

FERTILIZACIÓN ASISTIDA - OBRAS SOCIALES –

Título: Procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida: Su acceso, ¿es realmente integral?

Avances jurisprudenciales en la circunscripción de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario

Autor: Roibón, M. Candelaria - **Fecha:** 4-may-2018




Sumario:

I. Introducción. II. Restricciones al derecho a la protección «integral» de la salud reproductiva. ¿Arbitrariedad o deficiencia legislativa? III. Análisis jurisprudencial de las distintas situaciones y / o cuestiones controvertidas resueltas en el ámbito de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario. IV. Conclusión.

Doctrina:


Por M. Candelaria Roibón (*)

I. INTRODUCCIÓN

El derecho a la salud reproductiva y al acceso igualitario de todos los beneficiarios de los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, encuentran sustento y reconocimiento legal en nuestro país a través de la Ley 26.862 , su Decr. Reglamentario 956/13  y la Res. 1/E de 2017  del Ministerio de Salud de la Nación.

A su vez, las técnicas de reproducción humana asistida han sido incorporadas al Código Civil y Comercial de la Nación Argentina como fuente de filiación, con fundamento en el principio de la voluntad procreacional y su exteriorización a través del consentimiento informado.

De esta manera, se receptó en nuestra legislación nacional la demanda creciente de la población respecto a este tipo de procedimientos médicos, que con anterioridad a la ley ya había tenido favorable acogida jurisprudencial en algunos aspectos

Si bien en los preceptos legales precedentemente mencionados, se estipula expresamente que tienen como finalidad (cfr. art. 1 , Ley 26.682) garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida -tanto en la salud pública como en la privada- se han establecido ciertas limitaciones (respecto, por ejemplo, de la cantidad de intentos, la eventual congelación de embriones, etc.) para su aplicación.

Por lo tanto, este reconocimiento del deber de cobertura no ha sido del todo integral.

II. RESTRICCIONES AL DERECHO A LA PROTECCIÓN «INTEGRAL» DE LA SALUD REPRODUCTIVA. ¿ARBITRARIEDAD O DEFICIENCIA LEGISLATIVA?

Si bien el derecho a la protección integral de la salud reproductiva de las personas se encuentra proclamado en la normativa mencionada, en muchas ocasiones, este derecho se presenta restringido en la práctica. Se observa que varios de los reclamos referidos al derecho a la salud reproductiva de las personas revela que el problema radica tanto en la discusión del alcance del derecho reconocido legalmente, en la falta de producción y deficiencia legislativa, y otras veces en la falta de cumplimiento de las obligaciones en cabeza de los sujetos primarios.

Es decir, si bien el Estado argentino garantizó «el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida» para toda persona mayor de edad, la normativa es imprecisa y da lugar a distintas interpretaciones, que generan un sinnúmero de conflictos entre quienes necesitan realizarse los tratamientos y las obras sociales o empresas de medicina prepaga que deben cubrirlos.

Frente a estas situaciones, el Poder Judicial es quien termina brindando las soluciones que los involucrados directos no brindan, así sea interpretando la ley, ordenando cumplir lo que la ley manda y / o llenando vacíos o

lagunas legales.

A continuación, detallaré la jurisprudencia -en su mayoría de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario- producida a raíz de los distintos conflictos que llegan a esos estrados, suscitados en su mayoría, por la imprecisión y / u omisión legislativa de la normativa que establece el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida.


III. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LAS DISTINTAS SITUACIONES Y / O CUESTIONES CONTROVERTIDAS RESUELTAS EN EL ÁMBITO DE LA CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE ROSARIO

1. Cantidad de tratamientos de fertilización asistida de alta complejidad que deben cubrir los sujetos obligados

La Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, tanto la Sala A como la Sala B, en las resoluciones dictadas en los autos caratulados: «B. M. C c/ OSDE s/ Amparo», Expte. N.º 22.388/2014, de fecha 2/6/2017; «F.L. c/ OSDE s/ Amparo», Expte. 15.362/2014 de fecha 7/6/2017; «CH.N C/ ACA SALUD s/ Amparo» Expte. 2310/2016 de fecha 30/12/2016; «G. M. c/ OSECAC s/ Amparo» Expte. 30259/2016 de fecha 26/5/2017; y «Baccega, María Elena c/ Obra Social de la Act.de Seguros y Reaseguros Capitalización y Ahorro y Préstamo para la Viviendas / Amparo», de fecha 25/8/14, estableció que la cantidad de tratamientos de alta complejidad que deben cubrir los obligados queda limitada a 3 (tres) en forma

anual.

