

## Derecho A La Salud Reproductiva Tratamiento De Fertilidad

### JURISPRUDENCIA

### Derecho a la salud reproductiva. Tratamiento de fertilidad

Se

confirma la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo interpuesta y ordenó a la Obra Social Jerárquicos Salud a que brinde la cobertura integral en un ciento por ciento (100%) en forma efectiva, inmediata e ininterrumpida del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad de ovodonación a realizarse en el Instituto HAVVA de Paraná, incluyendo honorarios médicos, medicamentos, estudios y análisis médicos y de diagnóstico, terapias de apoyo, el 100% de medicamentos para la actora y la donante, la criopreservación de embriones y gametos, como también las futuras transferencias, en la cantidad de tres tratamientos de alta complejidad por año, con un intervalo de tres meses entre cada uno, hasta conseguir el nacimiento de un hijo, según prescripción médica. Paraná, 25 de septiembre de 2019. Y VISTOS: Estos autos caratulados: ?MANASSERO, FLAVIA LORENA Y OTRO CONTRA JERÁRQUICOS SALUD SOBRE AMPARO LEY 16986?, Expte. N° FPA 8129/2019/CA1, provenientes del Juzgado Federal N° 2 de Paraná, y; CONSIDERANDO: I- a) Que, se promueve la presente acción con el fin de obtener de la obra social demandada la cobertura del 100%, en forma efectiva, inmediata, e ininterrumpida del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad de ovodonación, donación de esperma, criopreservación de embriones y futuras transferencias, a realizarse por su médica tratante, en el Instituto HAVVA de esta ciudad, incluyendo honorarios médicos, medicamentos, estudios y análisis médicos y de diagnóstico, terapias de apoyo, el 100% de medicamentos para la actora y la donante, la criopreservación de embriones y gametos, como también las futuras transferencias. Asimismo solicita que se aclare que la actora tiene derecho de realizarse hasta tres tratamiento de alta complejidad por año -con un intervalo de tres meses en cada uno- hasta conseguir el nacimiento de su hijo. b) Que, el a quo hizo lugar a la acción de amparo mediante sentencia obrante a fs. 132/136 y vta. y ordenó a la Obra Social Jerárquicos Salud a que brinde la cobertura integral en un ciento por ciento (100%) en forma efectiva, inmediata e ininterrumpida, del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad de ovodonación a realizarse en el Instituto HAVVA de Paraná, incluyendo honorarios médicos, medicamentos, estudios y análisis médicos y de diagnóstico, terapias de apoyo, el 100% de medicamentos para la actora y la donante, la criopreservación de embriones y gametos, como también las futuras transferencias, en la cantidad de tres tratamientos de alta complejidad por año con un intervalo de tres meses entre cada uno, hasta conseguir el nacimiento de un hijo, según prescripción médica; impuso las costas a la demandada; reguló honorarios y tuvo presente la reserva del caso federal. c) Que, contra dicha resolución, el apoderado de Jerárquicos Salud interpuso y fundó a fs. 138/143 recurso de apelación. El mismo fue concedido a fs. 144. A fs. 145/147 vta. contestó los agravios la parte actora y quedaron los presentes en estado de resolver a fs. 150 vta. II- a) Que, en resumen, la accionada se expresa en relación a la falta de producción de las pruebas ofrecidas por su parte, considerando que existe afectación a su derecho de defensa al no expedirse sobre el pedido de informe a la Superintendencia de Servicios de Salud y al Ministerio de Salud de la Nación. Asimismo, reconoce la obligación de las obras sociales de cubrir a sus beneficiarios los tratamientos de reproducción médicamente asistida con el alcance del art. 8 de la ley 26862 y del decreto 956/13, a su entender, tres (3) tratamientos con técnica de Alta Complejidad en total y con un intervalo de 3 meses entre cada uno de ellos. Consideran que ha existido una errónea interpretación por el sentenciante y, citan jurisprudencia al respecto. Finalmente, manifiesta que no resulta conducta arbitraria o ilegal de su parte la cobertura de tres (3) tratamientos en total, y entender que ha arribado al límite máximo de dichas prestaciones. Dice que su negativa se sustenta en el art. 8 del decreto 956/13; considera a la acción deducida manifiestamente improcedente, y peticona que se revoque la resolución apelada. Mantiene la reserva del caso federal. b) Que, los representantes de la actora, al contestar agravios y por los fundamentos que expone, solicitan se confirme el fallo en crisis, con costos y costas. Hacen reserva del caso federal. III- a) Que, en primer término, y atento el agravio formulado por la accionada por la falta de producción de las probanzas ofrecidas, es dable observar que la misma adjuntó documental al efecto y solicitó prueba informativa a la Superintendencia de Servicios de Salud y al Ministerio de Salud, en relación a cuestiones normativas que no fueron consideradas relevantes por el a-quo para el dictado de la sentencia de marras, sin que la parte formulara disenso alguno antes que se dictara la sentencia. En este sentido y máxime en cuestiones de amparo, la dilación de los plazos debe evitarse, siendo -asimismo- que las alegaciones de agravio de la demandada resultan genéricas y sin sustento válido que determine que hechos se vio impedida de probar, conforme a lo cual debe rechazarse. Al efecto, se ha manifestado que ?Pues si los mismos no son conducentes, es decir, no sirven para la decisión de la causa, cabe descartar la apertura de la causa a prueba...? y que ?Si sólo se han invocado pretensiones jurídicas que en algunos aspectos resultan contrapuestas, o la discrepancia versa sobre la aplicación e inconstitucionalidad de la ley, no existe mérito para abrir la causa a prueba? (Confr. juris citada por Morello- Sosa- Berizonce. ?Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Prov. De Bs. As. y de

