

Logo

Voces: MEDIDAS CAUTELARES - FERTILIZACIÓN ASISTIDA - PERICIA MÉDICA - AMPARO - SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA - OBRAS SOCIALES Y PREPAGAS - VEROSIMILITUD DEL DERECHO - PELIGRO EN LA DEMORA - CRIOCONSERVACIÓN

Partes: B. L. c/ Caja de Prevision Social de los Profesionales de la Ingenieria de la 2Da. Circunscripción | amparo contra actos de particulares

Tribunal: Cámara Federal de Apelaciones de Rosario

Sala/Juzgado: A

Fecha: 17-abr-2023

Cita: MJ-JU-M-142399-AR | MJJ142399

Producto: STF,MJ,SYD

Falla ovárica precoz: Cobertura integral de los tratamientos de estimulación necesarios a fin de la obtención de ovocitos a través de su extracción y su posterior vitrificación.

Sumario:

1.-De la Ley N° 26.862 , el dec. N° 956/13 y la res. 1-E/2017 del Ministerio de Salud surge el derecho de la actora a gozar de la cobertura integral del tratamiento prescripto por su médica tratante, -esto es obtener la cobertura del 100% de los tratamientos de estimulación necesarios a fin de la obtención de ovocitos a través de su extracción y su posterior vitrificación-, el que se encuentra dentro de la fase preparatoria para la consecución de un futuro embarazo (Del voto de la Dra. Silvina M. Andalaf Casiello al que adhiere el Dr. Fernando Lorenzo Barbará).

2.-El argumento esgrimido por el juez a quo respecto a que no se darían en el caso los extremos médicos exigidos por la norma, basado en que la actora no tendría ninguna patología de base se contrapone con el criterio de la médica tratante quien aconsejó la criopreservación de óvulos dada la baja reserva ovárica, -probablemente genético-, criterio que se basa en el resultado de los estudios realizados a la amparista condición que compromete su salud reproductiva (Del voto de la Dra. Silvina M. Andalaf Casiello al que adhiere el Dr. Fernando Lorenzo Barbará).

3.-En los casos en que se cuestionan decisiones relacionadas con la salud de las personas, resulta suficiente para tener por acreditado el recaudo del peligro en la demora, la propia situación que se ha creado, en tanto se traduce en un estado de incertidumbre relacionado con los derechos del beneficiario a tener la debida asistencia, que merece ser protegida preventivamente hasta que se dicte la sentencia definitiva, y por lo tanto, la situación fáctica de

autos, justifica la necesidad de adoptar una solución inminente, en lugar de supeditarla a los tiempos que pueda demandar la culminación del proceso, en tanto se encuentra afectada de manera evolutiva la salud reproductiva de la amparista (Del voto de la Dra. Silvina M. Andalaf Casiello al que adhiere el Dr. Fernando Lorenzo Barbará).

4.-Al menos en esta etapa cautelar, el criterio de la médica tratante debe prevalecer por sobre cualquier otra opinión, debiendo darse prioridad a lo prescripto por la especialista mencionada atendiendo a su relación personal con la paciente, ya que es dable presumir que posee un conocimiento más acabado del caso concreto y de lo que, prima facie, resultara más apropiado para la amparista (Del voto del Dr. Aníbal Pineda).

5.-La incorporación a nuestra Carta Magna de los Instrumentos referidos y la operatividad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del principio pro homine, refleja que la normativa vigente está orientada a no limitar la protección del derecho a la salud a la abstención de actos que puedan producir un daño, sino a exigir prestaciones de dar y hacer que encierren en definitiva la provisión de terapias, tratamientos y/o medicamentos que sean necesarios para obtener una mejor calidad de vida (Del voto del Dr. Aníbal Pineda).

Visto, en Acuerdo de la Sala "A"-integrada- el expediente Nro. FRO 32278/2022 "B. L. c/ CAJA DE PREVISION SOCIAL DE LOS PROFESIONALES DE LA INGENIERIA DE LA 2DA. CIRCUNSCRIPCIÓN. s/ AMPARO CONTRA ACTOS DE PARTICULARES", (originario del Juzgado de Primera Instancia Federal N° 1 de Rosario), del que resulta; Vinieron los autos para resolver el recurso de apelación interpuesto por la actora contra la resolución del 28 de diciembre de 2022 que dispuso no hacer lugar a la medida cautelar solicitada por la Sra. B. L. contra la CAJA DE PREVISION SOCIAL DE LOS PROFESIONALES DE LA INGENIERIA DE LA 2DA. CIRCUNSCRIPCIÓN por los fundamentos expuestos en los considerandos.

