ACADEMIA FILOSOFICA DE LA PLATA

Asociación Civil Sin Fines de Lucro Personería Jurídica Resolución 0425/91 - D.P.P.J. Sede Legal: Calle 6 N° 1684 – Tel. 483-9425 La Plata - República Argentina ENTIDAD DE BIEN PUBLICO LEGAJO N° 726 - Municipalidad de La Plata

La Plata, 19 de diciembre de 2012

REF.: Violación del Derecho a la vida por aplicación de Técnicas de Reproducción Asistida

Señor Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires

De nuestra mayor consideración:



Nos dirigimos a Ud. en representación de la Academia Filosófica de La Plata, Asociación Civil sin fines de lucro, con domicilio en calle 6 Nº 1684 de la ciudad de La Plata – Pcia. de Bs. As., Personería Jurídica Resolución 0425/91 de la D.P.P.J. y Entidad de Bien Público, legajo 726 de la Municipalidad de la Ciudad de La Plata, para solicitar la suspensión de la aplicación en el territorio provincial bonaerense de la Ley Provincial 14.208 reglamentada por Decreto 2980 del 29/12/10 como Anexo Único, en lo referido a las Técnicas de Reproducción Asistida de alta complejidad:

FIV (Fertilización in vitro) extra corpórea, para la obtención de embriones humanos (concepción). Como asimismo el Procedimiento ICSI (Inyección Introcitoplasmática del Espermatozoide), tendientes a la fertilización y cultivo embrionario extracorpóreo, es decir, lograr la concepción fuera del vientre materno para luego ser transferido al mismo para lograr la implantación o bien para criopreservar.

El embrión es ya un ser humano completo con su propio código genético, desde el mismo instante de la unión extracorpórea del gameto femenino con el gameto masculino.

Tales técnicas llevan a la generación de un número ilimitado de embriones humanos de los cuales, algunos son implantados, otros crioconservados negándole su condición de persona, permitiéndose su descarte o su utilización para investigaciones.

Además estas técnicas permiten estudios genéticos preimplantatorios (DGP o PGD) que significan un proceso de **selección y discriminación** de embriones, según criterios de normalidad o de necesidad.

Es decir, se avasalla el derecho a la vida de la persona, que es reconocido desde el mismo momento de la concepción por la Constitución de la Provincia de Bs. As. – Art. 12, lnc. 1, y la Ley Provincial Nº 13.298 del 27/01/05, B.O. 25.090: **De la promoción y protección Integral de los Derechos de los Niños** - Art. 2 Desde su concepción y Art. 6 que expresa: Es deber del Estado para con los niños, asegurar con absoluta prioridad la realización de sus derechos **sin discriminación alguna.**

Adjuntamos a esta presentación a título informativo un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Punto 4 (Fallos: 325-1-303), referido al comienzo de la vida humana y un fallo de un juez del Dpto. Judicial La Plata: "C., A. N. y otro/a C/ I.O.M.A. S/AMPARO" (Causa N° 28.004) [www.scba.gov.ar/falloscompl/Infojuba/ContenciosoEsp16/28004.doc. Consultado 19/12/12], que ordena garantizar la cobertura de un tratamiento de fertilización asistida y diagnóstico genético preimplantatorio – selección de embriones (discriminación).

Saludamos a Ud. atentamente,

NELIDA ESTER CASTRO SECRETARIO CSOFICA PLANTING OF THE PROPERTY OF THE PROPER

CAPLOS GUILLERMO SENCAR

Http://www.acadfilosofica-lp.org.ar

Corte Suprema de Lusticia de la Nación

Buenos Aires, 5 de marzo de 2002.

Vistos los autos: "Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo".

