

El derecho a la salud y la procreación en matrimonios igualitarios: el caso de la cobertura de la fertilización asistida con método ROPA

En el presente artículo se analiza el fallo dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la 18ª Nominación de Córdoba, en el que se hizo lugar al amparo de salud interpuesto por un matrimonio igualitario contra una obra social, a efectos de que esta última otorgara cobertura de una fertilización asistida con método ROPA.

El fallo se basa en el derecho a la salud, reconocido en la Constitución Nacional y en tratados internacionales, y en el derecho a la procreación, que se desprende del derecho a la vida familiar. En el caso concreto, se consideró que la fertilización asistida con método ROPA era el único método viable para que el matrimonio pudiera procrear, por lo que la obra social se encontraba obligada a otorgar su cobertura.

El fallo es relevante porque sienta un precedente en materia de cobertura de la fertilización asistida en matrimonios igualitarios. Asimismo, contribuye a la consolidación del derecho a la salud y a la procreación como derechos fundamentales, que deben ser garantizados por el Estado y sus instituciones.

Introducción:

El derecho a la salud es un derecho fundamental reconocido en la Constitución Nacional y en tratados internacionales. Este derecho implica el acceso a servicios de salud adecuados, oportunos y de calidad, que permitan a las personas gozar de un estado de bienestar físico y mental.

El derecho a la procreación es un derecho que se desprende del derecho a la vida familiar. Este derecho implica la libertad de las personas de decidir sobre su capacidad reproductiva, y de tener hijos o no.

En el caso de los matrimonios igualitarios, el derecho a la salud y a la procreación se encuentran garantizados de la misma forma que en los matrimonios heterosexuales. Sin embargo, en la práctica, se han dado casos de discriminación en materia de acceso a servicios de salud reproductivos, como la fertilización asistida.

El caso en cuestión:

En el caso concreto, un matrimonio igualitario solicitó a su obra social la cobertura de una fertilización asistida con método ROPA. La obra social rechazó la solicitud, argumentando que la fertilización asistida no estaba incluida en su plan de cobertura.

El matrimonio interpuso un amparo de salud contra la obra social. En el fallo, el juez hizo lugar al amparo, argumentando que la obra social se encontraba obligada a otorgar la cobertura solicitada.

El juez consideró que la fertilización asistida con método ROPA era el único método viable para que el matrimonio pudiera procrear. En este sentido, señaló que la obra social no podía negar la cobertura de un tratamiento que era necesario para garantizar el derecho a la salud y a la procreación del matrimonio.

Análisis del fallo:

El fallo es relevante porque sienta un precedente en materia de cobertura de la fertilización asistida en matrimonios igualitarios. Asimismo, contribuye a la consolidación del derecho a la salud y a la procreación como derechos fundamentales, que deben ser garantizados por el Estado y sus instituciones.

El fallo se basa en los siguientes argumentos:

El derecho a la salud es un derecho fundamental, que implica el acceso a servicios de salud adecuados, oportunos y de calidad.

El derecho a la procreación es un derecho que se desprende del derecho a la vida familiar.

En el caso de los matrimonios igualitarios, el derecho a la salud y a la procreación se encuentran garantizados de la misma forma que en los matrimonios heterosexuales.

La fertilización asistida con método ROPA es un método viable para que los matrimonios igualitarios puedan procrear.

En base a estos argumentos, el juez concluyó que la obra social se encontraba obligada a otorgar la cobertura solicitada.

Conclusiones:

El fallo es un avance importante en materia de garantía de los derechos de los matrimonios igualitarios. Asimismo, contribuye a la consolidación del derecho a la salud y a la procreación como derechos fundamentales.

Es importante destacar que el fallo no se limita a la cobertura de la fertilización asistida con método ROPA. En realidad, sienta un precedente que podría aplicarse a otros tratamientos de reproducción asistida que sean necesarios para garantizar el derecho a la salud y a la procreación de los matrimonios igualitarios.

