

S.C. C N° 505, L. XLVI

Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

—|—

La Sala I, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, confirmó el pronunciamiento del juez de grado, que a su turno resolvió rechazar el amparo deducido por los actores —162/164, 123/124—.

Para así decidir, sostuvieron que la prestación solicitada por los accionantes —fertilización asistida “in vitro”— no está destinada al tratamiento de la enfermedad del actor —HIV—, ni se trata de una enfermedad intercurrente de éste conforme refieren los actores, sino de un tratamiento destinado a sortear el impedimento que ésta representa para la procreación natural sin riesgo de contagio para la madre y el niño por nacer. En tales condiciones, sostienen, la situación planteada no puede distinguirse de la de aquellas personas que padecen infertilidad, por lo que corresponde aplicarles iguales principios, razón por la cual propiciaron el rechazo del reclamo, destacando que la demandada, a su entender, no incurrió en arbitrariedad, ni ilegalidad manifiesta al rechazar el reclamo peticionado por los accionantes —v. fs. 162/164—.

Contra dicho pronunciamiento dedujeron los demandantes recurso extraordinario federal, el que contestado por la accionada, fue concedido por la Cámara, con fundamento en encontrarse en juego la inteligencia y aplicación de normas federales, de conformidad con lo normado por el artículo 14, inciso 3° de la Ley 48, toda vez que la decisión definitiva fue adversa a la pretensión de los recurrentes —v. fs. 162/164, 167/188, 191/193 y 195—.

—||—

Se agravian expresamente los quejosos, de que para así decidir, la Alzada sostuvo: que el tratamiento prescripto no se encontraba incluido en el Programa Médico Obligatorio; que asimiló el caso sometido a análisis a los tratamientos de

fecundación asistida prescriptos a parejas no enfermas de SIDA; que realizó una equívoca interpretación de la legislación vigente específicamente aplicable para la atención de la salud de las personas afectadas por el HIV y que invocó un inexistente vacío legislativo.

Concluyen señalando, que el decisorio recurrido violentó derechos y garantías de raigambre constitucional, como son: el derecho a la vida, a la salud reproductiva y a procrear, a la planificación familiar, a la igualdad, al desarrollo de la persona en la máxima medida posible, a una mejor calidad de vida, a la integridad física y a la protección integral de la familia –art. 14 bis, 16, 19, 42, 43 y 75, inc. 22 y 23 de la Constitución Nacional, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Declaración Universal de los Derechos Humanos; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; leyes 16.986, 23.660, 23.661, 23.798, 24.240, 24.455, 24.754, 25.673; artículo 1198 Código Civil; Resoluciones del Ministerio de Salud y Acción Social dictadas en consecuencia, jurisprudencia y doctrina de expresa aplicación al caso–.

–III–

En lo que aquí interesa, corresponde señalar que los actores interpusieron acción de amparo y medidas cautelares contra la Organización de Servicios Directos Empresarios –OSDE– con el objeto de la cobertura del tratamiento de fertilización asistida "in Vitro" con semen procesado mediante gradientes discontinuos de densidad con carga viral negativa, como así también todas las prestaciones médicas, instrumentales, farmacológicas y demás que pudieren corresponder como derivadas de dicho tratamiento, por sufrir el señor C. desde el año 1997 la enfermedad del SIDA. Refieren que por dicho padecimiento ha sido y es asistido por OSDE sin ningún tipo de objeción, y en dicho marco y bajo esa normativa es que peticionaron a la accionada la cobertura precedentemente señalada, con el objeto de evitar el contagio a su cónyuge e hijo por nacer.

S.C. C N° 505, L. XLVI

Procuración General de la Nación

Sostienen que conviven desde el año 2005, fecha a partir de la cual el señor C., asoció a la coactora y a su hija habida de una relación anterior, a un plan familiar de OSDE –Plan 210– al cual él se encontraba afiliado previamente, contrayendo matrimonio en el año 2008.

En dicho marco y con el objeto de concebir un hijo en forma responsable realizaron a su exclusivo cargo y previo al inicio de esta acción: 6 inseminaciones con semen con carga viral negativa y procesamiento del mismo mediante gradientes discontinuos de densidad, no lográndose el embarazo deseado, por lo que en junio de 2008 se sometieron a un procedimiento de FIV, con semen procesado mediante gradientes discontinuos de densidad y con carga viral negativa, lográndose un embarazo que no evolucionó (huevo anembrionado).

Fundaron su petición en lo prescripto por las leyes 23.660, 23.661, 24.455, 25.673 por considerar que dicho tratamiento se encontraría contemplado en ellas y ser el único método científicamente aceptado para procrear en forma responsable en parejas en la que uno de sus integrantes se encuentra afectado por el virus del HIV –v. fs. 32/49–.

