

Medida Cautelar Amparo Medicina Prepaga Fertilizacion Asistida Limite De Edad

JURISPRUDENCIA

Medida cautelar. Amparo. Medicina prepaga. Fertilización asistida.

Límite de edad Se hace lugar a la medida cautelar, ordenando a una obra social la cobertura integral y sin limitación -salvo tope legal- de las técnicas de reproducción asistida, medicación, tratamientos, estudios, internación y honorarios médicos que deba afrontar la actora, por entender que el límite de edad establecido como requisito por la demandada va en contra de lo establecido en la Constitución, así como en tratados internacionales.

Ciudad de Buenos Aires, 13 de mayo de 2015. Y

VISTOS; CONSIDERANDO: I. Que los señores C. V. F. y C. J. C., con el patrocinio de la Dra. Mariana C. Ruel, iniciaron acción de amparo contra la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, ObsBA) con el objeto de que se ordene a la demandada la inmediata cobertura integral y sin limitación de cantidad -salvo tope legal- de las técnicas de reproducción asistida, medicación, tratamientos, estudios, internación y honorarios médicos a realizarse en el instituto PROCREARTE, conforme les fue médicamente indicado (fs. 1/5 vta.). Señalaron que son afiliados a la ObsBA y bajo su cobertura estuvieron recibiendo asistencia médica en PROCREARTE y CEMIC, donde les fue diagnosticado un cuadro de esterilidad. Afirmaron que hace más de tres años que se encuentran en la búsqueda infructuosa de un niño y que les fue indicado un tratamiento de fertilización asistida denominado ICSI. Adujeron que peticionaron a la obra social demandada, mediante una nota, la cobertura del tratamiento en cuestión, para lo cual presentaron la indicación médica, el resumen de la historia clínica y estudios diversos. Asimismo, manifestaron que se formó una carpeta que quedó a estudio de la auditoría de la ObsBA, quien finalmente rechazó la solicitud efectuada con excusas y planteos que escapan a la legalidad de la ley 26.862 y su decreto reglamentario. Sostuvieron que, ante dicha circunstancia, se vieron obligados a enviar una carta documento intimando fehacientemente la cobertura del tratamiento requerido, la que fue rechazada en los mismos términos. Concluyeron que se encuentran imposibilitados de efectuar el tratamiento indicado en virtud de que la demandada no cumple con la normativa legal vigente en la materia. En este sentido, puntualizaron que la ley 26.862 y el decreto reglamentario 956/13, reconociendo a la infertilidad humana como enfermedad de conformidad con los criterios sustentados por la Organización Mundial de la Salud, incorporan la cobertura médico asistencial integral de los tratamientos de fertilización dentro de las prestaciones de las obras sociales, entidades de medicina prepaga y todos aquellos agentes que brinden servicios médicos asistenciales independientemente de la forma jurídica que posean (conf. arts. 1 y 8). Indicaron que la ObsBA no está excluida de cumplir con la obligatoriedad de la prestación del servicio médico referido, tal como pretende argüir en las respuestas brindadas. A su vez, alegaron que el artículo 7 de la ley 26.862 y del decreto 956/13 establece que tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado y que dicho consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer. Por lo expuesto, sostuvieron que tampoco era viable el requisito de la edad que la demandada ilegalmente dispone a sus afiliados y comunica en sus misivas. Arguyeron que en el artículo 8 las referidas normas establecen que se 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, con intervalos mínimos de tres meses entre cada uno de ellos; que se deberá comenzar con técnicas de baja complejidad como requisito previo al uso de las técnicas de mayor complejidad y que a efectos de realizar las técnicas de mayor complejidad deberán cumplirse como mínimo tres intentos previos con técnicas de baja complejidad, salvo que causas médicas debidamente documentadas justifiquen la utilización directa de técnicas de mayor complejidad. En este contexto, informaron que el profesional tratante considera que únicamente será viable la utilización del tratamiento de alta complejidad indicado, no pudiendo realizar otros en su reemplazo y como previos, dado que ya se ha probado su fracaso en su caso y ante su diagnóstico (fs. 2). Solicitaron, como medida cautelar que se ordene a la demandada la inmediata cobertura integral y sin limitación de cantidad -salvo tope legal- de las técnicas de reproducción asistida, medicación, tratamientos, estudios, internación y honorarios médicos a realizarse en el instituto PROCREARTE, conforme les fue médicamente indicado. Finalmente, fundaron en derecho, ofrecieron prueba, citaron jurisprudencia, hicieron reserva del caso federal y peticionaron que se declare la inconstitucionalidad del artículo 15 de la ley 16.986. II. El 27 de abril de 2015 se ordenó correr traslado a la demandada por el plazo de dos (2) días de la medida cautelar solicitada. Asimismo, se hizo saber a la ObsBA que, en el mismo plazo, debía informar: a) si existe reglamentación a nivel local de la ley 26.862 y el decreto 956/13, emitido por el Poder Ejecutivo Nacional; b) si ha brindado alguna respuesta a los reclamos efectuados por la parte actora y, en caso de que la respuesta otorgada haya sido negativa, indique los argumentos jurídicos esgrimidos. Por último, se requirió que acompañe un listado actualizado de