Concedido el recurso, se ordenó el traslado de los agravios expresados, los que fueron contestados por la parte demandada. Elevados los autos a esta Alzada, fueron recibidos en la Sala "A", dispuesto el pase de los autos al Acuerdo, quedaron en condiciones de ser resueltos.

La Dra. Andalaf Casiello dijo:

La recurrente sostuvo que el sentenciante aseguró que la posibilidad de criopreservar gametos a fin de ser madre más adelante, no se encuentra incluida en las previsiones legales y que para así resolver remitió a la audiencia informativa ordenada, en el marco de la cual se dispuso la citación del Dr. Carlos Carizza.

Interpretó que el magistrado de grado convocó a ese profesional como médico de opinión. Señaló que esta figura sui generis debe ser diferenciada de la del perito, quien es elegido por sorteo o eventualmente por acuerdo de partes, desarrollando su tarea en el marco del proceso, fijando una fecha para la realización de la pericia, en la que usualmente evalúa al paciente, a la que asisten los peritos de control, y que implica la elaboración de conclusiones o respuestas de modo imparcial y objetivo, elaborando un informe (generalmente por escrito) que se presenta en el expediente y puede ser objeto de impugnación o de pedido de aclaración. Aseguró que nada de esto ocurre cuando se trata de un médico de opinión quien es designado por el juzgador sin participación alguna de los interesados, quienes tampoco asisten a la audiencia a la cual el mencionado profesional comparece.

Manifestó que la citación del mentado médico de opinión podría interpretarse como la facultad del juzgador de adoptar medidas para mejor proveer habilitadas por el CPCCN interviniendo como una suerte de consultor técnico.

Destacó que esta posibilidad que aporta el ordenamiento procesal ha sido y es actualmente uno de los temas más discutibles entre los doctrinarios, ya que para algunos se trata de una herramienta con la que cuentan los Jueces para dictar una sentencia más justa, en tanto que para otra parte de la doctrina procesal consiste en un resabio inquisitivo que afecta la imparcialidad del juzgador.

Indicó que no resulta pertinente aquí entrar en esa discusión, sino más bien en el hecho de que el médico citado, lejos de expedirse sobre las aristas del caso relacionadas con su experticia, hizo referencia a cuestiones vinculadas con la ley 26.682, determinando lo que supuestamente correspondía o no cubrirle a la demandada.

Consideró que ello resulta inadmisibile.

Comentó que el Dr. Carizza concluyó que a la amparista no le asistía derecho de requerir la cobertura de tratamientos o técnicas de reproducción asistida ni la criopreservación de gametos para una futura maternidad, por no estar dicho supuesto contemplado por la ley, agregando que si quisiera ser madre soltera podría hacerlo recurriendo a semen de donante (tratamiento que sí debería cubrirse por ley) pero no con sus propios ovocitos.

Dijo que el sentenciante se fundó en esta informativa para rechazar la medida cautelar oportunamente impetrada, causándole un gravamen irreparable.

Destacó que lo afirmado por el profesional en cuanto a que la insuficiencia ovárica que se presenta en este caso está relacionada con la edad de la persona y no con una patología que la esté determinando, contraría abiertamente lo señalado y comprobado a través de estudios adecuados por la médica tratante Dra. Hallberg, quién expresamente señaló en estos autos que la brusca disminución de la reserva ovárica de valores normales a valores propios de una mujer de 50 años en un corto lapso de tiempo, obedecía claramente a una patología.

Refirió que la opinión de su médica tratante, fundada en los estudios médicos que se le practicaron fue soslayada sin justificación alguna por el criterio de otro profesional, convocado ad hoc por el juzgador, según el cual el enorme deterioro de la reserva ovárica sufrido en un corto lapso de tiempo por la actora, no obedeció a una condición patológica.

