



Carrera María Belén

Trabajo Final de Graduación

***“Ley N°26.862: Técnicas de Reproducción
Médicamente asistidas. Derecho a la Salud
Reproductiva y Garantías Constitucionales”***

Universidad Siglo 21

Abogacía

2018

RESUMEN

La Ley N°26.862 de “ Reproducción Medicamente Asistida”, fue sancionada a los fines de la correcta reglamentación de las técnicas de reproducción e incluida en el Plan Médico Obligatorio, con el objeto de que las Obras Sociales y Entidades de Medicina Prepaga, como así también la Salud Pública, brinden a las personas la posibilidad del acceso a las mismas, de esta manera, el Legislador aseguraba a las personas el ejercicio del derecho a la salud tutelado por la Constitución Nacional y Tratados Internacionales. La sanción de la Ley fue de envergadura en el País, ya que la intención de los legisladores fue la de ampliar los derechos en una sociedad que va evolucionando y cambiando logrando de esta manera una comunidad más justa y democrática. Pero más allá de este contexto normativo, es común que no brinden esta cobertura, con fundamentos que resultan insuficientes, generando desigualdad en el acceso a la salud entre quienes pueden afrontar los gastos de estos tratamientos, de manera privada y entre los que no, constituyendo una violación al Principio Constitucional de Igualdad. Por todo ello, resulta común que las personas recurran al sistema judicial en busca de la protección de sus derechos reproductivos. Resolver los problemas de los vacíos legales es una cuota pendiente en la legislación para de esta manera alcanzar una cobertura integral e interdisciplinario de las técnicas de reproducción medicamente asistidas.

Derecho a la Salud – Principio de Igualdad – Ley N°26.862 – Técnicas de Reproducción Asistida – Herramientas legales- Cobertura integral e interdisciplinaria

ABSTRAC

The Law N ° 26.862 of "Medically Assisted Reproduction", was sanctioned for the purposes of the correct regulation of reproduction techniques and included in the Compulsory Medical Plan, with the purpose that the Social Works and Prepaid Medicine Entities, as well as also Public Health, give people the possibility of access to them, in this way, the Legislator assured people the exercise of the right to health protected by the National Constitution and International Treaties. The sanction of the Law was of great importance in the country, since the intention of the legislators was to expand the rights in a society that is evolving and changing, thus achieving a more just and democratic community. But beyond this normative context, it is common that they do not provide this coverage, with foundations that are insufficient, generating inequality in access to health among those who can afford the costs of these treatments, privately and among those who do not, constituting a violation of the Constitutional Principle of Equality. For all these reasons, it is common for people to resort to the judicial system in search of the protection of their reproductive rights. Solving the problems of legal loopholes is a pending quota in the legislation in order to achieve an integral and interdisciplinary coverage of medically assisted reproduction techniques.

Right to Health - Principle of Equality - Law No. 26,862 - Assisted Reproduction Techniques - Legal tools - Comprehensive and interdisciplinary coverage

INDICE

INDICE	4
INTRODUCCION	6
NOCIONES GENERALES	10
1.1. Derechos Humanos	10
1.2. Derecho a la salud	11
1.2.1. Caracteres	13
1.3. Derecho a la información	14
1.4. Reproducción humana. Un mandato social	17
1.5. Técnicas de reproducción asistida	19
1.5.1. Inseminación intrauterina o artificial	20
1.5.2. Inseminación con semen de banco	22
1.5.3. Ovodonación	22
1.5.4. Procedimiento de fertilización in vitro	23
1.6. Conclusiones parciales	27
DERECHO COMPARADO. REGLAMENTACIÓN DE FERTILIZACIÓN ASISTIDA. 30	
2.1. Legislación Europea	30
2.2. Legislación Latinoamericana.	36
2.3. Conclusiones parciales	40
LEY N°26.862. FERTILIZACIÓN ASISTIDA	43
3.1. Antecedentes a la sanción de la Ley N°26.862	43
3.2. Análisis de Ley N°26.862	47
3.3. Análisis de Decreto Reglamentario N°956/2013	49
3.4. Conclusiones parciales	52
RESPONSABILIDAD Y COMPETENCIA DE OBRAS SOCIALES Y ENTIDADES DE MEDICINA PREPAGA	55
4.1. Alcance de las prestaciones	55
4.2. Sujetos tutelados por la ley	56
4.3. Principales Obligados	57
4.4. Incumplimiento de Obligaciones	58
4.4.1. Medidas Autosatisfactivas	59
4.4.2. Criterio judicial para su procedencia	59
4.4.3. Recurso de Amparo	60

4.4.3.1. Aspectos procesales	62
4.4.3.2. Cuestiones que considerar.....	63
4.5. Conclusiones Parciales.....	67
CONCLUSIÓN.....	69
BIBLIOGRAFÍA	73

INTRODUCCION

El Estado a los fines de garantizar el cumplimiento del derecho a la salud de los ciudadanos conferido por la Constitución Nacional, sanciona la ley N°26.862, con el fin de reglamentar la cobertura de las obras sociales y entidades de medicina prepaga, en lo que refiere a la reproducción médicamente asistida, la cual fue incluida en el Plan Médico Obligatorio. Pese a ello, dichas entidades niegan su cobertura, con fundamentos que resultan insuficientes por no encontrar sostén en la normativa vigente, lo cual claramente genera una desigualdad en cuanto al acceso a la medicina de las personas, estableciendo un desequilibrio entre quienes pueden costear económicamente de manera privada estos costosos tratamientos médicos, y los que no; generando una situación inconstitucional, ya que se produce una violación del Principio Constitucional de Igualdad. Ello motiva a las personas a recurrir a la Justicia en busca de la protección de sus derechos reproductivos.

Por todo ello, es que el presente trabajo se plantea como problema de investigación los siguientes interrogantes ¿El marco legal aplicable a la cobertura de los tratamientos de reproducción médicamente asistida es suficiente para brindar la adecuada protección a los derechos constitucionales involucrados?

En la actualidad nuestra sociedad vive constantes cambios, para los cuales el Derecho debe ir modificándose de manera tal que se adapte a los mismos respondiendo así a las necesidades sociales que se presentan, y no llegar al punto en que es el juez quien deba resolver a su libre criterio, preservando de esta manera todas nuestras garantías constitucionales. En este sentido, resultó de trascendencia la sanción de la Ley N°26.862 “Reproducción Médicamente Asistida”, a los fines de reglamentar la cobertura de las obras sociales y entidades de medicina prepaga, (Art. 3 de la ley referida), ello en respuesta del reconocimiento del derecho a la salud, el cual

se lo vincula íntimamente con el derecho que tienen las personas a formar una familia, por lo que se reconoce los derechos reproductivos, como parte de los derechos humanos fundamentales, ya sea para procrear o no, siendo esto último una decisión en el marco de libertad de las personas.

Para dar cuenta del problema de investigación planteado en esta obra se formulan los siguientes objetivos generales, analizar de manera crítica la Ley N°26.862, a los fines de determinar si la misma resulta conforme a lo establecido en la Constitución Nacional. Mientras que como objetivos particulares se plantean el abordaje de conceptos generales del derecho establecidos en la Constitución; describir las técnicas de fertilización asistida que se aplican en el país; luego analizar desde el derecho comparado, los países cuya legislación permite a las personas acceder a las técnicas de reproducción asistida; el análisis de la Ley N°26.862 de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico – asistenciales de reproducción médicamente asistida, vigente en Argentina, particularmente su Art. 3, y la correlación de dicha norma con los Art. 42 y Art. 75 Inc. 22 de la Constitución Nacional; investigar, recursos y herramientas legales que permiten a las personas hacer valer sus derechos, mediante el acceso al sistema judicial; abordar, jurisprudencia tanto a nivel nacional como local, de casos concretos en los que las personas debieron acudir a la justicia a los fines de garantizar el ejercicio de sus derechos.

Para ello, la investigación inicia con una recopilación documental bibliográfica a los fines de un abordaje genérico de la temática que se investiga en la presente obra, permitiendo que el lector se introduzca en el problema de investigación con conceptos generales y una breve descripción de las técnicas de reproducción asistida, en el marco tanto del mandato social de ser padres como en el marco legal. Luego de ello se realiza un estudio del derecho comparado referido a esta temática.

Continuando con un análisis de la Ley N°26.862, en lo que respecta al instituto de la fertilización asistida. No obstante, se ha trabajado sobre aquellos textos más significativos publicados hasta la fecha.

De acuerdo con los objetivos propuestos, el presente trabajo investigativo se organiza de la siguiente manera:

A modo de introducir al lector en la temática abordada, en el capítulo 1 se realiza un abordaje de los conceptos generales del derecho, continuando el mismo con el abordaje de las diferentes técnicas de reproducción asistida que son desarrolladas y elegidas por los pacientes en nuestro país.

Obtenida esta introducción en la temática, se continúa en el capítulo 2 con un estudio de la fertilización asistida desde el derecho comparado, a los fines de obtener una visión generalizada de los orígenes de ésta, tanto en Europa como el Latinoamérica.

Una vez realizada esta introducción en la temática de investigación, resulta conveniente el estudio pormenorizado de la legislación vigente en Argentina respecto a la fertilización asistida, lo cual nos brinda el marco normativo que vela por los derechos constitucionales de salud que poseen las personas.

En el contexto normativo del derecho a la salud de los habitantes de la Nación, resulta de interés el capítulo 4 de la investigación, que desarrolla las medidas judiciales que poseen las personas para hacer valer sus derechos de acceso a las técnicas de reproducción asistida. Ellos son el recurso de amparo y las medidas autosatisfactivas, no solo abordándolas conceptualmente, sino también con el sustento en análisis de jurisprudencia.

Y finalmente, se presentarán conclusiones.

