

Medida Cautelar Innovativa Requisitos Derecho A La Salud Reproduccion Asistida Cobertura Integral Obra Social

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

JURISPRUDENCIA

Medida cautelar. Innovativa. Requisitos. Derecho a la salud. Reproducción asistida. Cobertura integral. Obra social

Se hace lugar a la medida cautelar innovativa solicitada por la amparista, a los efectos que la obra social demandada otorgue cobertura integral al tratamiento integral de reproducción asistida solicitado, atento a que dicho tratamiento forma parte del derecho a la salud reproductiva contemplado en los tratados de derechos humanos y, asimismo, se evaluó el peligro en la demora dada la edad de la accionante -40 años-.

Ciudad de Buenos Aires, 7 de diciembre de 2016. VISTOS Y CONSIDERANDO, que: I.- A fs. 1/24 se presenta la Señora J. C. A. (DNI ...) e interpone acción de amparo contra la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (ObSBA) en los términos del artículo 14 de la Constitución de la Ciudad, ley 2145 y artículos 42 y 43 de la Constitución Nacional en resguardo de su derecho a la salud y con el objeto de obtener la cobertura integral del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad con donación de óvulos, más eventual criopreservación embrionaria, sin límite de extensión de cobertura y hasta lograr el embarazo, incluyendo la medicación y gastos que ello demande. Solicita, asimismo, como medida cautelar, la cobertura total del tratamiento prescripto, a realizarse en el Centro Especializado en Reproducción CER y hasta lograr el embarazo. Relata que se encuentra inscrita en la Obra Social bajo el Nro. ... y que convive con su pareja C. C. L. hace aproximadamente siete años. Sostiene que desde entonces tiene deseos de formar una familia pero que presenta diagnóstico de esterilidad secundaria de cuatro años de evolución por factor tuboperitoneal, baja reserva ovárica, trombofilia y antecedente de aborto recurrente. Señala que ha realizado un tratamiento de fertilización asistida de baja complejidad, con resultado negativo y dos tratamientos de alta complejidad sin lograr el embarazo añadiendo que existe la posibilidad que hayan embriones a criopreservar. Manifiesta que, dado el altísimo costo que representa solventar este tipo de tratamientos y atento lo dispuesto en la ley 26.862 y su decreto reglamentario Nro. 956/13, la demandada se encuentra obligada a cubrirlo en forma integral, incluyendo la medicación necesaria para tal fin al 100 % y la eventual criopreservación. Agrega que ello fue requerido mediante nota a la ObSBA recibiendo respuesta negativa por mail, no teniendo otra alternativa que iniciar la presente acción a fin que se ordene la cobertura total del tratamiento prescripto así como la realización del mismo en el Centro Especializado en Reproducción y que la condena contemple también la cobertura de los costos de los tratamientos que fueren necesarios -en caso de fracasar el primero-, de la medicación que fuere prescripta para tal fin y la eventual criopreservación, sin límite de cobertura hasta conseguir el embarazo. Destaca que el Centro Especializado CER es un centro médico habilitado por el Ministerio de Salud y registrado en el ReFES para practicar el tratamiento que se indica y hace hincapié en la importancia de seguir la atención en dicho establecimiento en el que se viene atendiendo junto con su pareja y donde han realizado los estudios previos al tratamiento que reclama. Señala que la urgencia resulta evidente atento su edad (40 años), el diagnóstico descripto y el fracaso de los procedimientos anteriores. Explica que el procedimiento de ovodonación puede llevarse a cabo a través de dos métodos: 1) Mediante banco de óvulos criopreservados o, 2) Método en Fresh, por medio del cual se utilizan óvulos en fresco y se sincroniza a una donante que cede los óvulos y coincide con los tiempos biológicos de la preparación endometrial de la receptora. Efectúa un desarrollo sobre los derechos que entiende vulnerados por la negativa de la demandada, sobre su legitimación activa y admisibilidad del amparo. Expone que la demora en el inicio del tratamiento indicado o de los tratamientos que resulten necesarios pone en riesgo el éxito de éstos ya que el mero paso del tiempo resulta ser fatal para conseguir el embarazo deseado, máxime teniendo en cuenta la edad de la amparista. Asimismo, plantea la inconstitucionalidad del art. 8º del decreto nacional N° 956/13, en tanto restringe el acceso a la cantidad de tratamientos. Funda en derecho y cita jurisprudencia en su apoyo. Ofrece prueba y efectúa reserva del caso federal. II. En primer lugar corresponde verificar si se encuentran reunidos los requisitos de procedencia de la medida cautelar peticionada. Al respecto, cabe señalar que corresponde el estudio de lo dispuesto por el artículo 15 de la ley 2145 y por el Código ritual local, de aplicación supletoria en virtud de lo normado en el artículo 28 de dicha ley. El artículo 15 establece: "(...) son necesarios para el otorgamiento de toda cautelar la acreditación simultánea de los siguientes presupuestos: a) Verosimilitud del derecho. b) Peligro en la demora. c) No frustración del interés público. d) Contracautela.?" A su vez, el tipo de medidas como la solicitada en el escrito de inicio, son de contenido positivo y se encuentran comprendidas en el artículo 177 del código de rito local en cuanto establece que "Quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiere sufrir un perjuicio inminente o irreparable puede solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia (...)" (2do. párr.), "(...) aunque lo peticionado coincida con el objeto

