

JUZGADO DE 1RA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO Nº 17
SECRETARÍA Nº33

B., S. A. CONTRA OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES SOBRE AMPARO -
SALUDMEDICAMENTOS Y TRATAMIENTOS

Ciudad de Buenos Aires, 2 de julio de 2020.-It

Vistos y considerando: 1°) Que la Sra. S. A. B, por su propio derecho, se presenta e interpone acción de amparo contra la Obra Social de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en lo sucesivo, la "OBSBA"), quien le niega infundadamente las prestaciones médicoasistenciales a las que debe someterse: el procedimiento de alta complejidad (FIV/ICSI), con semen de banco, que su médica tratante le prescribió, perteneciente al Centro CERCENTRO ESPECIALIZADO EN REPRODUCCION, integrante de su cartilla médica, a fin de lograr su propósito deseado de tener un hijo/hija. Refiere haber comenzado la búsqueda de su hijo desde el mes de marzo del año pasado, en el marco de un proyecto de familia monoparental y haber iniciado las consultas médicas respectivas en el prestador médico con el que cuenta la demandada para los tratamientos de reproducción humanizada asistida: el Instituto Médico CER (Centro Especializado de Reproducción) Relata que con fecha 17/04/19 realizó su primer Tratamiento de Reproducción Asistida de baja Complejidad -una Inseminación Artificial Intrauterina para lo cual se contactó con OBSBA, vía correo electrónico, con fecha 14/03/19, para realizar las averiguaciones respectivas sobre la cobertura de la muestra de espermatozoides del donante. Señala que la respuesta de la demandada fue la siguiente: "En referencia a tu consulta... QUEDA EXCLUIDA LA DONACION DE SEMEN EN FAMILIAS MONOPARENTALES, DISP. 267/15 (OBSBA)." Sostiene que dicha respuesta deviene absolutamente inadmisibles e ilegales. Luego manifiesta que decidió obtener en forma particular la muestra de semen - DONANTE PIA (Programa de Identidad Abierta) en Reprofert SRL, acompañándose la factura respectiva, pero que el resultado de dicho tratamiento fue fallido. Indica que su segundo intento (de Inseminación Artificial) fue realizado con fecha 10/06/19 y que también afrontó su costo en forma privada - acompañando factura en concepto de banco de semen, donante PIA-, pero que el resultado fue negativo. Luego expresa que, con fecha 26/09/19 del año pasado y por indicación de su médico tratante, Dra. G., realizó la transferencia embrionaria correspondiente a su Primer Tratamiento de Alta Complejidad (FIV/ICSI), en el Instituto Médico CER, prestador de la demandada y abonó la última muestra de semen (PIA), de su peculio, pero que el resultado también fue negativo. Es por ello y sumida en una situación angustiante ante la eventualidad de tener que abonar y seguir abonando frente a la posibilidad de tratamientos de fertilidad fallidos, que refiere haberse asesorado legalmente y en consecuencia, remitió a OBSBA la Carta Documento Nro. 029779450, con fecha 5/11/19. Asevera que la OBSBA mantuvo su postura que califica como ilegítima y arbitraria por lo que, promovió acción judicial de reintegro de gastos, proceso que continúa su trámite al día de la fecha. Manifiesta que a los fines de proseguir el camino en busca de su hijo/hija, concurrió al consultorio de su médica tratante, quien con fecha 24/04/20, le extendió un resumen de historia clínica y le indicó avanzar con un nuevo intento de Alta Complejidad y semen de donante y congelación de embriones. Asimismo, agrega que allí se consignó su edad