CAPITULO I: NOCIONES GENERALES

NOCIONES GENERALES

Para comenzar con el desarrollo del presente trabajo de investigación, resulta pertinente realizar un abordaje de los conceptos generales del derecho, tales como son los derechos humanos, dentro de los cuales se encuentra el derecho a la salud, el que es reconocido por la Constitución Nacional, y que abarca varios aspectos de la persona entendida como sujeto de derecho, tales como la libertad de información, el consentimiento informado, la autonomía de la voluntad, que resulta de relevancia en la temática de investigación, ya que permiten fundamentar si la ley que regula la fertilización asistida se condice o no con los preceptos constitucionales de las personas y lógicamente con el ordenamiento jurídico vigente.

Una vez concluida esta introducción conceptual, resulta pertinente un análisis de las técnicas de reproducción asistida que se implementan en Argentina y que se encuentran reguladas por la ley, a los fines de obtener un conocimiento de ellas.

1.1. Derechos Humanos

La palabra Derechos humanos comprende una serie de atributos y facultades que poseen los individuos como tal, esenciales tanto para su vida y como su desarrollo. Forman parte del bien común internacional y se refleja en numerosos instrumentos supranacionales o interestatales. El concepto de derechos humanos se ha equiparado con el de los derechos fundamentales y esenciales para el hombre; relacionados a la dignidad de ser humano y cuyo respecto es ergo omnes, se dan contra todos y frente a todos, son universales. La protección de ellos va unido a la restricción por parte del Estado, a que sean vulnerados y obstaculizados en el pleno goce y ejercicio de los derechos, están obligados a cumplirlos y hacerlo efectivos en sus jurisdicciones internas y de adjudicar directamente a las personas la titularidad de

los derechos que cada tratado contiene. El sujeto de derecho esta investido de personalidad internacional y los derechos humanos no son de jurisdicción exclusiva de un Estado ya que son parte de la jurisdicción concurrente o compartida entre el Estado y la Jurisdicción Internacional.

A partir de la reforma constitucional del año 1994 se le ha conferido la misma jerarquía constitucional a una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos (convenciones, declaraciones o pactos en materia de derechos humanos) en el art 75 inc. 22 y a su vez en el caso de que no queden dotados de jerarquía constitucional van a ser superiores a las leyes.

1.2. Derecho a la salud

La OMS, define a la Salud como el “Estado completo de bienestar físico, mental y social y no meramente la ausencia de afecciones o enfermedades” .

Dentro de los derechos humanos, contemplados tanto en la Constitución Nacional como en los tratados internacionales y leyes específicas, se encuentra el derecho a la salud y el derecho a la información, los cuales tienen su fundamento en el reconocimiento de la dignidad de la persona (Nino, 1984; Bidart Campos, 1991). Tal como era establecido, según la concepción Kantiana, (Kant, 1995) si el hombre era considerado como medio, se le negaba la posibilidad de consentir, cuando en realidad es un sujeto moral con autonomía. Por lo que se debe reconocer al hombre como un fin en sí mismo, ya que las personas tienen dignidad. Desde este punto de vista, se derivan los siguientes derechos fundamentales de la persona tales como son la vida, la integridad física, la salud, la libertad de pensamiento y culto, la libertad sexual, el acceso a la información, entre otros.

En este sentido, la doctrina de los derechos personalísimos sostiene que del derecho a la vida deriva el derecho a la salud, el cual debe ser vinculado con el concepto de dignidad, información, y privacidad, los cuales naturalmente se vinculan con la concepción de autodeterminación de la persona. En lo que refiere a privacidad comprende la protección de aspectos tales como el poder estar a solas sin interferencias y la no divulgación de datos que puedan afectar o desprestigiar a la persona. Su protección legal se encuentra enmarcada en la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Convención sobre los Derechos del Niño, todos ellos con jerarquía constitucional.

Asimismo, el derecho a la igualdad surge de la misma concepción de dignidad de la persona como sujeto de derechos, la cual no permite la discriminación de las personas, por lo que garantiza la efectiva igualdad de oportunidades. Este principio de igualdad de oportunidades es el que permite formar una justificación que resulte ética dentro del derecho positivo el de la salud para todos (Daniels, 1985). Como surge de lo expuesto hasta aquí, la corriente de pensamiento kantiano resulta insuficiente para garantizar la efectiva igualdad de oportunidades, ya que la dignidad requiere condiciones tales como un bienestar material y la satisfacción de necesidades que permita el desarrollo de capacidades básicas. En este sentido se debe desarrollar una regulación de la información de importancia en el ámbito de la salud, tales como son el consentimiento informado y las condiciones de bienestar que éste supone.

En lo que se refiere puntualmente al derecho de la salud reproductiva, Basile, reflexiona que, es un derecho de tipo subjetivo y personalísimo, pero a pesar de ello, se considera socialmente como valor que reviste un interés público y no solamente

como un derecho subjetivo privado. Es importante señalar, que es un derecho humano, que se encuentra regulado para el cuidado y protección del propio cuerpo y psiquis de la persona. Es un derecho que claramente se vive dentro de la esfera de intimidad del sujeto, ya que afecta directamente la sexualidad del mismo; es decir que su tratamiento y ejercicio debe resguardarse a los fines de que se garantice su plenitud. Tal como prescribe la Ley N° 25.673, reglamentada por Decreto 1282/2003, entre otras normas de salud reproductiva, en los ámbitos provinciales y municipales. (Basile, 2003).

1.2.1. Caracteres

El derecho a la salud, contemplado por la Constitución Nacional, posee diferentes caracteres a saber¹:

Universalidad. Mediante el dictado de los decretos N°1269/1992, luego derogado y sustituido por el Decreto N°455/2000 se determina el Marco Estratégico Político para la Salud.

Accesibilidad. La asistencia sanitaria gratuita se brinda a través del sector público. Mientras que, dentro de quienes cotizan la salud, se encuentran las Obras Sociales, que brindan servicios de cobertura a aquellas personas que se encuentran prestando tareas laborales en relación de dependencia, y las empresas de medicina prepagada.

Por su parte dentro de este carácter, también corresponde referir a los centros de salud que se encuentran ubicados en el territorio nacional, y es aquí donde la

¹ 2006. Protección de la salud: IV Informe sobre Derechos Humanos. Trama editorial. ProQuest Ebook Central. Recuperado de <http://ebookcentral.proquest.com/lib/biblioues21sp/detail.action?docID=3429812>.

política legislativa ha tratado de llevar a cabo una distribución lo más homogénea posible.

Extensión. Dentro del hospital público, los usuarios que acuden al mismo reciben todas aquellas prestaciones que posee la institución sin distinción alguna. Mientras que en los casos de los beneficiarios de las obras sociales y las empresas prepagadas se les debe otorgar las prestaciones que se encuentren contempladas en el Plan Médico Obligatorio.

Calidad. La posibilidad de elegir el médico es un derecho que posee el paciente, pero con determinados límites, ya que es común que se produzcan dos situaciones. Por un lado, el paciente elige el profesional para ser atendido, obteniendo un reintegro. Y por el otro lado, esta elección del profesional se realiza en función de una lista predeterminada, que puede sufrir modificaciones, por altas o bajas de los profesionales, las cuales deben ser informadas a los pacientes para que éstos puedan realizar una nueva elección.

Como se observa, el derecho a la salud corresponde a todas las personas, más allá de las condiciones socioeconómicas que posea la misma. Es el Estado el encargado de brindar las prestaciones médicas necesarias, y en las mismas condiciones que las obras sociales y medicinas prepagas. Que tal como surge de lo expuesto aquí, estas últimas se encuentran obligadas a llevar a cabo aquellas prestaciones que se encuentran incluidas en el Plan Médico Obligatorio, recordando que en la actualidad dentro de éste se encuentran las prácticas de fertilización asistida.

1.3. Derecho a la información

Todo lo que refiere a la información que tiene derecho de acceder los pacientes, tiene una directa relación con el consentimiento. El consentimiento a la

información deriva de la autonomía de la voluntad, es decir, el derecho que tiene la persona a la autodeterminación, a la protección de la privacidad, y la igualdad de oportunidades. Por ende la persona es un sujeto capaz organizar su propia vida, por medio de proyectos y metas los cuales deben ser respetados.

El CCCN nos remite al Art. 59 respecto al consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud que es la manifestación del paciente a la voluntad de someterse al tratamiento que debe arribar. Esto está en íntima conexión con las leyes 26.529 y 26.742 respecto a la obligación legal del consentimiento previo a la ejecución de práctica médica e investigación en torno a la salud, sosteniendo de esta manera la autonomía en la propia vida. (Bueres, 2014). También está plasmado en la Constitución Nacional, cuando refiere a los derechos del consumidor y usuario - Art. 42-, es condición sine qua non brindar información adecuada, veraz y previa, para que el consentimiento resulte válido, además de que debe ser expresado con libertad, en función del principio de autonomía. Antes de someterse a las técnicas de fertilización asistida, las personas deben estar informadas sobre en qué consiste las técnicas, cuales son las ventajas y riesgos que se pueden presentar, que implicancias tiene, entre otros. El uso de las técnicas de fertilización es una decisión libre de la persona, como autonomía de la voluntad, con el objetivo de traer otra vida al mundo, cumpliendo con el deseo de formar una familia cuando por vías naturales no se pueda realizar, siempre que no se afecten los derechos fundamentales entre ellos la dignidad, identidad e integridad y respetando el orden público y las buenas costumbres. Hay quienes invocan, precisamente la autonomía de la voluntad, para justificar el uso de las técnicas de reproducción ya que se trataría de una decisión que adopta libremente una persona con el objeto de traer otra vida a este mundo, cumpliendo así con su deseo de reproducirse y formar una familia cuando por vías naturales no puede

hacerlo. Este principio de autonomía de la voluntad se extiende a todo el Derecho Civil, siendo un principio general del Derecho, con carácter fundamental, al igual que la libertad que tiene el hombre, inherente a su naturaleza. Todo sujeto no solo tiene libertad, sino que es libre pero esta libertad no es un derecho absoluto tiene ciertos límites, entre ellos; la libertad de una persona termina donde empieza la del otro, al igual que los derechos de uno terminan donde comienza lo de los otros. También se limita para proteger otros derechos fundamentales como el derecho a la vida, a la identidad, al honor, a vivir en un medio ambiente sano, establecidos en la Constitución Nacional.