A su vez, en la causa «G. M.» supra mencionada, se especificó que si bien, en el art. 1 de la Res. 1/E de 2017 del Ministerio de Salud, se alude a un total de tres tratamientos de alta complejidad, a los cuales cada paciente tiene derecho, ello no implica limitar el acceso a los tratamientos, como lo sugiere la demandada, ni tampoco que ello signifique que sean tres de por vida, sino por año.

Esta cuestión generó una división jurisprudencial a nivel nacional, entre quienes interpretan que la obligación de brindar cobertura incluye tres tratamientos de alta complejidad por año, y los que entienden que son tres tratamientos en total, generado por la disímil interpretación del art. 8  del Decr. 956/13. Así, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mendoza, Sala 2, en los autos «IFL y otros c/ Swiss Medical S. A. s/ Amparo», en fecha 23/10/2013, sostuvo que son tres tratamientos de alta complejidad por año, en cambio la Cámara Federal de Salta en la causa «G. G. A. c/ Swiss Medical S. A. s/ Amparo Ley 16.986», en fecha 15 de octubre de 2015, revocó una sentencia de grado, al entender que la Ley de Reproducción Médicamente Asistida (Ley 26.862) limita en hasta tres intentos los tratamientos de reproducción asistida de alta complejidad, durante toda la relación contractual con la empresa de medicina prepaga.

2. Tratamiento de reproducción humana asistida de alta complejidad- transferencia de embriones

La Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, Sala A en los autos caratulados: «Z. S.c/ Swiss Medical s/ Amparo», N.º 37.841/16 en fecha 17/5/2017, resolvió que la transferencia de embriones criopreservados se encuentra dentro del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad, atento a que la Res. 1/E 2017 del Ministerio de Salud dispone que dicho tratamiento incluye hasta tres transferencias de embriones en fresco o criopreservados .

Por su parte, el Juzgado Federal N.º 2 de Rosario en los autos: «G. L. N. c/ OSDE s/ Amparo», N.º 34.056 en fecha 6/10/2016, hizo lugar al pedido de la parte actora de realización de la transferencia embrionaria del embrión criopreservado, incluyendo el 100% de la medicación requerida, y entendiendo que dicha prestación es consecuencia de un anterior tratamiento.

3. Ovodonación en fresco

La Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, Sala B, en los autos caratulados «B. N. c/ Obra Social ANDAR s/ Amparo», N.º 12.366/2016 de fecha 30/9/2016, revocó la sentencia de primera instancia que no había otorgado la cobertura de la ovodonación en fresco por entender que, al no provenir de bancos de gametos o embriones debidamente inscriptos en el REFES (cfr. art. 8 Decr. 956/13), la demandada no tenía obligación de cubrirla, pero en el caso en particular, la Cámara sostuvo para revocar la sentencia de primera instancia, lo señalado por los médicos, respecto a los mejores resultados obtenidos con ese tipo de tratamiento.

4. Tratamiento de vitrificación de ovocitos

El Juzgado Federal N.º 1 de Rosario en la causa «G. A. B. c/ OSDE s/ Amparo», Expte. 44.245/16, de fecha 19/5/2017, ordenó la cobertura del 100% del tratamiento de vitrificación de ovocitos a una mujer diagnosticada con falla ovárica precoz a los 35 años. Para resolver de esa manera, señaló que es la propia Ley de Reproducción Médicamente Asistida la que prevé la guarda de gametos para personas que, por problemas de salud, puedan ver comprometida su capacidad de procrear en el futuro. Dicha resolución fue confirmada por la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, Sala A en fecha 22/9/2017.

5. Estudio genético preimplantacional

Respecto a este estudio en particular, que consiste en someter a los embriones in vitro a un examen genético para detectar posibles anomalías y transferir al útero solamente aquellos que tengan menores riesgos de padecer alguna enfermedad, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos «L. E. H. y otro c/ OSEP s/ Amparo», de fecha 2 de septiembre de 2015, ratificó el rechazo del amparo, en el cual se solicitaba la cobertura integral de un tratamiento de fertilización in vitro con la técnica del diagnóstico genético preimplantacional. Dicho fallo subraya que la práctica no se encuentra en la ley aplicable y que los jueces no pueden incorporarla «al catálogo de procedimientos». Dicho criterio es el seguido tanto por los Juzgados de Primera Instancia de la ciudad de Rosario como por la Cámara Federal de Apelaciones de esta ciudad.

