

Voces: TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA ~ PERSONA POR NACER ~ INTERPRETACION JUDICIAL ~ JURISPRUDENCIA ~ TRATAMIENTO MEDICO ~ COBERTURA MEDICA ~ DERECHO A LA SALUD

Título: El niño por nacer: único desapercibido en las técnicas de reproducción humana asistida

Autor: Berti García, Bernardita

Publicado en: LLGran Cuyo2015 (septiembre), 827

Fallo comentado: [Cámara 4a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza ~ 2014-12-29 ~ B., I. G. y otros c. OSEP s/ acción de amparo.](#)

Cita Online: AR/DOC/2791/2015

Sumario: I. El caso. — II. Agravios invocados por la recurrente. — III. Consideraciones realizadas en la fundamentación del fallo. — IV. Tratamiento de los agravios de la recurrente. — V. Análisis final.

I. El caso

En fecha 29 de diciembre del año 2014, la Cuarta Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de la Provincia de Mendoza, dicta sentencia en la casusa caratulada "B., I. G. y ots. c. OSEP s/ acción de amparo", confirmando el fallo emitido por el juez de primer grado.

La causa es elevada a conocimiento del Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por la demandada, es decir, la Obra Social de Empleados Públicos de la Provincia de Mendoza (OSEP), con motivo de haber sido condenada a otorgar a la actora la cobertura integral (100%) de la prestación de fertilización asistida por método ICSI, incluyendo medicación y gastos que ello demande, en cantidad de tres tratamientos con intervalos de tres meses cada uno de ellos de conformidad con lo establecido en la Ley 26.862 y el Decreto Reglamentario N° 956/13.

II. Agravios invocados por la recurrente

Los agravios centrales expresados por la recurrente que nos interesa en este comentario, son los siguientes:

1. En primer lugar hace referencia a que la juez a quo reconoce prácticamente otorgarle a la actora "todas las prestaciones sin límite temporal debiendo cubrir la totalidad de los medicamentos y gastos necesarios". Afirma que tal hecho resulta arbitrario y hasta temerario, en tanto no establece como requisito previo y obligatorio presentar ante OSEP un certificado o control médico sobre la salud de los pacientes por el profesional médico tratante, a los efectos de asegurar que los mismos están en condiciones físicas y psíquicas para someterse al tratamiento, quedando fuera del control médico de la OSEP. Lo que implica además el impedimento a cotejar el control médico de los pacientes o disponer una interconsulta con el médico tratante, a fin de evaluar la viabilidad de las prestaciones sobre todo ante la segunda, tercera y demás prestaciones. Sostiene asimismo que tal decisión ocasiona un perjuicio económico a su parte y que implica -además- una injusticia y una inequidad, consolidándose un tratamiento desigual a los que acuden a la justicia en busca del reconocimiento de algún derecho, con respecto al resto de los afiliados.

Peticiona que los gastos, honorarios y prestaciones que pudieran realizarse a los actores, sean proporcionales, conforme a precedentes que allí cita.

2. Señala además que la juez no clarifica a la amparista, como dará cuenta del dinero otorgado por OSEP para el o los tratamientos que se efectúen, y que ello produce un grave perjuicio administrativo a la obra social, dado que no se especifica ni se obliga a rendir cuentas por el dinero entregado.

Solicita que se revoque la sentencia en tal sentido y se disponga sobre el aspecto contable administrativo de la cobertura adecuada a OSEP para evitar un perjuicio a su parte al ser auditado por el Tribunal de Cuentas de la Provincia.

III. Consideraciones realizadas en la fundamentación del fallo

Realizado el sorteo en la Cámara, sobre la justicia de la sentencia apelada, se pronuncia en primer término el Dr. Leiva realizando las siguientes consideraciones:

1. El derecho a la salud. La salud reproductiva: Alega que a partir de la Reforma Constitucional del año 1.994, el derecho a la salud se encuentra expresamente previsto en el cuerpo de la Carta Magna de la siguiente manera: i) en el ámbito de los consumidores y usuarios, en este sentido, el artículo 42 afirma "... tienen derecho en la relación de consumo, a la protección de su salud..."; ii) en los instrumentos internacionales con la misma jerarquía que la Constitución nacional, los cuales entre sus enunciados genéricos reconocen el derecho a la salud -por ejemplo la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 25 inc 1 y art. 30); la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. 11); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12)-; asimismo tal reconocimiento se encuentra al referir a la atención de la salud como una de las acciones positivas que el Estado debe adoptar respecto a los sujetos de mayor vulnerabilidad social: como los niños, mujeres y ancianos -incisos 22 y 23 artículo 75-.

