

Cutral Co, 10 de abril del año 2019.

Y VISTOS: Estos autos caratulados "M. A. C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ ACCION DE AMPARO", (Expte. 82547/2018)", que vienen a despacho a fin de dictar sentencia, de cuyas constancias;

RESULTA: Que a fs. 16/24, comparece la actora con patrocinio letrado promoviendo la presente acción de amparo contra la Obra Social del Instituto de Seguridad Social del Neuquén solicitando se condene a la demandada a dar íntegra cobertura para la realización del Procedimiento de Fertilización Asistida de Alta Complejidad, bajo la técnica denominada "fecundación in vitro" (FIV) con ovodonación, hasta tanto logre concebir el embarazo o bien hasta que los médicos especialistas dispongan la culminación de los tratamientos.

Manifiesta y acredita que debido a que le diagnosticaron una esterilidad primaria por factor tuboperitoneal severo –endometriosis- decidieron iniciar, junto a su pareja los tratamientos necesarios a fin de lograr la concepción.

Así, durante el año 2015 se realizaron el primer tratamiento de alta complejidad FIV, tratamiento cuya cobertura estuvo a cargo de la obra social OS.PE.PRI, de la cual es titular su marido.

En el año 2016, atento al resultado negativo del primer tratamiento, se realizaron el segundo tratamiento bajo la técnica FIV/ICSI (fecundación in vitro con microinyección intracitoplasmática), también cubierto por OS.PE.PRI.

En el año 2017, ante este nuevo fracaso se sometieron a un nuevo tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad, cuya cobertura esta vez estuvo a cargo de la hoy demandada INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUÉN –I.S.S.N.-, aprobado mediante disposición N° 2414/17 dentro del Expte. N° 4469-230835/6 Alc. 0000 del año 2017.

Destaca la actora que, "en retrospectiva y a la luz de la acción" que se ve obligada a interponer, ahora se comprende la redacción de dicha autorización, en la cual el ISSN expresa y tendenciosamente hace mención a que se está cubriendo un "tercer tratamiento" de alta complejidad, lo cual en parte es correcto –puesto que es el tercer tratamiento que se realizó la actora- pero en la realidad es el primer tratamiento que cubría I.S.S.N. dado que los dos anteriores habían sido abonados por OS.PE.PRI.

Ya durante el año 2018, el médico tratante, en atención al diagnóstico de "afección pélvica severa secundaria a endometriosis" como así también al de falla reiterada de FIV sugirió un nuevo tratamiento de Fertilización in-vitro, esta vez con óvulos donados (ovodonación) y espermatozoides de la pareja de la mujer receptora. Explica el médico tratante en la solicitud de práctica obrante a fs. 12 de fecha 22/10/2018, que la definición de "falla reiterada" implica la realización de al menos tres tratamientos con resultados negativos, especialmente en una paciente joven, con el resto de los parámetros reproductivos dentro de los límites normales y con un factor mecánico (tuboperitoneal) como factor causal de la esterilidad –fs. 9-.

A la solicitud de cobertura integral para este nuevo tratamiento de fertilización asistida se opone la demandada.

Manifiesta ésta mediante Nota N° 0001-A-033362-6/18 que, de acuerdo al informe emitido por la Auditoría Médica teniendo presente la historia clínica y las constancias del expediente administrativo; así como también conforme las disposiciones de la Ley Nacional 26.862 y Provincial

2954, que -según I.S.S.N.- refieren que cada paciente tiene derecho hasta un máximo de 3 ciclos de tratamientos de alta complejidad, avaladas mediante evidencias científicas que evidencian que la eficacia del método disminuye luego de la realización del tercer procedimiento; entiende la demandada que siendo ésta la solicitud de un cuarto tratamiento de fertilización In Vitro/ICSI, esta vez con óvulos donados, la misma no ha de prosperar.

Situación ésta que, en atención a la normativa imperante -Ley 26.862 y decreto reglamentario- como el derecho constitucional en juego -derecho a la Salud-, como así también “que la urgencia y la demora encierran un peligro que puede conspirar contra el éxito médico y el deseo de la actora de ser madre, máxime teniendo en cuenta su edad biológica y los fracasos de los procedimientos anteriores”, obliga a la actora a dar inicio a la presente acción de amparo.

