

## Accion De Amparo Fertilizacion Asistida Ovodonacion Ley 26862 Peligro En La Demora

### JURISPRUDENCIA

Acción de amparo. Fertilización asistida. Ovodonación. Ley 26862.

Peligro en la demora Se revoca la resolución que rechazó una medida cautelar y se ordena a la obra social demandada que brinde tratamiento de fertilización integral con ovodonación en virtud de las normativas contenidas en la ley 26862 y el peligro en la demora que surge por la edad avanzada que tiene la peticionante y los antecedentes médicos que se desprenden de su historia clínica.

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 08 de marzo de 2016. Y VISTOS; CONSIDERANDO: 1. Que, a fs. 129/133 vta., la Sra. jueza de grado rechazó la medida cautelar solicitada consistente en ??ordenar a la OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES (Ob.S.B.A), la cobertura del 100% del tratamiento de fertilización médicamente asistida de alta complejidad mediante técnica de INYECCION INTRACITOPLASMATICA DE ESPERMATOZOIDES (FIV-ICSI), CON OVODONACION Y COLUMNAS DE ANEXINAS, y la medicación, terapias, estudios, análisis e internación necesarias y correspondientes hasta la concepción y posterior nacimiento con vida y en la medida en que los médicos especialistas así lo requieran de cara al éxito del tratamiento, y en la cantidad de tratamientos que sean necesarios a tales fines, sin necesidad de promover nuevas acciones al respecto, en el CENTRO MEDICO PROCREARTE?? (v. fs. 18/18 vta., el destacado pertenece al original). Para decidir de ese modo, y luego de efectuar una reseña de la normativa aplicable al caso y de las circunstancias que lo identifican, consideró ??que las pruebas aportadas no acreditan, siquiera con la precariedad propia de las medidas ad cautelam, que exista una verosimilitud en el derecho que permita hacer lugar a su pretensión, hecho que de ningún modo implica adelantar opinión respecto al fondo de la cuestión, la que podrá ser resuelta con mayores elementos técnicos. Asimismo, tampoco se advierte una ilegalidad o arbitrariedad manifiesta por parte de la ObsBA en tanto, como la propia actora ha señalado, ha cubierto la totalidad de los dos procedimientos de fertilización médicamente asistida de alta complejidad a los que se sometieran los coactores, denegando esta tercera a tenor de lo dispuesto en las normas de la propia demandada y entendiendo que no se encuentra encuadrada dentro de lo dispuesto en la ley 26.862, cuestión que, como se adelantara, deberá ser tratada a la luz de un mayor estudio de la cuestión? (v. fs. 133/133 vta.). En lo que concierne al análisis del requisito de peligro en la demora, sin más y apelando a una cita jurisprudencial, se atuvo al criterio de que, ??ante la falta de verosimilitud del planteo propuesto a conocimiento del Tribunal, resulta innecesario expedirse sobre [aquél]?? (v. fs. 133 vta.). 2. Que, contra esa decisión, la actora dedujo recurso de apelación (v. fs. 143/151 vta.).

Sus agravios se ciñen a que: a) la Sra. jueza de grado debió valorar de otro modo el incumplimiento de la demandada relativo a no haber acompañado -en su versión original- las actuaciones administrativas por ella solicitadas (v. fs. 53), aplicando la previsión normativa contenida en el artículo 316 del CCAyT (fs. 144 vta.); b) en función de la normativa aplicable al caso (específicamente, ley N°26.862 y decreto reglamentario N°956/2013), ??se encuentra acreditada y fundada la obligación legal de la Ob.S.B.A. de brindar la cobertura requerida?? (fs. 148 vta., el destaque corresponde al original); c) el fundamento esgrimido en la sentencia recurrida acerca de que no se contaba con elementos de convicción suficientes para suponer que el tratamiento pretendido podría tener éxito es incomprensible en virtud de que, habida cuenta de que no es consecuente con la función de los médicos asegurar un resultado, en esta materia no había manera de garantizar un efecto definitivamente positivo; y, d) el mérito que se hizo sobre la prueba no fue el adecuado, siendo que, además, el a quo asignó un supuesto interés por parte de los médicos que expidieron certificados en los que recomendaron el tratamiento en cuestión, ??cuando lo que surge estrictamente de [esos documentos] es sólo un diagnóstico de [su] enfermedad y la indicación de las prácticas y de los tratamientos médicos correspondientes para la recomposición de [su] salud reproductiva? (fs. 149 vta./150). 3. Que, delineado este marco de examen, resulta oportuno señalar que las medidas cautelares son todas aquellas que tienen por finalidad garantizar los efectos del proceso ?? incluso aquellas de contenido positivo (?) aunque lo peticionado coincida con el objeto sustancial de la acción promovida? (artículo 177, CCAyT). En estos términos, es propio de las medidas positivas constituir un anticipo de jurisdicción que precisamente, por sus alcances, la Corte Suprema las ha calificado, en forma invariable, como decisiones de procedencia excepcional (Fallos: 331:466, entre otros). En cuanto a los requisitos para su concesión, en el artículo 15 de la ley N°2145 se exige que el derecho alegado resulte verosímil así como que exista peligro en la demora. A estos requisitos, en la norma señalada se añade la ponderación del interés público comprometido y la contracautela. En lo que respecta al primer recaudo, esto es, la verosimilitud en el derecho, ha dicho reiteradamente el Alto Tribunal que su configuración no exige un examen de certeza del derecho invocado sino tan sólo de su apariencia (Fallos: 330:5226, por todos). Sin perjuicio, de que a tenor del tipo de medida, se impone, como se dijo, una apreciación estricta de tal recaudo. Con relación al peligro en la demora, el examen de su concurrencia requiere una apreciación atenta de la

