

¿Deben las obras sociales cubrir los tratamientos de técnicas de reproducción humana asistida a aquellas gestantes que no se encuentran afiliadas a la misma?

Should the social works cover the treatments of assisted human reproduction techniques to those pregnant women who are not affiliated to it?

María Victoria Minetto Vázquez¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2023\)26](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2023)26)

Comentario a

M.G.A. Y OTRO C/ OSPE S/ PRESTACIONES MÉDICAS – Sentencia 03/10/2022
Juzgado Federal de 1a Instancia Nro. 2 de Mendoza (JFedMendoza) (Nro2)

Acceso al fallo

RESUMEN:

Una pareja homosexual con autorización judicial para iniciar TRHA de gestación por subrogación de vientre interpone acción de amparo en la justicia federal de Mendoza contra OSPE a fin de que se condene a la misma a suministrar cobertura integral del TRHA más ICSI con vientre subrogado en la Clínica Creo con el Dr. Luciano Sabatini y/o con el/ la médico/a que las partes escojan y la cobertura integral de los estudios y/o medicación que sean indicados tanto a las partes y/o a la gestante y/o a la donante quién no es afiliada a la obra social. El tribunal hace lugar al pedido.

ABSTRACT

A homosexual couple with legal authorization to initiate gestational TRHA through surrogacy files an amparo action in the federal court of Mendoza against OSPE in order to be sentenced to provide comprehensive coverage of TRHA plus ICSI with surrogate mother at the Creo Clinic with Dr. Luciano Sabatini and/or with the doctor chosen by the parties and comprehensive coverage of the studies and/or medication that are indicated both to the parties and/or the donor who is not affiliated with the social work. The court grants the request.

¹ Abogada (UBP); Martillera y Corredora Pública (UBP); estudiante de la diplomatura en Derecho Procesal Civil (UBP); Asistente Instructora en Procesos Orales del Juzgado de 1ª Inst. Civ. Com. Concil. 1ª Nom. Sec 2 de la ciudad de Bell Ville, Provincia de Córdoba. Mail: victoriaminettovazquez@gmail.com. Nro. de ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5142-2869>.

Este artículo forma parte del Proyecto I+D de la Universidad Blas Pascal "Dilemas jurídicos en torno a la gestación subrogada" (318-20230731-97) dirigido por la Profª. Dra. Claudia E. Zalazar y el Prof. Dr. Gonzalo G. Carranza.

PALABRAS CLAVE: Gestación por subrogación; Amparo; Obras sociales; TRHA; Cobertura.

KEY WORDS: Gestation by surrogacy; protection; social Works; TRHA; Coverage.

I. Introducción

La gestación por sustitución o subrogación de vientre es aquella manifestación de voluntades donde una mujer lleva adelante un embarazo para otra persona o pareja. Se aplica como terapia para toda persona que desee tener un hijo y que no tenga posibilidad de llevar adelante el embarazo (un hombre, dos hombres, en mujeres por ausencia del útero, enfermedad o por riesgo de vida).

El instituto analizado aparece como una Técnica de Reproducción Humana Asistida (TRHD) válida para una pareja igualitaria como lo es en el caso examinado y que anhela cumplir el sueño de formar una familia teniendo un hijo/a.

En el caso bajo análisis una pareja homosexual con el deseo de varios años de ser padres interpuso ante la justicia federal de Mendoza acción de amparo contra OSPe (Obra Social de Petroleros) solicitando autorización judicial para iniciar acciones derivadas de la filiación por Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA).

Es importante hacer referencia que los actores contaban resolución favorable expedida por el Tribunal de familia de Mendoza que con fecha 06/06/2022 en los autos N° 319/2021 caratulados: "M., E. E., M., G. C., G. B., R. A. p/ acciones derivadas de la filiación por Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), Medida Autosatisfactiva"², que resolvió hacer lugar a la petición a fin de iniciar técnicas médicas de gestación por subrogación de vientre, aportando el material genético uno de los requirentes y con el óvulo que procederá de una ovodonación, siendo la gestante la Sra. E. E. M., hermana de uno de los padres de intención, ordenando la inscripción en el Registro Civil del niño/a que nazca mediante dicha técnica como hijo/a de los comitentes.

Ello así y con el objetivo de llevar adelante el tratamiento médico correspondiente, los actores presentaron todas las órdenes, pedidos médicos y sentencia ante la obra social OSPe de la cual eran afiliados. La prestadora de salud informa a los peticionantes que no brindará la cobertura solicitada atento que la mujer gestante que recibirá la prestación no se encuentra afiliada y porque el pedido proviene de un profesional ajeno a la red contratada.

Es menester referenciar que la parte demanda si bien alega tener prestadores idóneos para efectuar el tratamiento, no indica en ningún momento cuáles son esos prestadores ni aporta opciones a los actores para orientar a las partes a realizar el tratamiento con otro efector.

