

-XXVIII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL-

En homenaje al Dr. Enrique Falcón y al Dr. Pedro Bertolino.

San Salvador de Jujuy 10, 11 y 12 de Septiembre de 2015

**“Modelo de Justicia- Estado Actual
y Reformas Procesales”**

TITULO DE LA PONENCIA

**“EL DERECHO A LA SALUD- FERTILIZACION ASISTIDA
Y EL AMPARO”**

COMISION 4

**LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES:
AMPARO Y OTRAS VIAS**

**AUTORAS:
FLORENCIA SPESIA
CAROLINA CANTERO.**

Dirección Postal: Mitre 333 Oeste 2* “B” Capital San Juan

E-mail: carolinacanteo82@gmail.com

telf.: 011 1565557076

Universidad Nacional de San Juan-Argentina

AÑO 2015

CONCLUSIONES:

-La Constitucionalización de los derechos fundamentales a partir de la Reforma de 1994 y la inclusión de los Tratados Internacionales, incluye como expresamente protegido, no sólo el derecho a la salud sino el derecho a la igualdad y a formar una familia sin distinción de edad, género, posición económica o social.

-Sin embargo y a pesar de haberse legislado estos derechos a través de numerosas leyes, entre ellas la ley 26.862 y su Dec. Reglamentario 956/2013 –de Fertilización Asistida- no se ha logrado la eficacia y rapidez necesaria a la hora de su cumplimiento, dada la inexistencia de una norma procesal que delimite el tipo de proceso.

Esta cuestión nos lleva a realizar las siguientes sugerencias:

-PROPUESTA

- a) -Incorporar un artículo a la ley de Fertilización Asistida que prevea el “proceso sumarísimo” para todos los obligados (entidades públicas/privadas),
- b) Que se establezcan y/o unifiquen criterios a los fines de imponer sanciones conminatorias suficientemente gravosas para lograr con mayor rapidez y efectividad el cumplimiento de las cautelares.
- c) –Para el hipotético caso de continuar aplicándose la dualidad de procesos que se da en la actualidad (amparo ley 16986 – contra entidades públicas y art. 198 C.P.C.N entidades privadas) se modifique el art. 15 de la ley de Acción de Amparo, sustituyendo el giro “debiendo denegarse o concederse en ambos efectos” por “debiendo denegarse o concederse en ambos efectos, con excepción de recursos contra medidas cautelares que se concederán en relación y al solo efecto devolutivo”.

1. Introducción

Etimológicamente “salus” y salvatio (del latín) significa estar en condiciones de poder superar un obstáculo, incluyendo la posibilidad de superar una dificultad, tanto natural como sobrenatural.

Por su parte el vocablo salud, define un **completo bienestar físico, mental y social**, que implica ni más ni menos, que lograr un punto de equilibrio temporal y alterable, que debe ser permanentemente mantenido, constantemente recobrado e incesantemente recuperado...

A partir de esta concepción a la que refiere el vocablo “salud”, emerge el “Derecho de Procrear” como presupuesto fundamental para **formar la familia**, lo que para la mayoría de los seres humanos significa lograr el “completo bienestar”.

Derechos que han sido expresamente protegidos por las convenciones y los Tratados Internacionales¹ incorporados a la Constitución Nacional argentina por el art. 75, inc. 22, a partir de las modificaciones de 1994.

De allí que –en aquellos casos en los que las parejas carecen de la aptitud natural de procrear– para poder hacer realidad el mencionado “Derecho Fundamental” (derecho a la salud y a formar una familia), resulte necesario garantizar el acceso a las “Técnicas de fertilización asistida”.

Lo que implica, tener acceso a las prácticas clínicas y biológicas que permiten la concepción *in vitro*, la transferencia de embriones, la inseminación artificial, como así también, toda otra técnica que posibilite la procreación fuera del proceso natural, pero que hasta aquí el diccionario jurídico las clasifica en:

¹ Convención Americana de los derechos y deberes del Hombre Artículo XI. Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad Declaración Universal sobre Derechos Humanos: **Artículo 25.1.** Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos Artículo 121. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho.

