

Suprema Corte:

–I–

La Cámara Federal de Posadas confirmó en lo sustancial la sentencia de primera instancia que hizo lugar a la acción de amparo y condenó a la Obra Social del Poder Judicial de la Nación –OSPJN– a cubrir el 100% del tratamiento de fertilización por técnica ICSI/PICSI, del *screening* genético preimplantatorio (PGS) y del costo de la medicación y estudios necesarios a tal fin, pero limitó la cobertura a 3 tratamientos de fertilización por persona (fs. 130/133).

Con relación a la cantidad de tratamientos, sostuvo que la Ley 26.862 de Reproducción Medicamente Asistida tiene como objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas de reproducción medicamente asistida a toda persona mayor de edad –arts.1 y 7–. Explicó que cuando el decreto reglamentario 956/2013 señala que la cobertura se extenderá hasta 3 tratamientos con técnicas de alta complejidad, debe entenderse que dicha cobertura es por cada persona que lo solicite.

Por ello, el tribunal consideró que no era desacertada la solución que habilitaba 3 tratamientos más de los que ya se habían realizado los actores, pues correspondían 3 por cada afiliado. Sumado a ello, puso de relieve que no había afectación económica de la OSPJN en tanto había prorratado los gastos en un 50% con OSECAC.

Conforme a lo señalado, modificó la sentencia de primera instancia que ordenaba cubrir la cantidad de tratamientos que determinara la médica tratante.

En lo que respecta al PGS, observó que de las explicaciones dadas por la médica surgía que el procedimiento era sumamente necesario por la edad de la mujer (más de 40 años), fallas reiteradas de fecundación *in vitro* (FIV) y un factor masculino severo, por persistir un diagnóstico de varicocele ya operado. Especificó que la técnica elevaría las expectativas de concebir en un 70%.

Afirmó que, si bien la autoridad de aplicación es la encargada de determinar qué prestaciones deben proporcionar las entidades obligadas por la ley 26.862 y que el tratamiento solicitado no está incluido dentro de los que deben ser cubiertos, la ley deja abierta la posibilidad de incluir nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnicos (arts. 2 y 3). Explicó que la judicatura puede hacer valer los derechos reconocidos por normas vigentes, cuando causas médicas debidamente documentadas lo justifican, sin arrogarse facultades de reglamentación reconocidas a otros poderes.

Al respecto, señaló que el tratamiento PGS no es igual al diagnóstico genético preimplantacional (DGP) que fuera oportunamente rechazado por la Corte Suprema en la causa "L.E.H." (Fallos: 338:779). Expuso que procedimiento el que aquí se persigue es el solicitado por parejas con abortos en repetición que ya han realizado varios tratamientos de alta complejidad, mientras que el otro busca evitar la transmisión de enfermedades genéticas y hereditarias.

-II-

Contra ese pronunciamiento, la OSPJN interpuso recurso extraordinario que, luego de sustanciarse con la parte actora, fue rechazado (fs. 134/142, 144/149 y 150/151) y motivó la interposición de la correspondiente queja (fs. 34/38 del cuaderno respectivo).

En primer término, la recurrente alega que la cámara efectúa una interpretación errónea de la normativa vigente que prevé la cobertura de tres tratamientos por pareja o por persona gestante, y la obliga a cumplir con una prestación que excede los parámetros de la ley.

En segundo término considera que yerra el tribunal al interpretar que el tratamiento PGS no es igual al DGP, en tanto ambos son estudios genéticos del embrión que importan su selección y persiguen una misma finalidad. Afirma que, aún si se tratara de procedimientos distintos, la normativa vigente no contempla su cobertura por los financiadores de salud. Resalta que la

Corte Suprema, en el precedente "L.E.H." (Fallos: 338:779), estableció que correspondía eximir a los prestadores de salud de cubrir el DGP toda vez que no se encuentra contemplado expresamente por la ley 26.862 y su decreto reglamentario.

Afirma que la decisión importa una intromisión en la competencia de otro poder, desconoce el estatuto de la OSPJN, la ley 26.862, el decreto 956/2013 y los fallos de la Corte Suprema, y se aparta de las probanzas de autos.

Aduce que la sentencia afecta indebidamente a los fondos del sistema, comprometiendo el patrimonio de la obra social, y eventualmente el del sistema de salud, pudiendo impedirle atender a los demás beneficiarios. Resalta que OSECAC, contrariamente a lo señalado por la alzada, no contribuyó a la cobertura de los tratamientos.

–III–

El recurso extraordinario resulta formalmente admisible pues controvierte la interpretación y aplicación de normas federales –ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013– y la decisión impugnada resulta contraria al derecho que la apelante funda en ellos (art. 14, inc. 3, ley 48).