Fallo completo:

V. M. del C. y otro c/ Asociación Mutual Sancor Salud s/ amparo ley 16.986

Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba

30 de junio de 2023

Córdoba, 30 de junio del año dos mil veintitrés.-

Y VISTOS:

Estos autos caratulados: ?V.M. DEL C. y OTRO c/ Asociación Mutual Sancor Salud s/ Amparo Ley 16.986? (Expte. N° 23730/2022/CA1), venidos a conocimiento del Tribunal en virtud del recurso de apelación deducido por el representante legal de la Asociación Mutual Sancor Salud, en contra de la resolución de fecha 18 de Noviembre de 2022 dictada por el señor Juez titular del Juzgado Federal de N° 3 de Córdoba, que dispuso: I.- Hacer lugar a la presente acción de amparo articulada por la actora en contra de la Asociación Mutual Sancor, en consecuencia, ordenar la cobertura integral a favor de las Sras. V., M. DEL C. y G., A. M., con el 100 % a su cargo, de la cobertura médico asistencial e integral, del Tratamiento de Fertilidad de Alta Complejidad con donación de semen bajo el método ROPA, conservación de embriones, medicación y toda aquella prescripción médica que sea indicada en razón del tratamiento, a realizarse en el Centro de Fertilidad Nascentis (arts. 7 y 8 ley 26.862 y art. 560, ss. y cc. del C.C.C.). II.- Imponer las costas a la parte demandada (art. 14 de la ley 16.986). Regular los honorarios a la Dra.

Silvina Lucero, patrocinante letrada de las actoras, por las actividades realizadas en autos, en la suma de pesos doscientos ocho mil (\$ 208.000) equivalente a 20 UMA -valor \$ 10.400 conforme Acordada N° 25/2022 C.S.J.N.- y al apoderado de la demandada, Dr. Claudia Nates, en la suma de pesos ciento cuatro mil (\$ 104.000) equivalente a 10 UMA -valor conforme citada, acorde lo dispuesto por los arts. 16 y 26 de la ley 27.423. III.- Protocolícese y hágase saber. Fdo. MIGUEL H. VACA NARVAJA (JUEZ FEDERAL).

Y CONSIDERANDO:

I.- Contra la resolución de fecha 18 de Noviembre de 2022, la parte demandada dedujo recurso de apelación. Se agravia en primer lugar por cuanto el A quo hizo lugar a la acción de amparo, cuando en realidad Sancor Salud en ningún momento incurrió en un acto ilegal ni arbitrario que altere o amenace con arbitrariedad manifiesta derechos y garantías de la amparista reconocidas por la Constitución Nacional. Sostiene que en la resolución atacada no se ha demostrado con fundamento científico porque las accionantes deben acudir al método elegido. Reitera que no existe fundamento científico por el cual no pueden acceder al método de baja complejidad ofrecido por la obra social y justificado por la auditoria médica oportunamente: ?No hay un impedimento físico ni indicación médica para realizar conforme ley Tratamiento de baja complejidad?.

Por otro lado se queja en tanto el Juez de Grado hace referencia a prestaciones futuras: ?. toda aquella prescripción médica que sea indicada en razón del tratamiento.?, lo cual no corresponde y no puede ser objeto de la acción atento que no ha existido ni pedido ni negativa alguna por parte de Sancor Salud.

Por último se queja en tanto considera no se encuentran reunidos los requisitos previstos para la procedencia de la acción de amparo (artículo 43 de la C.N). En este sentido sostiene que no se puede hablar de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta cuando conforme surge de las constancias de autos, no se ha acreditado que la Asociación Mutual Sancor Salud haya negado la prestación en forma arbitraria o ilegal.

En definitiva solicita se haga lugar al recurso de apelación deducido y rechace la acción intentada (fs. 68/70 del sistema informático Lex 100).

Corrido el traslado de ley el mismo es evacuado por la parte actora a cuyo fundamentos nos remitimos en honor a la brevedad (fs. del sistema informático Lex 100).

II.- A fin de resolver la cuestión sometida a debate, resulta conveniente realizar una breve síntesis de la causa.

Así con fecha 22/06/22 comparecen las señoras V., M. DEL C. y G., A. M. y promueven acción de amparo en contra de ASOCIACION MUTUAL SANCOR SALUD, con el fin de obtener el 100% de la cobertura médico asistencial e integral, del Tratamiento de Fertilidad de Alta Complejidad con donación de semen bajo el método ROPA, conservación de embriones, medicación y toda aquella prescripción médica que sea indicada en razón del tratamiento, a realizarse en el Centro de Fertilidad Nascentis (fs. 2/8 del sistema informático Lex 100).