los prestadores habilitados para realizar los procedimientos y técnicas de reproducción médica asistida y toda otra documentación que acredite los extremos que invoque (conf. args. art. 15, segundo párrafo, ley 2145; v. fs. 41) El 5 de mayo de 2015 la obra social demandada contestó el traslado conferido, manifestando que al tratamiento de infertilidad se accede mediante determinados requisitos, entre los cuales se fijó un límite de edad de cuarenta años para su acceso y que la actora tenía pleno conocimiento de esta situación cuando efectuó su pedido. Alegó que la ObSBA no adhirió al régimen normativo establecido por las leyes 23.660 y 23.661, por lo que no correspondía la aplicación de la ley 26.862 dentro de su ámbito, debido a que dicha normativa sólo alcanza a los agentes del sistema del seguro de salud comprendidos en el artículo 1 de la ley 23.660. Sostuvo que la Ciudad de Buenos Aires tiene jurisdicción y competencia para regular el sistema sanitario dentro de su ámbito territorial y que si bien la ley 26.862 es generosa en cuanto a su cobertura, pudiendo servir como estándar a tener en cuenta en materia de tratamientos de fertilización asistida, ello no debe llevar a creencias desmedidas sobre su operatividad a nivel local, pues dada la estructura federal del país y las competencias reservadas a las provincias y por la Ciudad de Buenos Aires en la Constitución Nacional, éstas últimas gozan de autonomía en materia de políticas de salud, lo que hace que los lineamientos del nivel nacional tengan solamente un valor indicativo.