Cabe recordar que, en la tarea de establecer la inteligencia de normas federales, la Corte Suprema no está limitada por las posiciones de las partes o del tribunal apelado, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado, según la interpretación que rectamente le otorgue, sin necesidad de abordar todos los temas propuestos, sino aquéllos que sean conducentes para la correcta solución del caso (Fallos: 339:561, "Pastor"; 340:1269, "V. I., R."; entre otros).

–IV–

De modo preliminar, cabe señalar que los actores padecen esterilidad primaria mixta debido a diferentes factores que afectan su salud.

Frente a la imposibilidad de procrear se sometieron a tres tratamientos de fertilización asistida de alta complejidad que fueron cubiertos por la OSPJN en un 100% y la medicación en un 70%, en el marco de los cuales la demandada había aclarado que gestionaría el pago del 50% del costo del tratamiento en la obra social del señor S , OSECAC. Debido a que los procedimientos fueron fallidos, la médica tratante indicó un nuevo intento de fertilización asistida de alta complejidad ICSI/PICSI y la realización de un PGS para aumentar la posibilidad de implantación. La prescripción del referido diagnóstico se debió a la edad de la señora V —43 años en la actualidad—, las fallas reiteradas de FIV y un factor masculino severo—varicocele que persiste, con imposibilidad de realizar una nueva cirugía por edad apremiante de la mujer— (v. esp. fs. 8, 17/23, 25/26, 80/90, 109).

En virtud de ello, los actores solicitaron a la OSPJN la cobertura del tratamiento de fertilización de alta complejidad ICSI/PICSI, que fue rechazado y motivó el inicio del presente amparo con el objeto de que se ordene a la demandada la prestación del 100% del referido tratamiento, del PGS y de los medicamentos necesarios a tal fin (fs. 1 y 24).

Tal como lo explicó la médica tratante, y como sostiene la demandada, el PGS es un diagnóstico genético preimplantatorio (DGP) que consiste en el análisis genético de los 23 pares de cromosomas del embrión. Para ello, se biopsia el embrión obteniéndose una muestra de 5 a 10 células que permite obtener un resultado genético completo y la verificación de su normalidad o anormalidad. Si el resultado es normal se transfiere el embrión sano a un endometrio previamente preparado (fs. 52, 109 vta, 136). Esta explicación es coincidente con la definición de diagnóstico genético preimplantacional dada por la OMS como el “análisis de cuerpos polares, blastómeras o trofoectodermo de ovocitos, cigotos o embriones para la detección de alteraciones específicas, genéticas, estructurales, y/o cromosómicas” (cf. Glosario de terminología en técnicas de reproducción asistida, Versión revisada y preparada por el Comité

Internacional para el Monitoreo de las Tecnologías de Reproducción Asistida y la OMS, 2008; v. también ICMART, *The International Glossary on Infertility and Fertility Care*, 2017, pág. 404, allí se explica que los términos DGP y PGS han sido reemplazados por el término test genético preimplantacional (PGT) que los contiene).

–V–

En estas circunstancias, es necesario determinar, por un lado, la cantidad de tratamientos de fertilización de alta complejidad que debe cubrir la OSPJN y, por el otro, si está obligada a cubrir el DGP en su modalidad de *screening* genético preimplantatorio (PGS).

Considero que los agravios vinculados a la cantidad de tratamientos que debe afrontar la demandada encuentran adecuada respuesta en lo resuelto por esa Corte Suprema el día 14 de agosto de 2018, en Fallos: 341:929, "Y., M. V.", por lo que cabe remitir, en lo pertinente, a sus fundamentos y conclusiones. En tales condiciones, en mi opinión, corresponde confirmar la sentencia recurrida en este punto, con el alcance expuesto en el pronunciamiento referido.

–VI–

Para analizar la controversia vinculada al PGS, es necesario recordar que en el caso "L.E.H." (Fallos: 338:779), en el que se examinaron las mismas normas cuya interpretación aquí se discute, la Corte Suprema de Justicia de la Nación puntualizó que el DGP no aparece incluido dentro de las técnicas y procedimientos enumerados por la ley 26.862 y que los prestadores de salud deben proporcionar con carácter obligatorio (art. 8). Señaló, además, que el decreto reglamentario 956/2013 no lo incluye dentro del concepto de técnicas de alta complejidad. Agregó que, si bien la regulación deja abierta la posibilidad de introducir en la nómina nuevos procedimientos y técnicas, el texto legal aclara que esta alternativa solo es viable cuando sean autorizados por la autoridad de

aplicación, situación en la que no se encuentra el DGP (art. 2). En esa inteligencia, concluyó que la negativa de la obra social a hacerse cargo de la prestación no podía ser considerada un acto u omisión teñido de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta en tanto no existe una norma específica que le imponga esa obligación.

