

Fertilizacion Asistida Derecho A La Salud Cobertura Por Parte De La Empresa De Medicina Prepaga

JURISPRUDENCIA

Fertilización asistida. Derecho a la salud. Cobertura por parte de la empresa de medicina prepaga

Se mantiene la resolución que admitió la medida cautelar solicitada por los amparistas y ordenó a la empresa de medicina prepaga que les otorgue la cobertura del 100% del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad, con donación de gametos.

Buenos Aires, 2 de febrero de 2016. VISTO: el recurso de apelación interpuesto por la demandada a fs. 65 (concedido con efecto devolutivo a fs. 66), fundado a fs. 78/80, contra la resolución de fs. 38/40, cuyo traslado no fue contestado, y CONSIDERANDO: I. La Sra. Jueza de primera instancia admitió la medida cautelar solicitada por la Sra. A.M.L.R. y el Sr. D.J.G. y ordenó a OMINT SA de Servicios que les otorgue la cobertura del 100% del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad -con donación de gametos- a realizarse en el Centro "Pregna" hasta que se dicte sentencia definitiva. Tal decisión fue apelada por OMINT, quien se queja -sustancialmente- porque se ordena la cobertura de donación de gametos, cuando no existe aún banco de embriones y/o gametos debidamente registrados en el REFES, y en consecuencia que no tiene posibilidad material de cumplir con la manda judicial. II. Sentado lo anterior, y tal como lo señaló la jueza en la resolución apelada, el sub lite encuadra en la ley 26.862 titulada de la "Reproducción Médicamente Asistida" (sancionada el 5 de junio del 2013 y promulgada el 25 de junio de 2013) y en su decreto reglamentario 956/2013 del 19 de julio del 2013 (art. 3° del Código Civil). Desde esta inteligencia, se advierte que el objeto de la ley es garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico -asistenciales de reproducción asistida (conf. artículo 1°), tanto de baja como de alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones (artículo 2°), y se determina que tienen derecho a acceder a aquéllos a toda persona mayor de edad que haya explicitado su consentimiento informado (artículo 7°). Asimismo, se establece el deber de las obras sociales y entidades de medicina prepaga de incorporarlas como prestaciones obligatorias para sus afiliados o beneficiarios, determinando su inclusión en el PMO (artículo 8°). Prevé que se cubrirán los nuevos procedimientos que sean desarrollados mediante avances técnico-científicos, cuando sean autorizados por el Ministerio de Salud, como autoridad de aplicación. La cobertura integral e interdisciplinaria incluye el abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo de todos esos procedimientos y técnicas (arts. 1, 2, 3 y 8). A los fines de su instrumentación crea, en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación, un registro único en el que deben estar inscriptos todos aquellos establecimientos sanitarios habilitados para realizar procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida y los establecimientos médicos donde funcionen bancos receptores de gametos y/o embriones. 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 (arts. 5 y 6). III. Ahora bien, con relación al agravio referido a la falta de instrumentación de la exigencia legal de un registro de "banco de gametos", en este estado liminar de la causa y luego de más de dos años de sancionada la ley 26.862, el 5 de junio de 2013, contamos con la información brindada por el Ministerio de Salud relativa que 23 instituciones ubicadas en ciertas provincias del país han sido informadas por la "autoridad jurisdiccional" como aquellas que cuentan con banco de gametos. Lo cierto es que para el caso, por la Ciudad de Buenos Aires no surge que hubiere sido informada alguna institución, más ello no es óbice para admitir la pretensión de los actores. Ello así, pues, no obsta a la vigencia de ciertos derechos que, por su índole, pueden ser invocados, ejercidos y amparados sin el complemento de disposición legislativa alguna (conf. Fallos: 321:2767). Asimismo se ha dicho que la omisión o retardo en el ejercicio de la facultad reglamentaria no obsta a la aplicación de la ley cuando su operatividad no ofrece duda (conf. Fallos: 262:468). En primer lugar, no parece serio obligar a los habitantes de una jurisdicción provincial trasladarse a otra para realizar el tratamiento de fertilización con ovodonación. No sólo porque no es un tema de distribución de recursos entre provincia o jurisdicciones lo que aquí juega, sino que el cambio de institución involuntario de quien accede a este complejo procedimiento (aunque sea en la misma jurisdicción) atenta contra la necesaria relación médico paciente que debe haber en este y en todo acto de la medicina destinada a curar o a dar vida (conf. Sala II, causa N° 4525/15 del 13/10/15). En este orden de ideas, cabe agregar que la ley prevé la cobertura de la ovodonación con restricciones fundamentales relativas al consentimiento del donante y, además, circunscripta a la obligación de inscripción. Agregamos que, de concretarse el nacimiento, la garantía para que la persona nacida pueda ejercer su derecho a la identidad, también excede las cuestiones relativas a los derechos exclusivos de los actores relacionados con el acceso a los tratamientos y técnicas. Pero, en las condiciones fácticas y jurídicas existentes a este momento, e imperativas para el juez que debe resolver (arts. 1 a 3 del Código Civil y Comercial y C.S. Fallos 311:870; 314:568; 315:2684 y 318:342, entre otros) de acceder a la pretensión cautelar no se verían alterados ningún derecho o interés de terceros ni afectado el orden que define