Asimismo, adujo que así como a nivel federal se puede fijar un piso mínimo de garantías en materia de salud, en el caso de autos, los tratamientos y procedimientos de fertilización asistida de la ley 26.862 no tienen su correlato en la obligación de proveer un piso mínimo de financiamiento como obligación del Estado Nacional para con el resto del sistema de salud de nivel provincial o local y municipal. Puntualizó que, la ObSBA tiene su propio plan de tratamiento de infertilidad a través de su prestador contratado PROCREARTE y que uno de los requisitos para su acceso es que la afiliada no supere los cuarenta años de edad, teniendo en cuenta fundamentos médico-legales que tienen que ver con el riesgo en la salud de la futura madre, aumento de las posibles enfermedades para el niño por nacer, etc. Indicó que no se trataba de un caso de incumplimiento de estándares mínimos de cobertura ya que no existe una obligación en cabeza de la ObSBA. A su vez, manifestó que se había cumplido con una obligación de desarrollo progresivo para cuya evaluación debe ponderarse de acuerdo a un juicio de proporcionalidad o razonabilidad, que atienda, entre otras cosas, a las circunstancias del caso concreto, al nivel de ingresos de la obra social, el universo de afiliados, el nivel de ingresos de la Ciudad de Buenos Aires, razones técnicas, motivos atinentes al nivel de complejidad e insuficiencia estructural del sistema de salud de la CABA y su gerenciamiento. En este sentido, señaló que no se encuentra reunido el requisito de verosimilitud en el derecho, por lo que la medida cautelar debía ser rechazada. Por último, dio respuesta a los restantes requerimientos efectuados por el Tribunal a fs. 41, punto III, y acompañó la carpeta 1865/ObSBA/2014. A fs. 105 se ordenó intimar a la parte demandada para que en el plazo de dos días acompañe copia de la resolución 133/OBSBA/06, de la disposición 56/OBSBA/04 y, en su caso, de cualquier otra norma que las modifique o complemente, bajo apercibimiento de lo dispuesto en el artículo 30 del CCAyT (conf. art. 28, ley 2145). El 8 de mayo del corriente año la ObSBA acompañó copia de las mencionadas normas y se pasaron las presentes actuaciones a resolver (v. fs. 107/110 vta. y 111). III. Cabe señalar que la petición cautelar deducida en estos autos se enmarca en lo previsto por el artículo 15 de la ley local 2145. Son también aplicables en forma supletoria, en cuanto sean compatibles con la naturaleza de la acción de amparo, los artículos 177 y concordantes del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires -conf. artículo 28 de la ley 2145-. La primera norma citada admite el dictado de las medidas cautelares que resulten necesarias para asegurar los efectos prácticos de la sentencia definitiva. Con idéntica lógica, el art. 177 del CCAyT dispone que ellas deben procurar garantizar los efectos del proceso. En este sentido, resulta claro que el fin primordial del remedio precautorio es evitar que la sentencia definitiva pueda resultar de cumplimiento ilusorio, frustrándose la pretensión amparista, ante un objeto imposible de alcanzar de aguardarse al dictado de la sentencia. Respecto de los presupuestos exigibles para el dictado de una medida precautoria, el artículo 15 de la ley de amparo establece que "en las acciones de amparo contra autoridades públicas son requisitos necesarios para el otorgamiento de toda cautelar la acreditación simultánea de los siguientes presupuestos: Verosimilitud del derecho, Peligro en la demora, No frustración del interés público, Contracautela". Cabe tener presente que es un principio sentado por la jurisprudencia del fuero que para hacer lugar a una medida cautelar, a mayor "verosimilitud", menor necesidad de "peligro en la demora"; y a mayor "peligro en la demora", menor necesidad de "verosimilitud" (vgr., CCAyT, Sala II, 21/XI/2000, "Banque Nationale de Paris c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (art. 14 CCBA).". Es de destacar que el mentado principio resulta aplicable, necesariamente, cuando ambos extremos -verosimilitud del derecho y peligro en la demora- se hallan presentes -aún en grado mínimo- en el caso (CCAyT, Sala II, 17/VI/2008, "Medina, Raúl Dionisio c. GCBA s/ otros procesos incidentales?"). Por lo demás, la medida cautelar peticionada en autos revestiría carácter innovativo, toda vez que tiene por objeto alterar el estado de hecho o de derecho existente al momento de su dictado, y como tal, se enmarca en lo previsto en el artículo 177 del CCAyT, el que prevé que: "las medidas cautelares son todas aquellas que tienen por objeto garantizar los efectos del proceso, incluso aquellas de contenido positivo ...". Es dable recordar que dentro de las medidas cautelares la innovativa es una decisión de carácter excepcional, ya que altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de