reproductiva avanzada (38 años) y diagnóstico médico: baja reserva ovárica y baja respondedora. Expone que la demandada, en virtud de la disposición interna Nro. 267/15, Programa propio de Cobertura de Fertilidad, establece limitaciones y restricciones a derechos que están reconocidos por la Ley de Fertilidad Nro. 26.862 y su Decreto Reglamentario Nro. 956/13, como el caso de la cobertura “con banco de semen” y “criopreservación de embriones”. Entiende que la OBSBA funda tal rechazo en consideraciones parciales, antojadizas y arbitrarias, toda vez que pretende respaldar su posición en una disposición interna que está por debajo de la Ley Nacional de Reproducción Humanamente Asistida, Ley Federal y de orden público que prevalece, situándose por encima de intereses individuales, o de algún sector interesado, o frente a cualquier norma local. Sostiene que, que como afiliada a la cobertura de la accionada, no puede ser privada del goce al derecho a la cobertura integral en el tratamiento de fertilización médicamente asistida, lo que implica cobertura del 100%, de la totalidad de la medicación y el procedimiento con la técnica que corresponda aplicarse según indicación médica de la facultativa tratante, en este caso: Alta Complejidad y Semen de Donante. A raíz de ello, manifiesta encontrarse sumida, junto a sus familiares y afectos, en un estado de preocupación angustiante por semejante postura de la demandada que rechaza indebidamente -según sostiene-, una práctica perentoria, garantizada por la Ley vigente, máxime su situación de edad reproductiva avanzada, baja reserva ovárica y baja respondedora, por lo que ante el temperamento de la OBSBA, acciona judicialmente para hacer valer sus derechos. Por las razones que expone, solicita se declare la inconstitucionalidad de la disposición n° 267/15 de la OBSBA, por ser contraria a la normativa vigente, en particular por denegar expresamente la donación de semen en familias monoparentales. Luego de fundar respecto de los requisitos de la acción de amparo, solicita se dicte una medida cautelar a fin de que se ordene a la OBSBA cumplir con la cobertura inmediata e integral, en forma precautoria, de: A) La totalidad de la medicación prescrita por el médico tratante, en virtud de las Técnicas de Reproducción Asistida de Alta Complejidad, con arreglo a las previsiones legales de orden público aplicables al caso de marras; B) El procedimiento médico adecuado y previsto al efecto, de reproducción médicamente asistida de alta complejidad, (FIV/ICSI), con SEMEN DE BANCO, conforme lo prescribe el tratamiento indicado por el Dra. G. y en la o las OPORTUNIDADES que éste y el Instituto CER- CENTRO ESPECIALIZADO EN REPRODUCCION- especialmente determinen, para lograr en el más breve plazo posible, el objetivo de la reproducción deseada (la concepción de una nueva vida) derivado del particular diagnóstico médico, aludido ut supra; y C) La eventual congelación (criopreservación) de embriones. Funda en derecho su pretensión, ofrece la prueba de la que intenta valerse, formula las reservas de rigor y solicita se haga lugar a la demanda. 2°) En ese orden debe tenerse presente que el artículo 14 de la ley n° 2145 (t.c. por ley n° 6.017) -norma que regula el trámite de la acción de amparo en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires-, dispone que “... como accesorio al principal, con criterio excepcional, son admisibles las medidas cautelares que resulten necesarias para asegurar los efectos prácticos de la sentencia definitiva”. Además, en las acciones de amparo contra autoridades públicas “... son requisitos necesarios para el otorgamiento de toda cautelar la acreditación simultánea de los siguientes presupuestos: a) Verosimilitud del derecho, b) Peligro en la demora, c) No frustración del interés público, d)

