



Poder Judicial de la Nación

FC

CÉDULA DE NOTIFICACIÓN

14000000230090



TRIBUNAL: CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA, SITO EN
DIAG. PUEYRREDON 3138

FECHA DE RECEPCIÓN EN NOTIFICACIONES:

Sr.: MUÑOZ CAROLINA
Domicilio: 27232238181
Tipo de Domicilio: Electrónico
Carácter: Sin Asignación
Observaciones Especiales: Sin Asignación

	41053910/2013				CIVIL	S	N	N
Nº ORDEN	EXPTE. Nº	ZONA	FUERO	JUZGADO	SECRET.	COPIAS	PERSONAL	OBSERV.

Notifico a Ud. la resolución dictada en los autos:

Incidente Nº 1 - ACTOR: DIAZ, NANCY AZUCENA Y OTRO
DEMANDADO: OBRA SOCIAL FEDECAMARAS Y OTRO s/INC
APELACION

Que con fecha 08 de octubre de 2014 se ha dictado la siguiente resolución,
cuya copia se adjunta a la presente. Conste.-

QUEDA UD DEBIDAMENTE NOTIFICADO

Mar del Plata, de octubre de 2014.



Poder Judicial de la Nación

Fdo.: ARIEL IVAN VLASICH, PROSECRETARIO ADMINISTRATIVO

Ende.....de 2014, siendo horas

Me constituí en el domicilio sito en.....

.....

Y requerí la presencia de.....

y no encontrándose

fui atendido por:

.....

D.N.I; L.E; L.C; N°.....

Ni respondiendo persona alguna a mis llamados, requerí la presencia de un testigo quien manifiesta ser:

.....

.....

Acto seguido , e impuesto del motivo de mi presencia , le hice entrega de

procedí a fijar en el acceso de la vivienda una copia de la presente

FIRMADO ANTE MI PARA CONSTANCIA.-



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

///del Plata, 08 de octubre de 2014.-

VISTOS:

Estos autos caratulados “**Incidente de apelación en autos DIAZ, Nancy Azucena y otro c/ OBRA SOCIAL FEDECAMARAS y otro s/ Leyes especiales**”. Expediente 41053910/2013/1, procedente del Juzgado Federal Nro. 4, Secretaría Nro. 3 de esta ciudad.-

Y CONSIDERANDO:

El Dr. Tazza dijo:

Que llega el incidente a esta Alzada, en virtud del recurso de apelación incoado a fs. 96/98 por los amparistas, contra la resolución de fs. 95 que rechaza la medida cautelar peticionada (tratamiento de reproducción asistida de alta complejidad -FIV-ICSI- con obtención previa de espermatozoides mediante biopsia (TESE) en el Centro Especializado en reproducción “CRECER”).-

Agravia a los recurrentes el rechazo de la medida cautelar por cuanto importa un evidente daño a salud (especialmente a la salud reproductiva, derecho a procrear y el derecho a la fertilización humana asistida), el derecho de fundar una familia, como también a la protección integral de la misma y al derecho a la integridad y dignidad personal.-

Expresan que existen en el expediente elementos de convicción suficientes como para tener por acreditado en el caso particular el extremo de verosimilitud en el derecho que requiere el dictado de la medida y que, asimismo, resultan patentes la conducta y la arbitrariedad señaladas.-

Adunan que surge de autos el cuadro de salud por el que atraviesa la pareja, como así también la necesidad de contar con premura con la cobertura integral del costo del TRATAMIENTO DE REPRODUCCION ASISTIDA DE ALTA COMPLEJIDAD FIV-ICSI CON TESE en el CENTRO ESPECIALIZADO EN REPRODUCCION CRECER de esta ciudad.-



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

Por último, hacen reserva del caso federal y peticionan se revoque el decisorio atacado y se haga lugar a la medida cautelar peticionada.-

A fin de obtener una solución justa, debo valorar la trascendencia de los derechos que se encuentran comprometidos en autos, surgen así el derecho a la vida, a la salud y a la integridad psico- física de los actores.-

Las referidas prerrogativas constituyen postulados básicos que corresponden a todo individuo por su mera condición de ser humano.-

La doctrina ha llamado a las mencionadas facultades “derechos humanos”, recogidos por nuestra Constitución Nacional, que son intrínsecamente universales y les corresponden a todos sin discriminación; esto último como corolario del principio de igualdad.-

Y resulta importante destacar que la protección y promoción de estos derechos concierne tanto al ámbito nacional como provincial.-

El derecho a la vida, mejor dicho no sólo a la vida sino también a una buena calidad de vida y por consiguiente a una adecuada atención médica, tiene un papel central en la sistemática de los derechos humanos, ya que tiene por contenido un bien humano más básico que todo el resto, pues resulta ser la condición necesaria, primera y más fundamental para la realización de los otros bienes; por otra parte, tiene por objeto a la misma existencia sustancial del hombre, que es el sustrato en el que inhiere las restantes perfecciones humanas, existencialmente autónomas.