su dictado. Ello es así, toda vez que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que justifica una mayor prudencia en los recaudos que hacen a su adopción (conf. doc. CSJN, 25-VI-96, ?Pérez Cuesta SACI c/Estado Nacional?, entre otros, Fallos: 316:1833, y causas E.121. XXVII "Electrometalúrgica Andina S.A.I.C. c/ Estado Nacional -D.G.I.-" y S.1530.XXXII "Super Todo S.A. c/ Se.Na.S.A. s/amparo -incidente de apelación medidas cautelares-", del 10/VIII/1995 y 6/V/1997, respectivamente). En este sentido se ha afirmado también que ?la aplicación de medidas cautelares innovativas, dados sus particulares efectos, debe juzgarse con criterio restrictivo y excepcional, determinando la concurrencia fáctica de los presupuestos a observar para el dictado de toda medida cautelar así como de uno que le es propio: la posibilidad de que se consume un perjuicio irreparable (falcón, enrique m., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación anotado, concordado y comentado, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, t.V, pág. 108, nota 31). Ello, por cuanto la medida cautelar innovativa no persigue mantener el status existente sino, precisamente, alterar ese estado de hecho o de derecho vigente antes de su dictado? (CCAyT, Sala I, 04/V/2006, ?Barbarito Ana c/ GCBA s/ otros procesos incidentales.?).

IV. Establecido ello, corresponde analizar el cumplimiento de los extremos necesarios para el otorgamiento de la medida peticionada. V. En relación con la verosimilitud del derecho, corresponde recordar que la cautelar cuya concesión pretenden los actores persigue que se garanticen sus derechos reproductivos. Resulta, entonces, ineludible determinar los alcances de estos derechos en nuestro ordenamiento jurídico. V.1. Es menester señalar que estos derechos resultan necesarios para el ejercicio de la autonomía personal y la consecuente planificación de la familia que se desea integrar (conf. artículo. 19, CN). Nuestra Constitución Nacional contiene una referencia específica, aunque parcial, al asegurar la protección del embarazo, en el marco de un régimen de seguridad social especial e integral que garantice la igualdad real de oportunidades y de trato (conf. art. 75, inciso 23). A partir de las cláusulas destacadas, emergen los derechos reproductivos con características propias que permiten considerarlos con independencia del derecho a la salud. Es que, considerar a los derechos reproductivos como mera consecuencia lógica de otras situaciones tuteladas, impone el riesgo de sobredimensionar ?las justificaciones basadas en el derecho a la salud y los objetivos de salud pública con la consecuente medicalización del acceso a los derechos. Esto en detrimento de la defensa de un ideario igualitario en materia de sexualidad y reproducción, sensible a las discriminaciones y desigualdades biológicas, culturales e identitarias basadas en el género, el sexo, la edad, el origen étnico, la orientación o preferencia sexual, entre otros? (BERGALLO, Paola, ?Derechos, Familia y Reproducción?, en La Constitución en 2020 (GARGARELLA, Roberto [dir.], siglo XXI, Buenos Aires, 2011, pp. 68/69). Con una mirada atenta a las limitaciones que dicho enfoque podría acarrear, corresponde destacar diversos tratados internacionales con rango constitucional que han reconocido y especificado algunos aspectos de los derechos reproductivos (conf. art. 75, inc. 22, CN). La Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer impone asegurar ?en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia?. Ello incluye los ?servicios apropiados en relación al embarazo y el periodo posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario? (conf. artículo 12). La Convención de los derechos del Niño incluye también el deber de ofrecer ?servicios en materia de planificación de la familia? (conf. artículo 24). Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce ?el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental? (art. 12, inc. 1). Finalmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos enumera una trama de situaciones jurídicas protegidas que dan fundamento al reconocimiento de los derechos reproductivos. En este sentido, el derecho de toda persona a que se respete su integridad física, psíquica y moral, el derecho a libertad, la protección contra injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada o familiar, y el derecho a fundar una familia (conf. arts. 5.1, 7, 11.2 y 17.2). Llegados a este punto, resulta necesario ahora destacar que la aplicación de los instrumentos mencionados, conforme lo exige el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, debe ser en ?las condiciones de su vigencia?. Esta expresión indica tanto el modo en que fueron aprobados y ratificados por nuestro Estado, como el alcance interpretativo dado por la jurisprudencia internacional. Una vez establecida la relevancia constitucional de las decisiones y recomendaciones, habrá que revisar lo actuado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, órgano que supervisa la aplicación del Pacto Internacional por los Estados Partes. También lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos. En su Observación General n° 14, el Comité fija algunos parámetros que resulta necesario destacar. Señala que ?[e]l derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud? (párr. 8). Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el precedente ?Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica?, del 28 de noviembre de 2012, en un caso relacionado con los derechos reproductivos y la procreación, expresó que el