sustancial de la acción promovida (1er. Párr.)? Cabe señalar que la medida cautelar innovativa es una diligencia precautoria excepcional que tiende a modificar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado (...), ordenando -sin que concurra sentencia firme de mérito- que alguien haga o deje de hacer algo, en sentido contrario al representado por la situación existente? (Conf. Peyrano, Jorge W., "Compendio de Reglas Procesales en lo Civil y Comercial", 3ª. ed. actualizada, Zeus, 1997, Pág. 97). En relación con las exigencias para la procedencia de esta clase de medidas, cabe efectuar las siguientes precisiones. Respecto del presupuesto de verosimilitud del derecho, cabe afirmar que este recaudo es susceptible de grados y está influido por la índole del reclamo principal, del que no puede ser desvinculado. Al respecto la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha señalado que "(...) como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad" (Fallos: 323:349, 306:2060, 326:4572, 330:1915, entre otros). Es decir, que solo es necesaria la apariencia de buen derecho?. Este requisito expresamente mencionado en la ley de amparo (art. 15), como necesario para el otorgamiento de toda medida cautelar, supone la manifestación de conductas tendientes a crear convicción en el juzgador sobre la plausibilidad jurídica del planteo (arts. 178, 2do. párr. y 180 del CCAyT). En este orden de ideas, corresponde tener presente que, tal como lo ha sostenido la Corte, el derecho a la salud y los derechos reproductivos propiamente dichos se encuentran reconocidos en los tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22), entre ellos, el art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 5.1, 7, 11 y 17.2. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 6, 9, 12 incs. 1) y 2) apartado a), 17 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como así también art. VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y art. 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (CSJN, Fallos: 329:2552; 333:690). Asimismo el Alto Tribunal ha reafirmado el derecho a la preservación de la salud -comprendido dentro del derecho a la vida y 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 (CSJN, Fallos: 321:1684; 323:1339 y 324:3569). También ha sido especialmente previsto en el art. 20 de la Constitución local, el que debe interpretarse junto a la operatividad que surge del Art. 10. Así dispone: "Se garantiza el derecho a la salud integral (...) El gasto público en salud es una inversión social prioritaria. Se asegura a través del área estatal de salud ... protección, prevención, atención y rehabilitación, gratuitas con criterio de celeridad, equidad, integralidad, solidaridad, universalidad y oportunidad. Se entiende por gratuidad en el área estatal que las personas quedan eximidas de cualquier forma de pago directo..." (art. 20). Por otro lado, el art. 21, inciso 4 establece que la Ciudad promueve: "... la maternidad y paternidad responsable, y para tal fin, pone a disposición de las personas la información, educación, métodos y prestaciones de servicios que garanticen sus derechos reproductivos?". Por su parte, el art. 37 dispone que la Ciudad reconoce "los derechos reproductivos y sexuales, libres de coerción y violencia, como derechos humanos básicos (...)?". Así cabe agregar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció sobre la protección de los derechos en juego en el caso "Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica", del 28 noviembre de 2012, donde sostuvo que el derecho a la vida privada se relaciona con la autonomía reproductiva -reconocido por el art. 16 de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer- y con el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. Del mismo modo sostuvo que "la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia", protegido por el art. 17.2 de la Convención Americana y que "el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones. 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?". A su turno, la Sala II de la Cámara de Apelaciones del fuero ha dicho 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 ambos cónyuges, además de su derecho a procrear." (cfme. CACCyT CABA Sala II in re "Francas Cynthia Vanesa y otros c/ Obra Social de Buenos Aires (OBSBA) s/ incidente de apelación" A3662-2015/1, sentencia del 26 de febrero de 2016). III.- Expuesto ello corresponde poner de resalto que la Ley N° 26.862 de Reproducción Médicamente Asistida, tiene por objeto garantizar a toda persona mayor de edad -que haya explicitado su consentimiento informado- el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, entendiendo por tales a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo, incluidas las técnicas de baja y alta complejidad, que comprendan o no la donación de gametos y/o embriones (v. arts. 1, 2 y 7 de la ley nacional N° 26.862) -el destacado me pertenece-. Por su parte, el art. 8° dispone que "(...) el sector público de

salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661 (...) 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?. Del mismo modo, dispone que ?quedan comprendidos en la cobertura prevista en este artículo, los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos? y que ?(...) 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...?. -lo resaltado me pertenece-. En su art. 10 establece que sus disposiciones son de orden público y de aplicación en todo el territorio de la República, e invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a sancionar, en el ámbito de sus exclusivas competencias, las normas correspondientes. Dicha ley fue reglamentada mediante el decreto Nro. 956/2013, por el cual en su art. 1° se especifica que ?los Prestadores del Servicio de Salud de los ámbitos públicos de la Seguridad Social y privado, deberán proveer sus prestaciones respectivas conforme la Ley N° 26.862, la presente reglamentación y demás normas complementarias que al efecto se dicten?. Dicho decreto, en su art. 8, 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? y se 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. Además establece 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 8° de la Ley N° 26.862? y que ?en caso que en la técnica de reproducción médicamente asistida se requieran gametos o embriones donados, estos deberán provenir exclusivamente de los bancos de gametos o embriones debidamente inscriptos en el REGISTRO FEDERAL DE ESTABLECIMIENTOS DE SALUD (ReFES) de la DIRECCION NACIONAL DE REGULACION SANITARIA Y CALIDAD EN SERVICIOS DE SALUD, dependiente del MINISTERIO DE SALUD. Si la donación se ha efectuado en un establecimiento diferente al de realización del tratamiento, el titular del derecho deberá presentar una declaración jurada original del establecimiento receptor del gameto o embrión en la cual conste el consentimiento debidamente prestado por el donante. La donación de gametos y/o embriones deberá estar incluida en cada procedimiento. La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial.? -el destacado me pertenece-. En el ámbito de esta ciudad, se dictó la Ley Básica de Salud -ley 153- en cumplimiento del mandato establecido en el art. 21 de la Constitución local, la cual garantiza el derecho a la salud integral (art. 1°) y reconoce a las personas el ejercicio de los derechos reproductivos, incluyendo el acceso a métodos y prestaciones que los garanticen (art. 4° inc. n).