la Nación?, Ed. Abeledo-Perrot, T. V-A, págs. 85/86).- b) Que, sentado lo anterior y, de la lectura del recurso deducido, la controversia radica en determinar los alcances de la ley vigente y la cantidad de tratamientos a cubrir. Ello, en torno a la interpretación que cabe asignar al art. 8 de la ley 26862, conforme lo previsto en el decreto reglamentario 956/2013, que sienta: ?Cobertura... En los términos que marca la Ley N° 26862, una persona podrá acceder a un máximo de cuatro (4) tratamientos anuales con técnicas de reproducción medicamente asistida de baja complejidad, y hasta TRES (3) tratamientos de reproducción medicamente asistida con técnicas de alta complejidad, con intervalos mínimos de TRES (3) meses entre cada uno de ellos...?. Los actores afirman que se trata de tres tratamientos anuales y la obra social, que son tres de por vida. c) Que, cabe recordar que el voto mayoritario de los autos ?GABAS, ANDREA SOLEDAD Y OTRO CONTRA OMINT SOBRE AMPARO LEY 16986? (Expte. N° FPA 6627/2018/CA1, sentencia del 08/10/2018) fundó las razones del apartamiento del criterio -también mayoritario- sustentado en los autos ?GRAND, DEBORA IVANA MERCEDES Y OTRO CONTRA OBRA SOCIAL DE COMISARIOS NAVALES (OSOCNA) Y OTRO SOBRE AMPARO LEY 16986? (Expte. N° FPA 12218/2015, sentencia del 22/06/2016). En efecto, en ?GABAS? se expresó: ?...sobre la cuestión se ha pronunciado recientemente la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos ?Y., M. V. Y OTRO C/IOSE S/ AMPARO DE SALUD? (Expte. N° CCF 4612/2014/CS1, sentencia del 14/08/2018) y allí concluyó que ?...la única interpretación admisible de la reglamentación examinada, en consonancia con los objetivos trazados por la ley 26862, es la que habilita a los interesados a acceder a tres tratamientos 'anuales' de reproducción medicamente asistida con técnicas de alta complejidad'...?. Así, toda vez que es doctrina de la CSJN la obligación de los Tribunales inferiores de conformar sus decisiones a lo decidido en casos análogos por el Máximo Tribunal (cfr. ?Fallos? 307:1094) cabe acoger dicha interpretación. Ello, sin perjuicio de sentar que resultan más persuasivos los fundamentos vertidos por la Sra. Procuradora General y a los que remitió el Dr. Rosenkrantz al votar en disidencia en el citado fallo en cuanto expresa que ?...el derecho a la salud, del cual forma parte el derecho a la salud reproductiva, no es absoluto sino que debe ser ejercitado con arreglo a una reglamentación que garantice el bienestar general, respetando su sustancia??. En consecuencia, se rechaza el recurso deducido por la parte demandada y confirma la sentencia apelada en todas sus partes. IV- Que, en cuanto a las costas habidas en la presente instancia, al no existir motivo para apartarse del principio general previsto en el art. 14 de la ley 16986, deben imponerse a la demandada vencida. V- Que, finalmente, corresponde regular los honorarios habidos en esta instancia y que dieran origen a la presente, los pertenecientes a los Dres. Ricardo Máximo León, Virginia Hebe