Aclaró que ese criterio no merece mayor respeto que el de su médica tratante, teniendo en consideración que dicho profesional no la evaluó, no le indicó estudios ni tuvo otro conocimiento de su cuadro general ni de su padecimiento que no fuera el examen de la historia clínica y que en cambio la Dra. Hallberg la venía atendiendo desde hacía más de un año. Por otra parte, puntualizó que el Dr. Carizza hizo derivar la idea de que no estaría prevista en la ley la posibilidad de que una persona preserve óvulos para realizar un posterior tratamiento de fertilización asistida, en tanto que sí sería de cobertura obligatoria aquel que está destinado a buscar un embarazo en el momento presente. Citó los artículos 7 y 8 de la Ley 26.862 y la Resolución N° 1044/2018 que consideró aplicable al caso.

Concluyó diciendo que quedó acreditado que padece un problema de disminución repentina de la reserva ovárica que no se condice con su edad biológica y que muy probablemente deriva de

una condición genética, según lo afirmado en autos por la médica tratante. Que, asimismo dicha profesional, informó al juez que su paciente se encontraba bajo tratamiento psiquiátrico por un cuadro depresivo, que estuvo medicada con Risperidona, y que dicho tratamiento medicamentoso fue suspendido poco antes de iniciar el proceso de obtención de óvulos, con esta finalidad.

Sostuvo que en virtud de lo expuesto quedaron acreditados los tres requisitos exigidos por la legislación vigente para acceder a las técnicas de reproducción asistida de alta complejidad y la criopreservación de los gametos que se obtuvieron, sin otra limitación que la cantidad de tratamientos anuales (tres por año en el caso de técnicas de alta complejidad).

Entendió que aun estando en conocimiento de lo expuesto el sentenciante optó por desoír lo informado por la médica tratante, en cuanto al padecimiento que afecta su salud física, como su salud mental, optando por excluirla de la posibilidad que le confiere la ley vigente, en virtud de lo manifestado por un médico de opinión designado sin su intervención y que nunca la evaluó.

Citó un antecedente dictado por esta Cámara y la legislación allí señalada, concluyendo que resulta claro su derecho a gozar de la cobertura integral del tratamiento que incluye la criopreservación, para la consecución de un futuro embarazo.

Respecto a la cantidad de ovocitos a preservar -no determinada en la ley- señaló que debe seguirse el criterio de los profesionales médicos especializados en la materia.

En virtud de lo expuesto solicitó que se revoque la medida cautelar dictada y que se disponga la cobertura del 100% de la prestación requerida.

2) Al contestar los agravios la demandada señaló que para el juez a quo no está acreditado debidamente que el caso particular de la actora esté previsto en la cobertura legal del art. 8 de la Ley.

Manifestó que del informe del médico de opinión, Dr. Carlos Carizza, surge que no existiría una patología que determinara la baja reserva ovárica y que debe relacionarse con la edad de la paciente.

Expuso que del informe de su médica tratante, la Dra. Hallberg, surge lo expuesto cuando dice: ".insuficiencia ovárica acorde a su edad", también se ha mencionado el deseo de la paciente de congelar óvulos debido a su edad y que no posee pareja. Dedujo que existe entonces una contradicción con lo expuesto luego por dicha profesional cuando manifiesta que existiría una insuficiencia ovárica precoz y baja reserva ovárica.

Relató que de la declaración de la profesional se lee: "Ella tiene controles ginecológicos normales." "Ella tenía interés en congelar óvulos por maternidad futura". "Ella me trajo estudios anteriores donde hay una ecografía transvaginal de noviembre 2021 y análisis de esa fecha que da todo bien y los análisis hormonales que muestran una alteración e insuficiencia ovárica acorde a su edad y la serología y cultivo son negativos." Pero que luego indicó que decayó de una manera muy importante y finalizó diciendo que hay un problema de salud probablemente genético, cuando antes había dicho lo contrario. Le resultó contradictorio y más aún luego de contar con la opinión de un médico objetivo de opinión.

Alegó que el escrito de la parte actora se basa principalmente en desacreditar la opinión del médico de opinión, Dr. Carlos Carizza, quien indicó claramente que no existía una patología de base.

Subrayó que de la opinión profesional surge que debido a la concreta situación de la actora, su edad y reserva ovárica, es muy baja la posibilidad de criopreservar óvulos propios.

Expresó que el informe es claro y conciso. Que no resulta arbitrario ni carente de fundamento y que la actora debió impugnarlo si lo consideraba inválido por alguna razón.

Recordó que por su mandante solicitó mayores precisiones a la médica tratante, en tanto no resultaba clara la situación y no determinaba cantidad de ovocitos ni tratamientos.