Considerando:

- 1°) Que los hechos relevantes de la causa, los fundamentos de la sentencia apelada y los agravios de los recurrentes se encuentran adecuadamente expuestos en el dictamen del señor Procurador General de la Nación al que corresponde remitir por razones de brevedad.
- 2°) Que el recurso extraordinario es formalmente admisible toda vez que en el caso se encuentra en juego el derecho a la vida previsto en la Constitución Nacional, en diversos tratados internacionales y en la ley civil (arts. 75, inc. 22 de la Ley Fundamental; 4.1. del Pacto de San José de Costa Rica; 6° de la Convención sobre los Derechos del Niño; 2° de la ley 23.849 y Títulos III y IV de la Sección Primera del Libro I del Código Civil).
- 3°) Que la cuestión debatida en el <u>sub examine</u> consiste en determinar si el fármaco "Imediat", denominado "anticoncepción de emergencia", posee efectos abortivos, al impedir el anidamiento del embrión en su lugar propio de implantación, el endometrio. Ello determina que sea necesario precisar si la concepción se produce con la fecundación o si, por el contrario, se requiere la implantación o anidación del óvulo fecundado en el útero materno, aspecto éste que la cámara entendió que requería mayor amplitud de debate y prueba.
- 4°) Que sobre el particular se ha afirmado que el comienzo de la vida humana tiene lugar con la unión de los dos gametos, es decir con la fecundación; en ese momento, existe un ser humano en estado embrionario. En este sentido, la

disciplina que estudia la realidad biológica humana sostiene que "tan pronto como los veintitrés cromosomas paternos se encuentran con los veintitrés cromosomas maternos está reunida toda la información genética necesaria y suficiente para determinar cada una de las cualidades innatas del nuevo individuo...Que el niño deba después desarrollarse durante nueve meses en el vientre de la madre no cambia estos hechos, la fecundación extracorpórea demuestra que el ser humano comienza con la fecundación" (confr. Basso, Domingo M. "Nacer y Morir con Dignidad" Estudios de Bioética Contemporánea. C.M.C, Bs. As. 1989, págs. 83, 84 y sus citas).

5°) Que, en esa inteligencia, Jean Rostand, premio Nobel de biología señaló: "existe un ser humano desde la fecundación del óvulo. El hombre todo entero ya está en el óvulo fecundado. Está todo entero con sus potencialidades..." (confr. Revista Palabra nº 173, Madrid, enero 1980).

Por su parte el célebre genetista Jerome Lejeune, sostiene que no habría distinción científicamente válida entre los términos "embrión" o "preembrión", denominados seres humanos tempranos o pequeñas personas (citado en el caso "Davis Jr. Lewis v. Davis Mary Sue", 1º de junio de 1992, Suprema Corte de Tennessee, J.A. 12 de mayo de 1993, pág. 36).

6°) Que en el mismo orden de ideas W. J. Larson, profesor de Biología Celular, Neurobiología y Anatomía de la Universidad de Cincinatti sostiene: "En este contexto comenzaremos la descripción del desarrollo humano con la formación y diferenciación de los gametos femenino y masculino, los cuales se unirán en la fertilización para iniciar el desarrollo embriológico de un nuevo individuo" (Human Embriology; pág. 1: Churchill Livingstone Inc. 1977).

A su vez B. Carlson, profesor y jefe del Departa-

Corte Suprema de Justicia de la Nación

mento de Anatomía y Biología Celular de la Universidad de Michigan afirma: "El embarazo humano comienza con la fusión de un huevo y un espermatozoide" (Human Embriology and Developmental Biology, pág. 2, Mosby Year Book Inc. 1998).

Por su parte T. W. Sadler, profesor de Biología Celular y Anatomía de la Universidad de Carolina del Norte entiende que: "El desarrollo de un individuo comienza con la fecundación, fenómeno por el cual un espermatozoide del varón y el ovocito de la mujer se unen para dar origen a un nuevo organismo, el cigoto" (Langman's Medical Embriology, Lippincott Williams & Wilkins, 2000).

7°) Que asimismo, "es un hecho científico que la construcción genética' de la persona está allí preparada y lista para ser dirigida biológicamente pues El ADN del huevo contiene la descripción anticipada de toda la ontogénesis en sus más pequeños detalles'" (conf. Salet Georges, biólogo y matemático, en su obra "Azar y certeza" publicada por Editorial Alhambra S.A., 1975, ver págs. 71, 73 y 481; la cual fue escrita en respuesta al libro "El azar y la necesidad" del premio Nobel de medicina Jacques Monod, causa "T., S." -disidencia del juez Nazareno- Fallos: 324:5).