Mediante providencia de fecha 4/7/22 el Juez de grado se declara competente y tiene por iniciada la acción de amparo de conformidad a la ley 16.986 (fs. 28/29 del sistema informático Lex 100).

Finalmente con fecha 14/11/22 el Juez de Grado emite resolución de fondo por medio de la cual hace lugar a la acción de amparo articulada ordenando a Sancor Salud la cobertura integral a favor de las señoras V., M. DEL C. y G., A. M., de la cobertura médico asistencial e integral, del Tratamiento de Fertilidad de Alta Complejidad con donación de semen bajo el método ROPA, conservación de embriones, medicación y toda aquella prescripción médica que sea indicada en razón del tratamiento, a realizarse en el Centro de Fertilidad Nascentis (fs. 62 del sistema informático Lex 100).

Contra dicha resolución la apoderada de la demandada, doctora Claudia E. Nates, interpone recurso de apelación motivo ahora de

estudio por esta Alzada (fs. 68/70 del sistema informático Lex 100).

Radicadas las presentes actuaciones ante esta Alzada se corrió vista al Ministerio Público Fiscal, dictándose a continuación el llamado de autos (fs.78/80 del sistema informático Lex 100).

III.- A mérito de la breve reseña que antecede, la cuestión a resolver se circunscribe a analizar si corresponde o no hacer lugar al recurso de apelación deducido por la parte demandada.

Cabe manifestar en primer lugar que este Tribunal entiende que todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, con la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos.

En función de ello, no resulta indiferente que en el caso bajo estudio, estamos en presencia del reconocimiento del derecho a la salud reproductiva de las afiliadas amparistas.

En ese orden de ideas, válido es recordar que el derecho a constituir una familia, así como la protección que ésta requiere, está reconocido en diversos tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inciso 22, CN), entre ellos: artículo VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (?Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella.?); artículo 16° de la Declaración Universal de Derechos Humanos (?3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.?); artículo 17° de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (?1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.?); artículo 10° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (? Los Estados Partes en el presente pacto reconocen que: 1.Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo.?); artículos 23° y 24° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (? 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.?); así como el reconocimiento a la misma tanto en la Constitución Nacional (v.gr.: art. 14 bis, tercer párrafo).

En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en autos ?Artavia Murillo y otros (?fecundación In Vitro?) c/ Costa Rica? del 28/11/12, estableció que. ?con la prohibición de la FIV se han afectado los derechos a la vida privada y familiar, los derechos reproductivos, y a la integridad personal.?

Asimismo, en nuestro país rige la Ley de Reproducción Asistida N° 26.862 y su decreto reglamentario N° 956/2013, la cual tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida.

Cabe señalar que dicha ley entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo, quedando comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que pueden incluir o no, la donación de gametos y/o embriones (art. 1). Asimismo declara que tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción asistida, toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529, de derechos del paciente en 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 (art. 7).

En relación a la cobertura el artículo 8 establece: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 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, 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.También quedan comprendidos en la cobertura prevista en este artículo, los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos, según la mejor tecnología disponible y habilitada a tal fin por la autoridad de aplicación, para aquellas personas, incluso menores de dieciocho (18) años que, aun no queriendo llevar adelante la inmediata consecución de un embarazo, por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas puedan ver comprometidas su capacidad de procrear

en el futuro.

Por su parte el Ministerio de Salud ha dictado resoluciones administrativas sobre procreación artificial que avanzan sobre aspectos regulatorios de las técnicas, en el marco de la referida ley 26.862 y su decreto reglamentario.

Así la resolución 1 ? E/2017: busca definir qué comprende un tratamiento de alta complejidad, cuántos tratamientos deben financiarse, cuándo se considera incompleto y qué abarca ese tratamiento de alta complejidad; resolución E 616/2017 que tiene por finalidad aprobar los formularios de consentimiento informado que deben usar en tratamientos de técnicas de reproducción humana asistida. Viene acompañada por doce anexos y los consentimientos están redactados distinguiendo si se trata de una técnica de baja o alta complejidad, si hay o no gametos donados y si es una persona sola o una pareja.