Contracautela.” Ello dentro del reducido marco cognoscitivo propio de los procesos cautelares, que “no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede el marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad” (Fallos 318:107, 326:4963, 327:305, entre muchos otros). En este sentido, la Cámara de Apelaciones del fuero ha señalado que la verosimilitud del derecho sólo requiere la comprobación de la apariencia del derecho invocado por el actor (Sala I, in re “García Mira, José Francisco c/ Consejo de la Magistratura s/ Impugnación de actos administrativos”, expte. N° 8569/0, sentencia del 3/3/04 y reiterado en “Acuña Paredes, María Esther c/ GCBA s/ otros procesos incidentales”, expte N° 43517/1, sentencia del 27/08/12, entre muchos otros). 3°) Dicho ello, se recuerda que en autos se persigue la cobertura del procedimiento de alta complejidad (FIV/ICSI), con banco de semen, que la médica tratante de la actora le prescribió, perteneciente al Centro CER- CENTRO ESPECIALIZADO EN REPRODUCCION, integrante de su cartilla médica, a fin de lograr su propósito deseado de tener un hijo/hija. Asimismo, la tutela cautelar solicitada consiste en que la OBSBA cubra provisoriamente: A) La totalidad de la medicación prescrita por el médico tratante, en virtud de las Técnicas de Reproducción Asistida de Alta Complejidad, con arreglo a las previsiones legales de orden público aplicables al caso de marras; B) El procedimiento médico adecuado y previsto al efecto, de reproducción médicamente asistida de alta complejidad, (FIV/ICSI), con SEMEN DE BANCO, conforme lo prescribe el tratamiento indicado por el Dra. G. y en la o las OPORTUNIDADES que éste y el Instituto CER- CENTRO ESPECIALIZADO EN REPRODUCCION- especialmente determinen, para lograr en el más breve plazo posible, el objetivo de la reproducción deseada (la concepción de una nueva vida) derivado del particular diagnóstico médico, aludido ut supra; y C) La eventual congelación (criopreservación) de embriones (ver apartado 6 del escrito de inicio). En este estado de la causa, resulta necesario señalar que de los correos electrónicos e intercambio epistolar habido entre las partes, surgiría que las prestaciones solicitadas le habrían sido negadas a la actora, en virtud de que la disposición n° 267/OBSBA/15 excluye la donación de semen para casos de familias monoparentales. Asimismo, la OBSBA señala que no se registra pedido de cobertura, indicación médica que dé cuenta de la patología de la peticionaria y que la OBSBA cuenta con red prestacional propia. Entonces, en este estado larval del proceso, corresponde señalar que el debate se centra en desentrañar si la OBSBA se encuentra obligada a cubrir la totalidad de las prestaciones exigidas que antes mencionara, atento que dicha Obra Social le habría desestimado la cobertura de que se trata. 4°) Sentado ello, es del caso señalar que el derecho a la salud integral ha sido reconocido por la Constitución de la Ciudad (CCABA, art. 20) y por los tratados internacionales con rango constitucional (C.N., art. 75, inc. 22); entre ellos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12, inc. c)], la Convención sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- (arts. 4º y 5º) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6º, inc. 1º). También, cabe agregar, ha sido consagrado por la ley local N° 153 (ley Básica de Salud). En ese contexto normativo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha reafirmado el derecho a la preservación de la salud y ha destacado el deber impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese

derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (conf. Fallos: 321:1684, 323:1339, 324:3569). Ello así, debido a que “la preservación de la salud integra el derecho a la vida, por lo que existe una obligación impostergable de las autoridades públicas de garantizarla mediante la realización de acciones positivas” (C.S., Fallos: 321:1684; 323:1339; 323:3229 y 331:2135, entre otros). 4.1 °) Por otra parte, es dable poner de resalto que por medio de la Ley Nº 26.862 se estableció un régimen de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. El artículo 8º de dicha norma indicó 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. 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”. Por su parte, por medio del artículo 10 se estableció que las disposiciones de la presente ley eran de orden público y de aplicación en todo el territorio de la República y se invitó a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a sancionar, para el ámbito de sus exclusivas competencias, las normas correspondientes. 4.2 °) Luego, el Decreto Nº 956/2013 -reglamentario de la normaestipuló, en lo que aquí interesa, que “quedan obligados a brindar cobertura en los términos de la presente reglamentación y sus normas complementarias 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), y todos

aquellos agentes que brinden servicios médico asistenciales independientemente de la forma jurídica que posean...” (conf. art. 10). Por otra parte, se indicó que serían incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO), los procedimientos y las técnicas de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo para la reproducción médicamente asistida reguladas en el artículo 8° de la Ley Nº 26.862. En ese sentido, se orientó a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a “adoptar los recaudos tendientes a la efectiva implementación de la Ley en el ámbito de sus competencias, incluyendo las previsiones presupuestarias correspondientes” (conf. art. 10). 4.3 °) Que, según resolución nº 1-E/2017 del Ministerio de Salud de la Nación, se entiende que “para cada uno del total de TRES (3) TRATAMIENTOS DE REPRODUCCIÓN MÉDICAMENTE ASISTIDA CON TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN MÉDICAMENTE ASISTIDA DE ALTA COMPLEJIDAD (TRHA/AC) a los cuales cada paciente tiene derecho, quedarán incluidos los procedimientos médicos y etapas contemplados en el ANEXO I (GDE IF-2017- 00032620-APN-DD#MS), con el alcance fijado en el ANEXO II (GDE IF-2017- 00033241-APN-DD#MS) y en el ANEXO III (GDE IF-2017- 00033713-APN-DD#MS) los que forman parte integrante de la presente, a los efectos de lo dispuesto por el artículo 8º, tercer párrafo del Anexo al Decreto Reglamentario Nº 956/13” (art. 1º). En ese Anexo I, inciso b) se trata el caso del “TRATAMIENTO DE ALTA COMPLEJIDAD CON TÉCNICA DE INYECCIÓN INTRACITROPLASMÁTICA DE ESPERMATOZOIDES (ICSI) CON OVOCITOS PROPIOS. UN (1) TRATAMIENTO DE ALTA COMPLEJIDAD consistente en o con técnica de INYECCIÓN INTRACITROPLASMÁTICA DE ESPERMATOZOIDES CON OVOCITOS PROPIOS comprenderá los siguientes procedimientos médicos/etapas: (I) UNA (1) estimulación ovárica —también denominada estimulación ovárica controlada—; (II) UNA (1) aspiración ovocitaria bajo control ecográfico; (III) UN (1) procesamiento de esperma mediante Percoll y otros métodos especiales para la recuperación de espermatozoides; (IV) UNA (1) microinseminación; (V) UN (1) cultivo in Vitro hasta blastocito; y (VI) hasta TRES (3) transferencias de embriones (en fresco o criopreservados)”. Entre otras cuestiones terminológicas, en el Anexo III se aclara que se entiende: “iii. Procesamiento de esperma mediante Swim Up, Percoll u otro método: procedimiento médico a través del cual se miden parámetros como volumen, forma y números de los espermatozoides, además de su movimiento, consistencia y acidez (Ph) para determinar cuál es la calidad espermática y posterior lavado de semen y separación de los mejores espermatozoides” y “ix. Criopreservación: procedimiento médico de congelamiento o vitrificación y almacenamiento de embriones, gametos o tejido gonadal”. Asimismo, el art. 1º de la resolución nº 1045/18 del mismo Ministerio estableció que “que todo medicamento aplicado a cualquier tratamiento de reproducción médicamente asistida, previsto por la Ley Nº 26.862, deberá ser brindado con cobertura al CIENTO POR CIENTO (100%) por los agentes obligados enunciados en el Artículo 8° de dicha Ley”. 4.4 °) A su vez, el artículo 8º de la Ley Nacional Nº 23.360 (Ley de Obras Sociales), aplicable supletoriamente a la ObsBA en virtud de lo establecido por el artículo 2º, inciso d) de la Ley Nº 472, dispone que “[q]uedan obligatoriamente incluidos como beneficiarios de las obras sociales: a) los trabajadores que presten servicios en relación de dependencia, sea en el ámbito privado o en el sector público del Poder Ejecutivo o en sus organismos autárquicos y descentralizados; en empresas y sociedades del Estado, en la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y en el Territorio Nacional de la Tierra del Fuego, Antártida e Islas del

Atlántico Sur; b) los jubilados y pensionados nacionales y los de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires; y c) los beneficiarios de prestaciones no contributivas nacionales".

4.5 9) En esa coyuntura, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que "mediante la sanción de la ley 26.862, el legislador ha procurado `garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción asistida´ (art. 10) comprendidas las `técnicas de baja y alta complejidad que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones´ (art. 2º, primer párrafo). La cobertura debe ser brindada por "el sector público de la 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" (art. 8º). Tales entidades de servicios de salud deben incorporar "como prestaciones obligatorias" para 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" (v. Fallos 338:779 consid. 6º). En tal sentido, el Máximo Tribunal Federal concluyó que las disposiciones de la Ley Nº 26.862 resultaban de orden público y que en la norma reglamentaria se imponía la necesidad de adoptar medidas para la efectiva implementación de sus previsiones (conf. Fallos 337:654 y 338:779). Más tarde, en referencia a la normativa antes señalada, ese Tribunal señaló que "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 (conf. 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)" (Fallos 341:929).

4.6 9) Por último, no resulta posible soslayar la grave situación sanitaria desatada en virtud de la pandemia ocasionada por el COVID-19 que ha llevado tanto a las autoridades nacionales como locales a dictar conjunta y coordinadamente la normativa necesaria tanto para enfrentarla como para propender al resguardo de la población y la protección del derecho a la salud, tanto a nivel individual como a nivel colectivo. En esta senda, debe comenzarse señalando que por conducto del decreto n° 260/PEN/2020 se amplió la emergencia pública en materia sanitaria establecida por ley n° 27.541 en virtud de la

Pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en relación con el coronavirus COVID-19, por el plazo de un año a partir de la entrada en vigencia del mencionado decreto (art. 1°). Inicialmente, se tomaron medidas relacionadas con la difusión de las medidas sanitarias adoptadas, la entrega de productos farmacéuticos y sanitizantes, se recomendó la restricción de viajes desde y hacia las zonas afectadas (inc. 2° y sus incisos), la recomendación de cuarentena preventiva en ciertos casos (inc. 7°), la obligación de reportar síntomas compatibles con COVID-19 (art. 8°) y la suspensión de vuelos internacionales provenientes de las “zonas afectadas” por treinta días (art. 9°), solo por mencionar algunas de ellas. Luego, tal línea de acción fue profundizándose, debiendo destacarse de entre el vasto universo de medidas adoptadas, el dictado del decreto 297/PEN/2020, que dispuso el denominado “aislamiento social, preventivo y obligatorio” (art. 2°) según los términos del mencionado Decreto (art. 2°, ver también arts. 3° a 5°) y estableciendo también una serie de supuestos exceptuados de aquél (art. 6°) que han sido posteriormente ampliados (ver, entre muchas otras, decisiones administrativas n° 429, 450, 524 y 703 del 2020 y resolución n° 179/20 del Ministerio de Desarrollo Industrial). En el último párrafo del art. 6° se estableció que en todos estos casos, los empleadores y empleadoras deberán garantizar las condiciones de higiene y seguridad establecidas por el Ministerio de Salud para preservar la salud de las trabajadoras y de los trabajadores. Cabe señalar que, entre esas Decisiones Administrativas, la n° 524/2020 exceptuó del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” a la atención médica y odontológica programada, de carácter preventivo y seguimiento de enfermedades crónicas, con sistema de turno previo (art. 1, inc. 5°); y a los laboratorios de análisis clínicos y centros de diagnóstico por imagen, con sistema de turno previo (id., inciso 6°). Ese aislamiento instaurado por ese Decreto, fue sucesivamente prorrogado por sus pares n° 325, 355, 408, 459, 493, 520 y 576/2020, en este último caso hasta el 17 de julio de 2020 inclusive respecto de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Asimismo, en el marco de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se han tomado medidas, en el marco de su respectiva jurisdicción, en sintonía con las dispuestas a nivel nacional. Por empezar, el decreto de necesidad y urgencia n° 1/2020, a través de su art. 1° declaró la Emergencia Sanitaria en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires hasta el 15 de Junio de 2020 a los fines de atender y adoptar las medidas necesarias para prevenir y reducir el riesgo de propagación del contagio en la población del coronavirus (COVID-19). Posteriormente, con el dictado del decreto de necesidad y urgencia n° 8/2020, se prorrogó la declaración de Emergencia Sanitaria antes citada, hasta el 31 de agosto de 2020. Por último, el Ministerio de Salud de la Nación emitió el 14 de mayo de 2020 una serie de recomendaciones para la reproducción médicamente asistida en el contexto de la pandemia (<http://www.msal.gov.ar/images/stories/bes/graficos/0000001957cnt-20200515-reproduccion-medicamente-asistida-pandemia.pdf>). A través de ellas, se decidió mantener únicamente la garantía de la atención de personas que se encontraran en situación de “en ciclo” o requiriesen estimulación ovárica o criopreservación urgentes (por ejemplo, pacientes para oncopreservación), en lo que refiere a prácticas médicas relativas a reproducción asistida. El documento luego señala que, dado el dinamismo que presenta la situación diaria de la evolución de la circulación del virus en Argentina y el mundo, se dictó una medida de inclusión de nuevas excepciones a dicha medida base de aislamiento social,

preventivo y obligatorio, a través de la Decisión Administrativa 524/20, dentro de las cuales fueron incorporadas en lo que refiere al cuidado de la salud a la “atención médica y odontológica programada, de carácter preventivo y seguimiento de enfermedades crónicas”, como estudios de “laboratorios de análisis clínicos y de diagnóstico por imágenes”, todos “con sistema de turno previo”. En base a esa nueva medida y existiendo un sector de la población con problemas de fertilidad sin respuesta temporal a los mismos, y siendo la atención médica en muchos de estos casos, de carácter preventivo o crónico se acordaron nuevas “RECOMENDACIONES PARA LA REPRODUCCIÓN MÉDICAMENTE ASISTIDA EN EL CONTEXTO DE LA PANDEMIA COVID-19”, en atención a la necesaria respuesta que requieren y puede otorgarse actualmente a aquellas personas con problemas de fertilidad que sean asistidas exclusivamente en establecimientos de reproducción asistida que garanticen las medidas de prevención de COVID-19 recomendadas por este Ministerio para disminuir al máximo los riesgos de circulación viral que se detallan a continuación: “

Garantizar la disponibilidad de elementos de protección personal (EPP) (consulta en: <https://www.argentina.gob.ar/salud/coronavirus-COVID19/recomendaciones-uso-epp>).