Declarada admisible la acción en los términos de la Ley 1981, se corre traslado a la demandada y se cita al Fiscal de Estado de la Provincia del Neuquén.

A fs. 162 se presenta el Instituto de Seguridad Social del Neuquén, acompaña copia del Expediente Administrativo Nº 4469-230835/6, Alc. 0000 Año 2017 y demás documental obrante en su poder, contesta demanda y ofrece prueba informativa.

En su informe circunstanciado, reconoce la demandada que mediante Disposición Nº 2414/2017 – de fecha 13/11/2017, obrante a fs. 109- de la Dirección de Prestaciones de Salud y Asistenciales del I.S.S.N., aprobó a favor de la actora la cobertura de medicación fuera del Formulario Terapéutico para el tercer procedimiento de Fertilización Asistida de Alta Complejidad, reconociéndose la cobertura al 100% de la medicación aprobada.

Como así también que mediante Nota Nº 1888/18 de fecha 5 de septiembre de 2018 se eleva la documentación presentada por la aquí actora para la renovación de la Disposición Nº 2414/17 con el objeto de solicitar cobertura para un nuevo procedimiento de fertilización asistida.

Que surge del informe emitido por la Auditoría Médica de la Dirección de Prestaciones de Salud y Asistenciales del I.S.S.N., obrante a fs. 157 que, “... según la historia clínica la Sra. M. A. de 36 años de edad, antecedente de esterilidad primaria de más de 5 años de evolución con factor tubo peritoneal severo. Según consta en el resumen de historia clínica, en el 2015 realizaron el primer tratamiento de FIV con resultado negativo, segundo procedimiento en el año 2016 con resultado fallido, y tercer procedimiento en enero de 2018 con resultado negativo. Actualmente solicitan tratamiento de fertilización in vitro /ICSI con óvulos donados, sería cuarto procedimiento”.

Manifiesta asimismo que “La ley Nacional Nº 26.862 y Provincial Nº 2954 hace referencia a la cobertura de los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, en dónde cada paciente tiene derecho hasta un máximo de 3 ciclos en los tratamientos de Alta Complejidad, avalado por evidencias científicas en donde la eficiencia del método disminuye luego de la realización del tercer procedimiento; consensuada con la Comunidad Científica Latinoamericana de Medicina Reproductiva (ALMER), Internacional Federation of Fertility Societies- Federación Internacional de Sociedades en Fertilidad (IFFS) y Asociación Argentina de centros de Reproducción Asistida (AACERA)”.

Por dichas razones entiende la Auditoría que no se debe dar curso a la prestación solicitada.

Que tal decisión fue notificada a la actora mediante cédula en fecha 16/10/2018.

Por lo que entiende la demandada haber obrado conforme a derecho, en cumplimiento de las facultades de auditoría y control que detenta, y respetando la normativa legal al respecto.

Seguidamente niega los hechos alegados por la actora negativa a la que en honor a la brevedad allí me remito.

Para referir sólo algunos de los puntos negados de interés para resolver la presente contienda, niega la demandada haber vulnerado los derechos reconocidos a los amparistas por la Ley Nacional Nº 26.862 y la Ley Provincial Nº 2954; como así también que hubiera afectado garantía constitucional alguna con su accionar; que el tratamiento de fertilización in vitro FIV/ICSI con óvulos donados sea el único tratamiento ajustado al estado de salud de la actora, edad y condiciones de vida, y que el mismo garantice un embarazo con éxito; que el médico tratante haya justificado técnica y científicamente la viabilidad y eficacia del cuarto tratamiento solicitado, que el demandado tenga la obligación legal de otorgar la cobertura de un cuarto tratamiento de Fertilización Asistida de Alta Complejidad a la actora.

Asimismo entiende la demandada que no se encuentra habilitada la vía del amparo puesto a que la actora no ha agotado la instancia administrativa, que debió recurrir el rechazo por ante la Comisión Provincial de Fertilización Médicamente asistida. Manifiesta que son los propios interesados quienes han instado voluntariamente la instancia administrativa y pese a ello recurren a esta vía del amparo sin explicar los motivos por los que la instancia administrativa se ha tornado inidónea.