realidad comprometida, y, específicamente en casos como el que nos ocupa, se debe prestar singular atención a las secuelas que el transcurso del tiempo que insume la prolongación del proceso acarrea en los derechos esenciales alegados por la parte (doct. Fallos: 320:1623). Estos aspectos deben ponderarse sobre bases concretas con la proyección que el reconocimiento cautelar tiene en el interés colectivo.

4. Que, ahora bien, puntualmente en lo que se refiere a la temática del presente caso, cabe señalar -incluso sin perder de vista la provisionalidad inherente a este estadio procesal- que el derecho a la salud integral ha sido reconocido por la Constitución de la Ciudad (CCABA, art. 20) y por los tratados internacionales con rango constitucional (C.N., art. 75, inc. 22); entre ellos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12, inc. c)], la Convención sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- (arts. 4º y 5º) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6º, inc. 1º). También, cabe agregar, ha sido consagrado por las leyes locales N°153 (ley Básica de Salud) y N°448 (ley de Salud Mental). Por su parte, la CSJN ha considerado que el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional (conf. Fallos: 302:1284, 324:3569). También ha sostenido que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (conf. Fallos: 316: 479). De este modo, a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN), el Alto Tribunal ha reafirmado el derecho a la preservación de la salud -comprendido dentro del derecho a la vida- y ha destacado el deber impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (conf. Fallos: 321:1684, 323:1339, 324:3569). En ese contexto, no pareciera encontrarse en duda que la infertilidad impacta de modo negativo en la salud psíquica de las personas que la padecen.

5. Que, en el presente caso, a la actora y a su pareja -quienes, según manifiestan, conviven hace diecisiete años (v. fs. 43 vta.)- se les habría diagnosticado un cuadro que comprendería ciertas limitaciones que, a los efectos de lograr el embarazo buscado, sólo podrían ser superadas a través de un tratamiento específico de fertilización asistida (v. fs. 33, 37/37 vta., 38 y 70). A partir de eso y del marco anteriormente descripto, debe tenerse en cuenta que la imposibilidad de procrear es una deficiencia que puede afectar en forma real y efectiva la calidad de vida, siendo que la salud reproductiva involucra la salud psicofísica de las personas, además de su derecho a procrear. Desde esta perspectiva, como fue anticipado, parecería indudable que las circunstancias por las cuales la demandante y su pareja -adherente a la pretensión formal y materialmente hablando (v. fs. 43 vta.)- se ven impedidos de procrear representarían un desmedro en su salud y, por ende, existiría un derecho enteramente pasible de protección.

6. Que, en efecto, así establecido el marco jurídico y de hecho que gira en torno del análisis de la procedencia de la pretensión cautelar (y sin perjuicio de la solución a la que podría arribarse en la sentencia de mérito luego de un examen más profundo de la cuestión en litis), corresponde anticipar que el recurso deducido por la actora habrá de tener favorable acogida. Ello así por diversos órdenes de razones. En primer lugar, porque el argumento de la demandada consistente en afirmar que, con carácter previo a ser atendida la prestación en la que consiste el tratamiento en cuestión, la práctica pretendida debería ser incorporada a la normativa que rige la actividad de la ObSBA, desconociendo toda posibilidad de acatamiento de los imperativos y estándares fijados en la ley N°26.826, al menos en esta instancia del trámite del caso, resultaría insuficiente. Es que no puede soslayarse que, en este aspecto, dicha preceptiva es contundente. Nótese que allí se establece que "[l]as disposiciones de la presente ley 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?" (el destacado no obra en el original). Ergo, y no existiendo la necesidad de adentrarse en esta etapa larval del proceso en el análisis de lo que importa nuestro sistema constitucional en cuanto a la distribución de facultades -exclusivas y concurrentes-, no pareciera posible desconocer sin más -o intentar hacerlo, o sujetar irremediamente el reconocimiento a actividad alguna de la demandada- los términos en los que en la normativa se estipula el acceso a las técnicas de reproducción asistida. Más aun cuando quien se encuentra atribuido del poder reglamentario se ha expedido en términos todavía de mayor contundencia. En efecto, repárese en que, en el artículo 10 del decreto N°956/13, se ha dispuesto que "[l]as respectivas autoridades sanitarias de las jurisdicciones provinciales y de la CIUDAD AUTÓNOMA 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?" (el destacado no obra en el original). Así, en este marco, la invocación, por parte de la ObSBA, de que su actividad propia se encuentra regida sólo por las disposiciones internas dictadas por su directorio, desconociendo de modo categórico el alcance de la normativa nacional indicada, cuanto menos desde la perspectiva de evaluación que permite esta etapa liminar del proceso, no podría constituirse en un elemento de convicción idóneo para avalar una conducta como la aquí denunciada por la actora, y acreditada con las constancias hasta ahora aportadas a la causa. Permitir una conducta del tipo indicado importaría desde ya, y para el caso, restar toda validez legal a las previsiones normativas contenidas en la ley N°26.862, lo cual, como correlato, se traduciría en un obstáculo para la vigencia de los