Garantizar entrenamiento del personal en el uso de EPP. Garantizar la provisión de agua y jabón y/o soluciones a base de alcohol para el lavado de manos. Difundir la normativa entre los trabajadores para la rápida notificación ante la presencia de síntomas respiratorios o fiebre. El personal sanitario deberá evaluar en cada caso la aptitud para concurrir al trabajo o de lo contrario deberá licenciarse a la persona hasta o confirmarse o descartarse COVID-19. El periodo de licencia debe estar cubierto por el empleador. Adecuar las diferentes tareas fundamentales del establecimiento en base a turnos rotativos de trabajo y, disposición de descansos, de manera tal de garantizar, durante toda la jornada de trabajo, la distancia entre personas de 2 metros, garantizando la mínima convivencia simultánea de personas en un mismo espacio físico, entre otros. Notificar a la autoridad competente con precisión las medidas de seguridad e higiene implementadas en cada lugar de trabajo. Implementar las presentes recomendaciones en el marco de la Resolución N° 207/2020 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, del Poder Ejecutivo Nacional.”

Luego, el documento continúa del siguiente modo: “El conocimiento disponible con relación al impacto de la COVID19 en embarazadas y en recién nacidos es aún limitado en general, más limitado en particular durante los primeros meses del embarazo. Sin embargo, permite plantear diversos escenarios que contemplen: -Los riesgos y los beneficios conocidos, tanto para la persona gestante como para el embrión, el feto y el RN. -La elección informada, como un derecho de la persona que requiere atención de reproducción asistida, luego de ser asesoradas en forma fehaciente y comprensible por los equipos de salud específicamente entrenados en este tema. -El análisis individual de cada caso.

Considerando este marco, se recomienda incluir en la atención médica en materia de reproducción asistida para aquellos establecimientos antes mencionados, únicamente las siguientes actividades y procedimientos:

- Atención médica a través de telemedicina en aquellos casos que sea posible.
- Programación de turnos suficientemente espaciados para la atención en los centros médicos de reproducción para la realización de consultas médicas, estudios de laboratorio e imágenes a fin de cumplir con las normativas de aislamiento preventivo.
- Criopreservación de ovocitos y congelamiento de semen en casos de personas menores o mayores de 18 años que puedan ver comprometida su capacidad

reproductiva en el futuro, ello es, de modo previo al inicio de sus tratamientos quimioterápicos, radiantes o quirúrgicos. ● Inicio de tratamiento de reproducción humana asistida de alta complejidad (TRHA/AC) que resulte impostergable, ello es, para pacientes en condiciones crónicas que puedan comprometer su futuro reproductivo (reserva ovárica baja, falla ovárica precoz o edad reproductiva avanzada). ● Evaluación, en el marco de la relación médico paciente, de la opción de realizar o diferir la transferencia embrionaria. En caso de realizar la transferencia embrionaria debe explicarse en el consentimiento informado los riesgos y beneficios que dicha práctica conlleva en la situación sanitaria y epidemiológica actual. En cumplimiento de lo previsto por la ley de derechos del paciente (ley 26.529) y en el contexto de la Pandemia COVID-19, los establecimientos de reproducción asistida que realicen alguna/s de la/s actividad/es y/o procedimiento/s antes señalados deberán informar a sus pacientes, de manera clara y precisa, sobre los riesgos relacionados a la enfermedad COVID-19. Los profesionales de dichos establecimientos deberán informar sobre las normativas y recomendaciones respecto a las medidas preventivas, independientemente de un embarazo. En este sentido, deberán ofrecer la opción de proceder o posponer el tratamiento de reproducción asistida a dichos pacientes, habiendo brindado la información suficiente sobre los riesgos de contraer el virus durante el embarazo, basándose en la evidencia científica que hasta el momento no es concluyente con respecto a las consecuencias del virus en el primer trimestre de embarazo y de esa forma expresar su voluntad en el correspondiente CONSENTIMIENTO INFORMADO. Las presentes recomendaciones se enmarcan en las medidas antes citadas, dados los fundamentos reseñados, en resguardo de la garantía al acceso integral a los procedimientos y técnicas médico asistenciales de reproducción médicamente asistida reconocida por la ley 26.862 correspondiendo su cumplimiento por parte de los obligados por el art. 8 de la citada ley, y con el alcance previsto por el ANEXO II de la Resolución 1-E/2017 de este Ministerio de Salud de la Nación, a efectos de garantizar la plena cobertura de las prestaciones incluidas a través de estas recomendaciones. Dada la situación dinámica de la pandemia, este documento podrá ser modificado conforme se obtenga mayor evidencia científica y el momento epidemiológico.” (la negrita no pertenece al original). 5º) Sentado lo anterior, cabe señalar que -en el marco de una tutela anticipada- la jurisprudencia se ha manifestado en favor de admitir pretensiones como la incoada en el sub examine. En efecto, la Sala I de la Cámara de Apelaciones del fuero, sostuvo que “tampoco puede soslayarse el contenido de la ley N°26.862, cuyo objeto lo constituye garantizar aquellos derechos a través del acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida (art. 1º) y que, como habrá de verse, otorga un amplio marco de protección al derecho que invocan los actores (...) la naturaleza de orden público de sus disposiciones y por los términos en que la norma reglamentaria impone la necesidad de adoptar medidas para la efectiva implementación de sus previsiones en el ámbito de la ciudad -v. CSJN in re “L.E.H. c/ O.S.E.P. s/ amparo”, del 01/09/15-” (v. “Francas Cynthia Vanesa y otros c/ Obra Social de Buenos Aires (ObsBA) s/ incidente de apelación” expte. N° A3662-2015/1 del 26/02/2016). Por su parte, la Sala II de la Cámara de Apelaciones del fuero ha resuelto que correspondía ordenar a la OBSBA que “brind[ara] a [la peticionante] la cobertura integral del tratamiento de fertilización médicamente asistida de alta complejidad a través de inyección intracitoplasmática de espermatozoides (FIV-

