

## Accion De Amparo Fertilizacion Asistida Ley 26862

### JURISPRUDENCIA

Buenos Aires, 12 de julio de 2013. Y

VISTOS: El recurso de apelación interpuesto a fs. 63 y fundado a fs. 66/69 contra la resolución dictada a fs. 61/62, y

CONSIDERANDO: 1. La señora juez denegó la medida cautelar solicitada por los actores a fin de obtener la cobertura integral de un tratamiento de fertilización asistida in vitro (FIV) a efectuarse en el instituto IFER. A tal fin, consideró que no se hallaba acreditado el peligro en la demora puesto que de los certificados médicos acompañados no se desprende la urgencia de la realización de la práctica, como así también que la Sra. V.C.O. presenta una carencia funcional -de sus trompas uterinas- y cuenta con 29 años de edad. En cuanto a la verosimilitud del derecho, ponderó la falta de previsión legislativa acerca de la prestación reclamada. 2. Los actores alegan que la ley 14.208 de la Provincia de Buenos Aires que prevé la cobertura de los tratamientos de fertilización asistida es de aplicación al caso puesto que cumplen con los recaudos establecidos en ella. Señalan que en el orden nacional su derecho deriva de las disposiciones de la ley 23.660 y de la resolución 201/02 del Ministerio de Salud, que prevé la posibilidad de ampliar las prestaciones obligatorias teniendo en cuenta las necesidades individuales de los beneficiarios. Destacan la jerarquía constitucional del derecho a la salud involucrado. Sostienen que el informe médico acredita la necesidad inmediata de acceder a la cobertura de la prestación reclamada, habida cuenta de la baja tasa de embarazos a partir de los 30 años y de los cambios en el patrón de laboratorio de su reserva ovárica, contrariamente a la conclusión alcanzada en la resolución. Señalan que se trata de un tema médico y que se ha resuelto sin haber solicitado la intervención del Cuerpo Médico Forense. 3. En primer lugar, se debe puntualizar que está acreditada la afiliación de los actores a la demandada (cfr. copias de carnets de fs. 2) y la necesidad del tratamiento reclamado. En efecto, a fs. 16 obra el resumen de historia clínica realizado por la Dra. Pablo, especialista en fertilidad, que expone lo siguiente respecto de la señora V.O.: "Dado sus antecedentes quirúrgicos, la gravedad de su factor tuboperitoneal, con ausencia de trompas uterinas en forma bilateral la paciente debe realizar FIV para lograr el embarazo" y que "debe ser realizada a la brevedad dado que la tasa de embarazo disminuye considerablemente a partir de los 30 años y su reserva ovárica presenta cambios en el patrón de laboratorio". 4. Ello sentado, cabe señalar que con anterioridad el Tribunal ha rechazado medidas cautelares como la que aquí se solicita con fundamento en la falta de previsión expresa legislativa de la prestación reclamada (cfr. causas 8832/09 del 20-10-09, 2694/10 del 2-9-10 y 5077/12 del 13-9-12, entre otras), mientras que ha admitido otras por aplicación de la ley 14.208 de la Provincia de Buenos Aires (cfr. causa 5601/12 del 18-10-12). Asimismo, a partir de lo decidido en la causa 3135/09 fallada el 21 de junio del corriente, la Sala ha reconocido la verosimilitud del derecho con fundamento en la caracterización de la infertilidad como una limitación que afecta el disfrute del más alto nivel posible de salud, cuya protección tiene jerarquía constitucional. En esa dirección se tuvo en cuenta el extenso tiempo transcurrido desde que el Tribunal señalara la necesidad de que el legislador regulara esta materia armonizando la totalidad de los derechos comprometidos, como también la sanción de leyes provinciales durante ese lapso que reconocen la cobertura de tratamientos de fertilización asistida (cfr. ley 14.208 de la Provincia de Buenos Aires y ley 9695 de la Provincia de Córdoba). Además se ponderó el complejo trámite parlamentario de los proyectos de ley nacionales relativos a la fertilización asistida y que recientemente el Senado de la Nación había enviado nuevamente a la Cámara de Diputados el proyecto de ley que le fuera remitido en revisión, en el cual existía consenso en cuanto a que se debe garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistidas, mediante la incorporación en una norma que establezca la cobertura (cfr. expediente 0048-D-2011, arts. 1° y 8°). Ello motivó la convicción del Tribunal de la necesidad de dar respuesta -ante los perjuicios que tal demora ocasionaba en la salud de quienes reclaman este tipo de prestaciones-, con criterios de razonabilidad, sin perjuicio de legislaciones posteriores. Empero, el mencionado proyecto de ley ha sido sancionado el 5 de junio del corriente por la Cámara de Diputados y promulgado de hecho como ley 26.862 (cfr. B.O. del 26-6-13), de manera tal que corresponde examinar la verosimilitud del derecho también desde esta perspectiva. 6. En ese entendimiento, conviene comenzar por señalar que el objeto de la ley es garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico asistenciales de reproducción asistida (cfr. art. 1°), tanto de baja como de alta complejidad (cfr. art. 2°) y se determina que tiene derecho a acceder a aquéllos toda persona mayor de edad que haya explicitado su consentimiento informado (cfr. art. 7°). Asimismo, se establece el deber -en lo que aquí resulta pertinente- de las obras sociales de incorporarlas como prestaciones obligatorias a brindar a sus afiliados y se determina su inclusión en el PMO, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca el Ministerio de Salud como autoridad de aplicación (cfr. arts. 3° y 8°), quien deberá proveer anualmente la correspondiente asignación presupuestaria a los fines de garantizar el cumplimiento de los objetivos de la ley (cfr. art. 9°). También se determina que sus disposiciones son de orden público y de aplicación en todo el territorio de la República (cfr. art. 10). Sobre tal base, se debe tener por acreditado el mencionado requisito