8°) Que, en forma coincidente con este criterio se expidió, por abrumadora mayoría, la Comisión Nacional de Etica Biomédica -integrada entre otros por un representante de la Academia Nacional de Medicina- a solicitud del señor ministro de Salud y Acción Social con motivo de la sentencia dictada en primera instancia en las presentes actuaciones (fs. 169). Ello fue denunciado por la actora como hecho nuevo, cuyo tratamiento fue considerado inoficioso por la cámara. No obstante, corresponde asignar a dicho informe un valor siquiera indiciario.

- 9°) Que según surge del prospecto de fs. 14 y del informe de fs. 107/116 el fármaco "Imediat" tiene los siguientes modos de acción: "a) retrasando o inhibiendo la ovulación (observado en diferentes estudios con mediciones hormonales-pico de LH/RH, progesterona plasmática y urinaria); b) alterando el transporte tubal en las trompas de Falopio de la mujer del espermatozoide y/o del óvulo (estudiado específicamente en animales de experimentación -conejos- se ha observado que el tránsito tubal se modifica acelerándose o haciéndose más lento). Esto podría inhibir la fertilización; c) modificando el tejido endometrial produciéndose una asincronía en la maduración del endometrio que lleva a inhibir la implantación" (conf. fs. 112).
- 10) Que el último de los efectos señalados ante el carácter plausible de la opinión científica según la cual la vida comienza con la fecundación constituye una amenaza efectiva e inminente al bien jurídico primordial de la vida que no es susceptible de reparación ulterior. En efecto, todo método que impida el anidamiento debería ser considerado como abortivo. Se configura así una situación que revela la imprescindible necesidad de ejercer la vía excepcional del amparo para la salvaguarda del derecho fundamental en juego (Fallos: 280:238; 303:422; 306:1253, entre otros).
- 11) Que esta solución condice con el principio pro homine que informa todo el derecho de los derechos humanos. En tal sentido cabe recordar que las garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano. Sobre el particular la Corte Interamericana, cuya jurisprudencia debe seguir como guía para la interpretación del Pacto de San José de Costa Rica, en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de dicho tribunal para conocer en

Corte Suprema de Justicia de la Nación

todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de los preceptos convencionales (conf. arts. 41, 62 y 64 de la Convención y 2º de la ley 23.054), dispuso: "Los Estados...asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados sino hacia los individuos bajo su jurisdicción" (O.C. - 2/82, 24 de septiembre de 1982, parágrafo 29, Fallos: 320:2145).

- 12) Que esta Corte ha declarado que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la Constitución Nacional (Fallos: 302:1284; 310:112; 323: 1339). En la causa "T., S.", antes citada este Tribunal ha reafirmado el pleno derecho a la vida desde la concepción (voto de la mayoría, considerandos 11 y 12 y disidencia de los jueces Nazareno y Boggiano). También ha dicho 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 un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 316:479, votos concurrentes).
- 13) Que a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema), este Tribunal ha reafirmado el derecho a la vida (Fallos: 323:3229 y causa "T., S.", ya citada).
- 14) Que los aludidos pactos internacionales contienen cláusulas específicas que resguardan la vida de la persona humana desde el momento de la concepción. En efecto el art. 4.1. del Pacto de San José de Costa Rica establece: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción". Además todo ser humano a partir de

la concepción es considerado niño y tiene el derecho intrínseco a la vida (arts. 6.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 2 de la ley 23.849 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional). El Código Civil, inclusive, en una interpretación armoniosa con aquellas normas superiores, prevé en su art. 70, en concordancia con el art. 63 que "Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido".

15) Que cabe señalar que la Convención Americana (arts. 1.1 y 2) impone el deber para los estados partes de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la convención reconoce. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consideró que es "deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos" (O.C. 11/90, parágrafo 23). Asimismo, debe tenerse presente que cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos, jurisdiccionales y legislativos lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, a fin de no comprometer su responsabilidad internacional (Fallos: 319:2411, 3148 y 323:4130).

