatorias que no importan un dispendio de tiempo incompatible con la celeridad y la urgencia del amparo, esta acción es una vía idónea. Más aún, es dable advertir que otros tribunales —incluso la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación—, se han adentrado a tratar y resolver cuestiones que importaron un debate complejo o difícil; y, por ende, su resolución ha demandado un lapso de tiempo prolongado, conclusión que se patentiza, por ejemplo, en las acciones de amparo vinculadas a la pesificación. Por ello, el amparo resultará idóneo siempre que, conforme a la prudente ponderación de las circunstancias del caso, la acción u omisión cuestionada reúna prima facie los caracteres de ilegitimidad y/o arbitrariedad manifiesta y, asimismo, ocasione —en forma actual o inminente— una lesión, restricción, alteración o amenaza de derechos o garantías constitucionales o legales. Una interpretación diferente importaría limitar indebidamente el carácter operativo de la garantía constitucional. Según lo ha puesto de relieve la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Si bien la vía excepcional del amparo, en principio, no sustituye las instancias ordinarias judiciales para llevar cualquier cuestión litigiosa a conocimiento de la Corte, siempre que aparezca de un modo claro y manifiesto el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del recurso de amparo, a fin de que el curso de los procedimientos ordinarios no torne abstracta o tardía la efectividad de las garantías constitucionales” (cf. “San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción de amparo” [Fallo en extenso: eDial - AA156F], sentencia del 05/03/2003, T. 326, P. 417).-

VI. Ahora bien, no obstante lo expuesto, el tratamiento del recurso de apelación impetrado por la ObSBA requiere ineludiblemente considerar lo resuelto por el Tribunal Superior de Justicia en los “Ayuso, Marcelo Roberto y otros c/ Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido” [Fallo en extenso: eDial.com - AA5783], sent. del 26 de agosto de 2009, pues allí se debatieron cuestiones similares a las planteadas en esta causa. En dicho precedente, el TSJ por mayoría resolvió: 1) hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad deducido por la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires; 2) revocar las sentencias de las instancias de mérito que