Dicha normativa se complementa con la Ley 418, la cual determinó las políticas orientadas a la promoción y desarrollo de la Salud Reproductiva y la Procreación Responsable y tiene entre sus objetivos el de garantizar ?el acceso de varones y mujeres a la información y a las prestaciones, métodos y servicios necesarios para el ejercicio responsable de sus derechos sexuales y reproductivos? (art. 3 inc. a). Por último, corresponde recordar que la ley de creación de la ObsBA -ley 472- ordena que ésta -ente público no estatal- se regirá por sus propias previsiones, las disposiciones que adopten sus órganos de conducción, la ley 153 -Ley Básica de la Salud-, y en forma supletoria y en lo que resultare pertinente, por las estipulaciones de orden nacional contenidas en las leyes nacionales 23.660 y 23.661, normas reglamentarias, complementarias y concordantes (cfme. art. 2°). Por su parte, es sabido que por resolución 133-ObSBA-06 -que actualizó la disposición 56-ObSBA-04- se aprobó la aplicación, en el ámbito de la obra social del Programa Médico Obligatorio (PMO). IV. Ahora bien y adentrándonos en el estudio de las constancias aportadas a la causa, de las mismas surge que la actora es afiliada de la obra social demandada conforme se desprende de fs. 30 y agente del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. En tal condición, por la pieza obrante a fs. 33, con fecha 29 de septiembre de 2016, solicitó por escrito ante la ObsBA la cobertura de alta complejidad de fertilización asistida por el sistema de ovodonación. Dicho tratamiento le había sido prescripto por el Centro Especializado en Reproducción (CER) conforme la constancia que luce a fs. 32 -al que fuera derivada por la obra social-, dado sus antecedentes clínicos de aborto recurrente, edad, baja reserva ovárica, pobre calidad