También hay consentimiento para la donación de esperma y óvulos y para la criopreservación de gametos y embriones; resolución 679- E/2017: tiene por finalidad crear en el ámbito del PNRMA Programa Nacional de Reproducción Médicamente Asistida-, el comité asesor ad-hoc del programa. Este está integrado por la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva (SAMER), Asociación Latinoamericana de Medicina Reproductiva (ALMER), Internacional Federación of Fertility Societies (IFFS) y Asociación Argentina de Centros de Reproducción Asistida (AACERA); resolución 1044/2018 que establece que todo tratamiento de reproducción asistida con óvulos propios se realizará a mujer de 44 años de edad al momento de acceder a dicho tratamiento, salvo prescripción médica en contrario y con óvulos donados hasta 51 años al momento de acceder a éste; resolución 1045/2018: que dispone que a todo medicamentado aplicado a cualquier tratamiento de reproducción médicamente asistida se le debe otorgar la cobertura del 100 % por los agentes obligados.

IV.- Previo a ingresar al estudio de los agravios planteados, cabe señalar que no se encuentra controvertido el carácter de afiliadas a la obra social demandada de las actoras y la institución donde va a efectuarse el procedimiento. Como tampoco se cuestiona ante esta alzada que los ovocitos involucrados no estén inscriptos en el Registro Federal de Establecimientos de salud- REFES-.

V.- Aclarado ello, ingresando a los agravios relativos a que no se encuentran reunidos los requisitos previstos para la procedencia de la acción de amparo (artículo 43 de la C.N) y que Sancor Salud en ningún momento incurrió en un acto ilegal ni arbitrario que altere o amenace con arbitrariedad manifiesta derechos y garantías de la amparista reconocidas por la Constitución Nacional, cabe señalar que no le asiste razón a la quejosa, en tanto de las constancias de la causa surge las distintas negativas por parte de Sancor Salud para otorgar la cobertura del tratamiento de Fertilidad de Alta Complejidad con donación de semen bajo el método ROPA solicitada por las amparistas (ver documental de fs.16/22 del sistema informático Lex 100).

En este sentido no debe perderse de vista que estamos en presencia de un matrimonio igualitario con deseos de constituir una familia y la única alternativa viable para poder procrear participando activamente es el método prescripto por su medica tratante.

Así mediante informe médico de fecha 14/3/22 la doctora Ma. Teresa Nieves (Tocoginecología- Medicina Reproductiva M.P 27399- M.E 11481) solicitó Fertilización Asistida con método ROPA debido a la edad de las pacientes (40 y 41 años) las chances de embarazo son muchos menores con técnicas de Baja complejidad. Asimismo pone de manifiesto que el paso del tiempo reduce aún más las posibilidades de lograr el embarazo ya que disminuye la reserva ovárica y la calidad de los ovocitos.

Asimismo pone de resalto que han realizado en el mes de junio del 2021 un Tratamiento de baja complejidad con fecha 6/21 (ver documental de fs. 16/22 del sistema informático Lex 100).

Cabe destacar que el método ROPA (Recepción de Ovocitos de la Pareja) es un tratamiento de fecundación in vitro (FIV) con baja estimulación. De esta manera las parejas formadas por mujeres pueden implicarse por igual en la maternidad. Para ello, se extraen ovocitos de una de las dos mujeres para fecundarlos con semen del donante.

Al respecto nuestros tribunales nacionales han entendido ?el método ROPA posibilita que las dos mujeres que desean ser madres, y han optado por una ?maternidad compartida?, participen activamente, aportando ambas en la medida de sus posibilidades la mayor carga genética, emocional y biológica que las una con ese hijo/a por nacer, protagonizando ambas todo el proceso, erigiéndose esto último señalado en la nota distintiva respecto a otros métodos, lo que denota que la decisión adoptada en las especiales circunstancias fácticas que presenta el caso es la que refleja adecuadamente el reconocimiento del derecho a la salud como derecho humano fundamental receptado en el art. 19 de la Constitución de Entre Ríos, erigiéndose la alternativa en cuestión como la más apropiada, sin que puedan equipararse a ella las que aduce ofrecer la accionada al carecer de la particularidad señalada anteriormente? (Fallo del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos en la causa ?G.D. y otra c/ O.S.D.E.s/ acción de amparo? con fecha 11/11/2020).