habían hecho lugar al amparo; 3) devolver los autos a la Cámara de Apelaciones para que se asigne la causa a otro magistrado de primera instancia, quien deberá reconducir el trámite por la vía ordinaria del Código Contencioso Administrativo y Tributario; y 4) distribuir las costas de todo el proceso por su orden. En sustento de esta decisión se argumentó que: “el amparo constituye una herramienta prevista por el ordenamiento jurídico para prevenir o subsanar lesiones a derechos exigibles, ante actos u omisiones que presenten una arbitrariedad o ilegalidad manifiesta.” Por lo tanto, aquellas pretensiones que requieren un debate amplio, no solo de los hechos sino también del derecho, o que necesiten la producción de distintas medidas probatorias para su dilucidación, resultan inconciliables con la vía del amparo. Y es que el carácter manifiesto de la ilegalidad o arbitrariedad de la conducta lesiva, es el que permite justificar las limitaciones al ejercicio del derecho de defensa del demandado, impuestas por las reglas del amparo. Por ello, la arbitrariedad o ilegitimidad del acto u omisión no resultan suficientes; antes bien, la Constitución exige que aquéllas emerjan en forma “manifiesta”, esto es, que surjan con evidencia del acto mismo, caso contrario la pretensión deberá tramitar por las vías ordinarias, como lo ha dicho la Corte Suprema en forma reiterada al sostener que “El amparo es un proceso excepcional, utilizable en las delicadas y extremas situaciones en las que por carencia de otras vías aptas, peligra la salvaguarda de derechos fundamentales, y exige para su apertura circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas que ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, originan un daño concreto y grave, sólo eventualmente reparable por esta vía urgente y expeditiva’ ... ” (voto de la Dra. Conde). A su vez, también se dijo que “Más allá de tratarse la salud de un derecho reconocido a nivel constitucional, en la Constitución Nacional como en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en diversas convenciones internacionales, lo cierto es que existe una amplia legislación reglamentaria en la cual se basó la demandada para rechazar la solicitud de los accionantes, situación ésta que no permite aseverar sin lugar a dudas que haya habido arbitrariedad o ilegalidad manifiesta en la conducta de la ObsBA. Tanto el art. 43 CN como el art. 14 CCABA exigen, para la procedencia de la acción de amparo, que la acción u omisión lesiva se haya llevado adelante con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta. Por su parte, la ObsBA indicó, desde un primer momento, la inidoneidad de la vía conforme a los requisitos constitucionales previstos para ella, toda vez que ajustó su actuar a la normativa vigente y al PMO, que no contemplaba la prestación solicitada dentro de las que debía atender obligatoriamente, y la sentencia le fue adversa. Por esta razón, su planteo configura un caso constitucional. En consecuencia, no puede aseverarse que la ObsBA haya omitido un deber que estaba obligada a cumplir conforme a la ley. Por lo tanto, su conducta no puede calificarse como manifiestamente arbitraria o ilegal, requisito éste ineludible para la procedencia del amparo, según la misma definición constitucional. Resulta, entonces, que tiene razón el recurrente: el amparo no es la vía idónea para tramitar esta causa porque la pretensión no fue dirigida contra un acto dictado con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta. Pero no sólo por este motivo directo considero que debe descartarse esta vía procesal en el caso de autos, sino que además —y fundamentalmente— observo que aplicar las reglas del amparo significa un menoscabo a la defensa posible del demandado, en este caso, la ObsBA, el recurrente, derecho garantizado constitucionalmente (art. 13, inc. 3, CCBA y art. 18, CN). Como ya lo he sostenido en las causas “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado” en ‘Parcansky, Manuel Jorge c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)”, expte. nº 4970/06, sentencia del 5 de junio de 2007, y “Cacace, Nelvi Bilma c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. nº 6036/08, y su acumulado “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Cacace, Nelvi Bilma c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)”, expte. nº 6025/08, sentencia del 1 de diciembre de 2008, no es menester abundar en ejemplos pues, con sólo advertir que la demanda debería haberse trasladado efectivamente al demandado, en un plazo que, por tratarse de una persona jurídica estatal, resulta significativamente mayor al ordinario, que también debería haber existido un procedimiento probatorio y que la sentencia debería estar regida por el principio de la carga probatoria, disponemos de elementos suficientes para identificar las diferencias entre este contradictorio y aquél aplicado en el caso ... Como ya lo he dicho en los casos arriba citados, no resulta legítimo, por regla, reemplazar

procedimientos judiciales previstos en la ley procesal por el amparo como trámite más sencillo y rápido, teóricamente ...” (voto del Dr. Maier).-

VII. En consecuencia, y sin perjuicio de la opinión de cada uno de los miembros de este Tribunal con respecto a la procedencia de la vía elegida en este caso particular, a fin de respetar el principio de economía procesal y la tutela judicial efectiva —que incluye el derecho de las partes de evitarse dispendios jurisdiccionales innecesarios—, corresponde seguir el criterio adoptado por el TSJ en el precedente “Ayuso”[Fallo en extenso: elDial.com - AA5783] y, en consecuencia, hacer lugar al agravio en examen. Así, corresponde disponer que, una vez devueltos los autos a primera instancia, la señora magistrada titular del juzgado de origen reconduzca el trámite de la causa por la vía ordinaria.-