- Inseminación artificial: depósito de semen en forma no natural en el tracto genital femenino para conseguir una gestación, con el semen del cónyuge, compañero o dador.
- Fecundación *in vitro*: proceso por medio del cual se aspiran varios ovocitos por vía vaginal, que son colocados en una probeta, en un medio adecuado, con el esperma del hombre, hasta que se produce la fecundación, y se transfiere el huevo fecundado al útero.
- Gift: el ovocito extraído de la mujer se coloca junto con el líquido espermático en el extremo de las trompas de Falopio y se produce la fecundación en el ámbito natural. (Diccionario jurídico, Tomo 2, Rubinza Curzoni, Santa Fe - 2012).

En esa dirección en Argentina, a través del Decreto 956/2013², publicado el 23 de Julio de 2013 en el Boletín Oficial, dejó definitivamente reglamentada la Ley N° 26.862³ y con ella regulado el derecho y acceso integral a estos procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción.

Definiendo con claridad que ello refiere a TODOS los procedimientos y técnicas (de baja y alta complejidad / con o sin donación de gametos y/o embriones) que se realizan con asistencia médica para la consecución de un embarazo (art. 2 ley 26862).

Garantizando a sus destinatarios el acceso, al establecer en el art. 6* del citado cuerpo legal; que el Ministerio de Salud de la Nación (autoridad de aplicación) arbitrará **las medidas necesarias para asegurar el derecho al acceso igualitario**.

Normativa que sin duda acoge el derecho de hacer realidad la maternidad y/o paternidad de personas –en igualdad– aportando mecanismos legales que permiten **exigir las prestaciones de reproducción médicamente asistida, a todos los mayores de edad, sin discriminación o exclusión de ninguna clase**, de acuerdo a su orientación sexual o estado civil.

²Decreto 956/2013 PEN, 19/07/2013-BO 23/07/2013 N° 32685 pp.3

³ **Ley 26862 HONORABLE CONGRESO DE LA NACION ARGENTINA**
05-jun-2013- Ley de Reproducción Médicamente Asistida- Procedimientos y Técnicas
medico asistenciales BO 27/06/13 n° 326

Prestaciones que son obligatorias a los afiliados de las obras sociales, dentro de lo reglamentado por la OMS. Estableciendo el art. 1* del Decreto reglamentario; que la cobertura prestacional la deben brindar los establecimientos asistenciales de los tres subsectores de la salud: **público, seguridad social (obras sociales) y privado (medicina prepaga).**

Determinando como único límite que se realicen hasta un máximo de cuatro (4) tratamientos anuales con técnicas de baja complejidad, y tres (3) tratamientos con técnicas de alta complejidad en intervalos mínimos de tres meses cada uno de ellos (art.8*).

Sin establecer de manera taxativa y/o implícita en alguno de sus artículos, si el derecho a la paternidad y a la maternidad, quedaría o no garantizado suficientemente con el nacimiento de un hijo.

2- El Amparo como vía procesal y su Insuficiencia para tutelar estos Derechos.-

Ahora bien, no caben dudas que con la puesta en vigencia de la ley 26.862/13 y su Decreto Reglamentario, ha quedado garantizado el acceso integral a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, y han sido expresamente determinados los obligados a la cobertura cuando el art. 8* indica:

...“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” (art. 8 Ley 26862).

Sin embargo y más allá de la facilidad que aparenta la letra de la ley respecto del acceso a dichos tratamientos, no es para nada sencillo el camino que deben recorrer las personas cuyo derecho se tutela, ya que más a menudo de lo que uno se imagina, deben enfrentarse con la

“negativa” -cuando no, la reticencia total de las instituciones obligadas a brindar la cobertura.

Situación de hecho y de derecho, que obliga a los futuros progenitores a recurrir a la Justicia y a verse involucrados en la traba y prosecución de una compleja Litis.

Quienes para lograr las prestaciones prometidas, con la premura necesaria para la efectividad del tratamiento, deben interponer “Acción de Amparo”⁴ que en la mayoría de los casos va acompañada de Medidas Cautelares⁵ –Innovativa o Genérica – art. 232 C.P.C.C.N-

Contexto que además de someter a los tutelados a gastos imprevistos, no implica ni más ni menos, que un desgaste emocional enorme -que en muchos casos- interfiere con la predisposición necesaria para lograr y mantener el embarazo que se persigue.

Hecho que también se puede ver empañado, por el alongamiento de los plazos que implica una demanda judicial, ya que en materia genética la alteración de los gametos y / o embriones requeridos para la fertilización, (además de muy onerosa) es de duración biológica limitada; pudiendo tornarse ineficaz el objeto de la Acción y volver obsoleta la sentencia.