Señaló que en caso contrario podría verse obligada a cubrir infinitos tratamientos de extracción sin razonabilidad alguna y que se estaría sometiendo quizás a la afiliada a múltiples tratamientos cuando se espera baja o nula cantidad de ovocitos.

Sostuvo que su representada ya cubrió un tratamiento y que se pudieron extraer sólo 2.

Entendió que no se encuentran claramente acreditados los requisitos establecidos por art. 8 de la ley 26.862 y por lo tanto se debe rechazar la solicitud y en este estadio desestimar el recurso de apelación y en consecuencia la cautelar, con costas.

3) B. L. promovió acción de amparo contra la CAJA DE PREVISION SOCIAL DE LOS PROFESIONALES DE LA INGENIERIA DE LA 2DA. CIRCUNSCRIPCIÓN con el objeto de que le brindara la cobertura del 100% de los tratamientos de estimulación necesarios a fin de la obtención de ovocitos a través de su extracción y su posterior vitrificación conforme lo prescripto por la médica tratante, incluidos los estudios, la medicación y los honorarios profesionales médicos correspondientes, más el canon de mantenimiento anual hasta su transferencia, los que habrán de realizarse en el Instituto PROAR de la ciudad de Rosario.

Relató que debido a diferentes irregularidades en su ciclo menstrual recurrió a su médica tratante Dra. Alejandra Hallberg, quien luego de realizarle diversos estudios de diagnóstico detectó baja reserva ovárica, a sus 38 años de edad. Contó que en virtud de encontrarse sin pareja, pero con un gran deseo de ser madre, su médica indicó un tratamiento a fin de realizar estimulación ovárica para extraer ovocitos y luego proceder a su vitrificación hasta tanto sean fecundados y transferidos.

Expuso que en abril de 2022 pudo realizar una estimulación ovárica y que se lograron vitrificar dos ovocitos maduros, indicando su médica que todo el tratamiento debía repetirse hasta criopreservar la cantidad mínima que va entre ocho y quince. Que dicho proceso fue abonado por B. y cubierto por la demandada por sistema de reintegro.

Continuó diciendo que frente al escaso resultado obtenido, en el mes de mayo del año 2022 la Dra. Hallberg prescribió un nuevo tratamiento para la obtención de ovocitos y en virtud de ello la actora procedió a solicitar la cobertura por ante la demandada de dicha práctica, con más la medicación prescripta, no habiéndolo autorizado.

Argumentó que de la documentación acompañada surge la urgencia en iniciar el tratamiento para extracción de ovocitos, ya que el envejecimiento de los ovarios es muy acelerado y el paso

del tiempo atenta contra sus posibilidades de ser madre. Que presenta insuficiencia ovárica por valores de hormona antimülleriana que ha descendido desde 1,09 (de noviembre 2021) a 0.38 (Septiembre 2022). Sostuvo que dicho descenso fue muy brusco, lo que indica un envejecimiento ovárico rápido.

Detalló la conducta asumida por la accionada frente al reclamo extrajudicial de la prestación objeto de amparo.

Previo a resolver la cautelar el agente de salud contestó que no existía rechazo al tratamiento requerido.

Que la práctica llevada a cabo en abril de 2022 había sido autorizada y reintegrada. Agregó que en mayo de ese año la afiliada presentó nuevamente orden médica solicitando vitrificación de ovocitos con el diagnóstico de "preservación de la fertilidad" y que considerando la historia clínica y diagnóstico de la paciente, y debido a lo indicado por auditoría médica, le solicitaron que se ampliara, ya que la Sra. B. por su condición de salud no tendría la posibilidad de reunir la cantidad de ovocitos referidos por la médica tratante. Afirmó que desde ese momento se le informó y ofreció a la afiliada cubrir la práctica requerida y también el tratamiento de fertilidad con ovodonación, considerando su diagnóstico.

La actora con respecto a ese pedido de autorización del tratamiento, manifestó que jamás fue autorizado. Que en efecto la demandada le comunicó que a los fines de autorizar la práctica requerida debía aportar un certificado extendido por la médica tratante a través del cual se limitara a UNO la cantidad, ya que en caso contrario no se le brindaría autorización. En virtud de lo expuesto, petitionó que se hiciera lugar a la medida cautelar.

Mediante resolución del 28/12/2022 se rechazó la medida cautelar solicitada, la que fue apelada conforme los agravios expuestos supra.