Resulta de gran relevancia en esta temática desarrollada el consentimiento informado, el cual comprende aspectos que derivan de forma directa de la autonomía de la persona, ellos son el derecho a la autodeterminación, la privacidad, y el reconocimiento a la igualdad de oportunidades. Por lo que se puede concluir que el consentimiento informado no es un simple requisito burocrático que deben cumplir las personas, sino más bien resulta la aceptación de una concepción moral de las personas, entendiéndolas como sujetos con capacidad de crear su plan de vida, elaborar proyectos y metas que lo expresen (Costa, 1996), por lo que la mera igualdad formal entre las personas resulta insuficiente, siendo necesario que se cumplan las condiciones de justicia. Como corolario de todo lo expuesto hasta aquí, tal como sostiene Ortúzar (1996, 2002, 2009) el consentimiento informado, aplicado a la práctica clínica, no supone sólo la libre decisión basada en el cálculo de riesgos médicos, sino que considera cuestiones psicológicas y ético-sociales.

1.4. Reproducción humana. Un mandato social

En un abordaje de los aportes interdisciplinarios de las Ciencias Sociales, se destaca la Teoría de Género (Pérez, 2004), como un paradigma que explica la realidad, parte de considerar que lo “femenino” y lo “masculino” no son hechos naturales o biológicos, sino más bien son construcciones culturales. Así, cada sociedad y cultura determina lo que será apropiado para uno u otro sexo.

Este ordenamiento social envuelve una serie de mandatos, valores y expectativas excluyentes, y son contruidos por oposición, lo que es hombre no es mujer y viceversa. Así, desde lo explícito, se imparten explicaciones, consejos, transmisión de lenguaje, y de forma implícita, gestos, timbres de voz, silencios, y fundamentalmente mediante la observación de conductas, primero observadas y luego internalizadas, provenientes, fundamentalmente, de padres y madres y/o de hombres y mujeres miembros del entorno familiar, primer ente socializador. Por lo que, las personas interiorizan patrones de conducta -de lo considerado femenino y masculino- y tienden a reproducirla y a transmitirlas a los demás.

Lo femenino y lo masculino, lleva aparejado, además, una jerarquización social, en donde a lo considerado masculino se le asigna mayor valor social, privilegios, oportunidades, y el ejercicio del poder. Lo considerado femenino se asocia a lo natural, lo frágil y lo subalterno (Engelhardt, Manetti, 2004). Esta dicotomía resulta con gran evidencia en aquellos temas que guardan relación con hechos que son vitales de los seres humanos como por ejemplo el ejercicio de la sexualidad, la procreación y la crianza de la descendencia.

Por todo ello, la construcción de género, por su carácter abarcador de la totalidad de las expresiones de la significación asignada socialmente a la masculinidad y a la feminidad (Maliandi, 2004), incluye también la modelación de un

comportamiento diferenciado de la sexualidad, caracterizado por pautas de dominación/subordinación; sexualidad masculina activa/femenina pasiva; aceptación o rechazo de ciertas prácticas y arreglos sexuales; preponderancia de la reproducción como objetivo primordial de la sexualidad. Todos estos elementos, claramente influyen de manera notable en la conformación de la auto-imagen y por ello, repercuten en los distintos comportamientos. Muchas de estas características son pautadas por el ejercicio del rol de género, influyen en la sexualidad y en las relaciones filiales.

Ahora bien, mientras que los patrones de socialización diferenciados han sido cuestionados en los últimos tiempos ante la visibilización de las parejas homosexuales, el tema de la conducta humana referida a la sexualidad y su relación con la maternidad/paternidad es complejo porque las representaciones de la mayoría de las mujeres y los hombres –sin mediar su condición sexual- coinciden con las ideas presentes en el imaginario social; esto es, el acuerdo explícito en que el principal objetivo en la vida es fundar una familia.

Más allá de la realidad de una sexualidad fuertemente escindida en las mujeres: diferenciadas como especialistas en la maternidad, de un lado, y en el erotismo en el otro. Más allá, que a los hombres –en contraposición al modelo femenino- se les otorga el derecho al placer y el ejercicio de la sexualidad sin reparos y limitaciones de orden social o jurídica. Más allá, de las actitudes y los comportamientos sexuales de hombres y mujeres que influyen al mismo tiempo en el comportamiento frente a la paternidad/maternidad. Más allá de las relaciones desiguales de poder en el hogar que generan prácticas ventajosas en los hombres y generan discriminación y vulnerabilidad en mujeres, niños y ancianos. Más allá de todas estas consideraciones, el mandato social de ser padres se impone.

1.5. Técnicas de reproducción asistida

Las técnicas de fertilización asistida que se han tomado para el desarrollo de la presente investigación son aquellas técnicas que se practican con habitualidad, y que son mencionadas por la Ley N°26.862.

La esterilidad² -definida como la imposibilidad de una pareja para lograr el embarazo después de un año y medio de mantener relaciones sexuales, o la imposibilidad de dar a luz un bebé vivo- acarrea ciertos trastornos que tallan en lo emocional y psicológico y, si a esto se le suma que la pareja debe dar cuenta de ello exponiéndose a una serie de estudios médicos, la situación aparece como –no menos- que agravante. Al mismo tiempo, las razones económicas suelen ser determinantes a la hora de la elección de una de estas técnicas de fecundación asistida.

A continuación, se presentan, a modo de síntesis, las técnicas de fertilización asistida que se realizan en el país.

² Las razones para la infertilidad son: la influencia dañina del medio ambiente, las exigencias de la vida profesional que obligan a la pareja a postergar sus planes de tener un hijo, no teniendo en cuenta que esta decisión va en contra de la etapa de fertilidad natural de la mujer ya que con el paso de los años se ve disminuida y además puede provocar [anomalías](#) y enfermedades a los embriones. La infertilidad que se hereda está causada por una anomalía en un [gen](#) ubicado en el [cromosoma](#) número dos de las células humanas. La falla genética impide la acción normal de una hormona sexual llamada FSH. La FSH estimula la liberación de óvulos en la mujer y contribuye a la maduración de los espermatozoides. Para cumplir estos objetivos, la hormona necesita acoplarse a una molécula receptora, encargada de transmitir la señal al interior de los órganos sexuales. El gen mutado modifica el receptor celular y la FSH no puede reconocerlo ni activarlo. Otros problemas de esterilidad femenina son: obstrucción de trompas, falta de ovulación o falta de ovarios, adherencias, [pólipos](#) o [fibromas](#) e inconvenientes en el pasaje de los espermatozoides a través del útero. Fecundación Artificial. Disponible en <http://www.oni.escuelas.edu.ar/olimpi99/segregacion-genetica/fecart.htm>

1.5.1. Inseminación intrauterina o artificial

Es una técnica³ sumamente sencilla que se define como el depósito de espermatozoides de forma no natural, en el tracto reproductivo de la mujer, en el momento próximo a la ovulación, con la finalidad de conseguir un embarazo. La inseminación intrauterina o artificial constituye la primera propuesta terapéutica para aquellas parejas que consultan por esterilidad y que presentan: integridad anatómica de por lo menos una trompa de Falopio; buena concentración de espermatozoides móviles.

Indicaciones para su utilización	Pasos de la inseminación intrauterina
<ul style="list-style-type: none">- Alteraciones leves del espermograma.- Dificultades coitales.- Alteraciones del cuello uterino (moco cervical hostil).- Endometrosis leve.- Factor inmunológico con bajo títulos de anticuerpos.- Alteraciones ovulatorias.- Esterilidad sin causa aparente.	<ul style="list-style-type: none">- Estimulación de la ovulación y monitoreo ecográfico.- Aplicación de la hCG.- Recolección y preparación del semen.- Inseminación.

Numerosos estudios han llegado a la conclusión que se obtienen mejores resultados cuando la inseminación artificial va acompañada de estimulación hormonal de la ovulación para lograr un desarrollo de varios folículos.

Se utilizan esquemas de estimulación moderados con el objetivo de evitar el desarrollo de más folículos de los deseados y de esta manera disminuir los riesgos de embarazo múltiple. Para estimular la ovulación se utiliza medicación a bajas dosis desde el día 3 o 4 del ciclo y se efectúan controles ecográficos periódicos que tienen

³ Procreate Red de Medicina Reproductiva y Molecular. (Ref. 14 de agosto de 2017) Disponible en: <http://www.procreate.com/reproducción>

la doble finalidad de programar el momento de la inseminación y a su vez permitir conocer el número de folículos que presenta la mujer. Si se presentan más de 3 o 4 folículos generalmente se cancela el ciclo a fin de evitar los embarazos múltiples y un cuadro denominado hiperestimulación ovárica.

Cuando se observa que los folículos alcanzaron determinado tamaño se aplica una inyección que permitirá la maduración final y la ovulación. Por lo tanto, unas horas después de esta aplicación -más de 24 hs.- se efectúa la inseminación.

Mientras tanto, el donante masculino debe entregar una muestra de semen y el mismo se procesa para separar los espermatozoides de buena calidad. Estos espermatozoides se colocan por medio de una delgada cánula en la cavidad uterina. Este es un procedimiento indoloro que dura unos pocos minutos y la paciente retoma inmediatamente su vida normal. Es un procedimiento ambulatorio, que se puede comparar a la toma de un Papanicolaou.

Unos catorce días después de la inseminación la paciente efectúa un análisis de subunidad beta en sangre para saber si está embarazada.

