

IIIª Circunscripción Judicial de Río Negro.

Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Minería Nro. 5

Secretaría única

Tomo:

Resolución:

Folio:

Iván Sosa Lukman, Secretario

San Carlos de Bariloche, 14 de junio de 2016.-

VISTOS: Los autos "T.M.A C/ U.P. (ACCORD SALUD) S/ AMPARO (e-s)" (expte. 15425-16).mv

Y CONSIDERANDO:-

1º) Que el día 1 de junio de 2016, se presenta por escrito la Sra. M. A. T., de 44 años de edad, soltera y sin hijos; promoviendo acción de amparo contra U.P Accord Salud (Nº de afiliado 00211381005) a los efectos de obtener el reconocimiento del tratamiento de fertilización médicamente asistida que requiriera a la citada.-

Conforme a lo manifestado por la amparista, U.P Accord Salud rechaza su solicitud argumentando que no puede cubrirle la fertilización asistida de alta complejidad, ya que la solicitante no tiene pareja.-

Alega la amparista que sus estudios médicos ginecológicos indican que se encuentra dentro de los estándares normales y que el tratamiento que necesita para ser madre es de fertilización asistida denominada "ovodonación" y donación de semen. Agrega que es una mujer con reserva ovárica disminuida y con muchas ganas de formar familia monoparental, ya que no tiene pareja.-

Adjunta a modo respaldatorio la documentación que acredita los reiterados pedidos a la Obra Social desde que se sancionó la ley de "Fertilización Asistida" y las negativas por parte de la accionada. Así presenta:-

- a) Pedido por escrito del tratamiento y negativa por escrito, respondiendo que no había más bancos de gametos debidamente inscriptos (fecha 10/10/2013);
- b) Pedido por escrito -indicaciones y planillas de informes médicos solicitados por la obra social y negativa escrita (orden de evento N°1156) informando que la Obra Social brinda cobertura solo en la conformación de una vida en pareja (fecha 22/12/2015);
- c) Pedidos por escrito ante UP, indicaciones y planillas de informes médicos solicitados

por la obra social; pedido de respuesta por escrito.-

2º) Que a fs. 25 se ordenaba el pedido de informes a la prepaga, mediante oficio que fuera diligenciado con fecha 3 de junio.-

Al evacuar el informe que ordena el art. 43 de la Constitución Provincial, la requerida contesta a fs. 27/32 que la Obra Social brinda cobertura del tratamiento de Fertilización Médicamente Asistida en el marco del espíritu de la ley, y para la conformación de una familia en pareja. Extremo que no se daría en el caso de autos toda vez que la afiliada ha informado que no tiene pareja, y por ello solicita cobertura de donación de ambas gametas.-

Adjunta dictamen emitido por auditoría médica con la fundamentación precedentemente reseñada.-

3º) Que la competencia del Juzgado para conocer en el presente ha sido habilitada por el Superior Tribunal de Justicia de la provincia, sobretodo, a partir del precedente "Arvigo", SE 56/11, donde ha expresado que en estas acciones, no existe afectación alguna de intereses federales, ni al interés público, ni tampoco se ponen en entredicho las normas que regulan la competencia federal por razón de la materia, "sino el reconocimiento de derechos supralegales, que se encuentran vinculados a la salud y a la dignidad humana, que se entienden de conocimiento por parte de cualquier tribunal" (del dictamen de la Procuradora General).-

4º) Que entrando en el análisis de la cuestión objeto de la acción constitucional entablada, surge claramente que son varios los derechos de raigambre constitucional amparados a su vez, por el derecho internacional que se verían vulnerados con la actitud de la prepaga de rechazar el tratamiento; principalmente el derecho a la salud reproductiva, vinculado con el derecho a la vida.-

En primer lugar, la citada normativa nacional prevé: (ley 26.862) "La presente ley tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida." (art. 1).-

"A los efectos de la presente ley, se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones..." (art. 2).-

"El Ministerio de Salud de la Nación, sin perjuicio de sus funciones como autoridad de aplicación y para llevar a cabo el objeto de la presente, deberá: a) Arbitrar las medidas necesarias para asegurar el derecho al acceso igualitario de todos los beneficiarios a las prácticas normadas por la presente..." (art. 6).-

"Beneficiarios. Tienen derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado..." (art. 7).-

"Cobertura. El sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661... las entidades de medicina prepaga... 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... 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..." (art. 8).-

De la normativa citada precedentemente, no solo no surge ninguna disposición que justifique el actuar de la citada, sino que por el contrario, la misma obliga a la cobertura del tratamiento con criterios igualitarios, de integralidad y de prohibición de efectuar discriminaciones, tanto por motivos de orientación sexual, como por el estado civil de los destinatarios. Este último a su vez, debe interpretarse con criterio amplio, de lo contrario perdería sentido el acceso igualitario al que refiere la ley.-