Y CONSIDERANDO QUE:

1) En este estado, corresponde señalar conceptualmente los recaudos exigidos para el despacho cautelar, los cuales se encuentran contemplados en el art.230 del C.Pr.Civ.C.N.

El primero está configurado por la verosimilitud del derecho o humo de buen derecho o "fumus bonis iuris" (inciso 1°); éste se refiere a la posibilidad de que ese derecho exista, no una incontestable realidad, que sólo se logrará determinar al agotarse el trámite de la acción incoada y se dicte sentencia, lo cual propugna una amplitud de criterio a su respecto, sobre todo en materia de salud física y/o mental.

En este sentido, ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ".como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen de los magistrados el examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud, desde que el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra cosa que atender a aquello que no exceda del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad." (Fallos 306:2060).

Otro de los presupuestos indispensables es la existencia de peligro en la demora (inciso 2°). Esto significa que debe existir un temor grave y fundado en el sentido de que el derecho que se va a reclamar se pierda, se deteriore o sufra un menoscabo durante la sustanciación del

proceso (conforme Falcón, Enrique M., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", T. II, pág. 235, edit. Abeledo Perrot, 1983).

Y que la cautela no pudiera obtenerse por medio de otra medida precautoria (inciso 3°).

2) Ahora bien, corresponde verificar si en el caso se encuentran reunidos los requisitos exigidos para otorgar la medida, atendiendo a la crítica expuesta por la actora en su escrito recursivo.

La cuestión aquí debatida -sobre la que este Tribunal debe pronunciarse-, versa acerca de la obligatoriedad de la obra social de cubrir la prestación requerida.

Para rechazar la medida cautelar el juez esgrimió que no contaba con elementos suficientes que permitieran- en este estrecho marco cognoscitivo- tener por acreditados los extremos médicos exigidos por la norma para la procedencia de la cobertura solicitada en la causa. Ello, por cuanto la concreta situación que presentaba la actora -quien solicitó congelar óvulos para criopreservarlos- a fin de más adelante cumplir con sus deseos de ser madre, en tanto no se encontraba en pareja, no resultaría incluida dentro de las previsiones legales.

3) Preliminarmente cabe señalar que la Ley Nº 26.862 que regula el caso de autos, en el artículo primero dispone: "La presente ley tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médicoasistenciales de reproducción médicamente asistida". El artículo segundo establece: "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".

El artículo 8 por su parte dispone: "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. También quedan comprendidos en la cobertura prevista en este artículo, los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos, según la mejor tecnología disponible y habilitada a tal fin por la autoridad de aplicación, para aquellas personas, incluso menores de dieciocho (18) años que, aun no queriendo llevar adelante la inmediata consecución de un embarazo, por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas puedan ver comprometidas su capacidad de procrear en el futuro".

(el destacado me pertenece) Por su parte, el decreto N° 956/13, reglamentario de la ley 26.862, determina en su artículo 2° que se entiende por técnicas de alta complejidad a aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación in vitro; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos.

Asimismo a partir de enero del 2017, a través de la Resolución 1-E/2017 del Ministerio de Salud, se aclararon algunos aspectos regulatorios de la norma, la que suma precisiones sobre la criopreservación en trato. Así el artículo 3° destaca que: "Los procedimientos médicos y etapas que forman parte del ANEXO I (GDE IF-2017-0003262 0- APNDD#MS), con el alcance fijado en los ANEXO II (GDE IF- 2017- 00033241-APN-DD#MS) y ANEXO III (GDE IF-2017-00033713- APN- DD#MS) de la presente, se consideran complementarios de otros procedimientos tales como: la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de gametos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos; aquellos relativos al abordaje interdisciplinario previsto en el artículo 8° de la Ley N° 26.862; y todo otro procedimiento y/o técnica a incluirse como TRATAMIENTO DE REPRODUCCIÓN MÉDICAMENTE ASISTIDA CON TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN MÉDICAMENTE ASISTIDA DE ALTA COMPLEJIDAD (TRHA/AC) en ejercicio de la facultad conferida a este Ministerio mediante el artículo 2° del Anexo al Decreto N° 956/13." Y, específicamente, en el ANEXO III refiere a:

"(viii. ii.) Transferencia de embriones criopreservados: procedimiento médico mediante el cual uno o más embriones que han sido previamente criopreservados de acuerdo al procedimiento definido aquí como "criopreservación" se transfieren al útero o trompa de Fallopio. ix.