La ventaja principal de esta técnica es que es un procedimiento sencillo, indoloro y de bajo costo. Las desventajas son los riesgos mínimos de embarazo múltiple e hiperestimulación ovárica. Otra desventaja es la variabilidad en los resultados dependiendo de las diferentes indicaciones. Los resultados dependen fundamentalmente de la edad de la mujer y de la causa de su infertilidad, pero en forma global se puede considerar que la tasa de embarazo por ciclo es de alrededor de 13% y la tasa acumulada al cabo de 6 ciclos es de 50%.

1.5.2. Inseminación con semen de banco

Se utiliza cuando el varón presenta enfermedades hereditarias o incapacidad para producir espermatozoides. La primera norma que rige esta técnica⁴ es el anonimato tanto de parte del donante de semen como de los pacientes que lo utilizan. Los aspirantes a donantes son sometidos a una serie de análisis antes de ser aceptados: exploración general, sangre, semen, estudio de enfermedades de transmisión sexual, evaluación genética. La elección del donante se determina según las características del varón: se elige un donante de igual grupo sanguíneo y similares características físicas. La técnica que se utiliza es la misma que en el caso de la inseminación conyugal, pero utilizando la muestra proveniente del banco de semen.

1.5.3. Ovodonación

La donación de óvulos⁵ es un procedimiento que se realiza en Argentina hace más de 20 años, y permite a muchas parejas lograr el objetivo de ser padres. El procedimiento es anónimo y el acto de donar un óvulo es voluntario y altruista, en el cual sólo se pueden compensar las molestias físicas y los gastos de traslados y laborales que deriven en la donación. La donación nunca puede tener carácter lucrativo. En el procedimiento la pareja recibe óvulos donados que serán fertilizados con el semen del varón, así se formarán embriones únicos e irrepetibles que serán transferidos al útero de la receptora, la cual gestará el embarazo.

⁴ Procrearte Red de Medicina Reproductiva y Molecular. (Ref. 14 de agosto de 2017) Disponible en: <http://www.procrearte.com/reproducción>

⁵ Procrearte Red de Medicina Reproductiva y Molecular. (Ref. 14 de agosto de 2017) Disponible en: <http://www.procrearte.com/reproducción>

El médico tratante de la pareja evalúa la historia clínica de los mismos y en conjunto se tomará la decisión de realizar el procedimiento, donde la receptora sólo podrá recibir información de la edad de la donante y el grupo y factor. La selección se realiza de acuerdo con las características fenotípicas de la pareja y al grupo y factor. Una vez que la receptora decide realizar el procedimiento enviará un mail al instituto con una foto de ambos miembros de la pareja y grupo y factor. A partir de ese momento se comienza con la búsqueda de la donante.

Las potenciales donantes serán mujeres entre 21 y 30 años, con al menos un hijo sano, sin antecedentes personales ni familiares de enfermedades hereditarias, con buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar.

Una vez que se asigna una donante a la receptora, se comienza con la sincronización y preparación del endometrio para la transferencia. El médico de cabecera le informará los pasos a seguir para la preparación endometrial. Hay que tener en cuenta que desde que se acepta el procedimiento hasta que se realiza la transferencia embrionaria pueden pasar aproximadamente 3 meses, debido a la demora en el chequeo de las donantes.

1.5.4. Procedimiento de fertilización in vitro

Las técnicas⁶ de fertilización in vitro, como su nombre lo dice son aquellas en las cuales la fertilización se produce fuera del cuerpo -en el vidrio-. La técnica original se denomina FIV y en esta técnica la fertilización del óvulo por el espermatozoide se produce en un medio artificial como es el laboratorio, pero el proceso de fertilización es totalmente natural ya que se coloca un promedio de

⁶ Procreate Red de Medicina Reproductiva y Molecular. (Ref. 14 de agosto de 2017) Disponible en: <http://www.procreate.com/reproducción>

200.000 espermatozoides alrededor del óvulo, el que será penetrado naturalmente por uno de ellos y así se formarán los embriones que serán transferidos a la cavidad uterina por medio de diferentes tipos de catéteres mediante un procedimiento sencillo e incruento. Cuando la muestra espermática es muy pobre y se sospecha que es poco posible que los espermatozoides puedan fertilizar solos, se utiliza la técnica de inyección espermática intracitoplasmática, en donde se inyecta un espermatozoide en cada ovocito. Vale decir se favorece el proceso de fertilización.

La fertilización in vitro fue desarrollada inicialmente para el tratamiento de la infertilidad causada por obstrucción de las trompas. Sin embargo, las indicaciones con el correr del tiempo fueron ampliándose e incorporando todos aquellos casos en los que existe dificultad en el encuentro entre los espermatozoides y el óvulo. Así se han tratado factores masculinos, endometriosis, problemas inmunológicos, esterilidad sin causa aparente, etc. y se han incorporado algunos procedimientos como la criopreservación embrionaria, las técnicas de micromanipulación, la recuperación de espermatozoides, el cocultivo, el diagnóstico genético preimplantacional, etc.

Si bien los primeros casos de FIV fueron realizados durante ciclos espontáneos, en la actualidad se sabe que los mejores resultados se logran frente a la posibilidad de poder recuperar un buen número de óvulos. El médico desea optimizar las chances de embarazo en cada intento por lo que administra medicación para que se desarrollen varios folículos y de esta manera poder tener varios óvulos y varios embriones, que dará mayores expectativas de que al menos uno logre implantarse. Esta administración se denomina hiperestimulación ovárica controlada, pues busca el desarrollo multifolicular con un estricto control de su desarrollo para evitar posibles complicaciones.

Durante el ciclo de estimulación el médico le indicará a la paciente hacerse ecografías transvaginales y quizás análisis hormonales, con los cuales se conocerá como están respondiendo los ovarios y por lo tanto como ajustar las dosis de los medicamentos. Cuando los folículos han logrado un crecimiento adecuado se indica la aplicación de otra hormona con lo cual se termina de madurar al ovocito y 34 a 38 hs después se procederá a la aspiración folicular.

Si bien en la mayoría de los casos se efectúa hiperestimulación ovárica, es posible que el médico no utilice ninguna de las drogas previamente descriptas con el fin de obtener la maduración de un solo óvulo y por lo tanto el desarrollo de un solo embrión. Estos ciclos se denominan espontáneos o naturales, y pueden utilizarse en casos en que no se desee correr riesgos de embarazo múltiple, o cuando hay antecedentes de malas respuestas a la estimulación.

En un principio los ovocitos se recuperaban por punción de los folículos por medio de una laparoscopia que requería internación y anestesia general. Actualmente se efectúa por vía transvaginal guiado con ecografía, lo que ha permitido efectuar esta técnica en forma totalmente ambulatoria con el uso de anestesia local.

Para realizar esto el médico primeramente realizará la anestesia local y luego usará un transductor ecográfico vaginal que tiene una guía de punción por donde se pasa la aguja. Esto le permitirá ver los folículos, punzarlos y aspirar el contenido el cual es enviado para que el biólogo determine si se aspiró el óvulo. Este procedimiento se repetirá con todos los folículos. El número medio de ovocitos recuperados es de 8-9, y el tiempo de duración de la aspiración de unos 30 minutos.

No necesariamente de todos los folículos se recolectarán óvulos. Es posible que algunos folículos no tengan óvulos o que lo presenten en un estado madurativo no apto para ser fertilizado. Por esta razón el número de folículos que se ven en las

ecografías de los días previos no es necesariamente el número de óvulos que se recuperará.

Una vez que los ovocitos son recuperados se examinan en el laboratorio y se clasifican según su madurez. Ese mismo día el esposo lleva una muestra de semen que se procesa por una técnica denominada *swim up* o por gradientes de Percoll para separar los espermatozoides móviles. Estos espermatozoides se incuban junto con los óvulos en la estufa a la misma temperatura que la corporal de la mujer.

En el caso que la muestra espermática sea de muy pobre calidad se utilizará un equipo denominado micromanipulador que permite tomar los espermatozoides e inyectarlos directamente en el ovocito. Luego de unas 18 horas los óvulos son examinados para ver si fueron fertilizados. El signo de fertilización es la presencia de dos pronúcleos, el masculino y el femenino. Lo habitual es continuar el cultivo en el laboratorio durante 48 a 72 horas. Durante ese período el óvulo fecundado se divide varias veces por lo que se transforma en un embrión multicelular.

La transferencia embrionaria es un procedimiento sencillo, pero sumamente importante. Se efectúa en forma ambulatoria sin necesidad de anestesia y se cargan los embriones en un catéter blando que se pasa por el cuello uterino para depositar los embriones en la cavidad uterina. Generalmente la transferencia suele efectuarse unos 3 días posteriores a la recuperación de los óvulos. El número de embriones a transferir es un tema muy debatido. En algunos países se limita a un número máximo. Generalmente depende de las características de los embriones, y de la edad de la mujer. Habitualmente el número es entre 2 y 3.

Tras la aplicación de esta técnica, las tasas de embarazo de esta técnica varían principalmente según la edad de la mujer, la causa de la infertilidad, la calidad de los óvulos, el número de embriones transferidos, la calidad espermática, etc. Globalmente

son aproximadamente de un 25-30% de embarazo por ciclo iniciado, lográndose más de un 70% luego de 3 intentos. Estos resultados se tienen que interpretar conociendo que la tasa de embarazo natural en las parejas es de 20 a 30%, con lo cual estas técnicas les permite a parejas con muy pocas posibilidades de embarazo espontáneo - 1% por ciclo- equipararse a la tasa de fertilidad de la naturaleza.

Sin embargo, los resultados pueden variar entre los distintos centros, así como en un mismo centro en distintas épocas, y esto depende de múltiples factores. Muchas veces luego de efectuar una FIV y si no se produjo el embarazo, el médico puede sacar algunas conclusiones que le permitan interpretar mejor la causa de la esterilidad y en muchos casos podrá efectuar algunas modificaciones para próximos intentos.