derecho a la vida privada y familiar, a la integridad personal con relación a la autonomía personal, a la salud sexual, a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación, se encuentran consagrados en los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos. V.2. A efectos de terminar de circunscribir los márgenes de los derechos reproductivos en el vértice de nuestro ordenamiento, resulta necesario detenerse en su regulación constitucional local.

La Constitución de la Ciudad, en forma decidida, ¿promueve la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan en pleno desarrollo de la persona? (conf. art. 11). En ese marco, se garantiza el derecho a la salud integral y se dispone que el gasto público en salud sea una inversión social prioritaria. Enfáticamente se señala que “[s]e aseguran a través del área estatal de salud, las acciones colectivas e individuales de promoción, protección, prevención, atención y rehabilitación, gratuitas, con criterio de accesibilidad, equidad, integralidad, solidaridad, universalidad y oportunidad...” (art. 20). Al establecer los lineamientos que debe seguir la legislatura al sancionar la ley básica de la salud, se impone el deber de promover “la maternidad y paternidad responsables”. Para ello, debe poner “a disposición de las personas la información, educación, métodos y prestaciones de servicios que garanticen sus derechos reproductivos” (art. 21). Luego de un largo camino, los derechos reproductivos han merecido una consagración expresa e independiente en un texto constitucional. V.3. Continuando con el orden establecido, habiendo determinado ya la configuración de los derechos reproductivos en la cima de nuestro ordenamiento jurídico, resulta necesario ahora definir el alcance de las atribuciones que los poderes constituidos tienen a fin de reglamentar y garantizar su goce (confr. arts. 14, 28, 31 y 75 inc. 23, CN). En nuestro sistema constitucional, el único poder del estado al que se confiere la atribución de reglamentar derechos es al Legislativo. Por esta razón, se dispone su goce “conforme las Leyes que reglamenten su ejercicio”, delicada misión que encuentra su límite en la imposibilidad de alterarlos (confr. arts 14 y 28, CN). Nos encontramos frente a una hipótesis en que la reserva de ley no admite excepciones a favor de la actuación de otros poderes. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado, en la Opinión Consultiva 6/86, que las leyes que impulsan restricciones al ejercicio de los derechos deben serlo en sentido formal y material, esto es “actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo” (párr. 35). A su vez, el PIDESC establece en su artículo 4º: “[l]os Estados Partes en el presente pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente pacto por el Estado, este podrá someter tales derechos únicamente por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática”. La libertad de configuración del derecho a través de la reglamentación legal se encuentra, en consecuencia, acotada. Es que el legislador, además de cumplir con las pautas ya señaladas, debe de acuerdo al texto constitucional, “[l]egislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad” (art. 75, inc. 23, CN). Teniendo en cuenta dichos parámetros, habrá que examinar la reglamentación de los derechos reproductivos, efectuada por el Poder Legislativo. El 26 de junio de 2013, fue publicada en el Boletín Oficial la ley 26.862, cuyo objeto es “garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida” (art. 1). A su turno, la citada norma establece que “los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida sólo pueden realizarse en los establecimientos sanitarios habilitados que cumplan con los requisitos que determine la autoridad de aplicación” (art 5). Mientras que en su artículo 7 determina que “tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer?”