En mi opinión, tal como este Ministerio Público sostuvo en el dictamen de la causa “L.E.H.”, la ley 26.862 ordena la inclusión de los procedimientos y técnicas que la Organización Mundial de la Salud (OMS) define como de reproducción médicamente asistida –que contienen al DGP– dentro del Programa Médico Obligatorio (PMO) y deja librada a la reglamentación de la autoridad de aplicación la determinación de los criterios y modalidades de cobertura.

El artículo 8 de la ley 26.862 pone a cargo de un vasto número de agentes que brindan servicios de salud, incluida la OSPJN, “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”.

Es decir que la ley incorpora a su texto, por reenvío, a las técnicas que la OMS define como de reproducción médicamente asistida e incluye estos procedimientos en el PMO. Adicionalmente, a modo de ejemplo, detalla

algunas de las prestaciones obligatorias que las entidades de salud deben brindar a sus afiliados.

El texto de la ley es elocuente 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. Previendo los avances de la ciencia en esta materia, integró la norma por remisión a las técnicas de reproducción asistida reconocidas y descriptas por la OMS. Estas han sido plasmadas en un glosario con definiciones aceptadas internacionalmente que fue elaborado por un grupo de profesionales clínicos, científicos y epidemiólogos –en la sede de la OMS del 1 al 5 de diciembre de 2008– sobre la base del glosario del Comité Internacional para el Monitoreo y la Asistencia en Tecnologías Reproductivas (ICMART). Allí se logró un consenso sobre 87 términos que se utilizan para la reproducción humana asistida, entre los que se encuentra el DGP, a cuya definición me he referido en el apartado anterior (cf. Glosario de terminología en técnicas de reproducción asistida, ya citado).

No modifican esta interpretación las facultades otorgadas por la norma a la autoridad de aplicación, ya que solo habilita a introducir cantidad, frecuencia y criterios de cobertura, pero nunca a quitar una técnica reconocida e incorporada por el propio texto de la ley (art. 8 ley 26.862). Si el legislador hubiese querido librar al arbitrio del poder administrativo la inclusión o no de ciertos tratamientos, hubiese utilizado otra redacción en lugar de remitir a las definiciones de la OMS y limitar su accionar.

La misma suerte deberá correr la lectura del decreto reglamentario cuando establece que “[l]a Autoridad de Aplicación resolverá la inclusión de nuevos procedimientos y técnicas en la cobertura que explicita la Ley N° 26.862 (...)” (art. 2 decreto 956/2013), ya que solo refiere a procedimientos y técnicas no incluidos en la ley. No puede cambiar esta exégesis el hecho de que el

decreto defina qué se entiende por técnicas de alta complejidad y que haga una enunciación, pues la regulación no puede desnaturalizar a la ley que reglamenta.

Además de la claridad de la norma en cuanto a qué técnicas deben cubrir obligatoriamente las prestadoras de salud –que se integran con las técnicas definidas por la OMS– y al carácter de la enumeración de las técnicas cubiertas, esta postura es la que quedó expresada cuando la ley se trató en la Cámara de Diputados.

Lo allí manifestado es de especial relevancia, en tanto, como ha dicho la Corte Suprema, la primera regla de interpretación de un texto legal es la de asignar pleno efecto a la voluntad del legislador, cuya fuente inicial es la letra de la ley, y con más razón, cuando ha recibido expreso tratamiento en el debate legislativo (Fallos: 342:917, “Barrick Exploraciones Argentinas S.A.”; FLP 40452/2014/CA1-CS1, “Liu, Cairong s/ solicitud carta de ciudadanía”, sentencia del 11 de febrero de 2020; entre otros).

Anticipando el riesgo de interpretaciones diversas, la miembro informante del dictamen de la mayoría, diputada Chieno, indicó: “[p]ara que quede claro, el nivel de cobertura que hemos especificado a través de los diferentes artículos de esta norma alcanza a los procedimientos de reproducción médicamente asistida que están reconocidos por la Organización Mundial de la Salud (...)”. “(...) [T]ambién queda expresada la incorporación de estas técnicas al PMO (...) quedando establecido que será el Ministerio de Salud, como órgano de aplicación, quien determinará la cantidad, frecuencia y criterios en general con que se dará cobertura dentro del PMO”. Luego agregó que “(...) dentro de este glosario la Organización Mundial de la Salud define como técnicas de reproducción (...) el diagnóstico genético de preimplantación (...).