En cuanto a la salud reproductiva, considera que se trata de un derecho fundamental de incidencia colectiva, que ya no se abastece con la mera omisión de daño, sino que se integra, además, con políticas activas, con

medidas de acción positiva, y con prestaciones de dar y de hacer y que el mismo comprendería "el estado general de bienestar físico, mental y social en todos los aspectos relacionados con el proceso reproductivo, sus funciones y proceso" (1).

2. El derecho a formar una familia. Al entender comprometido en la resolución de la causa el derecho a formar una familia, el magistrado realiza algunas consideraciones sobre este tópico. Refiere en primer lugar, que se trata de uno de los derechos naturales básicos inherentes a la condición humana y que como tal, encuentra reconocimiento constitucional en diversos instrumentos internacionales de igual jerarquía, como por ejemplo: la Convención Americana de Derechos Humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En cuanto al contenido, consiste en la facultad de elegir la cantidad de hijos, regular el tiempo entre cada nacimiento o decidir no tener descendencia, el cual aprecia debería ser considerado a la luz del 5º párrafo de la Observación General Nro. 19 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (2), que dice: "El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos...". Por tanto, y entendiendo que el derecho a formar una familia constituiría la base para garantizar el acceso a las técnicas de fecundación asistida -ya que considera que los derechos reproductivos deberían interpretarse en relación directa con el derecho a formar una familia- afirma que la "negación de la cobertura de la técnica de fecundación artificial solicitada se trataría de una decisión atentatoria contra el derecho a la vida familiar que dejaría sin la oportunidad de fundar una familia y de tener hijos a la mujer que por razones de salud, no puede engendrar naturalmente".

3. Alcance de la cobertura de la ley N° 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013. Conforme la letra del artículo 8 de la ley que regula el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico asistenciales de reproducción médicamente asistida, entiende que el tratamiento de fecundación artificial extracorpórea solicitado por la actora se encuentra dentro de las prestaciones que deben brindar las prestadoras de servicios de salud. El artículo 8 de la ley obliga, al sector público, al privado (medicina prepaga), y a todas las entidades que brinden atención al personal de las universidades o que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura que posean "a incorporar como prestaciones obligatorias 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 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...".

Esta normativa constituiría para el magistrado, el instrumento válido para efectivizar un alegado "derecho de intentar ser padre o madre" como parte de un proyecto de vida.

IV. Tratamiento de los agravios de la recurrente

Formuladas esas consideraciones, el Dr. Leiva procede a dar tratamiento de los agravios invocados por la recurrente de la siguiente manera:

1. Frente al primer agravio enunciado, esto es, el reconocimiento del juez de otorgar a la amparista todas las prestaciones sin límite temporal debiendo cubrir la condenada la totalidad de los medicamentos y gastos necesarios, y el consecuente impedimento de ejercer el control médico sobre la salud de los pacientes a fin de evaluar la viabilidad de las prestaciones sobre todo ante la segunda, tercera y demás prestaciones; junto al perjuicio económico que tal decisión ocasiona a la recurrente y la consolidación de un tratamiento desigual a los que acuden a la justicia en busca del reconocimiento de algún derecho (con respecto al resto de los afiliados); advierte el magistrado que no le asiste razón.

No obstante reconocer las críticas suscitadas con motivo del dictado de sentencias que han admitido una cobertura amplia -antes de la entrada en vigencia de la ley 26.862-, entiende sin embargo que la normativa vigente es clara en cuanto a su alcance y que la misma tiene un contenido de orden público. Funda su decisión en el texto de la mencionada ley y en el artículo 8 de decreto reglamentario N° 956/2013 que dispone: "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. Se deberá comenzar con técnicas de baja complejidad como requisito previo al uso de las técnicas de mayor complejidad...".

Respecto a la propuesta de cobertura que realiza la apelante en su escrito recursivo, entiende que es improcedente a tenor de los propios precedentes de este Tribunal.

2. Respecto al segundo agravio, indicado en la falta de especificación y determinación de la obligación a rendir cuentas a la demandada por el dinero entregado -por lo cual solicita la revocación de la sentencia y la determinación sobre el aspecto contable administrativo de la cobertura adecuada a OSEP para evitar un perjuicio a su parte al ser auditado por el Tribunal de Cuentas de la Provincia-, entiende el magistrado que tampoco le asiste razón.