VIII. Corresponde ahora expedirse sobre los agravios tendientes a cuestionar la medida cautelar otorgada.-

VIII.1 Al respecto, cabe recordar que con respecto a las medidas cautelares en el proceso administrativo la doctrina, la jurisprudencia y la legislación tradicionalmente han exigido como recaudos de admisibilidad la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y la no afectación del interés público, sin perjuicio de la complementaria fijación de una contracautela (esta Sala, in re “Rubiolo Adriana Delia y otros c/ G.C.B.A. s/ Amparo”.; “Carrizo, Atanasio Ramón c/ G.C.B.A. s/ Medida cautelar, expte. 161/00; “Salariato, Osvaldo c/ G.C.B.A. s/ Impugnación de actos administrativos s/ Incidente de apelación-medida cautelar”[Fallo: elDial - BG277], expte. 1607/01, “Casa Abe S.A. c/ G.C.B.A. s/ Acción meramente declarativa-art. 277 CCAyT) s/ Incid. apelación contra resolución de fs. 108/9 y aclaratoria de fs. 119”[elDial.com - BG1A1] expte. 271, entre muchos otros precedentes). Así, el art. 177, CCAyT, establece que las medidas cautelares son todas aquellas que tienen por objeto garantizar los efectos del proceso, incluso aquellas de contenido positivo y la suspensión del acto administrativo impugnado, aunque lo peticionado coincida con el objeto sustancial de la acción. El art. 177 agrega que aquel que tuviera fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, este pudiera sufrir un perjuicio inminente o irreparable, puede solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueran más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia, aún cuando no estén expresamente reguladas. Es oportuno señalar que el dictado de las providencias precautorias no exige un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido; aun más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto, que no es otra cosa que atender a aquello que no excede el marco de lo hipotético, dentro del cual agota su virtualidad (C.S.J.N., doct de Fallos: 316:2060, entre otros precedentes). En efecto, la verosimilitud del derecho sólo requiere la comprobación de la apariencia del derecho invocado por el actor (esta Sala, in re “García Mira, José Francisco c/ Consejo de la Magistratura s/ Impugnación de actos administrativos”, expte. 8569/0, pronunciamiento del 03/3/04). El peligro en la demora, por su parte, se identifica con el riesgo probable de que la tutela jurídica definitiva que aquél aguarda de la sentencia a pronunciarse en el proceso principal no pueda, en los hechos, realizarse, es decir que, a raíz del transcurso del tiempo, los efectos del fallo final resulten prácticamente inoperantes (Palacio, Lino E., Derecho procesal civil, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, t. VIII, págs. 32 y 34; esta Sala, in re “Ortiz Célida y otros c/ GCBA s/ Amparo s/ Incidente de apelación”, expte. 2779). Tal como lo ha puesto de relieve anteriormente esta Cámara, estos requisitos se encuentran de tal modo relacionados que, a mayor verosimilitud del derecho, es menor la exigencia del peligro del daño, e inversamente, cuando existe el riesgo de un daño extremo e irreparable el rigor del fumus se debe atemperar (esta Sala, in re “Ticketec Argentina S.A. c/ GCBA”, resolución del 17/7/01; Sala II in re “Tecno Sudamericana S.A. c/ GCBA s/ Impugnación de actos administrativos”, resolución del 23/5/01, entre muchos otros precedentes).-

VIII.2 Bajo estas premisas, corresponde verificar si en el caso se configuran los recaudos necesarios para la procedencia de la tutela precautoria, teniendo en cuenta los agravios planteados al respecto por la recurrente.-

VIII.3 Tal como este Tribunal ha señalado anteriormente, el derecho a la salud se halla íntimamente relacionado con el derecho a la vida y el principio de autonomía personal y se encuentra reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional (CN, art. 75, inc. 22), entre ellos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12, inc. C), la Convención sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica- (art. 4 y 5), y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6, inc. 1). También destacó que, en el ámbito local, existe una abundante legislación que tiende a la protección específica del derecho constitucional a la salud (art. 20, CCABA; ley nº 153, etc.; in re “Centro de Educación Médica e Investig. Clínicas (C.E.M.I.C.) contra GCBA sobre otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apel.”, expte. RDC 765 / 0, 12/8/05, entre otros). Por su parte, la Corte Suprema tiene dicho que “el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional” y que “el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental”. Asimismo, el Tribunal expresó “la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga” (“Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986” [Fallo en extenso: elDial.com - AA4BD], sent. del 1º de junio de 2000, “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social. Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas” [Fallo en extenso: elDial.com - AA625], sent. del 24-10-2000; fallos 323:3229. Doctrina reiterada en la causa “I., C. F c/provincia de Buenos Aires s/ amparo” [Fallo en extenso: elDial.com - AA4BE8], sent. del 30-09-2008; fallos 331:2135).-