Finalmente, la diputada Chieno concluyó que “[T]odas estas técnicas definidas en el glosario que provee la Organización Mundial de la Salud están incorporadas dentro de lo que nosotros planteamos en el artículo 8º, cuando

decimos que se dará cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje diagnóstico y de procedimientos que la Organización Mundial de la Salud define como reproducción médicamente asistida”.

Por su parte, la diputada Rodríguez apoyó el dictamen de la mayoría manifestando que: “para que no queden dudas, cuando los sujetos obligados tengan que hacerse cargo de la cobertura quiero que quede en claro a qué están obligados. (...) [R]eitero que se trata del glosario que la OMS estableció en Ginebra del 1º al 5 de diciembre de 2008, junto con el Comité Internacional para el Monitoreo y la Asistencia en Tecnologías Reproductivas, ICMART”. Luego, pidió la inserción en el Diario de Sesiones del documento, que incluye la definición de DGP “para que quede absolutamente clara la voluntad manifestada por las/los legisladoras/es, y en particular expresada por la miembro informante respecto de las técnicas y prácticas de reproducción humana asistida incluidas en la cobertura del artículo 8 y definidas por la Organización Mundial de la Salud” (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, Reunión 11, 8ª sesión ordinaria, 27 de junio de 2012, págs. 68/69, 85, 514 y 516 y Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, Reunión 6, 2ª sesión ordinaria, pág. 38).

Corresponde señalar que esta interpretación no implica desconocer las competencias regulatorias que en esta materia le corresponda ejercer al Ministerio de Salud, sino reafirmar las pautas tenidas en cuenta por el Congreso de la Nación y plasmadas en el texto de la ley, reconociendo los derechos a la salud sexual y reproductiva, a formar una familia y a gozar de los beneficios de los adelantos científicos (art. 1, ley 26.862, Considerando del dec. reg. 956/2013, Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, cit., pág. 69).

Por último, no puede obviarse al interpretar el alcance de la ley 26.862, que ésta reglamenta de manera directa derechos reproductivos reconocidos en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos que integran al bloque de constitucionalidad federal. La Corte Suprema ha reconocido

el carácter fundamental del derecho a la salud reproductiva por su íntima vinculación con el derecho a la vida (Fallos: 341:929: “Y., M. V.”).

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales ha entendido incorporado el derecho a la salud reproductiva en la definición amplia del derecho a la salud del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Al examinar el derecho, especificó que entraña la capacidad de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de su familia, así como el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos (Observación General n° 14, del 11 de agosto del 2000, párrs. 12, 13 y 14 y sus notas; en igual sentido, Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 1994, párr. 7.2).

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, ha afirmado que el acceso a la atención de la salud reproductiva es un derecho básico previsto en el artículo 12 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer e involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercerlo. A su vez se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la autonomía reproductiva (art. 16, inc. e), según el cual las mujeres gozan del derecho “a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a (...) los medios que les permitan ejercer estos derechos”. Tienen la obligación de garantizar este derecho los encargados de prestar servicios de salud, tanto en sectores públicos como privados (Recomendación General n° 24, 1999, párrs. 1, 13, 14, 21 y 28).

A su vez, el derecho a la protección y constitución de la familia está consagrado, entre otros, en el artículo 17 de la Convención Americana

sobre Derechos Humanos. A su respecto la Corte Interamericana sostuvo que conlleva la obligación de favorecer el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar y que, la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia ("Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica", sentencia del 28 de noviembre de 2012, párr. 145).

Finalmente, la Corte Interamericana ha entendido que el alcance de los derechos a la autonomía reproductiva y a fundar una familia se extienden al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones, de lo que 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 ("Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica", cit., párr. 150).

En ese marco conceptual no puede adoptarse una interpretación restrictiva del alcance de la enumeración que contiene el referido cuerpo legal para negar la obligación de cobertura del DGP en cabeza de las prestadoras de salud. Esa exégesis de la norma contradice la letra de la ley, su finalidad y la expresa voluntad del legislador plasmada en los antecedentes parlamentarios mencionados, desnaturalizando el derecho fundamental a la salud reproductiva.

En suma, entiendo que el artículo 8 de la ley 26.862 y su decreto reglamentario autorizan a los interesados a acceder a la cobertura del PGS.

-VII-

Por lo expuesto, opino que corresponde declarar admisible el recurso extraordinario y confirmar la sentencia cuestionada, con el alcance expuesto.

Buenos Aires, 4 de junio de 2020.


ADRIANA N. MARCHISIO
Subsecretaria Administrativa
Procuración General de la Nación

COPIA

VÍCTOR ABRAMOVICH