León y María Lidia León en la suma de PESOS DIECISIETE MIL CUATROCIENTOS NUEVE CON CINCUENTA CENTAVOS (\$17.409,50) equivalentes a ... UMA, en conjunto; y los correspondientes al Dr. Joaquín Minni en la suma de PESOS VEINTE MIL CIENTO CUARENTA Y TRES CON VEINTE CENTAVOS (\$20.143,20) equivalentes a ... UMA (arts. 30, 48 y 51 de la ley 27423 y Ac. 20/19). Por lo expuesto, SE RESUELVE: Rechazar el recurso de apelación deducido por la parte demandada y, en su mérito, confirmar en todas sus partes la sentencia apelada. Imponer las costas habidas en la presente instancia a la demandada vencida (art. 68 del C.P.C. y C.N. y art. 14 ley 16986). Regular los honorarios habidos en esta instancia, los pertenecientes a los Dres. Ricardo Máximo León, Virginia Hebe León y María Lidia León en la suma de PESOS DIECISIETE MIL CUATROCIENTOS NUEVE CON CINCUENTA CENTAVOS (\$17.409,50) equivalentes a ... UMA, en conjunto; y los correspondientes al Dr. Joaquín Minni en la suma de PESOS VEINTE MIL CIENTO CUARENTA Y TRES CON VEINTE CENTAVOS (\$20.143,20) equivalentes a ... UMA (arts. 30, 48 y 51 de la ley 27423 y Ac. 20/19). Tener presente la reserva efectuada por las partes. Regístrese, notifíquese, difúndase a través de la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Cumplido bajen. BEATRIZ ESTELA ARANGUREN CON SU VOTO CINTIA GRACIELA GOMEZ MATEO JOSE BUSANICHE VOTO DE LA SRA. JUEZ DE CÁMARA, DRA. BEATRIZ ESTELA ARANGUREN: Y VISTOS: CONSIDERANDO: I-... II-... III- a)... b) Ahora bien, la controversia radica en la cantidad de tratamientos de reproducción medicamente asistida de alta complejidad que está obligada a cubrir la obra social. En efecto, el a quo ordenó la cobertura anual de tres de dichos tratamientos con intervalo de tres meses entre cada uno de ellos, lo que es cuestionado por la apelante. Que el marco normativo del caso está dado por la ley 26862 de ?Acceso Integral a los procedimientos y técnicas médico asistenciales de reproducción medicamente asistida?, y su decreto reglamentario 956/13.- El objeto de dicha ley es garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico asistenciales de reproducción asistida (art. 1), de baja y de alta complejidad (art. 2), determinando que tiene derecho a acceder a aquellos toda persona mayor de edad que haya explicitado su consentimiento informado (art. 7). Asimismo, se establece el deber de incorporarlas como prestaciones obligatorias del sector público de salud, de las obras sociales, de las entidades de medicina prepaga y de todos aquellos agentes que brinden servicios médicos asistenciales a sus afiliados o beneficiarios, ordenándose su inclusión en el PMO, conforme lo establezca el Ministerio de Salud como autoridad de aplicación (arts. 3 y 8), quien deberá proveer anualmente la correspondiente asignación presupuestaria a los fines de garantizar el cumplimiento de los objetivos de la ley (art. 9). También se establece que sus disposiciones son de orden público y de aplicación en todo el territorio de la República (art. 10).- En lo que a la

