

Ley De Reproduccion Asistida Interpretacion

JURISPRUDENCIA

Ley de Reproducción Asistida. Interpretación

Se confirma

parcialmente la sentencia apelada entablada contra una obra social ordenando la inmediata cobertura médica de manera total, pues la ley 26.862 y su decreto reglamentario N° 956/13 garantizan el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico asistenciales de reproducción médicamente asistida, las que comprenden tanto técnicas de baja como de alta complejidad.

Rosario, 5 de noviembre de 2015. Visto, en Acuerdo de la Sala "B", el expediente n° FRO 11509/2015 en autos "BATTAGLIA, Andrea Bettina y otro c/ OSDE s/ Amparo" (del Juzgado Federal N° 1 de San Nicolás), del que resulta que: Vienen las presentes actuaciones a conocimiento de esta Alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto por la demandada (fs. 113/117), contra la resolución de fecha 12/08/2015 (fs. 106/111), mediante la cual se hizo lugar a la acción de amparo incoada por Andrea Bettina Battaglia y Edgardo Ariel Bellagamba, ordenando a la Organización de Servicios Directos Empresarios (OSDE), en la persona de su Director, la inmediata cobertura médica de manera integral consistente en tratamiento de fertilización asistida mediante tratamiento de Alta Complejidad (ICSI), incluyendo el tratamiento indicado, como todo otro tratamiento posterior que sea necesario y que habrán de repetirse tantas veces como sea médicamente ordenado y/o sugerido hasta el logro del nacimiento a término de un ser humano con posibilidades de vida, como asimismo incluya los medicamentos requeridos, honorarios profesionales y/o todo gasto inherente al mismo; con costas a la vencida. Concedido el recurso, se ordenó correr traslado de los agravios expresados (fs. 120).

Contestados por la actora (fs. 121/125 vta.), se elevaron los autos a la Alzada e ingresado por sorteo informático en esta Sala "B", quedaron en condiciones de resolver (fs. 133). El Dr. Bello dijo: 1°) El recurrente se agravia del decisorio en crisis por cuanto

- sostiene- se ha apartado arbitrariamente de las disposiciones contenidas en la norma llamada a regir la materia en análisis, ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/13, en especial respecto al límite en la cantidad de tratamiento de reproducción médicamente asistida de alta complejidad que la obra social debería cubrir según la normativa vigente. Aclara que de conformidad a la misma, podrá acceder a un máximo de cuatro tratamientos anuales con técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad, y hasta tres tratamientos de reproducción médicamente asistida con técnicas de alta complejidad. Indica que la norma es clara cuando expresamente pone un límite a la cobertura de los tratamientos más complejos. Señala que contrariamente a lo afirmado en el decisorio de primera instancia, la norma establece sin ninguna duda, que su mandante debe brindar hasta tres tratamientos de reproducción médicamente asistida con técnicas de alta complejidad con intervalos de tres meses entre cada uno de ellos, los cuales agotarían la responsabilidad de cobertura de la Obra Social. Pone de resalto que es evidente que ninguna otra interpretación podría hacerse de la norma considerando su texto, como así también que un número ilimitado de intentos no es compatible con el criterio de razonabilidad exigible. Solicita que para el supuesto que se decida confirmar la sentencia recurrida, se expida acerca del punto omitido de la anterior instancia, dejando declarado que, en todo caso, el tratamiento deberá efectuarse, a elección de los amparistas, en alguno de los prestadores contratados por la obra social para brindar dicha cobertura y no donde arbitrariamente indiquen los accionantes. Se agravia también respecto de la imposición de costas a su cargo, toda vez que en el decisorio se ha expresado que la conducta de la obra social no puede considerarse ilegal y que en todo caso existió razón fundada para litigar y que debe tenerse en cuenta que la negativa formulada por la obra social a la pretensión de los reclamantes se basa en previsiones normativas y jurisprudencia. Formula reserva de recurrir a la instancia extraordinaria. 2°) Al contestar los agravios la parte actora plantea la deserción o insuficiencia del recurso de apelación ya que el mismo -sostiene- no constituye la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que se consideren equivocadas que exige la ley ritual. Así es que al no haber efectuado la demandada la crítica concreta y razonada de la sentencia que juzgaba equivocada, solicitan que se declare desierto el recurso interpuesto.