Ante la situación descripta y como ya se expuso, los comitentes inician ante el Juzgado Federal de 1ª instancia nro. 2 de Mendoza una acción de amparo contra OSPe a fin de que se la condene a suministrar cobertura integral del tratamiento de fertilización in vitro con ovodonación más ICSI con vientre subrogado en la Clínica Creo con el Dr. Luciano Sabatini y/o con el/la médico/a que las partes escojan y la cobertura integral de los estudios y/o medicación que sean indicados tanto a las partes y/o a la gestante y/o a la donante.

² Auto N° 319/2021 caratulados: "M., E. E., M., G. C., G. B., R. A. p/ acciones derivadas de la filiación por Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), Medida Autosatisfactiva".

II. La cuestión a resolver por el Tribunal

Interpuesta la acción de amparo por los comitentes, el Tribunal debe expedirse acerca de si corresponde hacer lugar al mismo o no. Sin ingresar en la autorización o no de la TRHA ya que como se referenció los actores contaban con la misma. Ello así, el Tribunal se limitará exclusivamente a evaluar si existe o no obligación por parte de la demandada a brindar cobertura médica como así también a afrontar el costo de fertilización in vitro con ovodonación más ICSI con vientre subrogado que requieren los afiliados autorizados judicialmente el día 06 de junio de 2022.

Hasta lo aquí mencionado, el Tribunal deberá establecer la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora por un lado y por el otro, si la obra social demanda debe o no cubrir el tratamiento de TRHA peticionado.

III. La acción de amparo

Al decir de Barone, “El amparo nace con la finalidad de ser una acción pronta y eficaz para frenar los atropellos y violaciones de derechos constitucionales, derechos humanos y libertades de los ciudadanos. El amparo desde un primer momento se convierte en el remedio jurídico esgrimido contra los abusos, principalmente de las autoridades”³.

Ciertamente el amparo es una acción rápida y expedita, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o privadas, que en cuestiones de salud sería el Estado, las obras sociales y las empresas de medicina prepaga, que en forma actual e inminente, lesionen, restrinja, alteren o amenacen con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta el derecho a la salud, a la calidad de vida y a la vida de una o más personas.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido oportunidad de señalar que el amparo es un proceso excepcional, utilizable en delicadas y extremas situaciones en las que, por carencia de otras vías aptas, pelagra la salvaguarda de derechos fundamentales y exige para su apertura circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas, que ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios originan un daño concreto y grave, solo y eventualmente reparable por vía urgente y expeditiva”⁴.

El art. 18 de la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del hombre establecen que toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve para el cual la justicia lo ampare contra actos de aquella autoridad que viole, en perjuicio suyo alguno de los derechos consagrados constitucionalmente.

1) ¿Quiénes pueden iniciar la acción de amparo?

La acción de amparo podrá deducirse por toda persona individual o jurídica que, por sí o por apoderados, se considere afectada conforme los presupuestos establecidos en el artículo 1º de la Ley N° 16.986. El mismo establece: “La acción de amparo será admisible contra todo acto u omisión de autoridad pública que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidas por la Constitución Nacional, con excep-

3 Barone, L., 2019, 109.

4 CSJN, Fallos, 310:576 y 2740; 311:612, 1974 y 2319 entre muchos otros; cit. por Highton – Areán. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. T. 6. Edit. Hammurabi. Bs.As. 2006. p. 43)

ción de la libertad individual tutelada por el habeas corpus⁵.

Podrá también ser deducida, en las mismas condiciones, por aquellas asociaciones que sin revestir el carácter de personas jurídicas, justificaren, mediante la exhibición de sus estatutos, que no contrarían una finalidad de bien público. Podrá también ser deducida, en las mismas condiciones, por las asociaciones que sin revestir el carácter de personas jurídicas justificaren, mediante la exhibición de sus estatutos, que no contrarían una finalidad de bien público.

Del caso estudiado surge, conforme entiende el Tribunal interviniente, que dado que los actores de la medida incoada se encuentran afiliados a OSPe, se encuentran legitimados. Ello se corresponde a que los mismos acompañaron a la causa la certificación emitida por la obra social demandada.

2) ¿Se dan los presupuestos de procedencia de la medida interpuesta?

En éste apartado se hará referencia a si se cumplimentan los presupuestos, ya nombrados, para la procedencia de la acción de amparo siendo ellos la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora.

Respecto del primero, la verosimilitud del derecho, hace referencia a la exigencia de que el derecho del peticionario, o los peticionantes de la medida cautelar sea aparentemente verdadero, porque su certeza sólo podría obtenerse eventualmente con el dictado del pronunciamiento definitivo.

Ello así y del análisis del caso surge que los actores se encuentran autorizados judicialmente por la Sentencia del Tribunal de familia de Mendoza suscripta con fecha 06 de junio del 2022 a iniciar las técnicas de gestación por subrogación de vientre, aportando material genético uno de los comitentes, con ovodonación y siendo la gestante hermana de uno de los actores.