VIII. Sentado lo anterior, y sin perjuicio de lo expuesto, cabe destacar que la prestación cuya cobertura solicitan las actoras (tratamiento de fecundación asistida por la técnica FIV-ICSI, o bien aquella que resulte la mejor opción desde el punto de vista médico) no se encuentra incluida dentro de las prestaciones básicas esenciales del Programa Médico Obligatorio vigente, cuya aplicación en el ámbito de la ObsBA surge del art. 1º de la resolución 133/06 emitida por el presidente de esa obra social. A su vez, el panorama jurisprudencial en la materia, esto es, la cobertura de la prestación requerida por las amparistas, exhibe criterios dispares. Así, mientras para algunos tribunales la verosimilitud del derecho es indudable, para otros —en cambio— se trata de una cuestión de elucidación compleja. En este contexto, determinar si el tratamiento solicitado debe ser cubierto por la demandada constituye una cuestión indudablemente muy controvertida, que excede el acotado marco de conocimiento propio de una medida cautelar. Ello necesariamente conduce, a su vez, a concluir que el derecho esgrimido no aparece, en esta etapa inicial, como suficientemente verosímil. Por ello, esta Alzada considera que cabe hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la demandada y, en consecuencia, revocar la medida cautelar otorgada (cfr. doctrina de esta Sala, por mayoría, in re “Murua, Karina Inés c/ ObSCBA s/ otros procesos incidentales”, EXP nº 30843 / 1, sentencia del 23/10/2009, y “César, Gladys Noemí c/ ObsBA s/ amparo”, EXP nº 29822/0, resolución del 05/04/2010).-

VOTO DEL DR. CARLOS F. BALBÍN:

I. En atención a lo resuelto por el TSJ en el precedente “Ayuso, Marcelo Roberto y otros c/ Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido” [Fallo en extenso: elDial.com - AA5783], sentencia del día 26 de agosto de 2009, a fin de respetar el principio de economía procesal y la garantía de la tutela judicial efectiva —que incluye el derecho de las partes de evitarse dispendios jurisdiccionales innecesarios—, adhiero a los considerandos I a VII del voto que antecede. No obstante, dejo a salvo mi opinión en el sentido de que, a la luz del criterio de este Tribunal sobre la procedencia del amparo expuesto en el considerando V, y teniendo en cuenta que en el presente caso las actoras han cuestionado la omisión de la ObSBA de cubrir el tratamiento de fertilización asistida solicitado —proceder que consideran palmariamente arbitrario e ilegítimo—, y que ello tiene directa incidencia en su derecho a la salud (art. 20, CCBA, y tratados internacionales con jerarquía constitucional), el cauce procesal escogido resulta procedente.-

En mérito a las consideraciones vertidas, textos legales y jurisprudencia citados, y habiendo dictaminado el Ministerio Público Fiscal; el Tribunal RESUELVE: 1) hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la demandada y, en consecuencia: a) disponer que, una vez devueltos los autos a primera instancia, la señora magistrada titular del juzgado de origen reconduzca el trámite de la causa por la vía ordinaria; b) revocar la medida cautelar. 2) Sin costas, toda vez que la parte actora resulta vencida en la incidencia (art. 14, CCBA). Regístrese. Notifíquese —a la señora Fiscal de Cámara en su despacho— y oportunamente devuélvase.-

DISIDENCIA DEL DR. HORACIO CORTI:

I. Adhiero a las constancias de la causa y a las normas legales y doctrina reseñadas en los considerandos I a VI del voto de mis colegas preopinantes. No obstante, disiento con la solución propuesta.-