embrionaria y diagnóstico de trombofilia, calificadas como esterilidad secundaria mayor a cuatro años de evolución. Por su parte, a fs. 34 luce un telegrama con igual propósito dirigido a la obra social demandada. A fs. 35 obra una contestación de la accionada enviada por correo electrónico por el cual se comunica a la actora que la obra social no cubre la Ovodonación y que "no hay ningún trámite que se pueda hacer?". Por lo que con los elementos de juicio reunidos hasta el momento en autos, corroborantes prima facie de lo manifestado en el escrito de inicio, se puede tener por configurado este primer requisito de procedencia del remedio procesal intentado, en tanto existen elementos que permitan tener por configurada la patología invocada por la actora y la necesidad de un tratamiento como el que se solicita en la demanda. He de valorar además que, conforme los dichos de la actora, fue ObSBA quien la habría derivado a la clínica CER (ver fs. 35), la que, por otro lado, se encuentra inscrita en el registro único previsto por los arts. 4° de la ley nacional 26.862 y decreto reglamentario 956-2013 (ver <http://www.msal.gob.ar/images/stories/pdf/listado-estab.fert.asistida-05-10-2016.pdf>), por lo que no encuentro impedimentos para que el tratamiento requerido sea realizado en dicha institución. V.- Por su parte, el segundo presupuesto contemplado en la Ley N° 2145 es el peligro en la demora, que consiste en la probabilidad que la tutela jurídica definitiva que la actora aguarda de la sentencia a pronunciarse en el proceso principal no pueda, en los hechos, realizarse, es decir que, a raíz del paso del tiempo, los efectos del fallo final resulten prácticamente inoperantes (Conf. Palacio Lino "Derecho Procesal Civil", Tª IV-B, Pág. 34 y ss.; CN Cont. Adm. Fed., Sala IV in re "Azucarera Argentina - Ingenio Corona c/ Gobierno Nacional - Ministerio de Economía", del 1/11/84; CN Civil, Sala E, in re "Tervasi Carlos A. y otros c/ Municipalidad de la Capital", del 5/12/84). Es decir, que requieren que se acredite el peligro de un perjuicio irreparable (CN Cont. Adm. Fed. Sala III, in re "Decege SA c/ Estado Nacional s/ ordinario", del 16/8/90). Al respecto, la Corte Suprema ha expresado que es necesario "una apreciación atenta de la realidad comprometida, con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que lleguen a producir los hechos que se pretenden evitar pueden restar eficacia al reconocimiento del derecho en juego, operado por una posterior sentencia" (11/7/96 "in re" Milano, Daniel c/ Ministerio de Trabajo y Seguridad Social" y en igual sentido Sala V CNFed.Cont.Adm. 3/3/97 y concordantemente CNFED Sala II, 19-08-99, LL 1999-E, 624 DJ, 1999-3-903). En relación a este recaudo he de destacar que la tutela preventiva resulta justificada en tanto tiende a preservar el ejercicio de los derechos reproductivos de la actora cuya edad -40 años- y el diagnóstico antes apuntado se presentan como elementos relevantes conforme a los cuales la eventual falta de realización oportuna del tratamiento -atento la negativa de la demandada y la duración del trámite- podría causar consecuencias dañosas. VI.- Con respecto al requisito previsto en el inciso c) del Art. 15 de la ley 2145, referido a la no frustración del interés público, no advierto que éste se encuentre en juego. Máxime cuando el rechazo de la medida solicitada, es susceptible de acarrear consecuencias más dañosas que los eventuales perjuicios que su admisión podrían producirle a la demandada (Arga. Art. 189 Inc. 1 in fine del CCAyT). VII.- En cuanto a la prestación de contracautela, cabe destacar que su razón de ser encuentra fundamento en el principio de igualdad, ya que tiene por finalidad asegurarle al demandado, frente al accionante, el resarcimiento por los eventuales daños y perjuicios que se pudieran ocasionar como consecuencia de haberse solicitado la traba de la medida sin derecho. Ahora bien, en el caso debe también tenerse en cuenta que se encuentra en juego el derecho a la salud y que la Constitución de la Ciudad garantiza la gratuidad de la acción de amparo (Art.14), así como que el acceso a la justicia no puede ser limitado por razones económicas (Art.12, Inc.6). Por ello, considero que la caución juratoria resulta una contracautela adecuada, teniéndosela por prestada atento la manifestación de fs. 18 vta.

Por todo ello y dado que se encuentran reunidos los requisitos previstos por la ley, corresponde hacer lugar a la cautela pedida. En virtud de las consideraciones antes efectuadas, RESUELVO: 1) Hacer lugar a la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, ordenar a la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires -ObSBA- la cobertura integral del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad con donación de óvulos, más eventual criopreservación embrionaria, respecto de la Señora J. C. A. (DNI ...) así como de la medicación, estudios, internación y demás gastos que ello demande, a realizarse en el centro médico CER, conforme la prescripción médica indicada para el caso de la actora a fs. 32. Ello hasta tanto los médicos tratantes lo consideren necesario en función de las probabilidades de éxito del tratamiento o se dicte sentencia definitiva, lo que ocurra primero. Dicha medida deberá ser cumplida por la demandada en el plazo de cinco (05) días de notificada, debiendo acreditarlo en autos en idéntico plazo. 2) Tener por prestada la caución juratoria por parte de la accionante, atento lo manifestado a fs. 18 vta. Regístrese y notifíquese a la parte actora por Secretaría con carácter urgente. Comuníquese lo aquí decidido a la demandada mediante cédula, a diligenciarse con carácter urgente, con copia íntegra de la presente y debiendo notificar también en dicho acto el traslado de la demanda ordenado a fs. 38 (Conf. Art. 11, último párrafo, Ley 2145). Hágase saber que la confección de dicha notificación queda a cargo de la parte actora. Correlaciones: C., A. y otro c/Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/amparo de salud - Cám. Nac. Civ. y Com. Fed. - Sala I - 29/03/2016 012013E