ICSI), con ovodonación y columnas de anexinas, (...) hasta tanto los médicos tratantes lo consider[aran] necesario en función de las probabilidades de éxito del tratamiento o se res[olviera] el fondo del asunto y esa decisión quede firme, lo que ocurra primero”. En este sentido, el Tribunal entendió que “la invocación, por parte de la ObSBA, de que su actividad propia se encuentra regida sólo por las disposiciones internas dictadas por su directorio (...) importaría desde ya, y para el caso, restar toda validez legal a las previsiones normativas contenidas en la ley N°26.862, lo cual, como correlato, se traduciría en un obstáculo para la vigencia de los derechos consagrados, del modo apuntado, en la norma nacional”. Ello, en virtud de “la naturaleza de orden público de sus disposiciones y por los términos en que en la norma reglamentaria se impone la necesidad de adoptar medidas para la efectiva implementación de sus previsiones en el ámbito de la ciudad” (v. “Orellano, María Julia c/ObSBA s/ incidente de apelación”, expte. N° A37745-2013/1 del 08/03/2016). Por su parte, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal en el precedente “Valdez Leguizamón María Cecilia y otro c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ incidente de apelación”, causa N° 7957/08 del 14/10/08 ordenó la realización de un tratamiento aun cuando no se encontraba expresamente previsto en el Plan Médico Obligatorio. Dicho Tribunal indicó que “tampoco forma óbice a la pretensión cautelar el hecho de que la fertilización in vitro no esté contemplada en el Programa Médico Obligatorio –que la recurrente invoca a pesar de destacar que no le resulta aplicable– puesto que reiteradamente se ha entendido que no constituye una limitación para los agentes del seguro de salud, sino que consiste en una enumeración no taxativa de la cobertura mínima que los beneficiarios están en condiciones de exigir a las obras sociales (cfr. esta Sala, doct. Causas 630/03 del 15-4-03 y 14/2006 del 27-4-06, entre otras)”. A su vez, la Sala II de la Cámara Civil y Comercial Federal afirmó, en “R, S c/ Obra Social de la Unión Personal Civil de la Nación s/ Amparo de salud”, causa N° 2.940/16 del 28/06/2016, que “la cobertura integral de los medicamentos para todos los sujetos intervinientes 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 de garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico asistenciales, y en tal sentido sigue lo 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 1y 6 del "considerando" del decreto N° 956/13, reglamentario de la ley 26.862)”. 6º) En razón de la normativa y jurisprudencia reseñada, se estima, en este estado liminar del proceso, que el derecho de la amparista se presenta como verosímil. Nótese además que según de la constancia médica acompañada, surgiría que la actora ha sido diagnosticada con baja reserva ovárica, supuesto comprendido en las Recomendaciones emitidas por el Ministerio de Salud de la Nación a fin de efectuar el tratamiento durante esta pandemia. Agréguese a ello que el centro de fertilidad en cuestión se trataría un prestador de la Obra Social demandada (v. <http://www.obsba.org.ar/cartilla>) y que la negativa se basaría, entre otras razones, en no haberse solicitado la cobertura, en no estar indicado por el médico tratante y en que no se contempla la donación de semen para casos de familias monoparentales. Frente a ello, en este estado preliminar, el intercambio de correos electrónicos vendría a desmentir lo sostenido en las cartas documento emitidas por la OBSBA en cuanto a la falta