Criopreservación: procedimiento médico de congelamiento o vitrificación y almacenamiento de embriones, gametos o tejido gonadal." De la normativa enunciada surge el derecho de la actora a gozar de la cobertura integral del tratamiento prescripto por su médica tratante, el que se encuentra dentro de la fase preparatoria para la consecución de un futuro embarazo.

En relación a lo manifestado por el juez a quo respecto a que no se darían en el caso los extremos médicos exigidos por la norma, cabe destacar lo aclarado por la Dra.

Hallberg al prestar declaración informativa, en cuanto a que "en este caso, dada su edad y como bajaron los valores en tan corto tiempo y su baja reserva es claro que hay un problema de salud, probablemente genético.". De esta manera el argumento esgrimido basado en que la actora no tendría ninguna patología de base se contraponen con el criterio de la médica tratante quien aconsejó la criopreservación de óvulos dada la baja reserva ovárica, criterio que se basa en el resultado de los estudios realizados a la amparista condición que compromete su salud reproductiva.

Sin perjuicio de lo expuesto, comparto lo dicho en el Acuerdo de fecha 26/12/2022 dictado en el expediente FRO 11298/2022/2/CA2 en Inc. de Apelación en autos: "Martino, Melisa Milva y otro c/ Federada Salud s/ Amparo contra Actos de Particulares" por la Sala "B" que integro como vocal titular: "En los considerandos del decreto reglamentario 1282/2003 de la ley 25.673 que creó el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable se estableció: "Que la salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo, sus funciones y procesos".

Asimismo, en el ámbito de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se pronunció el 28 de noviembre de 2012 sobre la responsabilidad internacional de Costa Rica por las afectaciones generadas a un grupo de personas a partir de la prohibición general de practicar la fecundación in vitro, en el caso "Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) vs.

Costa Rica, donde realizó las siguientes consideraciones: "La salud reproductiva implica (.) los derechos del hombre y de la mujer a ser informados y a tener libre elección y acceso a métodos para regular la fecundidad, que sean seguros, eficaces, de fácil acceso y aceptables" (149).

A su vez, la CEDAW (Convención internacional sobre eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer) consagra a las mujeres en su art. 16 inc.e) los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer esos derechos (.) De tal modo, el derecho a la salud reproductiva se relaciona con el derecho de las personas a beneficiarse de los avances de la tecnología médica como modo de hacer efectivos tales derechos.

4) En lo concerniente al peligro en la demora, este tribunal ha reconocido que en los casos en que se cuestionan decisiones relacionadas con la salud de las personas, resulta suficiente para tener por acreditado tal recaudo, la propia situación que se ha creado, en tanto se traduce en un estado de incertidumbre relacionado con los derechos del beneficiario a tener la debida asistencia, que merece ser protegida preventivamente hasta que se dicte la sentencia definitiva (Acuerdos N° 1180 y 205 de 2009 y 287 de 2010, de la Sala "B").

Así entonces, la situación fáctica descrita, justifica la necesidad de adoptar una solución inminente, en lugar de supeditarla a los tiempos que pueda demandar la culminación del proceso, en tanto se encuentra afectada de manera evolutiva la salud reproductiva de la amparista.

5) Además, no puede perderse de vista que en el caso está en juego el derecho a la salud de la actora, encontrándose comprendido en este concepto la salud reproductiva, y que posee expresamente jerarquía constitucional en virtud del Art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, con la incorporación de los Instrumentos Internacionales (v. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 12, ap. 1 y 2, incs. a), b), c) y d); Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 25.1 y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. XI) (v. "Constitución de la Nación Argentina", comentada por Néstor Sagüés, págs. 139, 149 y 133). (arg. Acuerdos de la Sala "B" n° 24/2007 y 301/2011, entre otros).

En tal sentido, se ha dicho que ".la infertilidad puede originar depresión, ansiedad y angustia que contaminan la vida de relación toda de la pareja, que advierte con desasosiego la frustración en procrear e integrar su núcleo familiar con su descendencia (.) Implica una alteración en el ciclo natural de la vida de nacer, crecer, reproducirse y morir. Como tal merece ser tratada, en la medida que existen modernamente técnicas médicas que puedan intentar lograr el añorado embarazo para dar a luz a otro ser, sea de la técnica que logre alcanzar el fin deseado con el mayor resguardo integral en la salud de ambos progenitores" (LL 2008-A, 148).