6. Afiliación

La Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, Sala A en la causa: «L. L. P. c/ ACA Salud s/ amparo», en fecha 4 de junio de 2015, resolvió que, si bien ambos miembros de la pareja cuentan con cobertura médico-asistencial, a través de diversas entidades, resulta indistinto respecto de cuál de ellas corresponde llevar a cabo la mayor o menor parte del tratamiento prescripto. En tal sentido, se ordenó compartir por partes iguales a ambas demandadas la asistencia solicitada.

7. Medicamentos

El Juzgado Federal N.º 2 en la causa «C. L. c/ Omint S. A. s/ Amparo» Expte. N.º 4254/14, ordenó brindar la cobertura del 100% de la medicación prescripta por el médico tratante, para realizar el tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad.

8. Médico no prestador de la obra social y / o empresa de medicina prepaga

El Juzgado Federal N.º 2 Rosario en los autos caratulados: «O. A. y otro c/ Swiss Medical s/ amparo», Expte Nro. 18732/13, resolvió en fecha 23 de octubre de 2014, ordenar la cobertura del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad, incluyendo los estudios médicos de diagnósticos, la medicación y honorarios en la institución elegida por los actores, a los valores comerciales estipulados y acordados con los

prestadores directos y / o contratados de las demandadas, y con el alcance dispuesto por el art. 8 del Decr. 956/13 de la Ley 26.862.

En igual sentido, la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, Sala B, en la causa «G. C. E. c/ OSPAT s/ Amparo», Expte. N.º 25.134/17, en fecha 5/9/2017, confirmó sentencia de primera instancia que ordenó cobertura de un tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad con método ICSI, incluyendo estudios médicos, y medicación hasta el límite del valor económico correspondiente al tratamiento, conforme los prestadores de la demandada, indicado por un médico no prestador.

9. Criopreservación de embriones

La Cámara Civil y Comercial Federal, en la causa N.º 6231/2016 incidente N.º 1 - actor: « Almada, Analía Vanesa Nieves y otro demandado: Swiss Medical S. A. y otro s/ incidente de medida cautelar», interpretó que la criopreservación embrionaria debe ser cubierta por las empresas de medicina prepaga a la hora de prestar la cobertura integral de los tratamientos de fertilización asistida, por entender que se encuentra dentro de las obligaciones que impone la Ley de Fertilización Asistida N.º 26.862.

IV.CONCLUSIÓN

Si bien el legislador, a través de la Ley 26.862 y su Decr.Reglamentario 956/13 pretendió garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida y, de esta manera, buscó reconocer los derechos de toda persona a la paternidad / maternidad y a formar una familia, en íntima conexión con el derecho a la salud, creo que, en algunos casos por deficiencia legislativa y en otras por omisión, y probablemente también por falta de consenso al respecto, muchas cuestiones trascendentales han quedado sin la debida protección legal, debiendo el Poder Judicial suplir esas deficiencias.

Hoy en día, no pueden desconocerse tanto los avances científicos que se registran en los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida como el aumento en el recurso de estas prácticas por parte de la población. Por eso, entiendo que esta temática, por la índole de los derechos en juego, relacionada con

el derecho a la salud, con el derecho a la dignidad, a la libertad y a la igualdad de toda persona humana, no puede dejarse librada a la interpretación judicial, ya que genera en algunos casos soluciones disímiles de acuerdo con el criterio del juzgador.

Sin embargo, pese a ello, destaco la labor jurisprudencial, en particular del fuero federal de la ciudad de Rosario, en pos de resguardar y garantizar estos derechos y garantizar que su acceso sea realmente integral.

No puede obviarse, conforme lo expuesto expresamente por los propios legisladores en los considerandos del Decreto 956/2013, que nos encontramos en tiempos de cambios y de inclusión en el ámbito social y en el de la salud; en el marco de una sociedad que evoluciona, aceptando la diferencia y la diversidad cultural, por lo cual, debemos promover una sociedad más democrática y más justa entre todos.

(*) Abogada, UNR. Prosecretaria del Juzgado Federal de Primera Instancia Nro. 2 de Rosario. Profesora del Curso de Capacitación de la Escuela Judicial de la AMJN en 2009. Profesora del Curso de Derecho Federal en la UCEL en 2017. Autora de publicaciones relacionadas con el derecho a la salud.