Que no obstante ello y frente a los distintos reclamos de las accionantes, la demandada negó dicha cobertura con fundamentos que no tienen entidad suficiente, violentando no solo el derecho a la salud reproductiva de las amparistas sino también el derecho a proyectar una familia y el derecho de aplicar las técnicas más novedosas y complejas en post de lograrlo, las cuales han tenido recepción normativa en nuestra legislación como obligación a cumplimentar por las obras sociales y agentes del sistema.

En este mismo sentido y en relación a los tratamientos de fertilización de alta complejidad, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que "Las expresiones transcriptas son suficientemente elocuentes acerca del amplio alcance que el legislador ha querido otorgar a la cobertura de las prestaciones que aseguren el pleno ejercicio del derecho a la salud reproductiva al que esta Corte ha reconocido carácter fundamental por su íntima vinculación con el derecho a la vida (Fallos: 329:2552; 333:690; 338:779; entre otros).(CSJN en autos; Y., M. V. y otro c/ IOSE s/ amparo de salud, sentencia del 14/8/18).

Asimismo debe mencionarse, que el criterio expuesto, esto es la pertinencia del método ROPA cuando se trata de matrimonios igualitarios, también ha sido sostenido por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal: SALA II, Causa n° 13038/2021, "A.V.D.C. Y OTRO c/ OSPOCE s/AMPARO DE SALUD, Sentencia de fecha 7 de diciembre de 2022; SALA III, Causa n° 12.109/2021/CA1, "C.J.D. y otro c/OSDE s/ amparo de salud", Sentencia de fecha 1 de diciembre de 2022; SALA I, CCF 2837/2020/CA2 I, "E., L. V.y otro c/ OSDE s/ amparo de salud", Sentencia de fecha 15 de septiembre de 2022, entre muchos otros. Por los fundamentos brindados corresponde rechazar los agravios hasta aquí tratados.

VI.- En relación a la queja relativa a que la Sentencia ordena cobertura a toda prescripción médica que sea indicada en razón del tratamiento, cabe señalar que ello cumple y es acorde con el objeto de la Ley N° 26.862 de garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico asistenciales (art. 8). Asimismo, debe mencionarse que lo prescripto es coherente con lo dispuesto por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en orden a la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas de reproducción médicamente asistida (confr. párrafos 1 y 6 del "considerando" del Decreto N° 956/13, reglamentario de la Ley N° 26.862). Como también cumple con lo establecido por la Resolución N° 1045/2018, que dispone que todo medicamento aplicado a cualquier tratamiento de reproducción médicamente asistida se le debe otorgar la cobertura del 100% de los agentes obligados (En igual sentido se ha pronunciado la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, causa n° 387/2020 del 19.10.2021, causa n° 3510/2015 del 8.4.16; y la Sala I, causa 7483/2015 del 30.8.16).

VII.- Por lo expuesto, corresponde confirmar la resolución de fecha 18 de Noviembre de 2023 dictada por el señor Juez Federal N° 3 de Córdoba en todo lo que decide y fue motivo de agravios. Imponer las costas de esta Alzada a la demandada vencida (art. 68. 1° parte del C.P.C.C.N.). Regular los honorarios de la doctora Adriana S. Lucero, letrada patrocinante de las actoras, en el (%) de lo regulado en la instancia de grado (art.30 de la Ley 27.423) y los de la apoderada de la demandada, doctora Claudia Nates, en el (%) de lo regulado en primera instancia (art. 30 de la Ley 27.423).

La presente resolución se emite por los señores jueces que la suscriben de conformidad a lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento para la Justicia Nacional.

Por el resultado del acuerdo que antecede; SE RESUELVE:

- 1) Confirmar la resolución de fecha 18 de Noviembre de 2023 dictada por el señor Juez Federal N° 3 de Córdoba en todo lo que decide y fue motivo de agravios.
- 2) Imponer las costas de esta Alzada a la demandada vencida (art. 68. 1° parte del C.P.C.C.N.). Regular los honorarios de la doctora Adriana S. Lucero, letrada patrocinante de las actoras, en el (%) de lo regulado en la instancia de grado (art. 30 de la Ley 27.423) y los de la apoderada de la demandada, doctora Claudia Nates, en el (%) de lo regulado en primera instancia (art. 30 de la Ley 27.423).
- 3) Protocolícese y hágase saber. Cumplido, publíquese y bajen.

ABEL G. SÁNCHEZ TORRES

LILIANA NAVARRO

EDUARDO BARROS

SECRETARIO DE CAMARA