Manifiesta la demandada que el rechazo de la cobertura requerida se funda en el límite establecido tanto en la Ley Nacional 26.862 como en la Provincial 2954.

Hace mención a las facultades de auditoría y control que detenta el I.S.S.N., cuyos fundamentos para la denegatoria no han sido revertidos por la actora.

Cita jurisprudencia local que avala su posición.

Acompaña extensa documental, ofrece prueba informativa y hace reserva de plantear oportunamente el correspondiente Recurso Extraordinario Federal puesto que de hacerse lugar a la demanda se vulnerarían derechos y garantías consagrados por la Constitución Nacional y tratados internacionales con igual jerarquía.

A fs. 175 toma intervención el Fiscal de Estado.

A fs. 179 se provee la prueba ofrecida por las partes, ordenando la producción de la prueba informativa ofrecida por la demandada.

A fs. 187 se agrega –luego de revocar el llamado de autos para sentencia de fs. 182, conforme fuera petitionado por la demandada- el informe emitido por la Comisión Provincial de Fertilidad, ofrecido como prueba informativa por la demandada.

Finalmente en la foja que antecede pasan los autos a dictar sentencia.

Y CONSIDERANDO: I.- Que atento el estado de autos corresponde resolver la presente acción de amparo.

En el contexto fáctico descripto, estimo demostrado, con la escasa certeza que la instancia requiere, que a la actora le fue prescripto el tratamiento requerido –tratamiento de fertilización in vitro (FIV- ICSI) con ovodonación- y que la accionada -a la cual acredita estar afiliada-, a tenor de la respuesta brindada mediante Nota Nº 0001-A-033362-6/18, (obrante a fs. 10) ha sido remisa en suministrar cobertura íntegra para el mismo, fundando su decisión.

Concretamente, si bien la demandada reconoce su obligación de otorgar la cobertura integral al tratamiento requerido, que de hecho lo ha realizado en una (1) ocasión durante el año 2017;

entiende que el derecho de la actora a obtener la cobertura se limita a tres (3) ocasiones, y que a la Sra. M., M. A. ya se le ha otorgado cobertura integral para la realización de tres (3) tratamientos de fertilización in vitro (FIV- ICSI).

Manifiesta la demandada que tanto la Ley Nacional 26.862 como la Provincial 2954 establecen un límite de cobertura de hasta tres (3) tratamientos de fertilización de alta complejidad por paciente.

Por su parte la actora manifiesta que el límite de estos tres (3) tratamientos de alta complejidad a los que se refiere la ley es por año; que la demandada debe brindar en principio la cobertura de tres (3) tratamientos de alta complejidad, con intervalo de tres (3) meses como mínimo entre cada uno de ellos, y en su caso, si se requiriese nuevos tratamientos, quedarán sujetos al informe que brinden los médicos de la actora sobre la necesidad de efectuarlos y la posibilidad de un resultado favorable que los justifique, extremo éste que entiende acreditado en autos con la Historia Clínica agregada.

El informe brindado por la Comisión Provincial de Fertilidad (obrante a fs. 186), agrega que –más allá de los límites discutidos- “Tras la búsqueda bibliográfica se arriba a la conclusión que la efectividad de las técnicas de alta complejidad es limitada, ya que se alcanza una tasa de embarazo por transferencia de embrión (ya sea FIV o ICSI) del 26%... así como también que “la eficacia del método disminuye luego del tercer tratamiento de alta complejidad”. Más allá de que entiende que la posibilidad de realizar un nuevo tratamiento con óvulos donados modificaría las estadísticas, considera que se debe continuar con la línea establecida en las leyes de fertilización medicamente asistida, y propicia la NEGATIVA al tratamiento; “basándonos principalmente en las leyes vigentes”.

Entiendo que el citado informe no alcanza para desvirtuar las afirmaciones del facultativo tratante -a las que adelanto habré de ceñirme ante la urgencia-, en cuánto a la necesidad del tratamiento en la modalidad indicada; por lo que la discusión ha de girar en torno a la interpretación y alcance de las leyes vigentes.