Subsidiariamente contesta el traslado, solicitando el rechazo de todos los agravios, con las costas de ambas instancias a la demandada. 3°) Los actores iniciaron acción de amparo contra la Organización de Servicios Directos Empresarios (OSDE) tendiente a que se ordene la inmediata cobertura médica de manera integral consistente en fertilización asistida mediante tratamiento de alta complejidad (ICSI), de tal manera que incluya el tratamiento indicado, como todo otro tratamiento posterior que sea necesario y que habrán de repetirse tantas veces como sea médicamente ordenado y/o sugerido hasta el logro del nacimiento a término de un ser humano con posibilidades de vida, como asimismo incluya los medicamentos requeridos, honorarios profesionales y/o todo gasto inherente al mismo. La demandada al contestar el informe circunstanciado señaló que ya brindó a los accionantes antes de la interposición de la demanda, cobertura de estimulaciones ováricas, procedimientos de fertilización con técnicas de alta complejidad (ICSI) que los actores reconocen haber realizado. Que el art. 8 del decreto reglamentario dice en su parte pertinente que "...una persona podrá acceder a un máximo de CUATRO (4) tratamientos anuales con técnicas de reproducción médicamente

Subsidiariamente contesta el traslado, solicitando el rechazo de todos los agravios, con las costas de ambas instancias a la demandada. 3°) Los actores iniciaron acción de amparo contra la Organización de Servicios Directos Empresarios (OSDE) tendiente a que se ordene la inmediata cobertura médica de manera integral consistente en fertilización asistida mediante tratamiento de alta complejidad (ICSI), de tal manera que incluya el tratamiento indicado, como todo otro tratamiento posterior que sea necesario y que habrán de repetirse tantas veces como sea médicamente ordenado y/o sugerido hasta el logro del nacimiento a término de un ser humano con posibilidades de vida, como asimismo incluya los medicamentos requeridos, honorarios profesionales y/o todo gasto inherente al mismo. La demandada al contestar el informe circunstanciado señaló que ya brindó a los accionantes antes de la interposición de la demanda, cobertura de estimulaciones ováricas, procedimientos de fertilización con técnicas de alta complejidad (ICSI) que los actores reconocen haber realizado. Que el art. 8 del decreto reglamentario dice en su parte pertinente que "...una persona podrá acceder a un máximo de CUATRO (4) tratamientos anuales con técnicas de reproducción médicamente

asistida de baja complejidad, y hasta TRES (3) tratamientos de reproducción médicamente asistida con técnicas de alta complejidad, con intervalos mínimos de TRES (3) meses entre cada uno de ellos.?, sosteniendo que la norma es clara en cuanto fija en el número de tres sin especificar que sea en forma anual, vale decir que está poniendo expresamente un límite a la cobertura de los casos más complejos. Mediante la sentencia de fecha 12 de agosto de 2015 se hizo lugar a la presente acción de amparo, ordenando a la Organización de Servicios Directos Empresarios, en la persona de su Director, la inmediata cobertura médica de manera integral consistente en fertilización asistida mediante tratamiento de Alta Complejidad (ICSI). 4º) La Ley 26.862 de Reproducción Médicamente Asistida, sancionada el 05/06/2013, en su artículo 1º estableció ¿La presente ley tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico - asistenciales de reproducción médicamente asistida?. En el artículo 2º definió como reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo, quedando comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones.