de reclamo anterior. Asimismo, se cuenta con un resumen de historia clínica que avalaría las prestaciones médicas que se solicitan, descritas y contempladas en la normativa antes transcrita. En cuanto a la provisión de semen, la OBSBA -a tenor de la respuesta dada en el correo electrónico en cuestión- no lo denegaría en todos los casos, sino -en cuanto interesa para el caso- cuando se trata de familias monoparentales. Por otra parte, ese distingo efectuado para no cubrir la provisión de semen para el caso de familias monoparentales no se encontraría contemplado en la normativa de mayor rango legal descripta con anterioridad, frente al criterio jurisprudencial amplio antes referido. Ello, sin perjuicio del análisis que a este respecto corresponda efectuar en la definitiva. En consecuencia, la OBSBA deberá cubrir el 100% del tratamiento de reproducción asistida, a saber: el procedimiento médico adecuado y previsto al efecto, de reproducción médicamente asistida de alta complejidad, (FIV/ICSI) en el Instituto Médico CER, con semen de banco, según indicación de los médicos tratantes, la totalidad de la medicación prescrita para tal fin y la eventual congelación (criopreservación) de embriones y observando las recomendaciones mencionadas en el punto 4.6°) y las restantes disposiciones emanadas de autoridades nacionales y locales en el contexto de la pandemia imperante. Todo ello, hasta que exista sentencia definitiva y firme en estos autos. 7°) En cuanto al peligro en la demora, ha sido definido por la doctrina como “el riesgo probable de que la tutela jurídica definitiva que aquél aguarda de la sentencia a pronunciarse en el proceso principal no pueda, en los hechos, realizarse, es decir que, a raíz del transcurso del tiempo, los efectos del fallo final resulten prácticamente inoperantes” (Palacio, Lino E., Derecho Procesal Civil, Abeledo-Perrot Online, Nº 2511/000392). En este orden de ideas, cabe poner de resalto de no accederse a lo peticionado, se podría frustrar en forma definitiva la planificación familiar elegida. En efecto, bastaría el simple paso del tiempo para impedir la concreción del proyecto de vida articulado en común -conf. art. 12, Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer; art. 24, Convención de los derechos del Niño, art. 21, Constitución de la Ciudad- (v. conf. CámCAyT, Sala II in re “Orellano” del 08/03/2016 cit). Esta conclusión se ve avalada pues la atención médica en supuestos como el que nos ocupa, se encuentra contemplada en las recomendaciones emitidas por el Ministerio de Salud de la Nación respecto a los tratamientos de fertilización asistida que se deban realizar durante esta pandemia. 8°) Por último, se debe tener en cuenta que no se advierte que la concesión de la tutela cautelar pretendida pueda ocasionar una frustración del interés público, ni que pueda afectar la prestación de un servicio público o perjudicar una función esencial de la administración. Muy por el contrario, desconocer el derecho a la salud reproductiva atenta contra dicho interés público. 9°) Por lo tanto, cabe concluir que en el sub examine se encuentran reunidas las condiciones necesarias para acceder a la pretensión cautelar solicitada, y la caución juratoria prestada en el último párrafo del apartado 6 del escrito de demanda, aparece, en mi opinión, como una adecuada contracautela dadas las circunstancias del caso. Por las razones expuestas, RESUELVO: Hacer lugar a la medida cautelar solicitada. En consecuencia, la OBSBA deberá cubrir el 100% del tratamiento de reproducción asistida, a saber: el procedimiento médico adecuado y previsto al efecto, de reproducción médicamente asistida de alta complejidad, (FIV/ICSI) en el Instituto Médico CER, con semen de banco, según indicación de los médicos tratantes, la totalidad de la medicación prescrita para tal

fin y la eventual congelación (criopreservación) de embriones y observando las recomendaciones mencionadas en el punto 4.6°) y las restantes disposiciones emanadas de autoridades nacionales y locales en el contexto de la pandemia imperante. Todo ello, hasta que exista sentencia definitiva y firme en estos autos. Regístrese -oportunamente- y notifíquese a la actora mediante cédula electrónica a librarse por Secretaría y a la OBSBA conjuntamente y en el modo expuesto para el traslado de la acción dispuesto en autos, en ambos casos con habilitación de días y horas inhábiles. Asimismo, cúmplase con la vista al Ministerio Público Fiscal ordenada en autos, por conducto del sistema EJE