II. En primer lugar, toda vez que en autos se encuentra involucrada la salud de las amparistas, es preciso hacer referencia a la normativa relativa a la protección del derecho a la salud, el cual se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida y el principio de la autonomía personal (esta Sala, in re “Lazzari, Sandra I. c/ O.S.B.A. s/ otros procesos incidentales”, EXP 4452/1; CSJN, in re (“Asociación Benghalensis y otras c/ Estado Nacional” [Fallo en extenso: elDial.com - AA4BD], 6/1/00, Fallos, 323:1339; del dictamen del Procurador General de la Nación, que fue compartido por el Tribunal). En este orden de ideas, es oportuno destacar que instrumentos internacionales sobre derechos humanos que cuentan con rango constitucional (art. 75, inc. 22, CN) consagran el derecho a la salud. Así, conforme la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a —entre otros aspectos— asistencia médica (art. XI). Con similar orientación, la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure —entre otros beneficios— la salud, el bienestar, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (art. 25.1). Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (art. 12.1). En el orden local, el art. 20 de la Constitución Local, garantiza el derecho de los ciudadanos a la salud integral. Corresponde poner de relieve que la protección constitucional del derecho a la salud resulta operativa. En efecto, el art. 10, CCABA, establece que rigen todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y

que se ratifiquen. Y agrega que “[l]os derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos”.-

III. En particular, cabe referirse a la salud sexual, uno de los aspectos del derecho a la salud. Al respecto, cabe destacar la ley nacional 25.673 que creó el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable fijando entre sus objetivos garantizar a toda la población el acceso a métodos y prestaciones de servicios referidos a la salud sexual y procreación responsable (art. 2, inc. f). En el ámbito de la Ciudad, el art. 21 de la Constitución local establece que la Legislatura deberá sancionar una Ley Básica de Salud que, entre otras cuestiones, promueva la maternidad y paternidad responsables, poniendo a disposición de las personas métodos y prestaciones de servicios que garanticen sus derechos reproductivos (inc. 4). En cumplimiento de ese mandato constitucional, se dictó la ley 153 —Ley Básica de Salud de la Ciudad de Buenos Aires- la cual también garantiza el derecho a la salud integral (art. 1) y reconoce a las personas el ejercicio de los derechos reproductivos, incluyendo el acceso a métodos y prestaciones que los garanticen (art. 4, inc. n). A su vez, la ley 153 se complementa con la legislación específica (art. 48, inc. k), en el caso, la ley 418 de Salud Reproductiva y Procreación Responsable. Ésta establece como uno de sus objetivos específicos “orientar las demandas referidas a infertilidad y esterilidad” (art. 4, inc. i) (énfasis agregado en todos los casos).-

IV. Del marco normativo descripto surge prima facie el reconocimiento a las personas del derecho a la salud integral y, en particular, el ejercicio de los derechos reproductivos, incluyendo el acceso a métodos y prestaciones que los garanticen.-

V. Asimismo, no debe perderse de vista que la cuestión aquí planteada tiene estrecha relación con el derecho a constituir una familia, cuya protección integral encuentra sustento tanto en la Constitución Nacional como en la Local (arts. 14 bis y 37, respectivamente). Asimismo, también los tratados internacionales con rango constitucional garantizan el derecho a constituir una familia, considerándola el elemento natural y fundamental de la sociedad (art. IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 16.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 17.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y art. 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). En especial, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales afirma que “se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución ...” (art. 10.1) (énfasis agregado).-

VI. Sentado lo anterior, cuadra resaltar que la OSBA se encontraría obligada a garantizar a sus afiliados el ejercicio de tales derechos. En este sentido, la ley 472 creó la OSBA, estableciendo que es continuadora del Instituto Municipal de Obra Social y tiene el carácter de ente público no estatal, organizado como instituto de administración mixta con capacidad de derecho público y privado, contando con individualidad jurídica y autarquía administrativa y económico financiera (art. 1). Su objeto consiste en “...la prestación de servicios de salud que contengan acciones colectivas e individuales de promoción, prevención, atención, recuperación y rehabilitación”. Asimismo, — conforme el art. 21 (sobre asignación de recursos)— “la obra social planificará y organizará la prestación de sus servicios otorgando absoluta prioridad a las acciones orientadas a la prevención, atención y recuperación de la salud de sus afiliados, estando facultado el Directorio para aprobar todas las disposiciones necesarias para posibilitar tal objetivo”. En especial, el art. 2, inc. c, de la ley 472 prescribe que la obra social se rige, entre otras normas, por la citada ley 153 (Ley Básica de Salud), que como ya se dijo reconoce el ejercicio de los derechos reproductivos, incluyendo el acceso a métodos y