II. Párrafo a parte merece el planteo que realiza I.S.S.N. en cuánto entiende que la presente acción resulta inadmisibles puesto a que no se ha agotado la vía administrativa. Manifiesta que la actora debió apelar el rechazo de la cobertura ante la Comisión Provincial de Fertilización Medicamente Asistida, creada por el art. 3 de la Ley Provincial Nº 2954. Que la amparista debió demostrar que no existen vías ordinarias que garanticen una defensa real de sus derechos.

Al respecto cabe decir que siendo el objeto de la presente acción garantizar derechos fundamentales como el derecho a la salud reproductiva, y estando en juego la interpretación de una Ley Nacional que reconoce derechos con jerarquía constitucional, el agotamiento de la instancia tal como lo indica la demandada lo único que a mi entender haría sería prolongar el estado de incertidumbre en el que se encuentra hoy la actora quien se siente vulnerada en su derecho constitucional.

Razón por la cual entiendo no le asiste razón a la demandada en su planteo.

III. Dicho lo cual, y entrando al análisis interpretativo, tenemos que el art. 8 de la ley 26.862, publicada en el Boletín Oficial del 26/6/2013, estableció que “El sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina

prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean, 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: 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, la cual no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios....”.

El Poder Ejecutivo Nacional reglamentó la ley mediante Decreto 956/2013. La reglamentación de este art. 8 agregó que “... En los términos que marca la Ley Nº 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..., salvo que causas médicas debidamente documentadas justifiquen la utilización directa de técnicas de mayor complejidad”.

IV. Entiendo que dos son las cuestiones a dilucidar a fin de resolver la presente acción; por un lado si el art. 8 del decreto reglamentario 956/2013 -de la Ley 26862- se refiere a obligaciones para cada una de las obras sociales y/o prestadoras de medicina prepaga y/o cualesquiera otras prestadoras del servicio de salud; o al derecho a la prestación por parte de los afiliados cualquiera sea el obligado a otorgar la cobertura.

Y, por otro lado, si el acceso de hasta tres (3) tratamientos de reproducción médicamente asistida con técnicas de alta complejidad, con intervalos mínimos de tres (3) meses se refiere a la totalidad de la vida de la persona o sólo al lapso comprendido en un año.

V. Con respecto a la primera diferencia planteada, en el caso de autos entiendo importante realizarla puesto que la demandada ha otorgado cobertura integral a sólo un (1) tratamiento de fertilización in vitro (FIV-ICSI) a favor de la actora de los tres (3) que ella se realizó; conforme lo manifiesta la actora y así lo reconoce la demandada, los dos primeros tratamientos (realizados durante los años 2015 y 2016) fueron cubiertos en su totalidad por otra obra social con la que contaba en aquel momento.

De entender que el art. 8 del decreto reglamentario refiere a la obligación de las prestadoras del servicio de salud de dar cobertura hasta un máximo de tres (3) tratamientos de alta complejidad en la vida del afiliado, no importaría aquí si los tres (3) tratamientos se refieren al lapso de un año o a la totalidad de la vida del requirente, puesto que la demandada I.S.S.N. cubrió en esta oportunidad sólo uno (1) de los tres (3) tratamientos a los que se encuentra obligado –sea en un año o sea en total-.

Ahora bien, entiendo que para comprender el sentido del artículo reglamentario debemos recurrir a la ley que reglamenta. Así, ésta, en su primer artículo define su objeto: “La presente ley tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico- asistenciales de reproducción médicamente asistida” como así también el art 10 establece que “las disposiciones de la presente ley son de orden público y de aplicación en todo el territorio de la República”. De la simple lectura del texto de la ley puede interpretarse el amplio alcance que el legislador ha querido otorgarle a la cobertura de las prestaciones.

Y así lo ha dicho recientemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos “Y., M. V. y otro c/ IOSE s/ amparo de salud” (CCF 4612/2014/CS1) mediante sentencia de fecha 14 de agosto de 2018 –con el voto en disidencia del Dr. Rosenkrantz-: “... Las expresiones transcritas son suficientemente elocuentes 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 al que esta Corte ha reconocido carácter fundamental por su íntima vinculación con el derecho a la vida (Fallos: 329:2552; 333:690; 338:779, entre otros)”.

“El único límite que la ley impone al respecto se vincula con aquellos procedimientos o técnicas no especificados en el propio texto normativo (confo doctrina de Fallos: 338:779) o con aquellos que no hubieran sido aprobados por la autoridad de aplicación (art. 2º, último párrafo de la ley)”.

Asimismo cabe tener presente que el art. 8 tanto de la ley como de su decreto reglamentario se refiere a la “cobertura” y dice expresamente el decreto reglamentario que “quedan obligados a brindar cobertura...”; sin perjuicio que en el párrafo en discusión (tercer párrafo) establezca “una persona podrá acceder a un máximo de ...”; la obligación por parte de quien deber otorgar cobertura, consecuentemente trae aparejado el derecho del afiliado a recibirla.

Entiendo que tanto el sector público de la salud, los Agentes del Sistema Nacional del Seguro de Salud enmarcados en las Leyes Nº 23.660 y Nº 23.661, las Entidades de Medicina Prepaga (Ley Nº 26.682), el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (Ley Nº 19.032), la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, el Instituto de Obra Social de las Fuerzas Armadas, las Obras Sociales Universitarias (Ley Nº 24.741), el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (Ley Nº 19.032), como todos aquellos agentes que brinden servicios médico asistenciales independientemente de la forma jurídica que posean” (Conf. art. 8 Ley 26862 y art 8 Dec. 956/13) quedan obligados cada uno de ellos a brindar cobertura integral e interdisciplinaria en el marco de la ley 26862 hasta un máximo de tres (3) tratamientos de alta complejidad.

Por lo que desde este lugar entiendo que a la demandada le restan cubrir aún dos (2) tratamientos más de alta complejidad.

VI. Ahora bien, en cuanto a si el término de “hasta” tres (3) tratamientos de alta complejidad se refiere dentro del lapso de un año o a la totalidad de la vida del afiliado/a, el tercer párrafo del art. 8 del Dto. 956/13 establece que, “...En los términos que marca la Ley Nº 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. A efectos de realizar las técnicas de mayor complejidad deberán cumplirse como mínimo TRES (3) intentos previos con técnicas de baja complejidad, salvo que causas médicas debidamente documentadas justifiquen la utilización directa de técnicas de mayor complejidad”.

La jurisprudencia no ha sido unánime en cuánto a la interpretación que debe darse a este artículo. Dentro del ámbito local las dos interpretaciones han sido sostenidas por nuestros Tribunales; así la Sala III de la Cámara Civil de la ciudad de Neuquén integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI sostuvo con fecha 01/10/2015 en los autos: “M. C. A. C/ I.S.S.N. S/ ACCION DE AMPARO”, (Expte. Nº 505383/2014), “... así mismo, deberá brindar a la reclamante en el futuro la cobertura del 100% de aquellos tratamientos que sean prescriptos por los profesionales tratantes, hasta que su estado de salud reproductiva lo autorice, y con los límites de intentos señalados en el art. 8 del Dec. 956/13 reglamentario de la Ley Nacional 26862, es decir, 3 tratamientos anuales con intervalos de 3 meses, comprensivos de procedimientos, técnicas de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo”.

Por el contrario la misma Sala con idéntica composición sostuvo en fecha 11/09/2018 en los autos "M. V. M. C/ I.S.S.N. S/ ACCION DE AMPARO" (JNQCI1 EXP. Nº 502237/2014) “... De las normas transcriptas se desprende que para los tratamientos de alta complejidad, tanto dentro del ámbito de la ley Nº 26.862, como de ley provincial Nº 2954, se cubre hasta un máximo de tres intervenciones, con intervalos mínimos entre una y otra de 3 meses. Es decir, las normas analizadas no hacen referencia a que la cantidad de estos tratamientos de alta complejidad deban realizarse durante el año, a diferencia de lo que ocurre con los tratamientos de baja complejidad, ya que en estos últimos la legislación es clara al autorizar cuatro tratamientos anuales. Consecuentemente, para los tratamientos de alta complejidad, como en este caso particular, el número máximo al que estaba obligada la Obra Social a cubrir en un 100%, es el de tres intervenciones de este tipo, respetando los intervalos mínimos de tiempo consagrados en la legislación mencionada”.

Distinto criterio ha sido sostenido por la Sala I de la Cámara Civil de Apelaciones de la Ciudad de Neuquén, integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI en los autos: “EGUIGUREN LORENA C/ I.S.S.N. s/ ACCIÓN DE AMPARO” (EXP Nº 507821/2015), quienes mediante sentencia de fecha 15/09/2015 dijeron “... Al respecto, entiendo que resulta aplicable la jurisprudencia que ha sostenido: “Por otro lado, si el Decreto Nº 956/13 prevé en su cuarto párrafo que “Se deberá comenzar con técnicas de baja complejidad como requisito previo al uso de las técnicas de mayor complejidad”, que fija en un mínimo de tres (3) intentos, carecería de sentido que las de menor complejidad, descartadas por ineficaces, fueran susceptibles de ser repetidas anualmente y las de mayor complejidad nunca más, después de tres intentos.”

“En mi opinión ni el elemento gramatical ni el sistemático ni el lógico permiten hacer lugar al cuestionamiento de la recurrente, tanto menos su aserto en contra de la interpretación de la norma que atribuye al juez de grado. Por cuanto, como lo ha sostenido la mejor doctrina mucho antes de ahora “toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico” (Hans Kelsen en: “Teoría pura del Derecho”, Capítulo X, La interpretación. 1. Razón de ser y objeto de la interpretación)”, (Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, Sala A, 22-dic-2014, S.

B. G. y otro c/ OSDE y otro s/ leyes especiales, MJ-JU-M-92040-AR | MJJ92040 | MJJ92040)". Finalmente con fecha 14 de agosto de 2018 la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido en los citados autos "Y., M. V. y otro c/ IOSE s/ amparo de salud" –con el voto en disidencia del Dr. Rosenkrantz- donde sostuvo "... Como surge de su texto, la única precisión que establece la norma reglamentaria con respecto a las técnicas de alta complejidad es que una persona puede acceder a un máximo de "tres". El decreto no especifica si se trata de tres en total de tres en un determinado lapso temporal. Pero la lectura completa del precepto posibilita despejar esa incógnita pues permite comprender que ese límite de "tres" intervenciones ha sido establecido en relación con el período anual que explícitamente fue previsto para la cobertura de las técnicas de baja complejidad mencionadas en el primer tramo (en este caso cuatro). La norma ha sido diseñada en un único párrafo u oración por lo que la ausencia de referencia temporal en el caso de las técnicas de reproducción asistida de alta complejidad es solo producto de la utilización de un giro o recurso idiomático para evitar una innecesaria repetición de la palabra "anual". Se sigue de lo expuesto hasta aquí que la única interpretación admisible de la reglamentación examinada, en consonancia con los objetivos trazados por la ley 26.862, es la que habilita a los interesados a acceder a tres tratamientos "anuales" de reproducción médicamente asistida con técnicas de alta complejidad".

Pocos días después del fallo de la Corte, con fecha 28/08/2018 se reunieron en Acuerdo Plenario – "G., C. y otro c. Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ amparo de salud" - los señores jueces de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, doctores Graciela Medina, Ricardo Víctor Guarinoni, Eduardo Daniel Gottardi, Alfredo Silverio Gusman, María Susana Najurieta, Fernando Alcides Uriarte, Guillermo Alberto Antelo y Ricardo Gustavo Recondo, en virtud de lo dispuesto por los arts. 297 y 298 del Código Procesal (en su redacción anterior a la ley 26.853), quienes por unanimidad, sostuvieron la siguiente doctrina legal: "El límite a que alude el art. 8 del decreto N° 956/13 -reglamentario de la ley 26.862- en lo que respecta a la cobertura de los tratamientos de fertilización asistida con técnicas de alta complejidad, y que se encuentran determinados en número de tres para una persona, ha sido previsto de modo anual".

Sobre la cuestión traída aquí a debate, la Cámara en pleno se avocó a un análisis ya no estrictamente "literal del texto" sino integrador de la norma junto con tratados y convenciones internacionales de derechos humanos, de conformidad con el art. 2 del CCyCN; otorgó un enfoque del derecho a la salud desde perspectiva de los derechos humanos.

Comienza el análisis refiriendo que "La cuestión a resolver está referida al derecho a la salud reproductiva que es un derecho fundamental íntimamente vinculado con el derecho a la vida, sin el cual ningún otro derecho tiene sentido (doctrina de Fallos 323:3229; 329:2552; 333:690). Cabe señalar que el derecho a la salud está expresamente reconocido por normas de jerarquía constitucional (art. 42 de la CN, art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), mientras que el derecho a la salud reproductiva está directamente aceptado en el art. 37 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y en la Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales, entre otras normas. Aclarado este presupuesto inicial corresponde contestar la pregunta formulada a esta Cámara en

pleno.

II. Para responder al interrogante planteado en el plenario es necesario recurrir a los principios generales de derecho entendidos como pensamientos directores de la regulación jurídica, que son por un lado fuente de derecho, por otra parte, criterio de interpretación, tanto de las normas como de las soluciones a dar al conflicto y por otro límite a las soluciones judiciales.

El derecho a la salud reproductiva por tratarse de un derecho humano debe ser analizado de acuerdo con el principio pro homine que implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el ser humano, es decir, que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio. Este principio secontempla directamente en el art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El principio pro homine tiene varias formas de aplicación, entre las que se destacan: En primer lugar, en los casos en los cuales está en juego la aplicación de varias normas relativas a derechos humanos, debe aplicarse aquella que contenga protecciones mejores o más favorables para el individuo. En segundo lugar, en casos en los cuales se está en presencia de una sucesión de normas, debe entenderse que la norma posterior no deroga la anterior si ésta consagra protecciones mejores o mayores que deben conservarse para las personas. En tercer lugar, cuando se trate de la aplicación de una norma, debe siempre interpretarse en la forma que mejor tutele a la persona.

Creemos que no se puede decidir este caso en el que está comprometido uno de los más esenciales derechos humanos, cual es el de la salud reproductiva sin recurrir al aludido principio pro homine.

III. La cuestión planteada consiste en analizar los alcances del art. 8° del decreto reglamentario de la ley 26.862, para lo cual resulta imprescindible realizar una interpretación teleológica y tener en cuenta cuáles son los fines de la norma reglamentada, porque indiscutiblemente sus objetivos no pueden ser menoscabados absolutamente por la reglamentación en cuestión, tal como lo ha afirmado la CS en “Y., M. V. y otro c. IOSE s/ amparo de salud” de fecha 14/08/2018, al decir que convalidar la interpretación que en total solamente se pueden realizar tres tratamientos de fecundación asistida de alta complejidad “importaría admitir la validez de una reglamentación que conspira contra los propósitos establecidos en la propia ley reglamentada al punto de desnaturalizar el derecho que ella consagra”.

En aras de realizar una interpretación teleológica del art. 8° del decreto reglamentario hay que tener en cuenta que el fin de la ley 26.862 es “garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida” (art. 1°) y que la norma es de orden público y obliga a “arbitrar las medidas necesarias para asegurar el derecho al acceso igualitario de todos los beneficiarios a las prácticas normadas por la presente”.

Estimamos que mal se podría garantizar un acceso integral a las técnicas de fertilización si se limitara a un total de tres los procedimientos de alta complejidad. Una interpretación en tal sentido del decreto reglamentario conlleva a limitar de una forma tan severa el derecho garantizado, que realmente se contrapone con el fin buscado y por ello resulta arbitraria.

Por otra parte, cabe hacer una interpretación sistemática del art. 8° del dec. 956/2013, lo que

obliga a considerar al ordenamiento jurídico, como un conjunto armónico, dentro del cual cada una de sus disposiciones ha de interpretarse de acuerdo al contenido de las demás, pues sus distintas partes forman una unidad coherente; en la inteligencia de sus cláusulas debe cuidarse de no alterar el equilibrio del conjunto y en este sentido no se puede dejar de valorar que el derecho a la salud reproductiva constituye un bien fundamental que a su vez resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal.