Escenario que se advierte por demás injusto y desproporcionado y que ha llevado a realizar el presente análisis, con el objetivo de aportar criterios que modifiquen el *status* de la situación planteada y permitan hacer

⁴ Ley 16.986/66 art. 1° – La acción de amparo será admisible contra todo acto u omisión de autoridad pública que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidas por la Constitución Nacional, con excepción de la libertad individual tutelada por el habeas corpus. –Hoy **Artículo 43 CN.**- Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, 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 y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

⁵ ARAZI, Rolando (2009) “Tutela Anticipada como medida cautelar innovativa” Revista de Derecho Procesal- 2009-2 Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fé pp.167 Se ha definido como cautelar al proceso que, sin ser autónomo, *sirve para garantizar (constituye una cautela para) el buen fin de otro proceso definitivo.*

realidad la efectividad de los tratamientos (protegidos por la ley y los Tratados Internacionales).

Siempre teniendo en miras, la garantía constitucional del “Debido Proceso”, y los principios procesales de enorme virtualidad como son; la “legalidad” y “economía procesal”.

3- El Proceso Sumarísimo como Propuesta.

Ahora bien de lo relatado hasta aquí, no caben dudas respecto de la generosidad con la que la ley 26.862, regula y protege el derecho de fondo y en cuanto derecho fundamental.

No advirtiéndose del texto de la ley, que se hayan previsto herramientas procesales idóneas (un proceso “adecuado y útil”⁶ cuanto además único) para hacer efectivo el objetivo de la norma con la premura que el acceso a los tratamientos de reproducción asistida necesitan.

Resultado por demás “contradictorio” a la Seguridad social y jurídica; que para lograr la tutela de estos derechos se tenga que recurrir “**al amparo**” como única vía, siendo que es típicamente de excepción.

Lo que al decir de Ferreyra, provoca que dicha herramienta procesal se torne una vía ordinaria... distorsionando el instituto que comprenden las Medidas Cautelares⁷ que –en la mayoría de los casos- se introducen conjuntamente para remediar la malograda ordinarización del Amparo.

Algo que ha sido expresamente criticado por el autor mencionado cuando expresa.

⁶ PEYRANO, Jorge W. (2009) “Influencias del derecho de fondo sobre el régimen cautelar” En revista de Derecho Procesal 2009-2) edición Rubinzal Culzoni pp.33/35 EL procedimiento regulado es crucial a la hora de proporcionar probabilidades de funcionamiento eficiente a un entramado de normas de fondo...la eficiencia procesal se da cuando concurre un proceso que presta el servicio de justicia en tiempo y forma adecuados a la situación de que se trate, esto será entonces sinónimo de proceso adecuado, Pero además deberá ser un proceso útil , en el sentido que no se reflejará únicamente en una hoja de papel a modo de declaración académica, sin resonancias prácticas para la vida y patrimonio de los justiciables...todo indica que no puede ni debe elegirse cualquier estructura procesal sino la más conveniente según fuere la índole del derecho material por el que se quiere velar.

“Actualmente, la mayor amplitud y el uso indiscriminado provocaron que el amparo tramitase como vía ordinaria, no sumaria, ni rápida, ni expedita, como se ordena constitucionalmente. Esta distorsión también generó otro fenómeno, las medidas cautelares que intentaban paliar o remediar el hecho de que la controversia se había vuelto “ordinaria” procesalmente hablando. Intentar reemplazar el derecho de fondo al que se llega por intermedio de una sentencia firme por un derecho precario establecido en función de medidas cautelares constituye una lesión al objetivo de afianzar la justicia.” (Ferreira - 2014)⁸

En este sentido este remedio procesal “urgente y de excepción”, - al menos en los casos de la ley 26.862 – y más particularmente en los casos que se demanda a las Obras Sociales Privadas o de Medicina Prepaga donde resulta aplicable el art. 43 CN- deja de serlo, transformándose en una vía inadecuada e inútil para cumplir el objetivo de la norma, ya que además de demandar un enorme dispendio y desgaste jurisdiccional, **no cumple con la rapidez y efectividad** que el legislador ha pretendido.