En consecuencia, la contracara de este derecho consiste en una obligación activamente universal: “activamente” porque no consiste en una abstención y omisión, sino en un dar o en un hacer algo positivo (habilitar las prestaciones a favor de la salud, por ejemplo) y “universal” porque la misma obligación activa existe ante o frente a toda la sociedad y no frente a uno, a cada uno, o a varios de sus miembros individuales: existe frente al conjunto plural de todos, para disponibilidad y acceso de cualquiera que demande su cumplimiento.

Es por ello, y siguiendo al maestro Bidart Campos (“Casos de Derechos Humanos”, Ediar, p. 311) que entiendo que no se puede caer en la abstracción de



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

teorizar el derecho a la vida, a la salud, y a la atención médica sin asignarle en cada situación el contenido de la prestación posible que es debida.

La valoración, sin duda, no está ausente en este itinerario que, sobre todo a cargo de los jueces, exige recorrer la Carta Magna para que cada caso reciba, con su aplicación, la cobertura más justa posible. Y no debo soslayar el especial padecer que inviste a los accionantes, de allí que no corresponde dilatar más aún su situación con el amparo de decisiones que no se adecuan con las delicadas circunstancias de la realidad.

Por otra parte, debo considerar el carácter de la medida cautelar aquí debatida. Recordemos que su finalidad consiste en evitar que se tornen ilusorios los derechos de quien las solicita, ante la posibilidad de que se dicte una sentencia favorable. Es decir, que se trata de sortear la posible frustración de los derechos de las partes a fin de que no resulten inocuos los pronunciamientos que den término al litigio.

En relación con el remedio pretendido en autos, se trata de una de las llamadas “cautelares genéricas”, que tienden a satisfacer una necesidad de aseguramiento provisional a cuyo respecto resultan insuficientes las medidas cautelares expresamente contempladas en la ley procesal; o sea, son como las denomina la doctrina “poder cautelar residual” (Colombo, Código Procesal Civil y Comercial, T I, pág. 389), y dentro de esta clase, la innovativa pretende que alguien deje de hacer algo en sentido contrario al representado por la situación vigente y que de alguna manera le afecta ostensiblemente.

La esencia de las medidas cautelares innovativas consiste en enfocar sus proyecciones –en tanto dure el litigio- sobre el fondo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo. Tales medidas están orientadas a evitar la producción de perjuicios que se podrían producir en caso de inactividad del magistrado, tornándose de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del pronunciamiento de la sentencia definitiva.



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

Este tipo de remedio es una decisión excepcional, pues altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado. Como configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa —que no por ello comporta prejuzgamiento sobre el fondo de la cuestión¹—, resulta justificada una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión.

A ese fin, es preciso indagar sobre el cumplimiento de la exigencia procesal atinente a los presupuestos que las medidas cautelares deben ostentar para pensar en su viabilidad; o sea, la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora.

Los Jueces deben ser cautos en la concesión de las mismas, reservándolas para aquellas situaciones en las que los presupuestos de admisibilidad resulten prima facie acreditados, y en su apreciación no se debe seguir un criterio mecánico, sino que deben evaluarse en cada caso, las circunstancias que están presentes y las condiciones en que han de prevalecer; es decir, la necesidad de una “apariencia de buen derecho” en el análisis de los hechos referidos por las partes y la documentación acompañada, que permita una credibilidad objetiva para que las mismas sean razonablemente admitidas.

Si bien tal mencionado derecho no debe interpretarse con criterio restrictivo, ni exige un examen de certeza, indiscutiblemente deben existir en la causa elementos de juicio idóneos para formar la convicción acerca de la bondad de los mismos, y pesa sobre quien la solicita acreditar prima facie la existencia de tales condiciones exigidas por la ley procesal.

Debo entonces, ponderar la trascendencia de los derechos que se encuentran comprometidos en autos, la vida, la salud y la integridad psico-física de los accionantes (conf. doctrina de la CSJN en Fallos: 324: 2042; 325:3542; 326:970, 1400 y 4981; 327:1444; P. 1425. XL. “Poggi, Santiago Omar y otra c/ Estado Nacional y otra s/ acción de amparo”, fallo del 7/12/04; L. 1566. XXXIX. “López,

¹ El Alto Tribunal ha sostenido que el anticipo de jurisdicción en las medidas cautelares innovativas no importa prejuzgamiento, ver CSJN, *in re*: CSJN, en autos: “Camacho Acosta, M. c/Graffi Graf SRL”, del 7/8/1997.