. A reglón seguido la referida ley dispone 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? (art. 8). Finalmente, el artículo 10 regula que sus disposiciones ¿son de orden público y de aplicación en todo el territorio de la República. Se invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a sancionar, para el ámbito de sus exclusivas competencias, las normas correspondientes?. Por su lado, el artículo 8 del decreto 956/2013 establece que ¿en los términos que marca la Ley Nº 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. El mencionado artículo prevé además que ¿se deberá comenzar con técnicas de baja complejidad como requisito previo al uso de las técnicas de mayor complejidad. A efectos de realizar las técnicas de mayor complejidad deberán cumplirse como mínimo TRES (3) intentos previos con técnicas de baja complejidad, salvo que causas médicas debidamente documentadas justifiquen la utilización directa de técnicas de mayor complejidad. Quedan incluidos en el PROGRAMA MEDICO OBLIGATORIO (PMO), los procedimientos y las técnicas de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo para la reproducción médicamente asistida reguladas en el artículo 8º de la Ley Nº 26.862?. Por último, el artículo 10 del citado decreto señala que ¿las respectivas autoridades sanitarias de las jurisdicciones provinciales y de la CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES, deberán adoptar los recaudos tendientes a la efectiva implementación de la Ley en el ámbito de sus competencias, incluyendo las previsiones presupuestarias correspondientes?. VI. Una vez establecido el alcance de los derechos reproductivos en nuestro ordenamiento, corresponde detenerse en el complejo normativo que delimita la actuación de la ObsBA. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2, incisos c) y d), de la ley 472, la demandada, ente público no estatal, se rige, entre otras normas, por la Ley Básica de Salud y por las leyes 23.660 y 23.661. Además, la obra social -conforme el artículo 3- tiene por objeto la prestación de servicios de salud que contengan acciones colectivas e individuales de promoción, prevención, atención, recuperación y rehabilitación. El artículo 7 de la ley 23.660 prevé que ¿las resoluciones que adopten la Secretaría de Salud de la Nación y la ANSSAL, en ejercicio de las funciones, atribuciones y facultades otorgadas por la legislación, serán de cumplimiento obligatorio para las obras sociales, exclusivamente en lo que atañe a su condición de agentes del Seguro de Salud?. Por su parte, el artículo 28 de la ley 23.661 dispone que ¿los agentes del seguro deberán desarrollar un programa de prestaciones de salud, a cuyo efecto la ANSSAL establecerá y actualizará periódicamente, de acuerdo a lo normado por la Secretaría de Salud de la nación, las prestaciones que deberán otorgarse obligatoriamente (...). Asimismo, deberán asegurar la cobertura de medicamentos que las aludidas prestaciones requieran?. Asimismo, la resolución 1991/2005 dictada por el Ministerio de Salud y Ambiente de la Nación aprobó, como parte integrante del Programa Médico Obligatorio (PMO), las previsiones de la resolución 201/MS/02, la cual a su vez aprobó el conjunto de prestaciones básicas esenciales que deben garantizar los Agentes del Seguro de Salud comprendidos en las leyes 23.660 y 23.661 a todos sus beneficiarios. Por otro lado, el citado artículo 8 de la ley 26.862 incluye a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida allí enumerados en el Programa Médico Obligatorio (PMO), así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo. Finalmente, la resolución 133/ObsBA/06, que actualizó la disposición 56/ObsBA/04, aprobó la aplicación, en el ámbito de la obra social, del Programa Médico Obligatorio (PMO). VII. En dicho contexto, resulta posible ahora determinar si se encuentra acreditada la verosimilitud del derecho necesaria para el dictado de la medida cautelar. La prueba aportada a la causa sustenta -en este estado preliminar del proceso- la condición de afiliados a la obra social demandada por parte de los señores C. V. F. y C. J. C., el cuadro