Por ello, y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador General de la Nación, se declara procedente el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada, se hace lugar a la acción de amparo y se ordena al Estado Nacional -Ministerio Nacional de Salud y Acción Social, Adminis-

P. 709. XXXVI. Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo.

Corte Suprema de Lusticia de la Nación

tración Nacional de Medicamentos y Técnica Médica-, que deje sin efecto la autorización, prohibiendo la fabricación distribución y comercialización del fármaco "Imediat" (art. 16, segunda parte, ley 48). Costas por su orden en atención a la índole de la cuestión debatida (art. 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y devuélvase. JULIO S. NAZARENO - EDUARDO MOLINE O'CONNOR - CARLOS S. FAYT (en disidencia) - AUGUSTO CESAR BELLUSCIO (en disidencia) - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (en disidencia) - AN-TONIO BOGGIANO - GUILLERMO A. F. LOPEZ - GUSTAVO A. BOSSERT (en disidencia) - ADOLFO ROBERTO VAZQUEZ.

ES COPIA

DISI-//-

Corte Suprema de Justicia de la Nación

-//-DENCIA DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON CARLOS S. FAYT Y DON GUSTAVO A. BOSSERT

Considerando:

Que el recurso extraordinario interpuesto en autos no se dirige contra una sentencia definitiva o equiparable a tal (art. 14 de la ley 48).

Por ello, y oído el señor Procurador General, se declara mal concedido el recurso extraordinario. Notifíquese y devuélvase. CARLOS S. FAYT - GUSTAVO A. BOSSERT.

ES COPIA

DISI-//-

Corte Suprema de Lusticia de la Nación

-//-DENCIA DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON AUGUSTO CESAR BELLUSCIO Y DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

Que el recurso extraordinario que ha sido concedido por la cámara a quo no se dirige contra una sentencia definitiva o equiparable a tal (art. 14 de la ley 48), puesto que el fallo recurrido expresamente dejó a salvo la posibilidad de que la cuestión en debate se plantee en un proceso de conocimiento ulterior. En efecto, en el voto del juez Mosquera se propició el rechazo de la acción de amparo por no resultar la vía aceptable ni el carril adecuado para debatir y solucionar la cuestión traída a consideración; y en el del juez Sánchez Freytes se señaló que no podía obtenerse certeza -elemento con que debe contar un juez al pronunciarse- sin la ayuda eficaz del conjunto de ciencias que hoy interesan al pensamiento para una definición como la que se pretende, lo que hacía aconsejable esperar un juicio contencioso con pruebas suficientes con raíces profundas, y no meras opiniones de médicos o especialistas, que integren un proceso debido.

Que, por otra parte, la vía del amparo -consagrada como procedimiento constitucional por la reforma de la Ley Suprema de 1994, en el nuevo texto del art. 43-, está excluida por la existencia de otro medio judicial más idóneo, y supone la necesidad urgente de restablecer los derechos esenciales afectados, lo que requiere una decisión más o menos inmediata. De ahí que se vea desvirtuada por la introducción de cuestiones cuya elucidación requiera un debate más amplio y no se regularice por aceptar elementos de juicio necesariamente parciales en virtud de la limitación de las posibilidades probatorias del proceso, y que, además, ponen de manifiesto la inexistencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, calificación ésta que, por definición, es la que no requiere

ser demostrada mediante pruebas extrínsecas.