Suelen ser procedimientos de bajo riesgo. Los más comúnmente nombrados son la hiperestimulación ovárica, los embarazos múltiples, el embarazo ectópico, el aborto espontáneo y aquellos originados por la punción. Estas complicaciones se dan en un muy bajo porcentaje. Algunos pueden ser controlables según la estimulación efectuada. Otros se controlan por el número de embriones a transferir. Algunos como el embarazo ectópico y el aborto dependen de factores no modificables por la técnica.

1.6. Conclusiones parciales

De acuerdo con lo expresado en el desarrollo de este capítulo, dentro de los Derechos Humanos, contemplados en la Constitución Nacional, en tratados internacionales y leyes específicas, están los derechos a la salud, de segunda generación y el derecho a la información, de cuarta generación, que se fundamentan en la dignidad de la persona, de que no sea lesionada en su intimidad. El individuo se siente respetado y se valora en sí mismo mientras es respetado y valorado por los demás. El derecho a la salud está en íntima vinculación con el derecho que tiene las

personas de formar una familia y a la reproducción, como derecho humano fundamental en un marco de libertad que tiene la persona de decidir procrear o no. La imposibilidad de procrear afecta de manera real y efectiva la vida, ya que es un derecho inherente a la persona. Todos tienen el derecho a formar una familia, a la paternidad y/o maternidad sin ningún tipo de discriminación y a beneficiarse de los avances que la ciencia otorga para hacerle frente a los obstáculos de infertilidad a través de los tratamientos de fertilización que han sido incorporados en el Programa Médico Obligatorio de la Nación, entre ellos la inseminación intrauterina o artificial, la ovo donación, aplicada hace más de 20 años en nuestro País, la fertilización in vitro, realizada fuera del cuerpo humano, y la inseminación con semen de banco.

El mandato social de ser padres se impone a las personas mayores de edad e incluso a las parejas sin distinción de su condición sexual. Parecería que la representación social del aseguramiento de la descendencia es una imposición cultural que ha arraigado entre hombres y mujeres.

Para concluir con este Capítulo, puede decirse que más allá del estado civil de las personas mayores de edad y/o su condición sexual de las parejas que deciden la formación de un hogar, se impone el mandato social de la descendencia. En el caso de optar por las técnicas de fertilización asistida, muchas son las practicadas en el país. El Derecho Humano al acceso integral a los procedimientos y técnicas de Reproducción Medicamente Asistidas reconocidos en nuestra Constitución, se fundamenta en los Derecho de dignidad, libertad e igualdad de toda persona humana, conforme a la Constitución Nacional y los Derecho internacionales de Derechos Humanos.

**CAPITULO II: DERECHO COMPARADO. REGLAMENTACIÓN DE
FERTILIZACIÓN ASISTIDA**

DERECHO COMPARADO. REGLAMENTACIÓN DE FERTILIZACIÓN ASISTIDA

Luego del análisis generalizado de los conceptos básicos referidos a la temática de investigación y del abordaje de las diferentes técnicas de reproducción asistida implementadas en Argentina, de los cuales se infiere que cada persona tiene el derecho de elegir someterse a diversas prácticas médicas con la finalidad de reproducirse y así constituir una familia, ello en el marco de un ejercicio del derecho a la salud establecido por la Constitución Nacional.

Es en este punto de la obra, que resulta relevante un estudio del derecho comparado, ya que brinda el aporte de datos que resultan de relevancia y de antecedentes a la temática que se investiga. Por ello, en el presente capítulo, a modo de introducir al lector en el problema de investigación, se desarrolla el estudio, sin pretender exhaustividad de legislación referente a la fertilización asistida de países en los que es contemplada.

2.1. Legislación Europea

Como punto de partida, debe aclararse que, en los diferentes países europeos, la legislación en esta materia tiene diferentes caracteres. En algunos casos, dentro del ámbito penal, es de tipo sancionatorio, mientras que, en otros, es de tipo administrativo, para los casos de recomendaciones médico-ético que fueren otorgadas por las asociaciones de profesionales médicos, Comités o Consejos Nacionales éticos de composición multidisciplinar. Por lo que se observa que la legislación europea no posee uniformidad, salvo para el caso del reconocimiento de la paternidad por parte del hombre que consintió la Inseminación artificial con semen de donante de la mujer.

En cuanto a la materia de experimentación embrionaria, se encuentran países tales como Alemania, Noruega y Dinamarca que tratan esta temática con una legislación especial, la cual respeta la dignidad del embrión desde su fecundación. Otros Países, dentro de los cuales se encuentran España e Inglaterra, otorgan un estatuto biológico al embrión recién en el día 14 de la fecundación, por lo tanto, si el tiempo es menor a dicho plazo, estará protegido en forma desigual desde un enfoque jurídico.

En lo que refiere a la sustitución de la maternidad, creación de híbridos, donación, clonación, manipulación genética y aceptación del derecho que tiene el donante anónimo, existe uniformidad en cuanto al rechazo de éstas. Pero, como excepción a ello, se encuentra la legislación sueca que brinda un reconocimiento al derecho que posee el niño nacido mediante el proceso de inseminación artificial con semen del donante, de conocer la identidad biológica de quien resultare ser su padre.

De acuerdo con tipo legal que rige en cada uno de los países europeos, respecto a la reproducción asistida se los puede agrupar de la siguiente manera:

En un primer grupo, se puede asociar a aquellos países que legislan sobre las técnicas de reproducción y experimentación embrionaria. Dentro de ellos se encuentra, Suecia -Ley sobre la inseminación artificial de 1984 y Ley sobre la fecundación in vitro de 1988-, Dinamarca -Ley sobre el establecimiento de un Consejo Ético y la regulación de algunos experimentos biomédicos de 1987-, Noruega -Ley sobre fertilización artificial 1987-, España -Ley sobre técnicas de reproducción asistida 1988-, Alemania -Ley sobre protección del embrión humano 1990-, Inglaterra

-Ley sobre fertilización humana y embriología 1991-, Cantón suizo de Basilea y el Decreto ley en el Cantón de Saint Gallen, entre otros cantones suizos⁷.

En un segundo grupo, se pueden mencionar países tales como Portugal, Italia, Austria o Bélgica, en los que existen propuestas de ley, y Francia donde se discuten los Proyectos de Ley, ya de manera inminente.

En un tercer grupo, se asocian países en los cuales coexisten Decretos, Leyes o normativas de tipo administrativo, los cuales son dirigidos a los profesionales, y regulan la reproducción, especificando lo relativo a la Inseminación Artificial. Aquí se encuentran las Naciones de Portugal -Decreto Ley de 1986, el cual reglamenta los Centros en los que se practican este tipo de técnicas-. También en Bulgaria - Orden legal de 1987 del Ministerio Nacional de la Salud-, la antigua URSS - Decreto sobre la Inseminación artificial con semen de donante (Ministerio Sanidad Soviético)-, Checoslovaquia- Ministerio de Sanidad 1982-, Hungría - Ordenanza sobre la Inseminación Artificial 1981, Austria -Decreto Ley 1988 de Chancillería Federal respecto a pruebas de semen en la Inseminación-, País de Francia - Decreto Ley de 1988, relativo a las actividades de la procreación asistida médicamente, creación de la Comisión Nacional de Medicina y Biología de la Reproducción-.

En un cuarto grupo, se asocian la mayoría de los Códigos Civiles de países europeos, mediante los cuales se reconoce la paternidad de aquel hombre que prestó su consentimiento para la realización de la inseminación con semen de donante. Aquí se encuentra Bélgica - Art.318 del Código Civil-, Bulgaria - Art.33 Código de la Familia-, Checoslovaquia – Art. 52/2 Ley de la Familia-, Grecia - Art. 1 471/2 Código Civil-, Hungría - Ley sobre el Matrimonio y la Familia-, Luxemburgo - Art.312 del Código Civil, Holanda – Art. 201/1 Código Civil-, Portugal – Art. 1839 Decreto Ley

⁷ Sociedad Española de Fertilidad. Recuperado de <http://www.sefertilidad.net/index.php?seccion=laSEF&subSeccion=laSEF>

1977 -, Suiza - Enmienda de 1975 del Código Civil, art.256/3-, Inglaterra - Ley de 1987 sobre Reforma de la Ley de la Familia-.

En otro grupo de países, se asocian aquellos que no poseen una legislación vigente sobre Técnicas de Reproducción Asistida, y para estos casos, se rigen por encomiendas de tipo médico-ético, las cuales son pronunciadas por las asociaciones de profesionales médicos. Tal es el caso de Irlanda - recomendaciones del Instituto de Obstetras y Ginecólogos del Real Colegio de Médicos-, Suiza - Academia Suiza de Medicina da recomendaciones de carácter obligatorio, la cual prohíbe la experimentación con embriones y el congelamiento de ellos, salvo que sea para uso de transferencia. Respeta el embrión humano-⁸.

Finalmente, se pueden agrupar aquellos países en los que las instituciones multidisciplinarias tienen un rol que resulta de importancia en el aspecto ético-legal de la procreación humana asistida. Como es el caso del Consejo Nacional Ético Danés por medio de la ley del año 1987, se le otorga competencia para proponer medidas legales. Por su parte, el Comité Nacional de Ética de Francia, ha tenido gran influencia en cuestiones éticas que surgen de la implementación de técnicas de Reproducción y en procesos legislativos nacionales, ya que por su función resulta un órgano de carácter consultivo.

Como se observa hasta aquí, existe en los países europeos una falta de legislación en materia de Reproducción Asistida Humana. Pese a que hay un reconocimiento en el aspecto legal de la paternidad de quien fuere donante que brinda su consentimiento para la implementación de la Inseminación Artificial, la cual resulta una técnica que posee mayor tiempo de implementación en estos países con

⁸ Vega M, Vega J, Martínez Baza P. (2004) Regulación de la Reproducción Asistida en el ámbito europeo. Recuperado de <https://www.bioeticaweb.com/regulacion-de-la-reproduccion-asistida-en-el-ambito-europeo/>

respecto a las demás técnicas de reproducción asistida. Es decir que, en caso de Inseminación Artificial con semen de donante garantiza el derecho de filiación al niño por nacer, pero no a la identidad del padre biológico.