de esterilidad que padecen y el tratamiento indicado por parte de los médicos tratantes -fertilización asistida de alta complejidad ICSI- (v. fs. 8, 10 y 11/36). Asimismo, surge que T. I. -perteneciente al área administrativa de la obra social demandada- les informó a los actores que el plan de tratamientos de fertilización asistida existente en el ámbito de la ObsBA exige que la afiliada no supere los cuarenta años de edad y que la ley 26.862 y el decreto 956/13 no se han implementado en su integridad en la obra social (v. fs. 37 y 93). A su vez, se desprende que los actores efectuaron una intimación a la demandada, mediante una carta documento, para que se cumpla con la cobertura económica del tratamiento en cuestión (v. fs. 38/39). Por otra parte, se encuentra acreditada -prima facie- la vigencia del convenio suscripto entre la ObsBA y el instituto PROCREARTE a fin de que se cubran los procedimientos de fertilización médica asistida como el requerido en la presente acción, a través de las manifestaciones efectuadas por la social demandada en el escrito presentado a fs. 99/104 y las constancias de la página web del centro médico referido.(1) A su vez, del listado publicado por el Registro Federal de Establecimientos de Salud, dependiente del Ministerio de Salud de la Nación, surge que el instituto PROCREARTE se encuentra habilitado para realizar procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, de conformidad con lo establecido en los artículos 4, 5 y 6, inciso b, de la ley 26.862 y 4, 5 y 6, inciso b, del decreto 956/13.(2) Ahora bien, la ley 26.862 y el decreto 956/13 disponen que las entidades enumeradas en el artículo 8 y todos aquellos agentes que brinden servicios médicoasistenciales 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 y que dichas prestaciones quedan incluidas en el Programa Médico Obligatorio (PMO; conf. resolución 1991/2005), aplicable en el ámbito de la ObsBA en virtud de lo dispuesto por la resolución 133/ObSBA/06. En este contexto, entiendo que la cobertura económica que aquí se reclama se encuentra incluida dentro de las prestaciones a las que hace referencia la normativa citada y que la obra social demandada está obligada a cumplir con lo previsto en la referida ley, por lo que cabe tener por acreditada -en este estado inicial del proceso- la verosimilitud en el derecho como presupuesto de admisibilidad de la medida cautelar. VIII. No es óbice a lo expuesto el límite de cuarenta años de edad que la demandada ha determinado para que las mujeres accedan a la cobertura de los tratamientos de reproducción médica asistida, por cuanto la ley 26.862 y el decreto 956/13 no establecen ninguna restricción en este sentido. Por el contrario, prevén que sus disposiciones son de orden público, de aplicación a todo el territorio de la República y que las respectivas autoridades sanitarias de las jurisdicciones provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires, deberán adoptar los recaudos tendientes a su efectiva implementación en el ámbito de sus competencias, incluyendo las previsiones presupuestarias correspondientes (conf. art. 10, ley 26.862 y dec. 956/13). Es necesario destacar que, prima facie, la reglamentación de los derechos reproductivos de los actores, practicada por la ObsBA con vocación restrictiva, no podría tener cabida en nuestro marco constitucional. Tal como se ha adelantado, nos encontramos frente a una hipótesis en que la reserva de ley no admite excepciones a favor de la actuación de otros poderes (conf. art. 4, PIDESC, arts. 14, 28 y 75, inc. 23, CN). Finalmente, es necesario destacar que a partir del reconocimiento del principio de autonomía personal se impone también el derecho a la autonomía reproductiva. En este sentido, se ha dicho: “[l]as personas, entonces, tenemos un derecho a la autonomía reproductiva, pues ni el Estado ni los terceros tienen derecho a inmiscuirse en nuestras decisiones relacionadas con la reproducción. Entre los diversos planes de vida que