Por ello, y oído el señor Procurador General de la Nación, se declara improcedente el recurso extraordinario concedido, con costas. Notifíquese y remítase. AUGUSTO CESAR BELLUSCIO - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

ES COPIA

MEDIDA CAUTELAR QUE ORDENA AL IOMA GARANTIZAR LA COBERTURA INTEGRAL DE UN TRATAMIENTO DE FERTILIZACIÓN ASISTIDA Y DIAGNÓSTICO GENÉTICO PREIMPLANTATORIO – SELECCIÓN DE EMBRIONES PARA POSTERIOR TRANSPLANTE DE MÉDULA OSEA CON CELULAS MADRES OBTENIDAS DEL CORDON UMBILICAL CON LA FINALIDAD DE CURAR A UN MENOR DE EDAD QUE PADECE LEUSEMIA INOBLÁSTICA

"C. A. N. y otro/a C/ I.O.M.A. S/AMPARO"

La Plata, 19 de Agosto de 2010.-

AUTOS Y VISTOS:

- 1. Resérvense los autos caratulados "C. A. N. y otro/a C/ I.O.M.A. S/AMPARO" (Causa N° 28.004), remitidos por el Tribunal del Trabajo N° 3 de este Departamento Judicial.-
 - 2. Para resolver la medida cautelar solicitada; y,

CONSIDERANDO:

1. Que los accionantes solicitan el dictado de una medida cautelar por la cual se ordene al Instituto de Obra Médico Asistencial de la Provincia de Buenos Aires a que proceda a dar cobertura integral de un tratamiento de fertilización asistida y diagnóstico pre implantatorio PGD de conformidad al presupuesto presentado por la prestataria FECUNDITAS (del 13-XI-2009).-

Señalan que su hijo L. de cuatro años padece una leucemia infoblástica aguda con cromosoma Filadelfia Positivo, encontrándose actualmente sometido a tratamiento de quimioterapia en el hospital Garraham. Agregan que tal padecimiento no tiene cura farmacológica, motivo por el cual su única posibilidad de cura es la realización de un transplante de médula ósea. Manifiestan que habiéndose realizado la búsqueda de cedulas compatibles por medio del INCUCAI, tanto en bancos nacionales como extranjeros, el resultado fue negativo. Sostienen que por ello la única opción con posibilidad terapéutica es la realización de diagnóstico pre implantario PGD con fertilización asistida.-

Manifiestan que en su carácter de afiliados al IOMA reclamaron la cobertura de dicho tratamiento lo cual le fue negado por resolución del 18-III-2009. Frente a ello interpusieron una acción de amparo en el marco de la cual obtuvieron sentencia favorable del Tribunal del Trabajo N° 3 de este

Departamento Judicial. En dicha oportunidad ya se habían realizado el tratamiento motivo por el cual requirieron que el IOMA cumpla la sentencia reintegrando la suma abonada. Agregan que la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo resolvió que la cuestión se había tornado abstracta por encontrarse agotado el objeto litigioso.-

Sostienen que el tratamiento realizado no dio resultado positivo motivo por el cual requirieron nuevamente al IOMA la cobertura de un tratamiento de fertilización asistida, requerimiento que fue denegado mediante resolución del directorio del organismo de fecha 30-VII-2010.-

Manifiestan que la negativa del IOMA resulta manifiestamente ilegal y arbitraria por afectar el derecho a la vida consagrado en distintos tratados internacionales.-

2. En virtud de lo expuesto, corresponde seguidamente analizar si se encuentran reunidos los recaudos de procedencia de este remedio cautelar (art. 230 del CPCC y art. 22 del CCA).-

2.1. Verosimilitud en el derecho:-

2.1.1. Que el derecho que da sustento a la petición cautelar, en tanto se encontraría amenazada la salud de un niño, se halla garantizado por diversos Tratados Internacionales, entre los que destaco, los arts. 23, 24 y 26 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el art. 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- y el art 10 inc. 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que gozan de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 de la CN) y que aseguran la asistencia y cuidados especiales que el Estado les debe brindar. En el ámbito provincial, la Constitución local garantiza el acceso a la salud a todos sus habitantes, como así también la protección integral de los derechos del niño y de toda persona discapacitada (art. 36 inc. 2, 5 y 8 de la CPBA).-

Que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reafirmado el derecho a la preservación de la salud -comprendido dentro del derecho a la vida- y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas (Fallos: 323:1339 "Asociación Benghalensis" y 323:3229 "Campodónico de Beviacqua", entre otros).-