6) Por todo lo expuesto, y sin perjuicio de lo que en definitiva se resuelva al momento de dictarse la sentencia de fondo, considero que debe revocarse la resolución en crisis y hacer lugar a la medida cautelar solicitada por B. L. y ordenar a la demandada brindarle la cobertura

integral del tratamiento solicitado con el alcance dispuesto en la ley 26.862 y normas complementarias, en el Instituto médico PROAR, difiriendo la imposición de costas al dictado de la sentencia de fondo.

Asimismo, propongo al Acuerdo regular los honorarios profesionales en el (%) de lo que se fije en primera instancia para esta incidencia. Así voto.

El Dr. Fernando Lorenzo Barbará dijo:

Adhiero al voto de la Dra. Silvina M. Andalaf Casiello por compartir en lo sustancial sus fundamentos, excepto en cuanto a ordenar la cobertura de la prestación del caso en el Instituto PROAR que tengo por improcedente.

Así voto.

El Dr. Aníbal Pineda dijo:

Adhiero al voto de la Dra. Andalaf Casiello, por cuanto comparto con la ilustre colega -en lo sustancial- sus fundamentos. Asimismo, entiendo pertinente agregar las siguientes consideraciones:

1º) En lo que hace a la verosimilitud del derecho, ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ".como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen de los magistrados el examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud, desde que el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra cosa que atender a aquello que no exceda del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad." (Fallos 306:2060).

Del examen de los elementos obrantes en la causa se desprende que la médica tratante de la actora -Dra.

Alejandra Hallberg (especialista en medicina reproductiva)-, al prestar declaración informativa en la del 18 de noviembre de 2022, señaló que el valor de la hormona antimuleriana de la amparista tuvo una notable disminución y puntualizó que en noviembre de 2021 su valor era de 1,09 y en septiembre de 2022 bajó a 0,36.

Destacó la galena citada que "Este valor es el que mide la reserva ovárica, cuanto menor es indica que hay menos posibilidades de óvulos para extraer o congelar. Esa diferencia de valor denota que su reserva ovárica decayó de una manera muy importante ya que no es un valor acorde a su edad. Es de destacar que 0,36 es un valor de una mujer de casi 50 años y ella tiene 38 años. Pero aun con este valor si el FSH y estradiol dan bien se puede seguir intentando obtener ovocitos" (.) "La cantidad de intentos necesarios para obtenerlos dependerá de la cantidad de óvulos que ella produzca y no es posible anticiparlo".

Finalmente, sostuvo que "dada su edad y como bajaron los valores en tan corto tiempo y su baja reserva, es claro que hay un problema de salud, probablemente genético, que no se puede especificar, que deriva en una insuficiencia ovárica precoz".

Corresponde recordar que, al menos en esta etapa cautelar, el criterio de la médica tratante debe prevalecer por sobre cualquier otra opinión, debiendo darse prioridad a lo prescripto por la

especialista mencionada atendiendo a su relación personal con la paciente, ya que es dable presumir que posee un conocimiento más acabado del caso concreto y de lo que, prima facie, resultara más apropiado para la amparista.

Al respecto dice la jurisprudencia citada por esta Cámara en el fallo "Díaz, María Rosa c/PAMI-INSSJP":

"Cuando lo indicado por la médica tratante colisiona con la opinión de otro profesional perteneciente a la obra social debe atenderse, como regla, a lo prescripto por el primero, ya que es dable presumir que posee un conocimiento más acabado del caso concreto y de lo que resulta más apropiado para el paciente" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, "Ferrari, Jorge Daniel c/Unión Personal Civil de la Nación" del 19/08/2011).

Este Tribunal ha resuelto en cuestiones como la aquí examinada, que ante la falta de uniformidad de criterios entre la obra social y los médicos tratantes, se privilegia fundamentalmente la específica prescripción de éstos, por ser tales especialistas quienes mejor conocen la situación de salud del amparista. (v. Acuerdo del 15/06/17 en expediente n° FRO 8334/2017/1 caratulado "Incidente de medida cautelar en autos "Gianfelici, Gladys Noemí c/ PAMI y otro s/ Amparo Ley 16.986"; Acuerdo del 30/10/17 en expediente n° FRO 19604/2017/14 caratulado "Incidente de Medida Cautelar en autos Aguirre, Roberto c/ INSSJP s/ Amparo Ley 16.986", entre otros).