Cabe hacer referencia que los accionantes acompañaron historia clínica suscripta por el médico elegido por las partes para la realización del tratamiento (Dr. Luciano Sabatini) quién solicitó orden autorizada para dicho tratamiento y órdenes de fertilización in vitro con ovodonación más ICSI, vientre subrogado, medicación de la donante y medicación de la gestante.

También se adjuntaron análisis de laboratorio y exámenes médicos correspondientes al actor que proporcionará el material genético y los de la mujer gestante conjuntamente con la carta documento remitida por OSPe donde se deja expresamente aclarado que la cobertura por parte de la misma se encuentra garantizada solo para aquellos que sean titulares del derecho, no siendo posible para la obra social, la cobertura del tratamiento requerido para la mujer gestante. Ello así, se vislumbra la negativa de la demandada a cubrir el pedido de los afiliados. Con lo referenciado ut supra es notoria la verosimilitud del derecho en la medida incoada.

Ahora bien, analizado el peligro en la demora diremos que el mismo es el peligro o daño jurídico derivado del retardo del procedimiento. Asimismo consiste en el riesgo de daño para la efectividad de la tutela judicial pretendida en el proceso principal. Es decir, que existe

5 Ley n° 16.986 art. 1

peligro de que si se mantuviera o alterara la situación de hecho o derecho existente, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible.

La urgencia debe jugar como una condición prácticamente excluyente para que pueda adoptarse una decisión anticipatoria. De tal manera, ha de existir una razón de necesidad impostergable, un plus decisivo acumulable a la simple e intrascendente indisponibilidad o pérdida del derecho.

En el mencionado aspecto debemos tener en cuenta la edad de la gestante que configura un factor determinante para precisar el peligro en la demora. En el caso bajo análisis, la mujer gestante tiene 34 años. Se sabe que después de los 35 años, hay un mayor riesgo de tener complicaciones relacionadas con el embarazo que pueden llevar a un parto por cesárea. Hay un mayor riesgo de afecciones cromosómicas. Los bebés de madres mayores presentan más riesgo de padecer determinadas afecciones cromosómicas, como síndrome de Down. Dicho esto, se pone de manifiesto que el peligro en la demora se encuentra acreditado en el caso analizado.

IV. La decisión del Tribunal Federal de Mendoza.

El mismo se pronunció haciendo lugar a la medida cautelar solicitada por los actores y, en consecuencia, ordenó a OSPe (Obra Social de Petroleros) brindar cobertura del tratamiento de fertilización in vitro, con ovodonación, más ICSI con vientre subrogado en la Clínica Creo; más los estudios y/o medicación indicados para las partes, gestante y/o donante, de conformidad con lo prescripto por su médico tratante, Dr. Luciano Sabatini y en los términos de la autorización otorgada por el juez de Familia y Violencia Familiar, Dr. Marcos Krochik, en el marco de los autos N° 319/2021, rotulados: "M., E. E., M., G. C., G. B., R. A. p/ acciones derivadas de la filiación por Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) - medida autosatisfactiva.

Conclusiones

En primer lugar, el fallo bajo análisis deja en claro que se encuentran cumplimentados los presupuestos de la acción de amparo interpuesta por los accionantes dado que se encuentra acreditada la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora ante la negativa por parte de la demandada de proporcionar el tratamiento por TRHA.

En segundo lugar, está explícito que la demandada niega la cobertura de la mujer gestante, alega tener prestadores idóneos para llevar adelante el tratamiento empero en ningún momento les indica a los actores quienes son aquellos profesionales, ni les ofrece opciones para realizarlo.

En tercer lugar, no haber otorgado la medida precautoria podría derivar de un grave perjuicio en la vida de los actores, que luego de tener la correspondiente autorización judicial para efectuar el tratamiento anhelado, han atravesado un proceso con sus médicos tratantes a los fines de llevar a cabo su voluntad procreacional cayendo incluso en cuestiones relativas con la discriminación.

Por último, la Sentencia emanada por el Tribunal confirma que aún queda mucho por regular en el ámbito de las TRHA.

Referencias Bibliográficas

- BARONE, LORENZO DANIEL y BERARDO, MATIAS DANTE. (2019). Lecciones de derecho Procesal Constitucional, 109- 154.
- Declaración Americana de los Deberes y Derechos del hombre. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/basicos/declaracion.asp#:~:text=Art%C3%ADculo%20XVIII.,los%20derechos%20fundamentales%20consagrados%20constitucionalmente>.
- CANDA, FABIÁN OMAR. Requisitos de procedencia de la acción de amparo individual. Disponible en: https://www.gordillo.com/pdf_unamirada/12canda.pdf
- Revista de derecho procesal – Medidas cautelares. (2018). Ed. Rubinzal – Culzoni.