podemos adoptar, está el de hacer uso de los modos de procreación alternativos” (HEVIA, Martín, “Constitución y Fertilización in vitro”, en La Constitución en 2020 (GARGARELLA, Roberto [dir]), op. cit., p. 82). En este sentido, siempre con el grado de provisoriedad propio de este estado del proceso, cabe concluir que la reglamentación que se pretende aplicar a los actores, en cuanto restringe sus derechos reproductivos en función de la edad, importa, más allá de su fuente normativa, un caso de medicalización del acceso a los derechos contraria a las garantías establecidas por nuestra trama Constitucional (conf. arts. 11 y 21, Constitución de la Ciudad; art. 75, inc. 23, de la Constitución Nacional, arts. 5.1, 7, 11.2 y 17.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos). IX. Por otra parte, el peligro en la demora surge de las particulares circunstancias de la causa. Es que, al encontrarse comprometidos derechos reproductivos, la solución debe ser urgente. Debe tenerse presente que, de no accederse a lo peticionado, se podría frustrar en forma definitiva la planificación familiar elegida. En efecto, bastaría el simple paso del tiempo para impedir la concreción del proyecto de vida articulado en común (conf. art. 12, Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer; art. 24, Convención de los derechos del Niño, art. 21, Constitución de la Ciudad). X. Continuando con el análisis de los recaudos exigibles para conceder la medida cautelar, corresponde analizar si su concesión podría importar una afectación del interés público. En nuestro diseño constitucional, el interés público persigue en forma prioritaria garantizar el goce de los derechos fundamentales. Por ello puede ser calificado como un Estado de Derecho. En este sentido, una medida cautelar que persiga el ejercicio de los derechos reproductivos, no puede considerarse contraria a dicho interés. Resulta, en este punto, necesario recordar que “[d]ebemos, en consecuencia, esforzarnos al máximo, dentro de las limitaciones de la interpretación, para hacer de la ley fundamental de nuestro país lo que nuestro sentido de la justicia aprobaría, no porque debamos a veces comprometer el derecho con la moral, sino porque eso es exactamente lo que el derecho mismo, entendido como es debido, requiere” (DWORKIN, Ronald, “Justicia para erizos”, fondo de cultura económica, buenos aires, 2014, p. 503). XI. Finalmente, dada la naturaleza del derecho afectado, la contracautela exigible deberá ser la juratoria, y se la tiene por prestada de conformidad a lo manifestado en el escrito de inicio. Por las razones expuestas, SE RESUELVE: 1. Hacer lugar a la medida cautelar solicitada por C. V. F. y C. J. C. y, en consecuencia, ordenar a la ObsBA la cobertura integral y sin limitación de cantidad - salvo tope legal- de las técnicas de reproducción asistida, medicación, tratamientos, estudios, internación y honorarios médicos, a realizarse en el centro médico PROCREARTE, conforme la prescripción médica indicada para el caso de los actores. 2. La medida identificada en el punto 1 deberá ser cumplida en el plazo máximo de cinco (5) días, debiendo la demandada acreditarlo en la causa dentro de los dos (2) días subsiguientes. 3. Correr traslado de la demanda instaurada y de la documentación adjuntada, por el término de diez (10) días (conf. art. 11, párrafo 1, de la ley 2145). Regístrese, notifíquese por Secretaría, a la demandada junto con el traslado de la demanda ordenado precedentemente (art. 11, ley 2.145).

Correlaciones: Ley 26862 - BO: 26/06/2013 A., A. A. c/OSDE s/amparo de salud -
Cám. Nac. Civ. y Com. Fed. - Sala II - 23/04/2015 Notas: (*) Nota de la Editorial: Se advierte al suscriptor que por tratarse de un fallo de primera instancia, el mismo podría no encontrarse firme al momento de su publicación.

(1) <http://www.procrearte.com/obsba>, consultada el 11/05/15.

(2)

<http://www.msal.gov.ar/images/stories/pdf/listado-estab.fert.asistida-9-10-2014.pdf>, consultada el 11/05/15.
001476E