Y en cuanto a la cobertura dispuso que: ¿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, incorporarán como prestaciones obligatorias y a brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación. Quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO) estos procedimientos, así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad de aplicación, la cual no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios? (Artículo 8º). Por su parte, el Decreto 956/13, reglamentario de la Ley 26.862, determina en su artículo 2º que se entiende por técnicas de alta complejidad a aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación in vitro; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos. Es que en dicha ley prevalecen, entre otros derechos concordantes y preexistentes reconocidos por nuestra Constitución Nacional y Tratados Internacionales de rango Constitucional (conforme artículo 75, inciso 22 de nuestra Carta Magna), los derechos de toda persona a la paternidad/maternidad y a formar una familia, en íntima conexión con el derecho a la salud (Decreto 956/2013, segundo párrafo de sus considerandos). Conforme a lo expuesto en el considerando del decreto reglamentario, la norma sigue lo prescripto científicamente por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en orden a la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas de reproducción médicamente asistida. Respecto de la criopreservación y conservación de embriones, más allá de estar reglamentada por el art. 2 del Decreto 956/2013, el que incluye dentro de las técnicas de alta complejidad, el art. 8 del referido decreto, establece que ¿La autoridad de aplicación podrá elaborar una norma de diagnóstico e indicaciones terapéuticas de medicamentos, procedimientos y técnicas de reproducción asistida para la cobertura por el Programa Médico Obligatorio, sin que ello implique demora en la aplicación inmediata de las garantías que establece la Ley Nº 26.862 de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. La ausencia del dictado de tal norma no implicará dilación alguna en la aplicación inmediata de las mencionadas garantías.?

5º) En cuanto al límite de la cobertura, el citado artículo 8 del decreto 956/2013 determina que ¿...una persona podrá acceder a un máximo de CUATRO (4) tratamientos anuales con técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad, y hasta TRES (3) tratamientos de reproducción médicamente asistida con técnicas de alta complejidad, con intervalos mínimos de TRES (3) meses entre cada uno de ellos...?. Sobre esta cuestión, y sin perjuicio de tratarse de una medida cautelar, habré de poner de resalto lo resuelto por esta Sala ¿B? en la resolución dictada el 22 de septiembre de 2014 en el ¿Incidente de medida cautelar en autos: ¿LUGON, Paola Carolina c/ Obra Social de la Actividad de Seguros, Reaseguros, Capitalización y Ahorro y Préstamo para la Vivienda s/ Amparo ley 16.986?, Expte. nº FRO 8146/2014/1, en la cual ¿...se confirmó parcialmente la resolución de fecha 04/07/2014 obrante a fs. 66/71 vta., con el límite establecido en el tercer párrafo del art. 8 del Decreto Reglamentario Nº 956/13 en cuanto establece que ¿... una persona podrá acceder a un máximo de ... hasta TRES (3) tratamientos anuales de reproducción asistida con técnicas de alta complejidad, con intervalos mínimos de TRES (3) meses entre cada uno de ellos?, ...? Asimismo y siguiendo esta misma línea de pensamiento, comparto la interpretación efectuada en los autos ¿I. F. L. y otros c/ Swiss Medical S.A. s/ acción de amparo?, en el fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, Sala Segunda