la propia ley que implementa el sistema de registro en tanto dispone que las disposiciones de la presente ley son de orden público y de aplicación en todo el territorio de la República (art. 10, ley 26.862). Así, pues los magistrados deben considerar las circunstancias existentes al tiempo de fallar (C.S. Fallos: 311:870; 314:568; 315:2684 y 318:342, entre otros). Las relativas al consentimiento del donante, cabe señalar que, el centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones. La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión. (arts. 560 y 561 del Código Civil y Comercial de la Nación). Sobre el derecho a la información de las personas nacidas por técnicas de reproducción asistida para conocer datos necesarios para la salud y la identidad, la nueva legislación establece que debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento la siguiente información que, a petición de las personas nacidas por técnicas de reproducción asistida puede obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuanto es relevante para la salud; b) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local? (arts. 563 y 564). Que respecto a la cuestión registral debe repararse en que, como política de salud, los registros tienen por objetivo primero y prioritario asegurar el acceso de la población a los Servicios de Salud, entendiendo por tales al conjunto de los recursos y acciones de carácter promocional, preventivo, asistencial y de rehabilitación, sean éstos de carácter público estatal, no estatal o privados. También constituyen objetivos la homogeneización de los instrumentos administrativos de fiscalización a efectos de lograr la armonización de los registros provinciales de manera tal que permitan una fiscalización integral y efectiva de los establecimientos de salud (Resolución 1070/2009, del Ministerio de Salud). En el ámbito de ese Registro Federal de Establecimientos de Salud funcionará el registro único de establecimientos sanitarios habilitados para realizar procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida y los bancos de gametos y/o embriones (art. 4 de la ley 26.862 y art. 4 del dec. 956/2013). Finalmente, a partir de lo dispuesto en los Tratados Internacionales que tienen jerarquía constitucional (nominados en el art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema), la Corte Suprema ha reafirmado en posteriores pronunciamientos el derecho a la preservación de la salud -comprendido en el derecho a la vida- y ha destacado la obligación 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 (Fallos: 321:1684 y 323:1339). En tal sentido y conforme las obligaciones de los sujetos intervinientes que fueron reseñadas en los considerandos precedentes, la empresa de medicina prepaga demandada en autos (Omint) y el centro de salud interviniente (Pregna), deberán tomar conocimiento de lo aquí resuelto mediante oficios que librará la parte actora con copia de la presente; con carácter previo a la realización del tratamiento ICSI con ovodonación según la prescripción médica acompañada en autos, que se admite. Con posterioridad, las partes y el centro médico deberán comunicarse entre sí toda la información acerca del resultado del tratamiento, para que cada uno en su esfera cuente con la información suficiente para el cumplimiento de sus respectivas obligaciones y para el ejercicio de las acciones tendientes a resguardar los derechos de las personas involucradas. En consecuencia, y por los fundamentos expuestos, se debe confirmar la medida cautelar apelada en todos sus términos, pues, la ley contempla específicamente la prestación requerida por los aquí actores, consistente en la cobertura del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad, con donación de gametos. Por ello, SE RESUELVE: confirmar la resolución apelada, con costas de ambas instancias en el orden causado, atento las particularidades de la cuestión (art. 70 del CPCCN). Regístrese, notifíquese -oportunamente publíquese- y devuélvase. Ricardo Gustavo Recondo Guillermo Alberto Antelo Graciela Medina Correlaciones: Ley 26862 - BO: 26/06/2013 Alonso Reina, Carla F., GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 562 DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL A LA LUZ DEL FALLO "H. M. Y OTRO/A S/MEDIDAS PRECAUTORIAS", Erreius on line, Abril 2016, 008688E