De allí que se podría afirmar que en el marco de los temas de la tutela de los Derechos Fundamentales, entre ellos el Derecho a la Salud y a formar una familia; “el amparo” es insuficiente a la hora de ponerse en ejercicio el derecho regulado por la ley de Fertilización asistida.

Ello es así ya que si bien la CSJN a través de los fallos 327:2177 y 327:2413,2510 establece que los Jueces deben buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conllevan las pretensiones, encauzando los tramites por vías expeditivas⁹... en los casos del reclamo por fertilización asistida –aún en el marco del proceso del amparo y con cautelares incluidas- se sufren enormes demoras.

Ya que, por un lado, en la mayoría de los casos aun habiendo recaído sentencia que hace lugar a las cautelares e intimados que fueran los obligados en plazo perentorio, los mismos no sólo NO CUMPLEN, sino

⁸ Ferreira Raúl Gustavo (2014). Manifiesto sobre las garantías de los derechos –Derecho Público- infojus, Buenos Aires, enero 2015, página 55.

⁹ BERIZONCE, Roberto Omar, (2009) “Medidas Cautelares anticipatorias y de urgencia en el proceso de Amparo” Revista de derecho Procesal -2009-2- Rubinzal Culzoni Santa Fé 2009- pp 248..El objeto de la demanda de amparo es la tutela inmediata de los derechos acogidos en la Constitución que no deben resultar ilusorios o inefectivos. El amparo procura una protección expedita y rápida que emana directamente de la CN y obliga a los jueces a examinar las alegaciones de transgresiones manifiestas de los derechos , en tal caso debe expedir las ordenes conducentes a la cesación del perjuicio denunciado idea central que subyace al art. 43 CN

que también prolongan la situación precaria de los acreedores a la cobertura.-

Otra situación que cabe denotar, es la frecuencia de procesos de amparo cuyas Medidas Cautelares (de Innovar por ej.) se identifican con el objeto de la demanda¹⁰, situación que induce al Juez a decretar Precautorias Genéricas (art. 232 del C.P.C.C.N.) a cumplirse mientras se dicte sentencia definitiva del caso, circunstancia que provoca en la mayor de las veces la interposición del Recurso de apelación por parte de la demandada.

Ahora bien, si nos ubicamos dentro del marco del art. 15 de la Ley 16.986 -Acción de Amparo-¹¹ cuando el Juez concede el Recurso de Apelación contra la resolución que decreta la Medida Cautelar, lo prevé con efecto Suspensivo. Esto analizado a la luz del Proceso Sumarísimo en el art. 198 in fine, del C.P.C.C.N., resulta inexplicablemente contradictorio cuando el mismo dispone que “... *El recurso de apelación en caso de admitirse la medida, se concederá con efecto devolutivo*”, siendo plenamente razonable, ya que de este modo, sí se daría eficacia a la Precautoria Genérica decretada.-

En este sentido resulta oportuno citar sendos pronunciamientos del Juzgado Federal N° 1 de San Juan a cargo del Dr. Miguel Ángel Gálvez - Secretaría N° 2 a cargo del Dr. L. Víctor Guzzo:

“...Enseña Adolfo Armando Rivas en “El Amparo”, ed. 1987, pág. 354, que resulta imposible de aplicar la letra de la Ley 16.986 pues la misma no contiene modificación alguna al régimen del proceso cautelar, y que como ajustarse a la norma llevaría a anular prácticamente el juego y existencia de medidas cautelares en el amparo, “debe ser usada la solución prevista en el art. 198 del C.P.C.C.N.: concedida la medida, dar efecto devolutivo a la apelación que se pudiera interponer”; criterio que comparto” . “/// JUAN, 02 de Julio de dos mil trece. (Autos N° 52033747 caratulados:

¹⁰ In re ARAZI Rolando (2009) Con relación al objeto, se ha entendido que este no puede identificarse con la pretensión del proceso principal al cual accede. Estos conceptos han experimentado algunos cambios tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Constituye una verdadera medida cautelar la denominada tutela anticipada, aun cuando el objeto de la petición se identifique total o parcialmente con el de la pretensión principal. Falcón considera un error lo que señalan algunas leyes y jurisprudencia en el sentido que la pretensión cautelar no puede ser idéntica a la pretensión principal.

¹¹ La ley 16986 de Acción de Amparo es aplicable en los casos en los que la demandada fuera una entidad pública –PAMI, DAMSU, PROFE etc.