derechos consagrados, del modo apuntado, en la norma nacional. En segundo lugar, y también teniendo en cuenta lo precedentemente señalado, al menos ante este análisis primario de la cuestión, no pareciera que las disposiciones de la ley N°26.862 tuvieran, como refiere la demandada, carácter meramente indicativo. Tal postulación quedaría desvirtuada, en principio, por la naturaleza de orden público de sus disposiciones y por los términos en que en la norma reglamentaria se impone la necesidad de adoptar medidas para la efectiva implementación de sus previsiones en el ámbito de la ciudad (v. CSJN in re ?L.E.H. c/ O.S.E.P. s/ amparo?, del 01/09/15). En suma, y al cabo, los aspectos referenciados en el presente considerando serán objeto de un tratamiento más exhaustivo en la oportunidad pertinente, ya con el aporte de mayores elementos de convicción en cuanto a la contradicción y defensa de los derechos en colisión, al tiempo que, habida cuenta de lo que surge de los escritos constitutivos (v. fs. 1/23 vta. y 135/140 vta.), también en esa ocasión habría de contarse con prueba que aún no se ha incorporado a la causa. 7. Que, por otro lado, y en lo referente al requisito del peligro en la demora, la edad de la actora se presenta como un elemento relevante al momento de considerar la procedencia o no de la medida peticionada. Adviértase que se trata de una mujer de 49 años, con lo cual, razonable sería así estimar que el factor tiempo jugaría un papel preponderante en relación con las posibilidades de la actora de lograr el objetivo buscado, las cuales, de por sí, ya se encuentran menguadas por las condiciones descriptas por los profesionales de la salud que evaluaron a la Sra. O. y a su pareja (v. fs. 33, 37/38, 70, 87, entre otras). De modo que el hecho de que resulte necesario comenzar cuanto antes con el tratamiento recomendado y pretendido sería determinante para considerar presente el requisito aludido. A eso cabe añadir que, por lo demás, aun si hubiera sido puesto como condición por parte de la demandada para acceder a la prestación del tratamiento solicitado, tampoco se constituiría en un argumento válido para negar su cobertura a poco que se repara en que, conforme lo dispuesto en el artículo 7° de la ley N°26.862, “[t]iene derecho a acceder a los procedimientos y técnicos 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 destacado no obra en el original). Por tanto, como puede observarse, en la norma no se establecerían limitaciones etarias de tipo alguno, lo cual sería consistente con la naturaleza de ciertas prácticas y procedimientos fuertemente atravesados por la existencia incesante de avances y progresos científicos, que parecieran reflejar como corolario una tendencia a flexibilizar límites antes arraigados en la praxis médica y que encontrarían sintonía con un enfoque más cercano a parámetros en los que se contemplaría una edad genérica y en abstracto del paciente. Por todo lo señalado, el tribunal RESUELVE: 1) Hacer lugar al recurso de apelación deducido y, por ende, revocar la resolución recurrida. En consecuencia, ordenar a la ObsBA que brinde a la Sra. M.J.O. la cobertura integral del tratamiento de fertilización médicamente asistida de alta complejidad a través de inyección intracitoplasmática de espermatozoides (FIV-ICSI), con ovodonación y columnas de anexinas, en el Centro Médico Procreatearte, hasta tanto los médicos tratantes lo consideren necesario en función de las probabilidades de éxito del tratamiento o se resuelva el fondo del asunto y esa decisión quede firme, lo que ocurra primero. 2) Disponer como contracautela la caución juratoria que la Sra. M.J.O. deberá prestar ante el actuario. El Dr. Juan Lima no suscribe por hallarse en uso de licencia. Regístrese, notifíquese a las partes por secretaría, en primer término a la actora y, una vez prestada la caución juratoria, a la demandada. Oportunamente, devuélvase. Dr. Esteban Centanaro Juez de Cámara Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Dra. Fabiana H. Schafrik de Nuñez Jueza de Cámara Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Correlaciones: Ley 26862 - BO: 26/06/2013 Decreto 956/2013 - BO: 23/07/2013 L., E. H. y otros c/OSEP s/amparo - Corte Sup. Just. Nac. - 01/09/2015

006817E