cuestión debatida en autos interesa, el decreto 956/13 dispone en su art. 8 que "En los términos que marca la Ley N° 26862, una persona podrá acceder a un máximo de cuatro (4) tratamientos anuales con técnicas de reproducción medicamente asistida de baja complejidad, y hasta TRES (3) tratamientos de reproducción médicamente asistida con técnicas de alta complejidad, con intervalos mínimos de TRES (3) entre cada uno de ellos?". "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..." (Sic).-

c) Circunscrita la normativa que rige la materia en análisis, corresponde determinar si la Ley 26862 y su Decreto Reglamentario establecen alguna limitación respecto a la cantidad de tratamientos de alta complejidad que deben cubrir los sujetos obligados.- Sabido es que interpretar una regla jurídica implica conocerla y comprenderla en su real sentido, dilucidando su significado para aplicarla a un caso concreto. Y esta tarea requiere un análisis de la letra de cada artículo a la luz del espíritu de la norma.- La ley de fertilización asistida y su reglamentación protegen a las personas que adolecen la afección de infertilidad para que tengan un tratamiento adecuado a sus necesidades cubierto por los prestadores del servicio de salud, surgiendo que la interpretación efectuada por el a quo resulta acertada conforme las reglas de la gramática y de la lógica. El art. 8 del Decreto Reglamentario n° 956/13 -en la parte que nos ocupa- prescribe: "...En los términos que marca la Ley N° 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..." (Sic).-

El único límite que establece la reglamentación, respecto de las técnicas de alta complejidad, es en relación a la cantidad -tres- y es lógico que tal cantidad debe ser aplicada de manera anual, tal como el legislador lo expresó más arriba al considerar los tratamientos de baja complejidad. Tal es así que el redactor de la norma estructuró estas especificaciones en una sola oración estableciendo de esta forma una unidad de pensamiento. Si se buscaba instaurar algún tipo de diferenciación, lo debería haber hecho en forma expresa o bien haciendo uso del punto y seguido, elemento gramatical que permite separar dos enunciados distintos. Y si a pesar de lo dicho, alguna duda cabe, sobre la interpretación de la norma que nos ocupa siempre se debe estar por aquella que resguarde de manera más cabal el derecho que se pretende tutelar. El derecho a la salud reproductiva, a la vida, a formar una familia, hacen a la esencia de la naturaleza humana, por lo que merecen respeto y preponderancia sobre todo otro interés.- Se ha señalado que 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 que más allá de cualquier disquisición interpretativa sobre el punto corresponde estar a una posición que resguarde y favorezca el derecho a la salud tutelado (cfr. voto del Dr. Alejandro A. Román de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Rafaela, Provincia de Santa Fe, en autos "Expte. N° 46 - Año 2105 - S., A.F. y F., A.S. c/O.S.D.E." del 9 de abril de 2015, cita: MJ-JU-M-92348-AR/MJJ92348).- Esta cuestión encuentra sustento -asimismo- con los precedentes dictados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha tenido oportunidad de pronunciarse en sentido coincidente con el que aquí se propone en el marco del Caso "Artavia Murillo y Otros (´Fecundación in vitro´) Vs. Costa Rica", sentencia del 28 de noviembre de 2012, en el cual, recordando que el artículo 17.2 de la Convención Americana protege el derecho a fundar una familia, la Corte hace suyas las conclusiones contenidas en el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo celebrada en El Cairo en 1994 en tanto sostuvo que: "La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos".-