Por otro lado, de lo desarrollado hasta aquí, se destaca que todos los Países Europeos legislan sobre la Inseminación Artificial y la Fecundación In vitro, con excepción de Dinamarca que no lo menciona en forma expresa.

En cuanto a la experimentación con embriones humanos, es receptado por todos los países, con excepción de Suecia. España refiere a la Transferencia Intratubárica de gametos y Alemania prohíbe las técnicas de micro manipulación con fines experimentales.

En este punto, es de importancia referir a las personas que pueden acceder a este tipo de técnicas, Noruega contempla que solo puede acceder el matrimonio legalmente constituido. Mientras que, en España, rige una amplitud legal, ya que permite el acceso del matrimonio o bien de parejas heterosexuales, como así también se establece que puede acceder solamente la mujer y las parejas homosexuales femeninas. En Dinamarca, el Consejo Ético acepta las técnicas practicadas por la mujer sola. Pero Alemania e Inglaterra no hacen referencia al respecto por lo que se entiende que no lo permiten. Suecia permite el acceso a parejas heterosexuales estables⁹. Un dato curioso resulta que, en Holanda, no se permite el tratamiento a mujeres mayores a 40 años, por el gasto económico que producen y por la baja posibilidad de embarazo¹⁰.

Para aquellos casos de Inseminación Artificial postmortem, la ley de España establece que deberá realizarse dentro de los 6 meses siguientes al fallecimiento del

⁹ 2014. Leyes de Reproducción Asistida. ¿Qué pasa en Europa?. Recuperado de <http://blog.procreatec.com/leyes-reproduccion-asistida-europa/>.

¹⁰ 2016. Por una ley de reproducción asistida más equitativa. Recuperado de <http://www.lanacion.com.ar/1906652-por-una-ley-de-reproduccion-asistida-mas-equitativa>.

hombre, sea marido o compañero, si previamente ha sido consentido, por medio de escritura pública o testamento, para su reconocimiento de filiación legal del menor por nacer. También se establece dicho plazo, para posibles donaciones con embarazo a término probado. En Alemania, se encuentra prohibida de manera expresa, mientras que en Suecia el Art. 2 de la Ley de Inseminación Artificial de 1984, la establece de forma implícita, pese a ello, el Comité Gubernamental, previo a la ley citada, rechazaba la Inseminación Artificial post mortem de manera expresa, fundando su postura en que el niño concebido debía poder acceder a ambos progenitores y saber de la identidad del padre biológico. No existen referencias en esta temática en los demás países europeos¹¹.

Aquello países que cuentan con una legislación específica del tema, respetan desde el momento de la fecundación, la dignidad del embrión humano por medio de medidas restrictivas. Por ejemplo, España y Gran Bretaña, en sus legislaciones, consideran como persona humana al embrión luego del día 14 de la fecundación, esto conlleva que se permita la experimentación en embriones in vitro. Pero cabe destacar, que se observa en líneas generales, un rechazo a la sustitución de la maternidad y experimentación con embriones para la creación de híbridos, clonación y manipulación genética.

Como se mencionó anteriormente, en general, los países europeos se contempla el anonimato del donante, salvo para aquellos casos específicos en los que se encuentre en peligro la vida del menor, se podrá otorgar todo dato clínico que se posea. Como excepción a ello, se encuentra la legislación de Suecia, que le reconoce al hijo en su mayoría de edad el derecho de conocer la identidad del padre biológico.

¹¹ 2014. Leyes de Reproducción Asistida. ¿Qué pasa en Europa?. Recuperado de <http://blog.procreatec.com/leyes-reproduccion-asistida-europa/>.

A partir de 2005, en Inglaterra, las donaciones pierden su anonimato cuando el hijo adquiere su mayoría de edad¹².

A lo largo del tiempo, en Italia y Francia, hubo un paso de aceptación en lo que respecta a la dignidad del embrión. Se ha evolucionado de la prohibición a la aceptación de experimentar y congelar embriones, con el objeto de lograr una relación entre la ciencia y la ley. En este sentido, se señala que, en el año 2009, por medio de la Corte Constitucional de Italia, se eliminó la ley 40, la cual limitaba la transferencia de embriones, y se elimina la prohibición de congelar los mismos. En Alemania esta prohibición sigue vigente. Con todo ello, se puede afirmar que, en ambos países sus legislaciones resultan de carácter restrictivo, logrando que en muchas ocasiones sus ciudadanos salgan de estos países en busca del acceso a las técnicas de reproducción asistidas¹³.

2.2 Legislación Latinoamericana.

En los países latinoamericanos, la reproducción asistida tuvo sus comienzos en 1970, y desde allí fue evolucionando con influencia política y social, expidiéndose a nivel mundial como una alternativa para la solución a la infertilidad. En la mayoría de estos países, estas técnicas eran llevadas a cabo en instituciones de carácter privado, por lo que sus costos resultaban extremadamente altos, haciendo que su acceso fuere para determinado sector social, sobre todo en aquellos casos de alta complejidad. Se observa, que el argumento sostenido por los legisladores refiere a parejas heterosexuales, de raza blanca y de clase media en los paises ricos y en los países pobres para la clase alta (Becker, 2001; Inhorn y Birenbaum Carmeli, 2008).

¹² 2014. Leyes de Reproducción Asistida. ¿Qué pasa en Europa?. Recuperado de <http://blog.procreatec.com/leyes-reproduccion-asistida-europa/>.

¹³ 2016. Por una ley de reproducción asistida más equitativa. Recuperado de <http://www.lanacion.com.ar/1906652-por-una-ley-de-reproduccion-asistida-mas-equitativa>

En 1990, se crea el primer registro de implementación de técnica de reproducción asistida (RLA), el cual resulta la fuente que brinda toda la información respecto a estas técnicas. Lleva la contabilidad del 90% de las técnicas que se realizan anualmente. Como objetivos se encuentran: informar y educar tanto a los profesionales como a las parejas que no pueden concebir; tener una base de datos para los estudios epidemiológicos; alentar a que los centros se registren en la base a nivel nacional para las técnicas de reproducción, controlar las mismas.

La información otorgada por los centros es volcada a internet, en un programa diseñado en línea, donde registran toda la información que se requiere. Esta información es controlada y verificada por un grupo de médicos y embriólogos que son externos al centro, para que la información otorgada por ellos, una vez verificada, sea ingresada a la base de datos. Su origen es anónimo. Hasta el año 2007 se registraron 138 centros y el número de técnicas llegaron a los 34.102 ciclos: 42 % en Brasil, 23% Argentina, México 14% y un 5% en Chile¹⁴.

En México, a mediados de la década del 70, el gobierno ordenó la reducción de reproducción como principal política territorial, mediante el uso de anticonceptivos. Una década después, grupos de ONG, movimientos feministas, lucharon por el cambio de la vida en la mujer, respecto a su salud y reproducción¹⁵.

Cabe destacar, que algunas de estas técnicas, en América carecen de regulación, como es el caso de Colombia, que no posee legislación respecto al tema y no está incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud. En Costa Rica, por ejemplo, está prohibido, desde el 2000. Solo se puede realizar la inseminación homóloga, excluyendo la reproducción in vitro y la inseminación artificial con donante. Tanto en

¹⁴ Tema central: Infertilidad, Revista Médica Clínica Las Condes May 2010 21(3):451-456. Editor: Elsevier España, S.L.U. Recuperado de <https://www.journals.elsevier.com/revista-medica-clinica-las-condes/>

¹⁵ Gonzalez Santos, S. 2011. La reproducción asistida en México. Recuperado de <https://www.nexos.com.mx/?p=14574>.

México, como en Brasil se permite el acceso a estas técnicas solo para aquellas parejas y matrimonios estables. Además, se permite la ciproserción de embriones, la donación de espermatozoides y de ovocitos. En Brasil está permitido el alquiler de vientre en el caso que la persona permita dicho procedimiento, pero no se lo permite para fines comerciales. Como puede observarse la posición de este País, es una de las más abiertas dentro de la región de Latinoamérica¹⁶.

Un dato no menor, resulta que, en muchos países Latinoamericanos, al no existir una prohibición expresa sobre el tema, las técnicas son utilizadas libremente, tal es el caso de Argentina. No poseen límites y su uso está admitido.

En 1995, se reprodujeron 7000 ciclos, 351 ciclos con ovocitos, en 59 Centros de Reproducción asistida en Latinoamérica, llegando a una cifra en 2007 de 50.000 reproducciones anuales en 263 centros. Cuando el embrión no se utiliza, no cabe la posibilidad de descartarlos, en el caso de Argentina lo que se realiza es la donación de los embriones a otras parejas.

La Federación Internacional de Sociedades de fertilidad propaga el control de los futuros niños por nacer por la amenaza de posibles enfermedades. No se acepta la eliminación del embrión ni el aborto, por ejemplo; por anomalías genéticas, caso Chile y Argentina, excepción Brasil que lo admite.

El problema de la infertilidad, en América Latina, se radica principalmente en aquellos lugares más vulnerables, de bajos recursos, donde las infecciones y la falta de salud sexual está en un primer plano, y las personas de altos recursos postergan la maternidad por razones de familia o laboral¹⁷.

¹⁶ Luna, F. 2008. Reproducción Asistida, Género y Derechos Humanos en América Latina. Recuperado de <http://lac.unfpa.org/es/publicaciones/reproduccion-asistida-genero-y-derechos-humanos-en-am%C3%A9rica-latina>

¹⁷ Amaya, S. 2008. Ser madre con óvulos de otra mujer. Recuperado de <https://www.lanacion.com.ar/1031923-ser-madre-con-ovulos-de-otra-mujer>

Argentina, resulta el primer país, mediante la sanción de la Ley N°26.682 en aprobar el tratamiento de fertilización de manera gratuita, tomando en consideración el derecho a la reproducción e incluyendo a parejas infértiles con gametas propias o donadas. Se cubren prácticas como la crio preservación de gametas y embriones. Brinda una cobertura amplia y no toma en consideración el estado civil, la sexualidad o edad de las personas. Además, cubre diferentes sectores de la salud, sea pública, prepagas u obras sociales. Con ello se benefician las personas que no pueden lograr el embarazo por técnicas naturales y no pueden acceder por problemas económicos a una fertilización. El único vacío que posee esta ley, es con respecto a la subrogación uterina, la cual no es tratada en este cuerpo normativo ni tampoco en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación¹⁸.