prestaciones que los garanticen. A su vez, la propia ley 153 establece que son derechos de las personas “en su relación con el sistema de salud y con los servicios de atención” (art.4); puntualizando que “el Sistema de Salud está integrado por el conjunto de recursos de salud de dependencia: estatal, de la seguridad social y privada que se desempeñan en el territorio de la ciudad” (énfasis agregado). Así las cosas, resultaría en principio una obligación de la obra social aquí demandada asegurar el ejercicio de los derechos reproductivos de sus afiliados y el acceso a métodos y prestaciones que los garanticen. Por eso, la circunstancia de que el tratamiento solicitado por los actores no se encuentre incluido en el Programa Médico Obligatorio no obstaría prima facie a la procedencia de su cobertura toda vez que el complejo de normas aplicable a la demandada descripto supra le impondrían el deber de cobertura del mismo. Más aún, la disposición 56-Ob.SBA/04 —actualizada por la resolución 133/06— establecería que dicho Programa es aplicable en el ámbito de la OSBA aclarando expresamente que dicha implementación será sin perjuicio del cumplimiento de lo establecido en, entre otras, la ley 153 (art. 1).-

VII. En este contexto normativo, debe analizarse la prueba documental que obra en el expediente 35403/0, en trámite ante el Juzgado Nº 5, Secretaría Nº 10 (cuyos originales se encuentran agregados a los autos mencionados), a la cual accedió personal de la Secretaría de esta Sala mediante la consulta del expediente referido en la mesa de entradas de aquel juzgado. Así las cosas, a fs. 30/33, obra el informe psicológico de la profesional Dra. V.P. donde allí señaló que “respecto a su afectividad de base presentan un modo muy sensible por el temor a no poder hacer llegar a hacer realidad el deseo de la maternidad lo que las conecta luego con el sentimiento de discriminación, entiéndase discriminación por homofobia”. Por último, y sólo a mayor abundamiento, cuadra resaltar que según lo manifestado, las actoras no contarían con los medios económicos suficientes para afrontar el costo del tratamiento indicado. Así las cosas, considero que existen pruebas suficientes que acreditarían —por un lado— el derecho de los actores a la cobertura del tratamiento de fertilización asistida solicitado, y —por el otro— la urgencia con que debería realizarse.-

VIII. Lo expuesto basta para considerar que la tutela preventiva dispuesta por el magistrado de grado encuentra suficiente fundamento jurídico, en tanto tiende a preservar el ejercicio de los derechos reproductivos de los actores, evitando las eventuales consecuencias dañosas posibles que se podrían producir por la falta de realización oportuna del tratamiento de Fertilización In Vitro. Ello resulta suficiente para tener por configurado el peligro en la demora y la verosimilitud del derecho y —en consecuencia— corresponde confirmar la decisión de grado.-

En mérito a las consideraciones vertidas, textos legales y jurisprudencia citados, y de conformidad con lo dictaminado por el Ministerio Público Fiscal; el tribunal RESUELVE: 1) hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la demandada y, en consecuencia, revocar la resolución de fs. 45/8;; y 2) Sin costas todas vez que los actores resultan vencidos en la incidencia (art. 14 CCABA). Regístrese, notifíquese al Ministerio Público en su despacho. Devuélvase, encomendándose el cumplimiento de las restantes notificaciones al juzgado, conjuntamente con la providencia que haga saber la devolución de los autos.//-

Fdo.: Carlos F. Balbín - Horacio G. A. Corti - Inés Weinberg