en el sub lite. 7. En cuanto al peligro en la demora, cabe recordar que este recaudo de admisibilidad se refiere a la necesidad de disipar un temor de daño inminente -acreditado prima facie- o presunto (cfr. Fassi-Yáñez, Código Procesal comentado, t. 1, pág. 48 y sus citas de la nota n ° 13: Podetti, Tratado de las medidas cautelares, pág. 77, n ° 19; esta Sala, causa 889/99 del 15-4-99, entre otras; y CNCiv., Sala D, del 26-2-85, LL 1985-C-398). Dicho temor debe ser grave y estar fundado en la posibilidad de que el derecho que se va a reclamar se pierda, se deteriore o sufra un menoscabo durante la sustanciación del proceso (cfr. esta Sala, causa 10.389/96 del 11-7-96, entre otras; Falcón, Enrique M., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", t. II, pág. 235). Desde esa perspectiva, su existencia surge de la prescripción médica realizada con fundamento en los cambios en la reserva ovárica de la señora V.O.. En tales condiciones, corresponde revocar la resolución apelada, hacer lugar a la medida cautelar -bajo caución juratoria que deberá ser prestada ante el señor juez- y ordenar a la demandada brindar a los actores la cobertura integral de un tratamiento de fertilización asistida in vitro (FIV), en alguno de los prestadores que podrá ofrecer a tal efecto en el plazo de cinco días (cfr. Anexo II del Programa Médico Obligatorio; esta Sala, causa 11.071/05 del 20-12-05), de no ser así, el tratamiento se deberá llevar a cabo en la institución solicitada por los actores. ASI SE RESUELVE. El Dr. Guarinoni no interviene por hallarse en uso de licencia (art. 109 del R.J.N.). Regístrese, notifíquese y devuélvase. María Susana Najurieta - Francisco De las Carreras Correlaciones: Ley 26862 - BO: 26/06/2013 Ferrari, María L.: "Reproducción médicamente asistida. Análisis de la ley 26862" - Erreius Online - julio 2013 - Cita digital: