



Poder Judicial de la Nación
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y
COMERCIAL FEDERAL – SALA II

Causa n° 5373/2018

VERGARA, PAMELA MARISABEL Y OTRO c/ OSDE s/AMPARO DE
SALUD

Buenos Aires, de octubre de 2018.

VISTO: El recurso planteado y fundado en fs. 59/66 contra la resolución de fs. 57/8 y el responde en fs. 68/71; y

CONSIDERANDO:

I.- Que las actoras promueven esta acción para que se condene a la obra social a proveerles la cobertura integral de la técnica de reproducción médicamente asistida de alta complejidad FIV con ovodonación, con óvulos provenientes de una de ellas, y el espermatozoide de un donante registrado en un banco del Registro Federal de Establecimientos de Salud (ReFES).

II.- Como medida cautelar, el Sr. juez de grado ordenó a la demandada a cubrir las prestaciones indicadas en la resolución recurrida.

La demandada se opone cuestionando que los óvulos que se donan no provienen de un banco de gametos registrado y que la técnica que permite la donación directa de óvulos no está prevista. Aduce también que el objeto de la medida se confunde con el del proceso principal y que no se hubo acreditado el peligro en la demora.

III.- En primer lugar cuadra anticipar que en la medida de no innovar y en la medida cautelar innovativa existen fundamentos de hecho y de derecho que imponen al tribunal expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada, por lo que no corresponde desentenderse del tratamiento concreto de las alegaciones formuladas so color de incurrir en prejuzgamientos; conclusión que se refuerza en el caso de prestaciones en

donde está en juego la dignidad, la salud, la integridad física y psíquica. (Conf. arg. in re “Camacho Acosta, M. c/ Grafi Graf SRL y otros” del 7.8.97, Fallos 320:1633).

Con lo dicho quedan descartados los planteos relacionados con la oportunidad y el tipo de la vía cautelar elegida por las actoras.

IV.- Que no está en discusión la legitimación sustancial de las actoras para acceder a la cobertura dada por: a) la calidad de afiliadas de ambas; b) por el estado de hecho alegado por las actoras y c) por las constancias que prueban los actos médicos que antecedieron al pedido.

V.- Que entonces, corresponde analizar las alegaciones de la recurrente relacionada con la exigencia, en el caso, que los gametos provengan de Bancos de gametos registrados en el ReFES (cuando la donante de los óvulos es la pareja de la receptora).

En una pareja heterosexual, el hombre que dona su gameto para la reproducción no tiene que pasar por el registro o aportar a la misma obra social que su pareja mujer. Ninguna valoración o interpretación contraria que se haga de la ley parece factible.

Admitida esa premisa, cabe preguntarse si habría alguna razón que justifique exigir ese requisito a la mujer que está unida en pareja con otra mujer. Y la respuesta es no. En primer lugar porque esa condición sería impeditiva para ejercer la voluntad procreacional para una pareja de mujeres, ya que el registro supone la no elección (o selección) de la persona que da el gameto. En segundo, porque los principios jurídicos que están establecidos en la Ley orientados por el derecho natural en procura de un orden justo no lo establecen y, como si ello no fuera suficiente, el mismo orden positivo consagra todo lo contrario.

La ley N° 23.661, complementada por la N° 26.862 en lo que hace al ámbito específico de su regulación, instituyó el sistema nacional de ~~salud, con los alcances de un seguro social, a efectos de asegurar el pleno~~





Poder Judicial de la Nación
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y
COMERCIAL FEDERAL – SALA II

Causa n° 5373/2018

goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica. Con tal finalidad, dicho seguro ha sido organizado dentro del marco de una concepción "integradora" del sector sanitario, en el que la autoridad pública reafirme su papel de conducción general del sistema y las sociedades intermedias consoliden "su participación en la gestión directa de las acciones" (art. 1). Su objetivo fundamental es "proveer al otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones eliminando toda forma de discriminación...".