Que en el ámbito provincial, la Constitución local garantiza el acceso a la salud a todos sus habitantes, como así también la protección integral de los derechos del niño y de toda persona discapacitada (art. 36 inc. 2, 5 y 8 de la CPBA). En ese marco jurídico, la Obra Social demandada se encuentra obligada a realizar en la Provincia todos los fines del Estado en materia médico asistencial en relación a sus afiliados (art. 1 de la Ley 6.982).-

- 2.1.2. Sobre esa base normativa la medida cautelar solicitada se abastece de suficiente verosimilitud en el derecho, toda vez que se reclama la cobertura de un tratamiento médico que, conforme surge de las constancias probatorias agregadas en autos, se presenta como el único disponible para brindar al paciente una oportunidad de sobrevivir al padecimiento que lo afecta (Conf. resumen de historia clínica del Hospital Garrahan obrante a fs. 5 y 7; informes de búsqueda de donantes no emparentados de fs. 6 y 8/10; e informe producido por el Comité de Bioética del INCUCAI en la causa N° 28.004 remitida por el Tribunal del Trabajo N° 3 de este Departamento Judicial, y que se encuentra agregado en copia simple a fs. 11/22 de autos, fuentes probatorias que, al menos en esta etapa cautelar, gozan presentas el suficiente rigor científico).-
- 2.1.3. Debe quedar en claro que en el caso de autos no nos encontramos frente a un simple procedimiento de fecundación asistida peticionado en aras del derecho a la planificación familiar sino ante un procedimiento que tiene por fin curar a un niño gravemente enfermo, conforme surge de las constancias médicas acompañadas a fs. 5/7 de autos (Conf. Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, "L., H. A. y otra vs. Instituto de Obra Médico Asistencial y otra". Sent. del 29-XII-2008, J.A. 2009-II-28), como así también que, aunque no escapa al conocimiento del infrascripto la existencia de un vacío legislativo en relación a las cuestiones vinculadas con el tratamiento requerido (manipulación y selección de embriones; reproducción asistida), el mismo no se encuentra prohibido en forma expresa por disposición alguna.-
- 2.1.4. En virtud de ello y teniendo en cuenta que la práctica a realizarse no genera riesgo alguno para la salud de la persona por nacer (donante), ya que solo será utilizada la sangre del cordón umbilical en la extracción de

células hematopoyéticas para el eventual trasplante alogénico (conf. surge de las Consideraciones Ético - Legales del Comité de Bioética del Incucai obrantes a fs. 17/19), resulta procedente la medida cautelar solicitada.-

- 2.2. Peligro en la demora: Sentado ello, el peligro en la demora además de resultar implícito por la naturaleza del derecho en crisis- se configura de modo manifiesto, conforme las constancias médicas obrantes en autos, situación que indudablemente requiere de una pronta solución, o dicho en términos constitucionales, de una "acción positiva" que le asegure la vigencia del derecho a la salud, dentro de la garantía constitucional a una "tutela judicial contínua y efectiva". Por ello, corresponde dar curso favorable a la pretensión cautelar solicitada, la que deberá cumplirse por la demandada en un plazo no mayor a los dos días (2) días de notificada (arts. 9 de la Ley 13.928, 230 y 232 del CPCC y 22 inc. 1 "b" del CCA). -
- 2.3. Alcance de la medida cautelar: En virtud de lo señalado precedentemente, se habrá de ordenar con carácter de medida cautelar que el Instituto de Obra Médico Asistencial de la Provincia de Buenos Aires (IOMA) a brindar cobertura al procedimiento de fecundación in vitro; diagnóstico preimplantatorio (PGD) y posterior transferencia -implante- de embriones histocompatibles, a efectos de posibilitar la eventual obtención de células precursoras hematopoyéticas que permitan la continuidad del tratamiento médico indicado para el menor afectado, L. M...-

