

FPA 17133/2015/CA1-CS1

Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

-I-

La Cámara Federal de Paraná confirmó, por mayoría, la condena impuesta a la Obra Social del Poder Judicial de la Nación (“OSPJN”), consistente en la cobertura integral del tratamiento de reproducción asistida en programa de ovodonación (con *assisted hatching* y crio-preservación embrionaria), con arreglo al decreto 956/13. Asimismo, ordenó que se crio-conserven los eventuales embriones no transferidos, hasta que se regulen los aspectos inherentes a su condición jurídica, y que el instituto médico interviniente resguarde tanto los datos biogenéticos como la identificación de todos los involucrados, hasta tanto se reglamente la donación de los gametos (v. fs. 27/31, 93/97 y 113/121).

Contra la decisión la demandada dedujo el recurso extraordinario, que fue concedido en los términos del artículo 14 de la ley 48 (v. fs. 122/126, 128/129 y 134/135).

A su turno, esa Corte declaró admisible la apelación y suspendió la ejecución anticipada. Entendió que los argumentos esgrimidos por la OSPJN podrían involucrar cuestiones federales susceptibles de examen en la instancia del artículo 14 de la ley 48 (fs. 156).

En ese estado, hallándose habilitada la instancia extraordinaria, me expediré concretamente sobre la apelación por la que se confiere vista a este Ministerio Público.

-II-

Como base de su pretensión, los accionantes invocan la condición genética de la Sra. F.S. -quien padece “translocación en los cromosomas 2 y 12”- lo que afecta la calidad de sus óvulos e impide llevar a término un embarazo. Sostienen que el único procedimiento para lograr una gestación viable es la ovodonación (v. en esp. fs. 27 vta.).

Ese cuadro no ha sido puesto en tela de juicio. Tampoco se debate

la pertinencia médica de la terapia requerida, ni se discute que el marco regulatorio que rige la reproducción médicamente asistida contempla de manera expresa la fertilización heteróloga, como rubro sujeto a cobertura integral. Finalmente, es un dato aceptado que Halitus Instituto Médico es prestador de la obra social demandada (también figura en el Listado de Establecimientos de Salud con Fertilización Asistida del Registro Federal de Establecimientos de Salud, “REFES”, resolución del Ministerio de Salud 1070/2009, sin banco de gametos).

En cambio, el eje del recurso radica en la falta de reglamentación de la donación de gametos y su crio-preservación, tal como lo requeriría el artículo 8 de la ley 26.862 y su similar del decreto reglamentario 956/13. A partir de esa omisión, la apelante postula que no está obligada a cubrir esas prácticas, máxime frente a las aristas bioéticas y legales que presentan y la falta de detalle sobre el alcance de su inclusión en la cobertura obligatoria.

-III-

Planteada así la cuestión, es menester resaltar que la operatividad de la carga impuesta a los sujetos enumerados en el artículo 8° de la ley 26.862 respecto de la ovodonación -entre ellos, la “OSPJN”- ha sido reconocida por esa Corte en autos S.C. K 12, L. XLIX, “K., C. N. c/ OSECAC s/ acción de amparo”, del 27/05/14 (Fallos: 337:654).

En efecto, tras recordar que incumbe atender a las circunstancias existentes al tiempo de la decisión, aunque sean sobrevinientes al recurso extraordinario, ese Tribunal fundó el pronunciamiento en que, “... el 26 de junio de 2013 fue publicada en el Boletín Oficial la ley n° 26.862, cuyo objeto es ‘garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida’ (art. 1°) y fue reglamentada mediante el decreto 956/13.”

En ese contexto, precisó que el nuevo régimen -de orden público- estatuye que todos los agentes que brinden servicios médico asistenciales a sus afiliados, independientemente de la figura jurídica que presenten, incorporarán como prestaciones

FPA 17133/2015/CA1-CS1

Procuración General de la Nación

obligatorias, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, diagnóstico, fármacos terapias de apoyo y procedimientos y técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen: la inducción de la 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 (v. arts. 8° y 10; ley 26.862; y en lo pertinente, S.C. F. 334, L. XLVII “FMAMA 16111976 c/ O.S.P.J.N. s/ amparo”, del 27/05/14).

Sobre tal base, juzgó que la nueva normativa regula expresamente la situación sometida a solución; esto es, la obligación de la obra social de solventar en forma total los gastos que irroque el tratamiento de reproducción asistida en programa de ovodonación (cons. 1° a 5°). En consecuencia, estimó que un pronunciamiento sobre esa disputa resultaba inoficioso y revocó la sentencia que había rechazado la demanda. Es decir que habilitó la cobertura de la fertilización heteróloga, aun cuando no se había dictado la reglamentación a la que la OSPJN pretende supeditar el mandato de cobertura integral.

En similar sentido, tras reiterar sus asertos en orden a los artículos 1°, 2° y 8° de la ley 26.862, esa Corte manifestó, en Fallos: 338:779, que no cabe asentir al reclamo de prácticas no incluidas dentro de las técnicas y procedimientos enumerados por la ley como integrantes de la cobertura obligatoria (v.gr. DGP), lo que no sucede, en cambio, con las prestaciones aquí reclamadas, puesto que la preceptiva incluye entre las técnicas de alta complejidad, la criopreservación y la donación de ovocitos y embriones (v. art. 2°, ley 26.862, y su similar del decreto 956/13, y Fallos: 338:779, esp. cons. 6° y 7°).