En consonancia con aquella ley madre, la Ley Nro. 26.862 prevé el acceso a las técnicas y procedimientos de fertilización a "toda persona", posibilidad que marca claramente que el objetivo o finalidad de la ley es la de incluir como sujetos destinatarios a aquellos sujetos que por un motivo u otro no puedan ejercer la libertad reproductiva, sea por problemas de salud o no, como en el caso de las parejas formadas entre personas de igual sexo o quienes quieren planificar la integración familiar de un descendiente por decisión individual pues para contar con estas técnicas de reproducción humana asistida, ya sea una persona sola o un matrimonio del mismo sexo, la única manera es recurrir a un banco de datos genéticos, donde se pueda obtener espermatozoides o un óvulo (Senador Sr. Petcoff Naidenoff; Período 131º, 6ª Reunión – 2ª Sesión ordinaria - 24 de abril de 2013, versión taquigráfica de la Cámara de Senadores de la Nación) . **Una persona sola, una pareja del mismo sexo, cualquiera, puede acudir a esta ley, siempre que esté dentro del rango de edad y cuente con el consentimiento médico** (Senador Sr. Filmus; Período 131º, 6ª Reunión – 2ª Sesión ordinaria - 24 de abril de 2013, versión taquigráfica de la Cámara de Senadores de la Nación)

Y la posibilidad concreta de acceso al sistema de técnicas de reproducción por las parejas del mismo sexo (entre otras tantas situaciones previstas) fue objeto de la intención del legislador que, al mantenerse las

condiciones fácticas desde la entrada en vigencia de la mentada ley 26.862, permanece incólume como elemento determinante de la aplicación de la ley “la finalidad de la norma”, criterio este que es esencial para resolver el caso (art. 1 del Código Civil y Comercial de la Nación) y que los jueces deben aplicar (Capítulo 1 del Título preliminar de ese cuerpo normativo) (Párrafos del considerando 6, conf. esta Sala II, causa 7342/2014 del 13.10.15).

Así las cosas, entre las parejas del mismo sexo –también- la donación de gametos (semen y óvulos, pues la ley no distingue, ni excluye algún tipo) debe ser objeto de cobertura. En ese sentido, el art. 8 de la ley 26.862 dispone 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 médicoasistenciales 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.

Por su lado, la cobertura integral de los medicamentos para todos los sujetos relacionados en el acto complejo de la fertilización asistida con gametos de donante, cumple y es acorde con el objeto de la mentada ley 26.862 (confr art. 8 citado) de garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico asistenciales, y en tal sentido sigue lo



Poder Judicial de la Nación
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y
COMERCIAL FEDERAL – SALA II

Causa n° 5373/2018

prescripto científicamente por la ORGANIZACION MUNDIAL DE LA SALUD (OMS) en orden a la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas de reproducción médicamente asistida (confr. párrafos 1 y 6 del “considerando” del decreto N° 956/13, reglamentario de la ley 26.862) (CNCiv. y Com. Fed., Sala II, causa 3510/2015 del 8-4-16, en el mismo sentido, Sala I, causa 7483/2015 del 30-8-16).

VI.- Queda entonces por definir el contradictorio que la apelante introduce con su afirmación referente a que la normativa no contempla dicha técnica de la donación “en fresco”.

Sobre el particular, el Sr. juez de grado se refirió a la Resolución 1-E/2017 del Ministerio de Salud del 2.1.17 que precisó los alcances de los tratamientos y estableció que hasta tres transferencias de embriones (en fresco o criopreservados) son comprensivas de un tratamiento de alta complejidad.

Así las cosas, se advierte que la recurrente no se hizo cargo de tal apreciación, por lo que el agravio, sobre el particular, también debe desestimarse.

Por todo ello, y tratándose el caso de una donación de gametos (óvulos) entre mujeres unidas en pareja, con semen proveniente de un donante registrado en el ReFES en el banco de gametos correspondiente, este Tribunal **RESUELVE**: Confirmar el decisorio recurrido, con costas a la demandada vencida (art. 68 el Cód. Procesal).

El Dr. Alfredo S. Gusman no suscribe por hallarse en uso de licencia (art. 109 R.J.N.).

Regístrese, notifíquese y devuélvase a la instancia de origen.

RICARDO VÍCTOR GUARINONI

EDUARDO DANIEL GOTTARDI

Fecha de firma: 18/10/2018

Firmado por: RICARDO V. GUARINONI - EDUARDO DANIEL GOTTARDI,



#32118771#219071396#20181017093826065