En consecuencia, la negativa de brindar cobertura solo por el hecho de que la amparista no ha denunciado una pareja, se presenta como manifiestamente arbitraria e ilegal.-

Por otro lado, téngase presente que si bien no existe adhesión expresa de la provincia el art. 10 de la norma, dispone que la misma es de orden público y de aplicación en todo el territorio de la República.-

Sin perjuicio de esto, y a mayor abundamiento, el decreto reglamentario (956/2013) dispone en sus considerandos que: "...en dicha ley prevalecen, entre otros derechos concordantes y preexistentes reconocidos por nuestra Constitución Nacional y

Tratados Internacionales de rango Constitucional (conforme artículo 75, inciso 22 de nuestra Carta Magna), los derechos de toda persona a la paternidad / maternidad y a formar una familia, en íntima conexión con el derecho a la salud. Que el derecho humano al acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, reconocido por la Ley N° 26.862, se funda en los derechos a la dignidad, a la libertad y a la igualdad de toda persona humana (conforme la Constitución Nacional y los fundamentos y principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos)...” y que la Ley N° 26.862 "se fundamenta en la intención del legislador de ampliar derechos; ello, en tiempos de cambios y de más 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 y, promoviendo de tal modo, una sociedad más democrática y más justa."

Y "en los términos que marca la Ley N° 26.862, una persona podrá acceder a un máximo de CUATRO (4) tratamientos anuales con técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad, y hasta TRES (3) tratamientos de reproducción médicamente asistida con técnicas de alta complejidad, con intervalos mínimos de TRES (3) meses entre cada uno de ellos".-

5°) En segundo término y respecto del alcance del instituto, el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, tiene dicho en casos similares que la cobertura a la que refiere la Ley N° 26.862, debe ser integral, y existen numerosos antecedentes que se han resuelto en este sentido “TORTAROLO, Maida N. C/ OMINT CS Salud S/ ACCION DE amparo (ART. 43 C. PCIAL)” Expte. N° 24307/12; “ANSALDO, Mercedes J. C/ SWISS MEDICAL S.A. S/ ACCION DE amparo (ART. 43 C. PCIAL)” Expte. N° 24439/13); “GONZALEZ Maria Alejandra C/ SWISS MEDICAL S/ACCION DE amparo (ART. 43 C. PCIAL)” Expte. N° 25008/13) y "ARVIGO, Carolina y otros/amparo s/apelación" (Expte. N° 25172/11-STJ- 27.06.11).-

Así ha resuelto recientemente que "las consideraciones formuladas en el precedente \\\"LAPLANE\" (STJRNS4 Se. 104/13), reiteradas en "TORTAROLO" (STJRNS4 Se. 2/14) resultan plenamente aplicables al caso de autos. En tal sentido, "Negarse a reconocer que la infertilidad es un problema relacionado con la salud, implica desconocer el avance científico existente en el tema, como así también que dichos reconocimientos se posterguen bajo un fundamento meramente economicista- en perjuicio de necesidades de este tipo, que hacen básicamente a la dignidad y naturaleza

humana” (Cf. “LAPLANE”, ya citado). A partir de 1994, los derechos a la vida y a la salud se encuentran consagrados en la Constitución Nacional a través de los instrumentos internacionales de derechos humanos jerarquizados en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional. Así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en sus arts. 25, inc. 1 y 30; la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en su art. 11; el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, en su art. 10; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su art. 12; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, en el art. 12. Por su parte la CN en su art. 14 bis establece “...la protección integral de la familia...”. La ley 25.673 crea el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación responsable y establece en su art. 2 que uno de los objetivos de la misma es “alcanzar para la población el nivel más elevado de salud sexual y procreación responsable con el fin de que pueda adoptar decisiones libres de discriminación, coacciones o violencia”, reforzado con la afirmación del art. 3 respecto de que la ley está destinada a la población en general “sin discriminación alguna”. En dicho contexto, resulta razonable y fundada la decisión de la Jueza de amparo para lograr soluciones que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de pretensiones. Máxime, teniendo en consideración la incorporación de los derechos reproductivos en los textos constitucionales, en los instrumentos internacionales, en precedentes jurisprudenciales, y en la ley nacional 26.862 de “Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida”, sancionada el 5 de junio de 2013, reglamentada a través del Decreto 956/2013 del 19 de julio de 2013...