Todo lo cual me lleva a concluir -sin que esto signifique expedirme sobre el fondo de la cuestión (lo que será motivo de análisis al momento de resolver en definitiva)-, que en el caso se encuentra configurada la verosimilitud del derecho de la actora con el grado requerido.

2º) En lo que hace al peligro en la demora, cabe decir que se traduce en un estado de incertidumbre relacionado con los derechos de la beneficiaria a obtener el tratamiento propuesto por su médica tratante -especialista en la materia- y que mejor resguarde su salud y calidad de vida.

Su existencia se acredita con la propia naturaleza y entidad del derecho amparado, teniendo en cuenta que el transcurso del tiempo necesario para tramitar las instancias procesales, aun cuando se trate de la vía sumarísima del amparo, podría traducirse en un agravamiento de la patología y/o en la producción de daños que no sean susceptibles de repararse mediante el dictado de sentencia, tornando ilusorio su cumplimiento.

En numerosos precedentes de esta Cámara, se ha reconocido que en los casos en los que se cuestionan decisiones relacionadas con la salud de las personas, resulta suficiente para tener por acreditado tal recaudo, la propia situación que se ha creado, en tanto se traduce en un estado de incertidumbre relacionado con los derechos del beneficiario (beneficiaria en este caso) a obtener el tratamiento que mejor resguarde su salud y calidad de vida, lo que merece ser protegido preventivamente hasta que se dictara sentencia definitiva.

3º) No puede perderse de vista -y este tribunal lo ha destacado reiteradamente-, que el derecho a la salud y la vida de una persona posee expresamente jerarquía constitucional en virtud del artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, con la incorporación de los Instrumentos Internacionales (v. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 12, ap. 1 y 2, incisos a), b), c) y d); Declaración Universal de los Derechos

Humanos, art. 25.1 y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. XI) (v."Constitución de la Nación Argentina", comentada por Néstor Sagüés, págs. 139, 149 y 133).

La introducción de esta nueva disposición normativa hace eje principalmente sobre la rigidez propia de la Constitución al conferir prelación jerárquica al Derecho Internacional de los Derechos Humanos por sobre las leyes, y en ese orden resulta necesario hacer referencia a la redacción de una disposición normativa común a varios instrumentos, cuyo objeto y fin hace referencia a una pauta hermenéutica de interpretación de los derechos fundamentales consagrados en estos Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, esto es, el principio pro homine, cuya aplicación debe ser el punto de partida para una adecuada interpretación de los derechos fundamentales garantizados en la Constitución Nacional.

En tales términos, la incorporación a nuestra Carta Magna de los Instrumentos referidos y la operatividad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del principio pro homine mencionado, refleja que la normativa vigente está orientada a no limitar la protección del derecho a la salud a la abstención de actos que puedan producir un daño, sino a exigir prestaciones de dar y hacer que encierren en definitiva la provisión de terapias, tratamientos y/o medicamentos que sean necesarios para obtener una mejor calidad de vida. Así voto.

Atento al resultado del Acuerdo que antecede, SE RESUELVE:

I) Revocar la resolución del 28/12/2022 y en su lugar hacer lugar a la medida cautelar solicitada por B. L. y ordenar a la Caja de Previsión Social de los Profesionales de la Ingeniería de la 2da.Circunscripción brindarle la cobertura integral de los tratamientos de estimulación necesarios a fin de la obtención de ovocitos a través de su extracción y su posterior vitrificación conforme lo prescripto por la médica tratante, incluidos los estudios, la medicación y los honorarios profesionales médicos correspondientes, más el canon de mantenimiento anual hasta su transferencia en el Instituto médico PROAR con el alcance dispuesto en la Ley 26.862 y normas complementarias. II) Diferir la cuestión relativa a las costas al momento de dictar la sentencia de fondo. III) Regular los honorarios profesionales en el (%) de lo que se fije en primera instancia para esta incidencia. Insertar, hacer saber, comunicar en la forma dispuesta por Acordada nº 15/13 de la C.S.J.N. y oportunamente, devolver los autos al Juzgado de origen.

SILVINA M. ANDALAF CASIELLO

JUEZA DE CÁMARA

ANÍBAL PINEDA

JUEZ DE CÁMARA

FERNANDO LORENZO BARBARÁ

JUEZ DE CÁMARA

Ante mi

Eleonora Pelozzi Secretaria de Cámara