La demandada OSDE, negó que les asista a los actores el derecho al tratamiento peticionado, con fundamento en que la práctica solicitada no se encuentra comprendida en el PMO, ni fue incorporada por el Ministerio de Salud en las resoluciones dictadas a posteriori de sancionada la ley de Protección Sexual Responsable, por lo que consideran que su accionar no fue ni arbitrario, ni manifiestamente ilegítimo como sostienen los accionantes, por no corresponder conforme a derecho lo aquí peticionado – v. fs. 76/87–.

Tanto el magistrado de grado, como la alzada a su turno, con apoyo en los respectivos dictámenes del Ministerio Público Fiscal, rechazaron la acción de amparo deducida, lo que dio lugar a la interposición del presente recurso, conforme señalara ab initio.

-IV-

En el marco reseñado, y dado la problemática abordada por los litigantes y jueces, soy de opinión que el recurso extraordinario deducido es formalmente admisible, toda vez que se encuentra en tela de juicio la aplicación e interpretación de normas federales y la decisión definitiva del a quo ha sido contraria al derecho que en ellas fundan los apelantes.

-V-

A los efectos de ingresar al examen del fondo del asunto, corresponde recordar primero que V.E. tiene dicho que el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, como la considerada en este juicio, está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, siendo una prerrogativa de la persona humana que resulta reconocida y garantizada por la Constitución Nacional. Es más ese derecho a la salud desde el punto de vista normativo está incorporado no sólo en los tratados internacionales con rango constitucional –a los que luego me referiré– (art. 75, inc. 22 de la C.N.) –v. doctrina de Fallos: 323: 1339, 3229, 324:3569, entre otros – sino a la legislación interna vigente en materia de tratamiento y prevención del síndrome de inmunodeficiencia adquirida (en lo sucesivo SIDA).

Se impone por ende, en segundo lugar, estudiar el régimen jurídico asistencial vigente relativo a dicha enfermedad y sus alcances. Cabe recordar sobre el particular que la ley 23.798 –ver sus arts. 1º, 2º, 3º, 4º inc. f y concordantes– no sólo declara de interés nacional la lucha contra el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida, su detección, diagnóstico y tratamiento, sino que también prevé se instrumenten las medidas aconsejables para su prevención, a fin de evitar su transmisión (el subrayado me pertenece).

Por otra parte dicha norma se complementa con las disposiciones de la ley 24.455 que impone a las Obras Sociales incorporar como prestaciones obligatorias la

Procuración General de la Nación

cobertura de los tratamientos médicos, psicológicos, farmacológicos de las personas infectadas por algunos de los retrovirus humanos y los que padecen el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA) y/o las enfermedades intercurrentes (art. 1), (el subrayado me pertenece). Asimismo la ley 24.754 exige a las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga cubrir, como mínimo, en sus planes de cobertura médico asistencial las mismas "prestaciones obligatorias" dispuestas para las obras sociales, conforme lo establecido por las leyes 23.660, 23.661 y 24.455, y sus respectivas reglamentaciones -v. art. 1°-.

Cabe recordar en tercer lugar que aquella normativa nació bajo amparo del nuevo artículo 75, inciso 22 de la Carta Magna que -al conferir, como dije, jerarquía constitucional a numerosos documentos internacionales en materia de derechos humanos- vino a introducir de manera explícita la obligación estatal de adoptar medidas necesarias para la prevención y tratamiento de enfermedades epidémicas, endémicas profesionales y de otra índole y la lucha contra ellas (v. asimismo art. 12, punto 2, ítem c, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -aprobado por la ley 23.313- y además, artículos 25, párrafo 1°, de la "Declaración Universal de los Derechos Humanos"; IX de la "Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre" y 10° del "Protocolo de San Salvador", en especial su ap. 2, ítems b, c y d; entre otras disposiciones del derecho internacional en la materia).

Es claro entonces que el sistema legislativo vigente resguarda no sólo la cura de la enfermedad del actor -HIV- (como parecen sostener los jueces de la causa cuando dicen "la prestación solicitada no está destinada al tratamiento de la enfermedad del actor ... sino a sortear el impedimento ... para la procreación sin riesgo de contagio") sino que impone a las entidades vinculadas al sistema de salud hacerse cargo de las prestaciones necesarias para evitar su transmisión entre las que se encuentra el procedimiento médico solicitado.

En efecto de la prueba pericial médica emanada del Cuerpo Médico Forense surge que es menester "la realización del procedimiento detallado... para obtener

semen con carga viral negativa” es decir que esa es la vía adecuada para reducir el riesgo de traslado del virus de HIV o su posible contagio en el objetivo propuesto: el embarazo de la actora (v. esp. Aclaraciones de fs. 95).