En Uruguay, en el año 2012 por medio de la sanción de la Ley N°19167, se comienza a regular las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Además, rige la ley de cobertura teniendo en cuenta los ingresos de las personas, siendo evaluado por el ente público¹⁹.

En Brasil, se permitió en 2011, por medio de la aprobación de la norma que establecía que las personas homosexuales puedan acceder a la reproducción de fertilización por medio de la donación de óvulos y semen. También se ampliaron estos beneficios para aquellas personas, de estado civil soltero. Ambos casos tienen como limite el derecho a la objeción por parte del médico²⁰.

¹⁸ Smink, V. 2013. Argentina, pionera en el derecho a la fertilidad. Recuperado de: http://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/06/130610_argentina_fertilidad_vs

¹⁹ Nabel, A. 2016. Por una ley de reproducción asistida más equitativa. Recuperado de <https://www.lanacion.com.ar/1906652-por-una-ley-de-reproduccion-asistida-mas-equitativa>.

²⁰ Smink, V. 2013. Argentina, pionera en el derecho a la fertilidad. Recuperado de http://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/06/130610_argentina_fertilidad_vs

Por su parte Chile, al caer la tasa de nacimientos, el gobierno implemento el tratamiento de fertilidad para lograr el crecimiento de natalidad, por medio de la prestación gratuita²¹.

Como puede observarse la reproducción asistida ha avanzado considerablemente junto con el avance científico convirtiéndose la maternidad, que antes era un lujo, en un derecho indiscutible²².

2.3. Conclusiones parciales

Como puede extraerse del análisis desarrollado a lo largo del presente capítulo, los Países Europeos legislan sobre la Inseminación Artificial y la Fecundación In vitro, menos Dinamarca que no lo menciona en forma expresa, sin embargo no hay unificación legislativa y se legisla con diferentes caracteres. Dentro del ámbito penal es de tipo sancionatorio mientras que en otros es de tipo administrativo para los casos de recomendaciones de tipo médico-ético. En algunos Países de Europa hay propuesta de Ley y se discuten proyectos. Por lo que se observa que la legislación europea no posee uniformidad, salvo para el caso del reconocimiento de la paternidad por parte del hombre que consintió la Inseminación artificial con semen de donante. En lo que refiere a la experimentación con embriones humanos, también es legislado por todos los países, con excepción de Suecia. Es decir, que a pesar del tiempo en el que data la implementación de las técnicas de reproducción asistida en estos países, resulta aún materia de evolución en lo que refiere al marco normativo que lo regula, para que el mismo resulte más acorde al avance de la ciencia.

²¹ Smink V. 2013. Argentina, pionera en el derecho a la fertilidad. Recuperado de http://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/06/130610_argentina_fertilidad_vs

²² Nabel, A. 2016. Por una ley de reproducción asistida más equitativa. Recuperado de <https://www.lanacion.com.ar/1906652-por-una-ley-de-reproduccion-asistida-mas-equitativa>.

Diferente es el caso, de los países Latinoamericanos, que como se puede inferir de lo investigado de los mismos, existe una mayor evolución de la legislación que claramente se adapta al avance de la ciencia y a las necesidades de las personas en lo que refiere a la reproducción, que claramente es correlativo con la salud de estas lo que resulta un derecho ineludible por los legisladores. Los mayores problemas de infertilidad se encuentran en las sociedades de bajo recursos. Para culminar podemos decir que Argentina fue el primer país en Latinoamérica en regular los tratamientos como forma de ejercicio del derecho a procrear. La intención de los legisladores, con la sanción de la Ley 26.862, consistió en ampliar los derechos en un marco de sociedad que va evolucionando aceptando de esta manera las diversidades culturales que hay en el país y promoviendo, de esta manera, una sociedad que sea más justa, democrática y equitativa.

CAPITULO III: LEY N°26.862. FERTILIZACIÓN ASISTIDA

LEY N°26.862. FERTILIZACIÓN ASISTIDA

Luego del abordaje del derecho comparado realizado en el capítulo anterior, a los fines de construir los antecedentes de la implementación de las técnicas de reproducción asistida y su respectiva legislación, resulta adecuado el análisis de la legislación vigente en nuestro país, a los fines de conocer el marco legal de estas técnicas.

3.1. Antecedentes a la sanción de la Ley N°26.862

Los primeros procedimientos de reproducción asistida que datan en la historia fueron realizados sobre mujeres de clase social media alta, principalmente en aquellos países industrializados. A partir de 1984, Latinoamérica fue adoptando estos tipos de técnicas, y llegando al sector de la clase social baja.

Como punto de partida, se realiza un breve abordaje de los antecedentes legislativos nacionales, hasta el dictado de la Ley N°26.862. Para ello, se toma como primera referencia la finalización de la dictadura y su consiguiente participación ciudadana en los ámbitos político, social y cultural, lo que claramente posibilita la libre disposición del propio cuerpo y de la sexualidad. También, las normativas internacionales resultaron de gran influencia en este surgimiento, así como también las conferencias que se dieron a nivel mundial en donde la mujer empezó a tener protagonismo, entre ellas se puede citar las conferencias de la mujer en el año 1994, realizada en El Cairo y en el año 1995 en Beijing.

Anteriormente, a la sanción de la Ley N°26.862, las técnicas en Argentina, no se encontraban prohibidas por lo que eran realizadas sin normativa alguna, y se practicaban en instituciones privadas con un alto costo económico. El Estado, no

consideraba esta temática como una problemática de salud, por lo que no realizaba su tratamiento.

En 1985, se presenta por primera vez un proyecto de ley, postergándose su debate recién para el año 2011. Anteriormente a la sanción, Buenos Aires en el año 2010 aprobó la Ley N°14.208 al igual que la provincia de Santa Cruz la Ley N°3.225 reconociendo la infertilidad y expandiendo la cobertura a nivel público, obras sociales y prepagas. En el debate del año 2011, se trató el tema de la filiación y la identidad de género, las pruebas en embriones y el comercio de los gametos, sin embargo nuevamente se postergó su sanción ya que en el año 2012 el Poder Ejecutivo presentó un proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, y entre sus temas a tratar era la incorporación de la filiación por medio de las técnicas de reproducción asistida, incluyendo los términos de la voluntad de procreación y la filiación después de la muerte. Por tales motivos, se logró establecer que la ley regulara solamente el área sanitaria, el sector ético y legal se derivó su tratamiento al Código Civil y Comercial de la Nación en sus artículos -arts. 9, 529, 558, 566, 569, 570, 575, 577, 582, 588, 589, 591-593 y 2631-2634- parentesco y filiación de los/as nacidos/as por estas técnicas, consentimiento y voluntad procreacional en las TRG -arts. 560, 561 y 562-, derecho a la información de las personas nacidas por TRG -arts. 563 y 564- y sucesión de bienes en el caso de TRG -art. 2279-. Por lo tanto, el debate del Congreso rondaba sobre el financiamiento y los destinatarios, ya que lo concerniente a la práctica médica, como se mencionó con anterioridad, ya se encontraba en uso desde hace más de 20 años.

La ley fue muy demandada por la sociedad, pero su falta de normativa en lo referido al acceso y tratamiento conllevaba al campo médico o judicial la decisión de

quienes podían acceder a su implementación y establecían cuáles eran los requisitos necesarios.

Se dio un debate en torno a la forma de financiarse de manera pública los tratamientos y técnicas de fertilización, juzgando de esta manera el presupuesto en el área sanitaria, poniendo en cuestionamiento la salud y la enfermedad. Había dos posiciones bien diferenciadas, por un lado, quienes sostenían la discreción en la asignación de la fertilidad como recurso del estado por medio de médicos evaluadores del financiamiento y del acceso a los tratamientos, y por el otro lado, quienes sostenían que el acceso a las técnicas por parte de toda la ciudadanía, mirada desde el lado del deseo reproductivo, que no pueden ser evaluadas, por lo tanto, son de acceso universal. Además, se generó el debate del problema de fertilización, si bien resultaba un derecho que posee toda persona o bien un derecho desde el lado de la enfermedad. Los legisladores a nivel nacional consideraron a la norma como una ley que cubriera todas las dificultades sociales que poseía la nación en torno a los derechos sociales. Pese a ello, el libre acceso a determinadas técnicas de reproducción asistida fue considerado por algunos legisladores como una amenaza económica para el Estado, pero esta idea quedó sin sustento cuando comenzó a considerarse a la salud Integral como bienestar por parte de todos los ciudadanos, al deseo de ser padres, a la elección libre de vida, logrando la construcción de identidad del propio cuerpo.

Entre los años 2011 y 2013, en Argentina, la sanción de la Ley N°26.743 de identidad de Género y de la Ley N°26.862 de Fertilización asistida, fueron debatidas en el Congreso de la Nación, y ampliamente discutidas, ya que ellas englobaban un conjunto de normas respecto a la disposición legítima del cuerpo. En este sentido, se pueden citar leyes tales como Ley N°25.673 Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, Ley N°26.150 de Educación Sexual Integral, Ley N°26.529

de los derechos que tiene los pacientes frente a aquellas instituciones y agentes prestadoras de la salud, Ley N°25.929 de Parto Respetado y la Ley N°26.742 de Muerte Digna, que resultan de trascendencia en lo que refiere al derecho de salud de las personas.