Fundamenta su decisión en un precedente de la Quinta Cámara de Apelaciones de la Ciudad de Mendoza en el que se resolvió hacer lugar a la acción de amparo, condenando a la O.S.E.P. a otorgar a la actora cobertura integral (100%) de tres nuevos intentos fertilización "in vitro", bajo la técnica ICSI (incluyendo medicación y gastos que ello demande). En dicha oportunidad la Cámara señaló respecto al agravio que solicitaba la apelante de ejercer el control respecto del tratamiento, exámenes y restantes cuestiones relacionados a la cobertura solicitada, que "...no se advierte que ello se adecue al especial y cuidado del tema que se está tratando, toda vez que es necesario y casi diría indispensable que este tipo de tratamientos sea dirigido por sólo una persona y, quien mejor que el médico cabecera de la paciente que es aquella persona con conocimiento especializado en quien ella y su pareja depositan toda su confianza en miras a lograr el embarazo, ya que se trata de una cuestión muy íntima y delicada como es el de la tener un hijo", agregando que "ello así en tanto obligar a la actora a realizar más trámites administrativos sería casi una auditoría durante la realización del procedimiento, lo que le podría implicar, en el caso de que la obra social demandada no esté de acuerdo o requiera algún otro examen un aplazo aún mayor siendo que el tiempo es una cuestión esencial y primordial en este tipo de situaciones teniendo en cuenta la vía de amparo utilizada" (3).

Advierte con claridad el magistrado que si bien en este precedente se abordó la cuestión con anterioridad a la sanción de la Ley N° 26.862, proporcionando una solución amplia en cuanto a la cobertura y exigiendo ciertos recaudos (4) para justificar la cobertura luego del fracaso del tercer intento de tratamiento, lo cierto es que en lo atinente al pedido de la OSEP semejante al aquí abordado, valen las consideraciones que se vierten en dicha sentencia para denegar la solicitud en estos autos, sin que ello implique desconocer que los amparistas deberán dar cumplimiento a los recaudos razonables exigidos por la obra social recurrente, en la medida en que ello no importe conculcar los derechos emergentes de la normativa aquí aplicada.

En virtud de lo expresado, el doctor Leiva decide rechazar el recurso de apelación promovido y confirmar en todas sus partes la sentencia del juez de primer grado. Por su parte, la doctora Sar Sar de Pani, decide en igual sentido adhiriendo por sus fundamentos al voto que antecede.

V. Análisis final

Formulamos a continuación, algunas observaciones del caso en comentario. Corresponde advertir que, el primer valor y derecho que está expuesto en la realización de las técnicas de reproducción humana asistida es, sin duda alguna, la vida de la persona humana que se busca concebir y su inviolabilidad absoluta. Vida que comienza en el momento de la fecundación, por medio de la unión de un gameto femenino (ovocito) con uno masculino (espermatozoide), con independencia del lugar en donde se produzca (ya sea dentro o fuera del seno materno).

Vislumbrar ello nos permite, desde un enfoque jurídico, abordar las delicadas cuestiones que supone el uso de las biotecnologías en la transmisión de la vida humana de manera prudente y restrictiva, a fin de garantizar que el uso de las mismas no destruya -o ponga en peligro- la vida humana que se concibe por intermedio de ellas. Y ello es así, en tanto nuestro ordenamiento jurídico reconoce que la vida constituye el primer derecho humano (5), que merece protección absoluta desde su inicio: la fecundación (6).

Si bien las sentencias de primer y segunda instancia tuvieron el loable propósito de conceder la posibilidad de procrear a los actores, a nuestro entender adolecieron de una gravísima omisión: pronunciarse respecto de las personas que se conciban con motivo del uso de las técnicas, tutelarlas y resguardar su derecho humano a la vida.

Nótese además que las sentencias se fundamentan primordialmente en las previsiones dispuestas por la ley 26.862 y su decreto reglamentario N° 956/13 (interpretadas de modo literal), motivo por el cual condenan a la demandada a otorgar la cobertura integral de la prestación solicitada "en cantidad de tres tratamientos con intervalos de tres meses cada uno". Respecto a ello, consideramos necesario realizar dos observaciones: i) la primera relacionada con la ley que crea el acceso integral a las técnicas de reproducción humana asistida, ii) la segunda respecto a la interpretación literal del artículo 8 del decreto reglamentario de la normativa.