Entender que el art. 8 del decreto reglamentario limita a tres los tratamientos de alta complejidad cuando el estado de la ciencia en este momento tiene un alto índice de fracasos, en las técnicas de fertilización asistida equivale a restringir el ejercicio de la voluntad procreacional en un elevado número de casos y convertir, en múltiples supuestos, el objeto de la ley en una enfática enumeración programática vacía de operatividad. Y como el juez no se puede desentender del resultado de sus sentencias, no podemos admitir esta interpretación arbitraria, desvinculada de la letra de la ley y ajena a la voluntad del legislador.

Consideramos que como intérpretes no podemos prescindir de las consecuencias que derivan de un fallo, toda vez que ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia en el sistema en el que está engarzada la norma; y advertimos que una solución contraria a la que venimos sosteniendo dejaría fuera del sistema a gran número de personas, ya que es evidente que a más ciclos de reproducción asistida más probabilidad acumulada hay de que se produzca un embarazo y nacimiento...".(Voto de los doctores Medina, Guarinoni y Gottardi).

VII. Por lo expuesto, compartiendo el criterio sostenido por el máximo Tribunal de Justicia de la Nación en los autos "Y., M. V. y otro c/ IOSE s/ amparo de salud" (CCF 4612/2014/CS1), y en aras de garantizar la seguridad jurídica en una materia que involucra derechos con raigambre constitucional, entiendo corresponde hacer lugar a la acción de amparo, reconociendo la cobertura integral e interdisciplinaria al cien por ciento (100%) a favor de la actora de tres (3) tratamientos de alta complejidad por año.

En consecuencia, ordenar a la demandada I.S.S.N. a otorgar cobertura integral a la actora -en los términos de la Ley 26.862 y su decreto reglamentario- a fin de realizarse el tratamiento de fertilización in vitro con el método FIV /ICSI con ovodonación, conforme le fuera prescripto, hasta obtener resultado positivo del mismo, mientras el estado de salud de la paciente lo permita y/o los médicos tratantes así lo dispongan, con el límite aquí establecido de tres (3) tratamientos de alta complejidad por año y los intervalos prescriptos por ley.

VIII. En cuánto a las costas, atento el resultado global obtenido, corresponde que sean impuestas a la demandada (art. 68 del CPCyC).

Por ello, en virtud de lo expuesto precedentemente y con los indicados alcances,

RESUELVO: I.- Hacer lugar al amparo iniciado por la actora Sra. M., A. y, en consecuencia ordenar al INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUÉN brindar a la actora desde el momento de la notificación de la presente, cobertura integral e interdisciplinaria en los términos de la Ley 26.862 y su decreto reglamentario, a fin de que pueda realizarse el tratamiento prescripto por su médico tratante de fertilización asistida de alta complejidad (FIV-ICSI) con ovodonación, hasta obtener resultados positivos y/o el médico tratante así lo disponga. II.- Imponer las costas a la demandada, conforme lo expuesto en el considerando VIII del presente, regulando los honorarios de los

profesionales intervinientes en mérito a la labor desarrollada, importancia de la misma, éxito alcanzado y naturaleza de la presente, por la parte actora, de los Dres. ... y ... en la suma de PESOS VEINTINUEVE MIL (\$29.000,00) en conjunto con más el IVA de así corresponder (arts. 6, 7, 9, 10, 11 y 36 de la ley arancelaria). III.- Previo a la regulación de honorarios de las letradas actuantes por la parte demandada, acrediten las Dras. ... (apoderada) y ... (patrocinante) su relación con la Provincia del Neuquén, en virtud de lo dispuesto por el art 2 de la ley 1594. IV.- REGÍSTRESE, Y NOTIFÍQUESE electrónicamente a las partes y al Fiscal de Estado de la Provincia del Neuquén.
DRA. SILVINA A. ARANCIBIA NARAMBUENA - JUEZ
Dra. MARIANA CALDIERO - PROSECRETARIA