del 23-10-2013, en cuanto sostuvo que: "... El único agravio que le genera la sentencia en lo sustancial es la interpretación del art. 8 del decreto reglamentario, en cuanto a cuantos tratamientos de alta complejidad tienen derecho los amparistas. Entiendo que la interpretación que efectúa la sentencia en crisis es conforme al propio texto de la ley y a las reglas de la lógica. El artículo en cuestión dice que: "En los términos que marca la Ley 26.862, una persona podrá acceder a un máximo de CUATRO (4) tratamientos anuales con técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad, y hasta TRES (3) tratamientos de reproducción médicamente asistida con técnicas de alta complejidad, con intervalos mínimos de TRES (3) meses entre cada uno de ellos". La interpretación de la Magistrada textualmente es la siguiente: "Conforme lo dispone el artículo citado, la cantidad de tratamientos queda limitada a TRES y entiendo que la cantidad debe ser aplicada en forma anual, dado que si por baja complejidad se dispone un máximo de 4 anuales, en caso de alta complejidad el período de aplicación debe ser el mismo, es decir, anual.". Esta interpretación es adecuada a la redacción del texto ya que hubiese sido redundante volver a repetir la palabra "anual" y si la ley hubiera querido limitar sólo a tres en todo tiempo lo debería haber hecho en forma expresa. Por ello, ante la duda se debe estar por la interpretación que mejor resguarde y favorezca el derecho a la salud protegido, máxime si no se han dado razones técnicas o científicas que aconsejen lo contrario. La interpretación efectuada por la Magistrada de grado, que comparto, respeta la jurisprudencia de la Corte Interamericana que dijo: "Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer esa clase de decisiones que correspondan en cada persona, como sería, en el caso, lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, que ocasionó que la fecundación in vitro no se practique en ese país." (Corte Interamericana de Derechos Humanos *Artavia Murillo y otros ("fecundación In Vitro") c. Costa Rica* 28/11/2012...?). 6º) El derecho a la salud, está reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional), entre ellos los arts. VI y XI de la *Declaración Americana de los Derechos del Hombre*?; los arts. 7, 8 y 25 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*?; los arts. 24 y 25 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*?; los arts. 9, 10 y 12 del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*?; los arts. 23 y 26 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*?; los arts. 2.c y 12 de la *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*?. La ley 26.862 y su decreto reglamentario n° 956/13 garantizan el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, las que comprenden tanto técnicas de baja como de alta complejidad. Por tanto, en cuanto al derecho a la salud reproductiva con todo lo que ello implica, la limitación a la cantidad de tratamientos que se deben realizar en la paciente es un tema que se debe circunscribir a la condición médica de la mujer y según los parámetros técnicos adecuados, más que por el texto literal de una disposición normativa. Y más allá de cualquier disquisición interpretativa sobre el punto me inclino por una posición que resguarde y favorezca el derecho a la salud tutelado y a favorecer el empleo de métodos de fertilidad científicamente avalados.

Y como lo reclama la demandada en sus agravios, el tratamiento se llevará a cabo utilizando a los profesionales e institutos especializados incluidos en la cartilla de prestadores y por ser el método *ICSI*? un tratamiento de *alta complejidad*?, además, habilitados por la autoridad sanitaria de aplicación. 7º) Por todo ello, propicio confirmar parcialmente la sentencia obrante a fs. 106/112, en lo que ha sido materia de recurso, por los fundamentos expuestos en este decisorio. En relación a la costas atento al resultado arribado, habiendo vencido la actora en lo sustancial, considero que corresponde imponerlas a la demandada (principio general del Art. 14 de la ley 16.986 y Art. 68 del C.Pr.Civ.C.N.). Así voto. La Dra. Vidal dijo: Que adhiere al voto del Dr. Bello atento el criterio que ha sostenido este Tribunal con anterioridad en autos *LUGON*?, sentencia del 22/9/14, citado por el preopinante y *BACCEGA*? expte, n° FRO 6755/2014/1, Acuerdo del 25/8/14, entre otros, aunque disiento con la decisión sobre las costas de esta instancia, que atento al resultado obtenido, considera que deben distribuirse por su orden. Así vota. El Dr. Toledo adhirió a los fundamentos y conclusiones del voto del Dr. Bello. Atento al resultado del Acuerdo que antecede, SE RESUELVE:

I) Confirmar parcialmente la sentencia de fecha 12 de agosto de 2015, obrante a fs. 106/112, por los fundamentos y alcance expuestos en este decisorio. II) Imponer las costas a la demandada en ambas instancias (Arts. 14, ley 16.986 y 68 del C.Pr.Civ.C.N.). III) Regular los honorarios de los profesionales actuantes ante la alzada en el ...% de lo que respectivamente se le fije en primera instancia. Insértese, hágase saber, comuníquese en la forma dispuesta por Acordada n° 15/13 de la C.S.J.N. y oportunamente, devuélvanse los autos al Juzgado de origen. (expte. n° FRO 11509/2015).- Fdo.: José G. Toledo- Edgardo Bello- Elida Vidal- (en disidencia parcial)- (Secretaria de Cámara)- Nora Montesinos- (Secretaria de Cámara)- Correlaciones:

Ley 26.862 - BO: 26/06/2013 Decreto 956/2013 - BO: 23/07/2013 V. V. V. y otro c/Organización de Servicios Directos Empresarios SA s/amparo - Cám. Nac. Civ. y Com. Fed. Sala III - 01/07/2014

004237E