Por su parte la CEDAW, instrumento señero de protección de los derechos de las mujeres que en nuestro medio goza de jerarquía constitucional por imperio del art. 75 inc. 22, consagra en su artículo 16 inciso e) a las mujeres el derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos, los cuales se relacionan, en este caso, con el derecho de las personas a beneficiarse de los avances de la tecnología médica como modo de hacer efectivos esos derechos.- Así la Corte sostiene en el precedente citado que -conforme al artículo 29 b) de la Convención Americana- 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, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona, extremos plenamente aplicables al supuesto en examine.- Que, en este orden de ideas y a mayor abundamiento, cabe señalar que se ha expuesto que "Encontrándonos ante la interpretación de normas referidas a la protección del derecho a la salud de las personas,

no puede sostenerse que el legislador haya querido limitar la cantidad de tratamientos de fertilización asistida de alta complejidad a solo tres para toda la vida, ya que ello no resulta acorde con el sistema de protección de los derechos de las personas en materia de fertilización asistida? (ver autos ?O. M. A. c/ Omint S. A. s/ acción de amparo?, Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, del 04/08/2016).- Recientemente, con fecha 14 de agosto de 2018, nuestro Máximo Tribunal en los autos ?Y.M.V. y otro c/IOSE s/amparo de salud? (CCF 4612/2014/CS1) ha establecido que ?El decreto no especifica si se trata de tres en total o de tres en un determinado lapso temporal. Pero la lectura completa del precepto posibilita despejar esa incógnita pues permite comprender que ese límite de ?tres? intervenciones ha sido establecido en relación con el período anual que explícitamente fue previsto para la cobertura de las técnicas de baja complejidad mencionadas en el primer tramo (en este caso cuatro). La norma ha sido diseñada en un único párrafo u oración por lo que la ausencia de referencia temporal en el caso de las técnicas de reproducción asistida de alta complejidad es sólo producto de la utilización de un giro o recurso idiomático para evitar una innecesaria repetición de la palabra ?anual?. Concluye entonces, el Superior Tribunal, que la única interpretación admisible de la reglamentación examinada, en consonancia con los objetivos trazados por la ley 26.862, es la que habilita a los interesados a acceder a tres tratamientos ?anuales' de reproducción médicamente asistida con técnicas de alta complejidad.? Por todo lo expuesto, se concluye que determinar jurisprudencialmente una limitación que la norma no establece implicaría vedar la posibilidad de los actores de ser padres y cercenar su derecho a la salud reproductiva. Por todo lo dicho se rechaza el recurso interpuesto por la parte demandada, confirmándose la sentencia apelada en todas sus partes.- VI- Que, en cuanto a las costas habidas en la presente instancia, al no existir motivo para apartarse del principio general previsto en el art. 14 de la ley 16.986, deben imponerse a la demandada vencida.- VII- Que, finalmente, corresponde regular los honorarios habidos en esta instancia y que dieran origen a la presente, los pertenecientes a los Dres. Ricardo M. León, Virginia H. León y María Lidia León en la cantidad de ... UMA en conjunto, equivalente a la suma de PESOS DIECISIETE MIL CUATROCIENTOS NUEVE (\$17.409) y al Dr. Joaquín Minni en la cantidad de ... UMA, equivalente a la suma de PESOS VEINTE MIL CIENTO CUARENTA Y TRES (\$20.143) (arts. 30 y 51 de la ley 27423 y Ac. 20/2019 de la CSJN). Firmado por: CINTIA GRACIELA GOMEZ, Juez de Cámara Firmado por: EVA SENKMAN, Secretaria de Cámara Firmado por: BEATRIZ ESTELA ARANGUREN, Juez de Cámara Firmado por: MATEO JOSÉ BUSANICHE, Juez de Cámara 044617E