En lo referente a los embriones restantes no utilizados en la práctica por no resultar histocompatibles con L. M., atento la ausencia de legislación específica sobre este tema, y teniendo en cuente las sugerencias brindadas por el Comité de Bioética del INCUCAI en los autos antes referidos (Causa N° 28.004, y obrantes en copia simple a fs. 11/22 de autos), y lo resuelto en dicha causa por el Tribunal del Trabajo N° 3 en su sentencia del 15-IX-2009, corresponde disponer su criopreservación in vitro en condiciones que mantengan su vitalidad y completa integridad, hasta tanto se dicte sentencia firme en autos.-

2.4. La afectación del interés público:-

No se advierte "prima facie" que la medida cautelar peticionada pueda producir una grave afectación al interés público.-

Como he señalado desde hace tiempo en diversas oportunidades, la sola inobservancia del orden legal, por parte de la administración, vulnera el interés público determinado por el pleno sometimiento de la misma al ordenamiento jurídico, como postulado básico del Estado de Derecho (Conf. Causas N° 7156, "MANTENIMIENTOS DEL SUR S.R.L.", res. del 8-VII-2005; N° 2873, "CLUB NAUTICO HACOAJ", res del 25-X-2006; N° 11004, "SAVAFAMA S.A.", res. del 8-V-2006; N° 12443, "ABDALA", res. del 7-V-2007, entre muchas otras).-

- 2.5. Contracautela: Teniendo especial ponderación por la naturaleza de los intereses y derechos involucrados, corresponde eximir a la peticionante de prestar caución alguna (art. 20 de la Ley 13.928 y 200 inc. 2 del CPCC.).-
- 2.6. Que no obstante el criterio adoptado por la Cámara Contencioso Administrativa de La Plata, en la Causa N° 1298, "Debiaggi", Sent. del 20-XII-2005, entre otras, respecto de la improcedencia de la fijación preventiva de astreintes en la sentencia, atento a lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la Causa "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros", sentencia de fecha 8-VII-2008, en la cual habilitó a jueces de primera instancia para fijar el valor de las multas diarias derivadas del incumplimiento de los plazos, con la suficiente entidad como para que tengan valor disuasivo de las conductas reticentes (conf. considerando 21), corresponde proceder de igual modo.-

Por ello, de conformidad a los fundamentos expuestos,-

RESUELVO:

1) Hacer lugar a la pretensión cautelar articulada, ordenando al Instituto de Obra Médico Asistencial de la Provincia de Buenos Aires (IOMA) a garantizar a los accionantes, Sra. C. A. N., Afiliada Nº ... y Sr. R. N. M., Afiliado N° ..., la cobertura integral y efectiva del procedimiento de fecundación in vitro; diagnóstico preimplantatorio (PGD) y posterior transferencia -implante- de embriones histocompatibles, a efectos de posibilitar la eventual obtención de células precursoras hematopoyéticas que permitan la continuidad del tratamiento médico indicado para el menor afectado, L. M., de conformidad al presupuesto presentado por la prestataria FECUNDITAS (del 13-XI-2009), y a la crioconservación de los embriones no transferidos, ello en el plazo de dos (2) días contados a partir de la notificación de la presente y bajo

apercibimiento de astreintes, las que se fijan precautoria y prudencialmente en la suma de pesos doscientos (\$200) por cada día de demora, haciendo personalmente responsable al funcionario remiso, solidariamente con el Sr. Presidente del IOMA, y en beneficio de la actora (art. 37 del CPCC).-

- 2) Autorizar a la Dirección de Auditoria y Fiscalización del IOMA a fiscalizar las distintas etapas de la implementación de la técnica, por intermedio de sus profesionales idóneos, a fin de asegurar el control de la práctica y de los costos que insume.-
 - 3) A cuyo fin líbrese oficio al Sr. Presidente del IOMA.-
- **4)** Pasen los autos al asesor de incapaces para su intervención (art. 59 del C.C.).-

REGISTRESE. NOTIFIQUESE POR CEDULA a la Fiscalía de Estado con habilitación de días y horas (arts. 135 inc. 5 y 153 del CPCC; y 27 inc. 13 y 31 del D. Ley 7543/69).-

LUIS FEDERICO ARIAS Juez Juz.Cont.Adm.Nº1 Dto.Jud.La Plata