“SUPERCANAL S.A. y OTRA c/ CAUCETE MEDIOS S.R.L. y OTRA - AMPARO”¹²).

Por lo que dadas las circunstancias enunciadas, emerge como necesario proponer la implementación de modificaciones legales, que incluyan en la ley 26.862 normas de carácter procesal, o que en un artículo se establezca e indique como vía idónea para tutelar estos derechos, el trámite sumarísimo del art 498 CPCN, que se caracteriza por su dinámica y agilidad, estableciéndose este tipo de procesos para todos los obligados (entidades públicas y privadas).

Evitando con ello la necesidad de que los peticionantes deban interponer con la usualidad que lo hacen en la actualidad, medidas cautelares que resultan inapropiadas para el caso que nos ocupa, ya que por definición “carecen de autonomía” y su finalidad está en asegurar el

¹² Y VISTO: para resolver la ampliación de medida cautelar solicitada en Autos N° 33.747 caratulados: “SUPERCANAL S.A. y OTRA c/ CAUCETE MEDIOS S.R.L. y OTRA (AMPARO)”. Y CONSIDERANDO: que la actora solicita a fs. 34/35 se decreten medidas judiciales de coerción efectivas para lograr el cumplimiento de la medida cautelar dictada a fs. 18 vta. y 21 de Autos.- A tal fin peticiona se decrete la interdicción, desmantelamiento y secuestro de equipamiento técnico que describe, peticiones que reitera a fs. 71 y vta. - punto II. Según puede observarse, la medida cautelar decretada a fs. 18 vta. (y aclaratoria a fs. 21) fue objeto de recurso de reposición y de apelación en subsidio (ver fs. 45/46 y vta.), recursos que no obstan al cumplimiento de la precautoria. Ello así, ya que si bien el C.P.C.C.N. es de toda claridad al asignar solo efecto devolutivo al recurso de Apelación interpuesto en subsidio (art. 198 último párrafo) en tanto que esa misma explicitud no aparece en punto a la Reposición, el referido efecto no suspensivo es - también- propio de la Revocatoria. Enseña al respecto Roberto G. Loutayf Ranea en “Recursos contra la resolución que admite o deniega una medida precautoria” (Publicado en Revista de Derecho Procesal”, 2009-2, “Sistemas cautelares y procesos urgentes”, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni Editores, 2009, págs. 301 y ss.): “El art. 198 del CPCCN sólo establece que el recurso de apelación debe concederse “en efecto devolutivo” en caso de admitirse la medida cautelar. Ello significa que el recurso de apelación no suspende el cumplimiento de la medida ordenada, por más que esté pendiente de trámite y resolución el recurso de apelación. Pero nada dice el citado artículo para el caso que se interponga el recurso de reposición. Como principio general, todo recurso tiene efecto suspensivo del cumplimiento de la resolución recurrida. Sin embargo, en el particular supuesto del recurso de reposición contra una decisión que ordena una medida cautelar la situación es peculiar: como advierte Kielmanovich, la medida dispuesta, no obstante la reposición deducida en su contra, debe ejecutarse provisionalmente en virtud del principio cardinal contenido en el art. 198 del CPCCN que establece que “ningún incidente planteado por el destinatario de la medida podrá detener su cumplimiento”. Como dice el distinguido jurista, la expresión “incidente” que emplea el dispositivo legal no se acota ni se refiere al rígido molde de los artículos 175 a 187 del Código nacional sino que aprehende el amplio concepto a que hace referencia Carnelutti, cuando enseña que son incidentes “todas las cuestiones que caen (*incidunt*) entre la demanda y la decisión, en el sentido de que deben ser resueltas antes de que se decida la litis” y que se “definen mediante la contraposición a las otras cuestiones que se llaman de fondo; comprende, por lo tanto, al recurso de reposición. Y esta conclusión, agrega, se robustece a poco que se repara que el vocablo “ningún” incidente que contiene la norma citada sería sino superfluo, al igual que la expresión de que ninguno “podrá detener su cumplimiento” pues, a estar a los términos del artículo 176, los incidentes “*stricto sensu*” no son como regla suspensivos. Y concluye que este criterio se ajusta a la “*ratio*” que conduce a la exclusión de todo tipo de “incidentes” en la etapa de cumplimiento de las medidas cautelares, ello con el propósito de evitar las dilaciones en el dictado de aquéllas y que responde, por tanto a un criterio ordenatorio del proceso. Por otra parte, frente a una norma expresa que dispone que el recurso de apelación debe concederse al solo efecto devolutivo, sería ilógico sostener que la interposición de este recurso no suspende el cumplimiento de la medida cautelar dispuesta, y que sí lo hace el recurso de reposición deducido.

resultado práctico de la sentencia que debe recaer en otro proceso¹³, rigor científico que no se da en los casos de fertilización asistida.

