



**Fertilización asistida. Cobertura integral hasta que se produzca el embarazo. Concepto de
infertilidad de la OMS.**

A. P. K. y otro c/Obra Social de la Policía Federal Argentina y otro s/Sumarísimo

CNCIV Y COMFED – SALA II

Buenos Aires, 22 de marzo de 2013.-

VISTO: el recurso de apelación interpuesto y fundado a fs. 116/22vta., cuyo traslado no fue contestado por la contraria, contra la sentencia de fs. 112/13vta.; y

CONSIDERANDO:

1) Que el señor Juez interviniente, rechazó el amparo promovido por los cónyuges K P A y J B F - vecinos de esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires- tras invocar que frente al vacío legislativo existente en la materia sometida a litigio, no era posible admitir la pretensión consistente en que la Obra Social de la Policía Federal Argentina, "BIENESTAR", les proveyera la cobertura, total del tratamiento de fertilización asistida, por técnica FIV. Ello así, sin perjuicio de haber advertido el desfase entre los avances de la tecnología aplicados a la salud humana y las prestaciones igualitarias y obligatorias de las obras sociales, el cual en su opinión, merecería la atención urgente del legislador.-

Las costas las distribuyó en el orden causado, atento la novedad y complejidad de la cuestión resuelta (ver fs. 112/13vta.).-

2) Que contra la mencionada decisión apelaron los interesados quienes discrepan con el a qua, en



particular, por haber citado una jurisprudencia que, según aducen, resulta inaplicable; y porque invocó la ausencia de marco legal, siendo que en la Provincia de Buenos Aires se sancionó la ley 14.208, de Fertilización Asistida y por consiguiente la falta de regulación en el ámbito federal, no puede constituir óbice al otorgamiento de lo peticionado.-

3) Que esta Sala -hasta ahora con voto minoritario- ha venido advirtiendo ante el postulado hoy holgadamente superado de que la salud es la ausencia de enfermedad, que la infertilidad no está prevista entre las prestaciones cuya cobertura reconoce el Programa Médico Obligatorio (PMO), precisamente porque no se la considera una enfermedad.-

Y que sin embargo, caracterizada tal patología, como el funcionamiento anormal del sistema reproductivo que priva a las personas de la legítima expectativa de procrear, es claro que se trata de una enfermedad psicofísica, que puede provocar depresión, ansiedad y angustia, hasta contaminar la vida de relación, cuando la pareja advierte con desasosiego, la imposibilidad de integrar el núcleo familiar con su descendencia. No es una condición dada, sino que implica una alteración en el ciclo natural de la vida de nacer, crecer, reproducirse y morir; y como tal merece ser tratada, en la medida que existen modernamente técnicas medicas que pueden procurar el fin deseado con resguardo de la salud de ambos progenitores.-

Negar ese derecho importa una discriminación para quien padece esta enfermedad, y por ende no otorgar la cobertura del tratamiento es discriminatorio (del voto del doctor Guarinoni, en las causas nros. 9288/08 del 28.02.11; 1461/12 del 3.10.12 Y 3613/11 del 9.10.12).-

4) Que ahora bien, frente a tales premisas, no es posible soslayar en la litis, la especial significación que adquiere la sentencia recientemente dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso "A. M. y Otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica" [Fallo en extenso: elDial.com - AA7E98], el 28 de noviembre de 2012, en la cual el mencionado Tribunal declaró a Costa Rica responsable internacionalmente por haber vulnerado el derecho a la vida privada y familiar; a la integridad personal con relación a la autonomía personal, a la salud sexual;



a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico; y el principio de no discriminación, consagrados en los artículos 5.1, 7, 11.2 Y 17.2 con relación al artículo 1.1 de la Convención Americana; en el fallo emitido por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, el 15 de marzo de 2000, por el cual se declaró la inconstitucionalidad del decreto que regulaba la técnica de Fecundación In Vitro (FIV) en Costa Rica, con la consiguiente prohibición de llevarla a cabo en el país, dando lugar, en algunos casos a la interrupción del tratamiento, y en otros, a que los interesados debieran viajar al exterior para acceder a dicha práctica.-

En la pieza citada, la Corte Interamericana, tomó nota del concepto de infertilidad desarrollado por la OMS, según el cual se trata de "una enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas". Además, tuvo en cuenta a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, cuando establece que "las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás". Y agregó, que la discapacidad resulta de la interacción entre las limitaciones funcionales de una persona y las barreras del entorno que impiden el ejercicio pleno de sus derechos y libertades.-

Por tanto a partir de los criterios vertidos, el Tribunal interpretó que la infertilidad es una enfermedad que consiste en una limitación funcional y quienes la padecen, para enfrentar las barreras que los discriminan, deben considerarse protegidos por los derechos de las personas con discapacidad, los cuales incluyen el acceso a las técnicas del más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva; y que ello supone además, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para hacer uso de las decisiones reproductivas.-

En el mismo orden de ideas, la Corte recordó que el artículo 17 de la Convención Americana reconoce el papel central de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona y en la sociedad en general; y que conforme lo ha venido sosteniendo, el derecho de protección a la



familia conlleva, entre otras obligaciones, favorecer de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Pues como lo ha señalado el Comité de Derechos Humanos, la posibilidad de procrear, es parte del derecho a fundar una familia. De tal manera el derecho a la vida privada se relaciona con la autonomía reproductiva y el acceso a los servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho a la tecnología médica necesaria para ejercerlo; y por ende la falta de salvaguardas legales puede constituir un menoscabo grave del derecho a la autonomía y a la libertad reproductiva.-