En lo concerniente a la primera cuestión, es importante destacar que la norma citada tiene por objeto único garantizar "el acceso integral a las técnicas de reproducción asistida", motivo por el cual, nada regula respecto del primordial bien que debe resguardarse, como dijimos: la vida e integridad de los niños que sean concebidos a través del uso de las técnicas. No obstante ello, corresponde que la misma sea aplicada e interpretada de conformidad a los derechos reconocidos y garantizados por el orden jurídico nacional, especialmente, la Convención de los Derechos del Niño, la Declaración Americana de Derechos Humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, Ley nacional N° 26061 de Protección Integral de los Derechos de Niños y Adolescentes, Ley Provincial N° 6.354 de Protección Integral del Niño y Adolescente, y toda otra demás normativa protectora de la vida de la persona humana desde su inicio. (7)

Respecto a la segunda cuestión, nos parece inadecuado que las sentencias condenen a la demandada a otorgar la cobertura solicitada "en cantidad de tres tratamientos" con el fundamento de ser ello lo estipulado por el artículo 8 del decreto reglamentario de la ley. Notese que el mencionado artículo establece un techo máximo en la cantidad de prestaciones que garantiza (8), razón por la cual, teniendo en cuenta la supremacía del valor

implicado en el uso de las técnicas de reproducción asistida: la vida humana, creemos que la decisión más prudente, hubiese sido acordar la realización de los tratamientos de a uno por vez y bajo determinadas condiciones ⁽⁹⁾, de modo tal de resguardar el derecho a la vida de los personas que se conciban, y, a la vez, la salud de las personas solicitantes de las técnicas. Tal solución entendemos sería la más aceptable éticamente, debido a que, la incapacidad del embrión de ejercitar su inteligencia y voluntad, determina la necesidad de establecer deberes especiales a fin de garantizar su supervivencia y desarrollo con las condiciones y las modalidades adecuadas a su dignidad de persona.

A modo de conclusión, por las consideraciones efectuadas, reafirmamos el carácter de absoluto del derecho a la vida de todo ser humano desde la fecundación, la cual, no puede ser privada o dañada por persona alguna, sea de modo voluntario, o no, como sucede a menudo con ingenuidad en el caso de las técnicas de fecundación artificial extracorpóreas cada vez que las mismas son realizadas de un modo permisivo sin tener en consideración la vida e integridad del embrión humano. Y que la inviolabilidad de la vida humana, se funda en el reconocimiento de la dignidad ontológica del hombre, sujeto de derecho por excelencia.

(1) Esta cuestionada definición, fue elaborada en la Conferencia sobre Población y Desarrollo, convocada por la ONU y llevada a cabo en El Cairo en el año 1994.

(2) 39º Período de sesiones, año 1990.

(3) Autos N° 5.244/14.515 caratulados "Méndez, Andrea Leticia c/Obra Social de los Empleados Públicos (OSEP) por acción de amparo" de 19/04/2013

(4) En dichos autos, se dispuso que en caso que los tratamientos no fueren exitoso y se pretendiera nueva cobertura, la parte actora deberá presentar: a) detalle de los gastos efectuados, con sus respectivos comprobantes y b) informe del médico tratante en el que se deberá explicitar las técnicas utilizada, los motivos por los cuales estima no se ha obtenido éxito; los motivos por los cuales entiende conveniente insistir con dicho tratamiento y, en su caso, probabilidades de éxito frente a las anteriores circunstancias; todo lo cual deberá ser reevaluado en Primera Instancia, autorizando o negando la nueva cobertura y, en su caso, los costos y/o porcentajes que asumirán cada parte

(5) Corte Suprema de Justicia, casusa "Portal de Belén Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ M.S. y A.S".

(6) El derecho a la vida de las personas concebidas es explícito en la Convención de los Derechos del Niño (ley 23.849), conforme primera declaración manifestada por el Estado Argentino al momento de su ratificación: "Con relación al artículo 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción —fecundación-y hasta los 18 años de edad". Tal Convención ha sido adherida por nuestra provincia conforme ley 5.919.

(7) Por ejemplo, el artículo 8 de la ley Nacional N° 26.061 dispone: "Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la vida, a su disfrute, protección y a la obtención de una buena calidad de vida...", el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos que reza: "1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente..." Otras normas provinciales que tutelan la inviolabilidad de la vida humana, y que brindan asistencia especial a la vida prenatal son: i) ley N° 5.919 de "Adhesión a los principios establecidos en la ley nacional N° 23.849" —por la cual se aprueba la Convención de los Derechos del niño-,ii) ley N° 6.124 de creación de "Plan Materno Infantil", iii) ley N° 6.354 de creación del "Régimen jurídico de protección a la minoridad", etc.

(8) Artículo 8 del Decreto Reglamentario: "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...."

(9) Tales como, la limitación de concebir únicamente la cantidad de embriones que vayan a ser transferidos al útero de la mujer en el mismo tratamiento que se realiza (por lo general, no más de tres), etc. Lo cual no corresponde sea entendido como una limitación a un alegado "derecho a la salud reproductiva", sino tan solo una limitación razonable conforme el artículo 28 de la Constitución Nacional.