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

Miguel Enrique Ricardo c/ Buenos Aires, Provincia de y otro (Estado Nacional) s/ acción de amparo”, fallo del 15/03/05; A. 1530. XL. Albarracín, Esther Eulalia c/ Buenos Aires, Provincia de (Minist. de Salud) y otro (Poder Ejecutivo Nacional s/ acción de amparo”, fallo del 14/12/04, E.D. 24 05 05 (supl.), nro. 248.; entre otros)².

Consecuentemente, el primero de los recaudos que debe concurrir es el “fumus bonis iuris”, que entiendo en principio se encuentra acreditado, toda vez que de las constancias del expediente dimana “prima facie” que se trata de una pareja con diagnóstico de esterilidad primaria por factor masculino severo (ver documental agregada a fs. 8, 11/13, 39, 41, 59, 66, 69 y 75 de este incidente), la condición de afiliados a la obra social demandada (ver fs. 6 y 33 de este incidente), como así también los reclamos cursados ante la demandada y sus respuestas negativas (ver. fs. 14/17, 19/25, 27 y 43/44), creando “prima facie” un estado de indefensión e inseguridad susceptible de amparo jurisdiccional.

En relación con el peligro en la demora, sin incurrir en prejujuamiento, la naturaleza de la dolencia que sufren los actores y el legítimo deseo de formar una familia son factores que por sí solo demuestran el peligro en la demora en proveer a su estado de salud la cobertura del tratamiento sugerido por el profesional médico que los asiste.

En este aspecto, no puedo soslayar las manifestaciones efectuadas por los médicos que han atendido a la pareja amparista. La Dra. Julieta Viola, médica especialista en ginecología, refirió que se trata de una pareja que presenta diagnóstico de esterilidad primaria con factor masculino severo (Azoospermia = ausencia de espermatozoides en eyaculado), motivo por el cual la única probabilidad de embarazo sería con la realización de tratamiento de REPRODUCCION DE ALTA COMPLEJIDAD ICSI (inyección intracitoplasmática de espermatozoides). Y considerando que la edad de la mujer es el principal limitante en el logro del embarazo, se indica realizar el tratamiento en cuanto se logre la autorización ya que

² Ver en idéntico sentido, Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, en autos: “Dos Santos Paula y otro c/ OSECAC s/ amparo ley 16.986 s/ incidente apelación medida cautelar”, sentencia del 18 de marzo de 2014.



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

la fertilidad en la mujer desciende abruptamente desde los 35 años. Por su parte, el Dr. Gustavo Frattini, médico especialista en urología, enfatizó que dada la ausencia de espermatozoides en el semen y el hallazgo de espermatozoides testiculares, se deriva a la pareja al Centro de Reproducción Asistida CRECER para realizar ICSI más TESE. Por último, el Dr. Guillermo G. Landi, médico especialista en medicina reproductiva, que asistió a la pareja (en su informe de fs. 8 de este incidente) refiere que la paciente Díaz fue derivada por esterilidad primaria de larga evolución con diagnóstico –respecto a su esposo- de AZOSPERMIA CON BP TESTICULAR POSITIVA POR LO QUE SE INDICA FIV CON TESE.-

Por ello, teniendo en cuenta la edad de la actora, el padecimiento que aqueja a su pareja, el deseo de planificar una familia y las consecuencias negativas que en la salud psicofísica de ambos provoca la situación descripta, sumado al dictado de la nueva ley 26.862, es que propongo al Acuerdo: hacer lugar al recurso intentado por los amparistas, haciendo lugar a la medida cautelar peticionada, ordenando, previa caución juratoria, la cobertura del del tratamiento de alta complejidad -FIV-ICSI- con obtención previa de espermatozoides mediante biopsia (TESE) a realizarse en el Centro Especializado en reproducción “CRECER”, en un 100% a cargo de la obra social demandada, sin costas de Alzada en virtud de la inexistencia de contraparte (art. 14 de la ley 16.986).

El Dr. Ferro dijo:



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

Que habiendo examinado las constancias de la causa, he de compartir la solución propiciada por mi colega preopinante en cuanto revoca la resolución obrante a fs. 95, por las consideraciones que expongo a continuación.

Primeramente, cabe recordar que la medida cautelar innovativa –como la requerida en el *sublite*– es de carácter excepcional y tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado; medida que se traduce en la injerencia del juez en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho o de que se retrotraigan las resultas consumadas de una actividad de igual tenor. La medida es excepcional en tanto, sin que medie sentencia firme, ordena que alguien haga o deje de hacer algo en sentido contrario al representado por la situación existente.³

Por su parte, el Alto Tribunal⁴ ha sostenido que la pretensión que constituye el objeto cautelar no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal sino de un análisis de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido, pues, el juicio de la verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual agota su virtualidad.