Para concluir, una última consideración conviene formular, en cuanto aquí interesa, acerca de la sentencia del Tribunal Interamericano y es aquella que empalma con el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación, el cual determina que los Estados deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos. El concepto de la discriminación indirecta implica que una norma o práctica aparentemente neutra, tiene repercusiones particularmente negativas en una persona o grupo con unas características determinadas. Es posible que quien haya establecido esta norma o práctica no sea consciente de las consecuencias y, en tal caso, la intención de discriminar no es lo esencial y procede la inversión de la carga de la prueba. Además, consideró que el concepto de impacto desproporcionado está ligado al de discriminación indirecta, la cual debe ser analizada respecto a la discapacidad, al género y a la situación económica.-

Y desde ese triple punto de vista adujo que la “discriminación indirecta en relación con la discapacidad”, presupone a la infertilidad como una enfermedad que consiste en una limitación funcional y quienes la padecen, para enfrentar las barreras que los discriminan, deben considerarse protegidos por los derechos de las personas con discapacidad, para evitar el impacto desproporcionado. Con respecto a “la discriminación indirecta con relación al género”, que si bien la prohibición de la FIV puede afectar tanto a hombres como a mujeres, produciendo impactos desproporcionados diferenciados por la existencia de estereotipos y prejuicios en la sociedad; dado que el empleo de las tecnologías de reproducción asistida se relaciona especialmente con el cuerpo de las mujeres, tiene un impacto negativo desproporcionado sobre ellas. Y por último, “la



discriminación indirecta con relación a la situación económica”, que atiende a que la prohibición de la FIV tiene un impacto desproporcionado en las parejas infértiles que no cuentan con los recursos económicos para realizar de manera exitosa el tratamiento de la FIV.- En tales condiciones, cabe recordar, por una parte, que en nuestro país, la Ley de Discapacidad N° 22431, (con sus actualizaciones de leyes 25635, 25634, 25504, 24901, 24314, 24308, 23876, 23021), dispone en su art. 2°, que “se considera discapacitada a toda persona que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral”.-

Como así también que las obligaciones de las autoridades públicas y de las obras sociales de generar acciones positivas a favor del derecho a la salud y a la plenitud de la vida, han sido expresadas reiteradamente por la Corte Suprema, en particular en aquellos casos en los que se encontraban en juego los derechos de personas discapacitadas o con capacidades diferentes (vgr. Fallos 306:400; 312: 1953; 327:2413; 329:553; 329:1638; 331:2135; entre otros).-

Y por otra parte, que según se ha señalado, no empece al otorgamiento de coberturas como la que se solicita, la circunstancia de que ciertas prestaciones no hayan sido expresamente previstas en el PMO, pues -aun en el limitado marco de conocimiento que es propio de las medidas cautelares- aquellas constituyen un piso mínimo al cual se encuentran obligados los agentes del servicio de salud (confr. esta Sala, causa n° 6319/11 del 21.3.12; 7293.11 del 29.05.12, entre muchos otros). Sin que esto signifique, como lo ha sostenido la jurisprudencia pacífica del Tribunal (confr. esta Sala, causas 9054/08 del 27.2.09; 9916/09 del 26.5.10 y 5570/10 del 3.3.11; Sala I, causa 14/06 del 27.4.06; y Sala 3, causa 5411/07 del 9.10.08) que conformen su tope máximo.-

5) Que en suma, conforme los términos en que ha quedado delimitada la cuestión, está fuera de discusión que P K de 40 años de edad y J B de 47 años, acreditaron sus identidades (ver DNI obrantes a fs. 1 y 2), el estado de familia (ver Partida de fs. 3), y el carácter de afiliada a la Obra Social "Bienestar", (ver credencial de fs.6). Y que según el certificado de fs. 5, la actora padece "Obstrucción de las Trompas de Falopio", razón por la cual se le indicó como único método para



lograr el embarazo la técnica FIV (ver fs. 19), cuyo cobertura fue denegada (ver fs. 19).-
En las circunstancias expresadas, corresponde revocar el pronunciamiento apelado y hacer lugar a la acción de amparo interpuesta por P KA y J B F contra la Obra Social de la Policía Federal "Bienestar". En consecuencia, deberá la demandada otorgar la cobertura integral de tratamiento de fertilización asistida, por técnica FIV, por todas las oportunidades que fuera necesario, hasta que se produzca el embarazo, de acuerdo a la prescripción médica que extiendan los profesionales que atienden a los actores, el que se llevara a cabo en alguno de los centros indicados. Ello así, aunque manteniendo la distribución de las costas en el orden causado y adoptando idéntico criterio para las de la alzada, teniendo en cuenta el carácter relativamente novedoso de la cuestión, así como la existencia de fallos que han adoptado otra solución.-

Por ello, y oído el Fiscal General, esta Sala RESUELVE: revocar la sentencia apelada y hacer lugar a la acción de amparo deducida por K P A y J B F contra la Obra Social de la Policía Federal "Bienestar". En consecuencia deberá la demandada otorgar la cobertura integral de tratamiento de fertilización asistida, por técnica FIV, por todas las oportunidades que fuera necesario, hasta que se produzca el embarazo, de acuerdo a la prescripción médica que extiendan los profesionales que atienden a los actores, el que se llevará a cabo en alguno de los centros indicados. Las costas de ambas instancias se distribuyen en el orden causado, teniendo en cuenta el carácter relativamente novedoso de la cuestión, así como la existencia de fallos que han adoptado otra solución.-

El señor Juez de Cámara doctor Alfredo Silverio Gusman no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia (art. 109 del Reglamento para la Justicia Nacional).-

Regístrese, notifíquese y al señor Fiscal General en su despacho y devuélvase.-

RICARDO VÍCTOR GUARINONI - GRACIELA MEDINA.-