

Poder Judicial de la Nación CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES
EN LO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL – SALA II Causa n°
5218/2014
L. C. C., M. P. c/ OSDE s/AMPARO DE SALUD

Buenos Aires, 17 de abril de 2015.-

VISTO: el recurso interpuesto y fundado a fs. 110/23vta., contra la resolución de fs. 109/vta.; y

CONSIDERANDO:

1°) El magistrado interviniente en el pronunciamiento indicado, advirtió en primer lugar que doña M. P. L. C. C., promovió este amparo con pedido de medida innovativa contra OSDE, a fin de que se le otorgue la cobertura integral del tratamiento de fertilización ICSI con óvulos y semen donado, a realizarse en Halitus Instituto Médico, por habersele diagnosticado esterilidad secundaria de segundo año de evolución por insuficiencia ovárica, sin que los tratamientos de fertilización realizados anteriormente a su costa, hayan dado resultado positivo.

En tales condiciones interpretó el a-quo, que la cautela pretendida resultaba improcedente por exceder el marco de la técnica de fertilización asistida, pues se requiere la donación de óvulos. Asimismo que la ley 26.682 y el decreto 956/13, prevén la cobertura de la ovodonación con restricciones relativas al consentimiento del donante y la obligación de inscripción en el registro por parte de establecimientos médicos donde funcionen bancos de gametos. En consecuencia, que la práctica solicitada no puede ser dispuesta en las condiciones actuales, sin perjuicio de lo que se decida en la sentencia definitiva.

2°) Contra la mencionada decisión se alzó la interesada quien tacha de arbitraria a la pieza que recurre porque, según dice, en ella se interpreta erróneamente que la técnica que aquí solicita carece de previsión legal; y que el decreto reglamentario 956/13, impone restricciones relativas al consentimiento del donante y a la inscripción de los establecimientos en un registro. Aduce que la práctica solicitada tiene expresa previsión legal, por lo que corresponde que le sea otorgada.

3°) Cabe recordar, que la cautela innovativa, se caracteriza por la frustración del resultado del proceso principal, si no se dispone cierto cambio en el estado de cosas imperante, lo que requiere su modificación anticipada (en tal sentido, Fassi-Yáñez, “Código Procesal Civil y Comercial, Comentado, Anotado y Concordado”, T. 2, págs. 191 y ss., Ed. Astrea, 1989).

Por ello, si bien no corresponde desentenderse del tratamiento de las alegaciones formuladas, so color de incurrir en prejuizgamiento, se justifica una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión, pues configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa (Corte Suprema, Fallos 316:1833; 319:1069, 320:1633; entre otros).

En cuanto a los recaudos de admisibilidad exigidos a los fines del dictado de esta clase de medidas, dado que la Ley de Fertilización Asistida, N° 26.862 (B.O. del 26.06.13); reglamentada por Decreto 956/13 (B.O. del 23.07.13); dispone en lo que aquí interesa que “se entiende por técnicas de reproducción médicamente asistida a todos los tratamientos o procedimientos para la consecución de un embarazo. Que se consideran técnicas de baja complejidad a aquellas que tienen por objeto la unión entre óvulo y espermatozoide en el interior del sistema reproductor femenino. Y se entiende por técnicas de alta complejidad a aquellas donde la unión entre el óvulo y el espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación in vitro, la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la crioconservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la verificación de tejidos reproductivos” (confr. los arts. 2 y 8 de la ley 26.862 y del decreto 956/13); en consecuencia cabe tener por configurada -prima facie- la verosimilitud del derecho.

Y con respecto al peligro en la demora, reviste trascendencia que a M. P. de 46 años de edad, sin pareja en la actualidad, se le diagnosticó esterilidad secundaria de segundo año de evolución por insuficiencia ovárica, por lo que se le indicó realizar tratamiento de reproducción asistida de alta complejidad con técnica ICSI, con óvulos y semen donado (ver fs. 1/38).

A lo expresado se debe añadir que el alto grado de certidumbre sobre la sustentabilidad jurídica de la pretensión, permite hacer lugar a ella, sin necesidad de que se preste contracautela real, siendo suficiente, a nuestro juicio con una juratoria, como es de práctica en los amparos de salud reproductiva, cuya implicancia involucra a los más trascendentes derechos humanos (confr. Sala 1, causa 7014/11 del 06.03.12; Sala 3, causa 8661/09 del 08.11.11; entre muchas otras).

4°) Por último, en cuanto a la presunta falta de cumplimiento de los recaudos exigidos por el art. 8 del decreto reglamentario, es preciso recordar que la propia ley 26.862, establece que sus disposiciones son de orden público y de aplicación en todo el territorio de la República (art. 10), y que su objeto consiste en garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico asistenciales de reproducción asistida (art. 1°), tanto de baja como de alta complejidad que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones (art. 2°).

Y además se observa que en el caso, que Halitus Instituto Médico, ante quienes ha recurrido la amparista para el tratamiento de su patología, es un Establecimiento que ha cumplido con los requisitos de registración, conforme listado aprobado por el Ministerio de Salud de la Nación (www.msal.gov.ar/images/stories/pdf/listado-estab.fert.asistida-13-6-2014.pdf).

Con relación a la restricción que se refiere al consentimiento del donante, contenida también en el art. 8, del decreto 956/13, cabe tener en cuenta los términos en que la cobertura ha sido solicitada por la interesada en el apartado II (vi) del escrito de inicio (fs. fs. 83/vta.), bajo el enunciado inexistencia de utilización de Banco de Gametos, allí se indica que no se emplearán óvulos crioconservados, sino que se trata del método en fresh, en el cual se utilizan óvulos en fresco y no se acude a ningún banco de gameto.

Por ello, esta Sala RESUELVE: hacer lugar al recurso de apelación interpuesto, revocar el pronunciamiento impugnado y ordenar a OSDE, otorgar la cobertura integral del tratamiento de fertilización ICSI con óvulos y semen donado, a realizarse en Halitus Instituto Médico, en los términos y con el alcance expresados en el tercer párrafo del considerando 4.

El doctor Alfredo Silverio Gusman no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia (art. 109 del R.J.N.).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

RICARDO VÍCTOR GUARINONI

GRACIELA MEDINA