La circunstancia que la práctica que se solicita no se encuentre aún contemplada en el PMO –programa mínimo referencial-, no resulta a mi entender razón suficiente para rechazar el reclamo, dada la hermenéutica extensiva y no restrictiva que en materia de prevención del SIDA emana de las leyes citadas 23.798, 24.455, 24.754 citadas. Y es que en todo caso aquel programa resulta complementario y subsidiario de las leyes en cuestión y debe interpretarse en razonable armonía con los principios generales que ellas imponen (v. doctrina de Fallos: 329:1638).

Es más, La Resolución 625/1997 (Anexo II) del Ministerio de Salud que aprueba el Programa de Cobertura HIV/SIDA incorpora al programa de prevención de la enfermedad, como prestaciones obligatorias del seguro de salud. Allí se describe que la prevención del HIV/SIDA se inscribe en un contexto integral, cuyo norte -entre otros- es reducir los riesgos de contaminación del virus por vía sexual, y la transmisión madre-hijo.

Por otra parte, en dicho contexto de prevención, pretender equiparar la situación puntual de los actores con la de las parejas que sufren de infertilidad resulta un argumento aparente que, de un lado, soslaya la aplicación de las referidas leyes de orden público que imponen a las obras sociales y entidades de medicina prepaga hacerse cargo de las prestaciones necesarias para evitar el contagio de dicho mal. Y, de otro, importa un apartamiento del problema litigioso.

-VI-

Véase que, V.E. con insistencia ha señalado que el derecho a la salud –que no es un derecho teórico- debe ser examinado en estrecho contacto con los problemas que emergen de la realidad social, para lograr así contornear su genuino perfil que penetra inevitablemente tanto en las relaciones privadas como en las semipúblicas, correlato de lo cual resultan normas como las referidas, que intentan asentar a una

S.C. C N° 505, L. XLVI

Procuración General de la Nación

novedosa realidad que reconoce en este campo a nuevos actores institucionales –las entidades de medicina prepaga– y a recientes o potenciales patologías (v. Fallos: 324:754).

Entonces, a partir de lo expresado por V.E. particularmente, en Fallos 321:1684 y 323:1339, ha quedado en claro el derecho a la preservación de la salud –comprendido dentro del derecho a la vida– y la obligación impostergable que tiene el estado de garantizar ese derecho con acciones positivas, pero que ello es concordantemente con las obligaciones que corresponden a las jurisdicciones locales, obras sociales y entidades de medicina prepaga sobre el tema. También que, además atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conllevan pretensiones como las aquí consideradas, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional –doctrina de Fallos: 327:2127 y 329:2552–.

Todo ello, por cierto, en el contexto de un examen que no puede perder de vista que si bien, en principio, la actividad que asumen estas entidades de medicina prepaga presenta rasgos mercantiles –arts. 7 y 8, inc. 5, del Código de Comercio–, tampoco cabe desatender casos puntuales como el presente en el que, como se señaló en autos S.C.E. 34, L. XXXV, "Etcheverry, Roberto E. c/ Omint Sociedad Anónima y Servicios", sentencia del 17 de diciembre de 1999, su actividad tiende a proteger las garantías a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas, por lo que adquieren un cúmulo de compromisos que exceden o trascienden el mero plano negocial –v. Fallos: 327:5373–.

-VII-

En síntesis interpreto que la demandada, dado las particulares circunstancias del caso no debió negar una cobertura adecuada del tratamiento solicitado, toda vez que no se puede perder de vista que se encuentran en riesgo la salud y

—eventualmente— la vida de las partes y del feto. Y toda vez que surge de la opinión del Cuerpo Médico Forense de fojas 95/96 que no existe una estadística que determine el número de tratamientos de FIV a realizar a una pareja con inseminación homóloga para considerar al método fracasado, considero pertinente que dadas las especialísimas circunstancias descriptas en el presente dictamen corresponderá a los jueces de la causa determinar paulatinamente, sobre la base de los informes médicos pertinentes y de acuerdo al estado de salud de los interesados, el número de prácticas a realizar.

Por lo expresado, entiendo que corresponde declarar procedente recurso extraordinario interpuesto y revocar la sentencia con el alcance indicado.

Buenos Aires, 14 de julio de 2011.




MARTA A. DE MELO DE GONZÁLEZ
Procuradora Fiscal ante la
Corte Suprema de Justicia de la Nación



ADRIANA N. MARCHISIO
Prosecretaria Administrativa
Procuración General de la Nación

15/08/10