En este marco, el juez posee amplias facultades para proceder al análisis de los hechos así como para valorar los intereses de las partes, no encontrándose vinculado por la petición que se le formule al respecto, quedando librado a su prudente arbitrio resolver lo que sea más razonable para satisfacer aquellos intereses y los más generales y preferentes del servicio de justicia.

Los presupuestos que deben concurrir para el dictado son la verosimilitud del derecho “*fumus bonis iuris*”; el peligro en la demora y la contracautela.

³ Peyrano, Jorge W., “Recepción de la medida innovativa en sede jurisdiccional”, en J.A., 1997-III-63. y “Medida Cautelar innovativa”, p. 21, Desalma, Bs. As., 1981.

⁴ CSJN, 24-7-91, “Estado Nacional c/Prov. de Río Negro s/ solicitud de medidas cautelares”; íd. 19-5-97, “Universidad Nac. de Mar del Plata c/Estado Nacional s/acción declarativa de inconstitucionalidad” y v. 22-12-92, “Iribarren c/Prov. de Santa Fe s/ acción declarativa”.



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

Frente a lo expuesto, se vislumbra que en estas actuaciones se encuentran en juego los derechos de la persona, entre ellos el derecho a la vida (arts. 1°, 2°, y 4°, CADH; art. 75, inc. 22, CN) y, en consecuencia, el derecho a la salud, reconocido en documentos internacionales ratificados por nuestro país (art. 75 inc. 22 y 23 de la Constitución Nacional y Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, art. XI; Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 25.1; Convención Americana de Derechos Humanos, art. 29.c; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 12.1 y 12.2d)⁵.

Corresponde adunar que la actora, también se halla amparada por el art. 17.2 de la Convención Americana protege el derecho a fundar una familia, el cual está ampliamente consagrado en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia. (...) el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho a la autonomía reproductiva está reconocido también en el artículo 16 (e) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, según el cual las mujeres gozan del derecho “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”.

Ahora bien, recientemente se ha promulgado la ley N° 26.862 y sancionado su decreto reglamentario que garantizan **en todo el territorio de la República el acceso integral** a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida **a toda persona mayor de edad, sin que se pueda introducir requisitos o limitaciones que impliquen discriminación o**

⁵ Ver en igual sentido, CFA La Plata, en autos: “Vendrell Amanda Haydeé c/ INSSJyP s/amparo ley 16.986”, expte. 17.006/11 del 15 de febrero de 2011.



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

exclusión fundadas en la orientación sexual o el estado civil de quienes peticionan por el derecho regulado.

Por ello, estimo que la decisión cuestionada merece ser revocada, lo que contribuye provisoriamente a mejorar la calidad de vida de la actora.

Por tanto, coincido con la solución propiciada por mi colega preopinante, de allí que corresponde hacer lugar al recurso de apelación deducido por la actora y revocar la decisión de grado de fecha 20 de septiembre de 2013, consecuentemente, de acuerdo a la índole y urgencia que reviste el asunto corresponde admitir la medida cautelar peticionada —previa caución juratoria—, y ordenar a la Obra Social FEDECAMARAS que hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo arbitre las medidas pertinentes a fin de proveer a los actores de autos la cobertura económica integral del tratamiento de reproducción asistida de alta complejidad (FIV – ICSI con obtención previa de espermatozoides mediante biopsia TESE) prescripto por su médico y a realizarse en el Centro Especializado en Reproducción CRECER; ello en los términos de la ley 26.862 y su decreto reglamentario. Sin costas, ante la inexistencia de contraparte (art. 68 segunda parte del CPCCN y art. 17 de la ley 16.986).

Tal es mi voto.

Por, todo lo expuesto, este Tribunal



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

RESUELVE:

Hacer lugar al recurso intentado por los amparistas y revocar la decisión de grado de fecha 20 de septiembre de 2013, en consecuencia, hacer lugar a la medida cautelar peticionada –previa caución juratoria-, y ordenar a la Obra Social FEDECAMARAS que hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo arbitre las medidas pertinentes a fin de proveer a los actores de autos la cobertura económica integral del tratamiento de reproducción asistida de alta complejidad (FIV – ICSI con obtención previa de espermatozoides mediante biopsia TESE) prescripto por su médico y a realizarse en el Centro Especializado en Reproducción CRECER; ello en los términos de la ley 26.862 y su decreto reglamentario. Sin costas, ante la inexistencia de contraparte (art. 68 segunda parte del CPCCN y art. 17 de la ley 16.986).

REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE. DEVUÉLVASE.

Se deja constancia que el Dr. Eduardo P. Jiménez se encuentra en uso de licencia (art. 109 del R.J.N.)