También que “Cabe tener presente que mediante la ley N° R 4557 (Reconocimiento derecho a la descendencia y Encuadramiento en derechos sexuales y reproductivos) se reconoce el derecho a la descendencia como parte de los derechos sexuales y reproductivos y por lo tanto, reconocidos como derecho personalísimo (cf. art.1). Este Cuerpo señaló que la cobertura garantizada en la reglamentación se basa en los criterios establecidos por la Organización Mundial de la Salud (OMS) con un enfoque integral e interdisciplinario del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos, las terapias de apoyo y las técnicas de reproducción médicamente asistida de baja y de alta complejidad. (STJRNS4 Se. 175/14 “ELENA”)... Por último, se tiene presente que en “DALLAS” ya citado, este Tribunal ha señalado que se debe otorgar cobertura integral del

tratamiento de fertilización asistida con ovodonación dado que la práctica se encuentra actualmente legislada por la ley 26.862 y no existe obstáculo para su otorgamiento (Cf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, D. B., V. I. y otro c. OSSEG s/ amparo 05/09/2013, Publicado en: DFyP 2014 (enero) Cita online: AR/JUR/71186/2013; STJRNS4 Se. 175/14 "ELENA").-

6°) Además de lo expuesto, debe tenerse presente que la justificación dada por la accionada en el sentido de que la amparista no tiene pareja, contraría el concepto amplio de familia que actualmente rige nuestro orden jurídico, que ya no es cerrado como tiene dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso "Forneron").-

En efecto, tal como manifiesta la amparista en su escrito de inicio, ella tiene el plan de formar una familia monoparental, haciendo uso de su libertad de elección de plan de vida y resultaría arbitrario e ilegal, privarla de tal posibilidad.-

7°) Por lo demás, surge del escrito de inicio y de la documental aportada, que se ha acreditado la necesidad de una protección de carácter urgente que preserve la salud de la amparista, garantizando así su derecho constitucional, sobretodo teniendo en cuenta su edad reproductiva y lo normado por la ley N° R 4557 (Reconocimiento derecho a la descendencia y Encuadramiento en derechos sexuales y reproductivos) que reconoce el derecho a la descendencia como parte de los derechos sexuales y reproductivos y por lo tanto, reconocidos como derecho personalísimo (cf. art.1).-

Entonces, demostrada la urgencia, resulta oportuno señalar que toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de particulares o autoridades públicas que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta derechos y garantías reconocidas por la Constitución, un tratado o una ley (artículo 43 de la Constitución Nacional y art. 43 de la Constitución de Río Negro).-

Que el amparo es un proceso excepcional, utilizable en delicadas y extremas situaciones en las que, por carencia de otras vías aptas, pelagra la salvaguarda de derechos fundamentales, y exige para su apertura circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas que ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios originan un daño concreto y grave, sólo eventualmente reparable por esta vía urgente y expeditiva (Fallos 310:576; 311:612; 314:1686;

317:1128; 323:1825, entre muchos otros). Y que es la vía adecuada para subsanar o impedir que en situaciones de extrema gravedad se irroguen daños irreparables por las vías comunes establecidas al efecto (STJRN, 25/03/1996, SE 31/1996, "Ferro", entre muchos otros), siendo requisito indispensable la violación normativa notoria y fácilmente constatable del derecho invocado y la inexistencia de otras vías hábiles para resolver el conflicto (STJRN, 27/10/1999, SE 41/1999).-

8°) Por todas las razones expuestas, corresponderá hacer lugar a la acción de amparo interpuesta, ordenando a UP Accord Salud, la cobertura del tratamiento de fertilización asistida requerido; conforme lo expresado en los considerandos que anteceden y en los términos que determinan las leyes 26.862, 4557, y decreto reglamentario 956/2013.- Todo ello, bajo apercibimiento de remitir las actuaciones a sede penal, y de fijar una multa diaria de \$1.000 por cada día de retardo en favor de la actora y tomar las restantes medidas complementarias que correspondan.-

En consecuencia, RESUELVO:-

I) Hacer lugar a la acción de amparo promovida por T.M.A. y ordenar a U.P Accord Salud para que en forma inmediata, proceda a brindar a la amparista la cobertura del tratamiento de fertilización médicamente asistida denominada ovodonación y donación de semen, conforme fuera requerido y de acuerdo a todo lo expresado en los considerandos que anteceden.-

Ello, bajo apercibimiento de remitir las actuaciones a sede penal, y de fijar una multa diaria de \$1.000 por cada día de retardo en favor de la actora y tomar las restantes medidas complementarias que correspondan.-

II) Protocolizar, registrar y notificar por cédula lo aquí resuelto, con habilitación de días y horas a las partes.-

Cristian Tau Anzoátegui

Juez