Resultando atinado preguntarse además ¿Qué otras medidas resultarían eficaces adoptar, para lograr el inmediato cumplimiento de la Sentencia?

4) Las astreintes como alternativa efectiva.

Irene Isabel Grillo, (2002:pp2) en el análisis que realiza Id Infojus: DACF020017 -2002 indica que si bien comúnmente se identifica a las Astreintes como conminaciones pecuniarias que se establecen por cada día o período determinado, son sanciones procesales que tienden a asegurar la potestad de juzgar, en la que el Estado... reivindica para sí y lo logra, el imperium o monopolio legítimo de la coacción física, sobre sus habitantes y dentro de los límites de su territorio.

En dicho sentido y atento a la premura del derecho a la asistencia médica que con la ley de fertilización asistida se protege, pareciera atinado considerar la posibilidad de aplicar Astreintes como medida compulsiva incoada por el Juez.

El Juzgador debería denotarle a esta “Multa Procesal” una cuantía considerable a los fines de lograr el cumplimiento inmediato de la precautoria decretada, evitando así posibles especulaciones económicas por parte de las Instituciones obligadas a prestar la cobertura (Obras Sociales privadas y de Medicina prepaga).-

Los jueces asumen la defensa de la Constitución Nacional y de los derechos y garantías que de ella se deriven por ende, no corresponde que los derechos tutelados que han sido ampliamente reconocidos por la ley y a causa de los reiterados incumplimientos pudieran transformar en inocuos los efectos de una sentencia.

¹³ PALACIO Lino, “Manual de Derecho Procesal Civil” Décimo Sexta edición actualizada – Abeledo Perrot. pp774

En los Tratamientos de Fertilización Asistida y como en otros casos en donde se ve afectada la salud y la integridad física, el transcurso del tiempo es de vital importancia, ya que como supra se anunciara en muchos de los casos indicados, el alongamiento de los plazos puede transformar en inocuo el tratamiento e impedir el embarazo pretendido por la pérdida de los gametos y/o la inconsistente preparación Psico-física, llevando a la pérdida material del derecho protegido.

En este sentido resulta por demás provechoso y aplicable lo establecido en el art. 804 del CCC cuando establece:

El art. 804 del Código unificado dispone: Los jueces pueden imponer en beneficio del titular del derecho, condenaciones conminatorias de carácter pecuniario a quienes no cumplen deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial. Las condenas se deben graduar en proporción al caudal económico de quien debe satisfacerlas y pueden ser dejadas sin efecto o reajustadas si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder.

Cuestión que sería coincidente con las sanciones que impone actualmente la ley de defensa al consumidor (24240) en el art. 52 bis en cuanto prevé el daño punitivo como medio tendiente a lograr la prevención de Del mismo modo dejamos señalada la importancia de lo previsto por la ley

5- PROPUESTAS.

Efectuadas pues las consideraciones precedentes, resulta oportuno sugerir tres propuestas “*de lege ferenda*”:

- d) -Incorporar un artículo a la ley de Fertilización Asistida que prevea el “proceso sumarísimo” para todos los obligados (entidades públicas/privadas),
- e) Que se establezcan y/o unifiquen criterios a los fines de imponer sanciones conminatorias suficientemente gravosas para lograr con mayor rapidez y efectividad el cumplimiento de las cautelares.
- f) –Para el hipotético caso de continuar aplicándose la dualidad de procesos que se da en la actualidad (amparo ley 16986 – contra

entidades públicas y art. 198 C.P.C.N entidades privadas) se modifique el art. 15 de la ley de Acción de Amparo, sustituyendo el giro “debiendo denegarse o concederse en ambos efectos” por “debiendo denegarse o concederse en ambos efectos, con excepción de recursos contra medidas cautelares que se concederán en relación y al solo efecto devolutivo”.