Interesa añadir que la ley citada precisa que estos procedimientos quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio, PMO, así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y las modalidades de cobertura que

indique la autoridad de aplicación; y que también quedan comprendidos en la cobertura prevista, los servicios de guarda de gametos o de tejidos reproductivos (cfse. art. 8º, ley 26.862).

A su turno, el decreto 956/13, ratifica el propósito de garantizar el acceso integral a los procedimientos y las técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, y puntualiza que “[l]a autoridad de aplicación podrá elaborar una norma de diagnóstico e indicaciones terapéuticas de medicamentos, procedimientos y técnicas de reproducción asistida para la cobertura por el Programa Médico Obligatorio, sin que ello implique demora en la aplicación inmediata de las garantías que establece la Ley n° 26.862 [...] La ausencia del dictado de tal norma no implicará dilación alguna en la aplicación inmediata de las mencionadas garantías” (cfse. art. 8º, último párrafo; dec. 956/13).

Cabe acotar que un temperamento análogo subyace en el dictado de las resoluciones 1709/14 y 1-E/2017 del Ministerio de Salud y, especialmente, en la resolución SSS 222/14.

En ese contexto, si bien es cierto que el artículo 8º de la ley citada realiza un reenvío final “... a los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad de aplicación...”, y que esta última no ha formulado aún ninguna precisión al respecto, considero que lo expuesto, las directivas hermenéuticas de los artículos 1º y 2º del Código Civil y Comercial y los principios y valores jurídicos aceptados en materia del derecho de salud, impiden que la mora reglamentaria prevalezca por sobre los fines y la letra de una preceptiva específica (cfse. doctrina del dictamen publicado en Fallos: 330:3725).

En cualquier supuesto, si alguna duda existiese acerca de la recta inteligencia del asunto materia de debate, dado que el problema se ubica en el plano de los derechos humanos, ésta no debería resolverse sobre la base del estándar estricto que propugna la accionada. Es que, las normas que rigen el caso no pueden ser interpretadas de manera que lleven a avalar acciones regresivas, en un área gobernada por el principio

FPA 17133/2015/CA1-CS1

Procuración General de la Nación

pro homine, que exige resolver las cuestiones de exégesis constitucional privilegiando la hermenéutica menos restrictiva para el derecho comprometido (cfse. doctrina de Fallos: 330:1989; 331:858; 332:1963 y 333:2306; y S.C. R. 104, L. XLVII; “R., D. y otros c/ Obra Social del Personal de la Sanidad s/ amparo”, del 27/11/2012). De no ser así, y al decir de esa Corte Suprema, todas las directivas superiores que rigen en este terreno no pasarían de ser meras enumeraciones programáticas, vacías de operatividad (cfr. Fallos: 329:2552).

Por otro lado, debe ponderarse que el Código Civil y Comercial de la Nación ha venido a reforzar la autorización legal respecto de la reproducción asistida con gametos aportados por terceros (arts. 562, 563, 567, 575, 577, 575, 577, 582, 589, 591 y 593), y que la condena a solventar los distintos aspectos de la terapia reproductiva quedó sujeta tanto a los términos regulados por el decreto 956/13, como a las directivas de la alzada en orden a la condición de los embriones supernumerarios (fs. 97vta., ítem 1, de la parte dispositiva de la sentencia de mérito, y fs. 118 vta./119; y art. 9º de la ley 26.994).

No es ocioso consignar, en orden a la apuntada falta de inscripción como banco de gametos del Instituto Halitus, que el decreto 956/13, autoriza claramente la provisión de óvulos por otra entidad distinta de aquella que lleva a cabo el tratamiento. En efecto, dispone la norma que “[s]i 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...” (cfse. art. 8º, párrafo octavo).

En análogo sentido, la resolución 1305/15 del Ministerio de Salud de la Nación determina que “[s]e entiende por Banco de Gametos, el efector a través del cual se obtienen, procesan, almacenan y distribuyen células reproductivas humanas para ser utilizadas en procedimientos de reproducción médicamente asistida [...] El mismo puede tratarse de un establecimiento independiente o emplazarse dentro de un Efector

de Salud de mayor complejidad.”

“a) Traslado de un efector a otro efector. * Sólo se podrá realizar traslado de material descongelado (sólo semen) o criopreservado (semen y ovocitos) bajo los mismos términos, en las mismas condiciones, y con idénticos recaudos y efectos que aquellos incorporados al ordenamiento jurídico nacional mediante la Resolución del Ministerio de Salud de la Nación N° 1884/2010 y/o modificatorias para el transporte de muestras biológicas entre Estados Parte del MERCOSUR...”

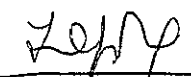
“* Deberá acreditar el procedimiento de traslado de las muestras, con hora de egreso e ingreso en cada establecimiento involucrado, siendo responsabilidad de los Directores/as Médicos/as de ambos efectores, como así también del transportista (en caso de resultar el transportista un tercero ajeno al Centro y/o Consultorio de origen y destino)...” (v. ítem III, Anexo resol. 1305/15).

En ese contexto, estimo que la apelación federal de la demandada no puede prosperar.

-IV-

Por lo expuesto, aprecio que esa Corte debe confirmar la sentencia con el alcance indicado.

Buenos Aires, 10 de abril de 2017.


Adriana García Netto
Procuradora Fiscal
Subrogante


ADRIANA N. MARCHISIO
Subsecretaria Administrativa
Procuración General de la Nación