Centrándonos en la temática de investigación, como se mencionó recientemente, en el año 2013 fue sancionada la Ley N°26.862, la cual garantizaba el acceso gratuito, a técnicas y procedimientos de fertilización, a todas las personas, sin distinción de su estado civil, e incluso sin distinción entre las parejas heterosexuales y las homosexuales, con la única condición de que las mismas sean mayores de edad. En lo que refiere al acceso a la salud, se pueden mencionar tres subsistemas, las obras sociales, las prepagas y la salud pública, cada una de ellas, tienen la obligación de dar la prestación bajo la normativa de la Ley citada. Por todo ello, puede sostenerse que la sanción de la Ley fue una forma de saldar la deuda que tenía el Estado para con la sociedad, implementando el término “Salud integral”²³.

Como puede observarse en lo desarrollado hasta aquí, Argentina fue el primer país de Latinoamérica en regular los tratamientos de técnicas de reproducción como forma de ejercicio del derecho a procrear, incorporando los principios de igualdad y no discriminación y no solo centrándose en la Infertilidad y el derecho al acceso de salud sino más bien en el respeto del derecho que tiene toda persona de formar una familia, sin cuestionar su orientación sexual y/o estado civil, ya que como surge de su art. 8, que en el Programa Médico Obligatorio no se podrá establecer una limitación que excluya a personas de acceder a estos tratamientos por motivos de orientación sexual o estado civil. (Kemelmajer de Carlucci; Herrera; Lamm, 2014).

²³ Farji Neer, A. 2015. Cuerpo, derechos y salud integral: Análisis de los debates parlamentarios de las leyes de Identidad de Género y Fertilización Asistida (Argentina, 2011-2013). Recuperado de http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1851-82652015000300004

En lo que respecta al acceso de aquellas personas que integran parejas homosexuales, pese al derecho que consagra la ley, existe un retroceso en esta cuestión, ya que se requiere que el médico facultativo reconozca la infertilidad de la persona que quiere acceder al tratamiento, filtrándose el acceso a un análisis previo por parte del médico. El derecho a la procreación sin tener en cuenta la orientación sexual había sido ya tratado por la Ley N°26.618 de Matrimonio igualitario²⁴.

3.2. Análisis de Ley N°26.862

Una vez realizado el recorrido por los antecedentes nacionales hasta el dictado de esta ley, corresponde el abordaje del articulado de esta, a los fines de un conocimiento cabal de la normativa vigente en la temática de estudio.

Dentro del derecho a la salud, íntimamente vinculado con el derecho que tienen las personas de formar una familia, se reconoció los derechos reproductivos, como parte de los derechos humanos fundamentales, ya sea para procrear o no, siendo esto último una decisión en el marco de libertad de cada persona. Más allá de estos derechos reconocidos, resulta muy común que las Obras Sociales o Entidades de Medicina Prepagas no efectuarán la cobertura en lo que refería a estos tipos de tratamientos y su respectiva medicación, lo cual claramente viola los derechos constitucionales, mencionados supra. Todo ello, generó la sanción de la Ley N°26.862, con la principal finalidad de reglamentar la cobertura de las Obras Sociales y entidades de medicina prepaga, -tal como ocurre en su art. 3-, garantizando de esta manera el Estado el cumplimiento del derecho a la salud de los ciudadanos.

Cabe destacar, que todas las prestaciones que se encuentran detalladas en el Plan Médico Obligatorio, no son taxativas, si no que permiten la inclusión de nuevas

²⁴ Recuperado de <http://www.scielo.br/bibliotecadigital.idm.oclc.org>

técnicas que se desarrollen por el avance de la ciencia y la tecnología, en pos del beneficio de los afiliados.

La citada ley en referencia, está destinada a toda persona que sea mayor de edad, ello en plena conformidad con lo previsto en la ley N°26.529, la cual debe haber explicitado su consentimiento informado; el cual resulta de carácter revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer -Art. 7-.

Establece que la cobertura de estas prestaciones, estará a cargo del sector público de salud, las obras sociales comprendidas en las leyes N°23.660 y N°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 aquellas que brinden atención al personal de las universidades, y todos aquellos agentes que brinden servicios médicos-asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que éstos posean -art. 8-.

Se deberá brindar una cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, diagnóstico, medicamentos, terapias de apoyo, procedimientos y técnicas que la OMS define como reproducción médicamente asistida, dentro de los cuales se incluyen, inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, el desencadenamiento de la ovulación, TRA, inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal. Podrán ser utilizados gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, siempre teniendo presente los criterios de la autoridad de aplicación -art.8-.

Cabe destacar, que también quedan incluidos en el PMO, estos procedimientos, de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad de aplicación, quién no podrá oponer limitaciones o requisitos que impliquen la exclusión por condiciones de orientación sexual o el estado civil de los ciudadanos -art.8-.

También comprende la cobertura de servicios como son la guarda de gametos o tejidos reproductivos, para aquellas personas, incluso menores de 18 años que, aún no queriendo llevar adelante la inmediata consecución de un embarazo, por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas pueden ver comprometida su capacidad de procrear en el futuro -art. 8-.

Para todo ello, el Ministerio de Salud de la Nación, además de ser la autoridad de Aplicación, es quien deberá arbitrar todas las medidas necesarias para asegurar el derecho al acceso igualitario de todos los beneficiarios a las prácticas normadas por esta ley. También deberá publicar la lista de todos los centros públicos y privados habilitados en el territorio nacional, para facilitar el acceso. Será quien deberá efectuar todas las campañas de información a los fines de promover los cuidados de la fertilidad en mujeres y hombres. Y finalmente, debe propiciar la formación y capacitación permanente de los recursos humanos especializados en los procedimientos y técnicas que se refirió anteriormente -art.6-²⁵.

3.3. Análisis de Decreto Reglamentario N°956/2013

Le Ley de Reproducción Asistida N°26.862, forma parte del Anexo I del respectivo Decreto 956/2013, en el cual se establece que la autoridad de aplicación - Ministerio de salud y la Superintendencia de servicios de salud- incluirá nuevas técnicas y procedimientos de cobertura, previamente evaluadas por la Dirección Nacional de regulación Sanitaria y Calidad de los servicios de salud, conforme lo establece el programa Nacional de Garantía de Calidad de la Atención Médica. Además, establecerá los requisitos -art. 5- para que los establecimientos presten dicho tratamiento dentro de la normativa del programa Nacional; la autoridad jurisdiccional

²⁵ Ley N°26.862. REPRODUCCION MEDICAMENTE ASISTIDA. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/216700/norma.htm>

competente será la que dará la habilitación. Las instituciones sanitarias registradas por las autoridades sanitarias para realizar los procedimientos, técnicas de reproducción y los bancos de gametos y/o embriones actuarán en el ReFES (Registros Federal de regulación sanitaria) y calidad en servicios de salud -art. 4-.

El Ministerio de Salud cumplirá con las funciones como autoridad de aplicación establecida por el art. 6 de la citada ley. Le corresponderá ser el coordinador junto con las autoridades sanitarias de los servicios que presten los establecimientos públicos de cada región y que estén habilitados dentro de los requisitos del programa nacional de garantía de la calidad de asistencia médica. Además, deberá mantener la Página de internet actualizada, con los establecimientos que presten tanto a Nivel Público como Privado estos tratamientos. Deberá realizar todas aquellas campañas de concientización respecto a la fertilidad, sus cuidados, por medio del programa de salud sexual y procreación responsable, que dependen de la Dirección de Medicina Comunitaria -art. 6 decreto 956/2013 -.

Los beneficiarios deberán dar su consentimiento antes de realizar la técnica de reproducción, documentándose dicho consentimiento en la historia clínica con su firma, como titular de derecho. Cuando la técnica sea de baja complejidad, es decir, cuando la unión entre ovulo y espermatozoide dentro de la mujer por medio de la inducción de la ovulación., estimulación ovárica, inseminación intrauterina, entre otros, con semen del donante o de la pareja, dicho consentimiento puede ser revocado en diversas etapas del tratamiento e incluso antes de la inseminación -art. 2 Decreto 956/2013-, mientras que cuando son de alta complejidad, es decir, cuando la unión del ovulo con el espermatozoide se realiza fuera de la mujer, la revocación podrá manifestarse antes de que se implante el embrión -art. 7 Decreto 956/2013-.

Quienes deben obligatoriamente prestar y cubrir el tratamiento son los Agentes del Sistema Nacional del Seguro de Salud, tal como lo establecen las leyes N°23.660 y N°23.661, las Entidades de Medicina Prepaga tal como surge de la Ley N°26.682, el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y pensionados Ley N°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 N°24.741, y demás prestadoras de servicios sin tener en cuenta la forma jurídica.

La Salud Pública en la República Argentina engloba la prestación a todos los argentinos, que sean habitantes, con residencia habitual debidamente conferida por la competencia de la Autoridad y que no tenga ninguna otra obra social -art. 8-. La cantidad de tratamientos que se realiza a la persona se encuentra establecida en la ley de Fertilización -Ley N°26.862-, la cual deja en manifiesto que son 4 los intentos anuales de baja complejidad a los cuales puede acceder la mujer, y 3 cuando es de alta complejidad, con un plazo de 3 mínimo de meses entre cada uno de los tratamientos con dichas técnicas de reproducción. Primero se comienza con los tratamientos de baja complejidad y antes de hacer los de alta complejidad, debe haberse pasado por los tres intentos, salvo por disposición médica que se establezca comenzar con los de alta complejidad art. 8-.

Existe un Registro Federal de Establecimientos de salud (ReFES) que cuando la técnica de reproducción requiera ser hecha con gametos o embriones de origen donados, tiene que derivar de los bancos que estén inscriptos en dicho registro. En caso de realizarse en otro establecimiento, deberá presentarse una declaración jurada del lugar donde se realiza el tratamiento y a su vez el consentimiento por parte del

donante. La donación de gametos o esperma nunca podrá ser con fines lucrativos -art. 8 Decreto 956/2013-.

El art. 9 de la ley, establece que el Ministerio de Salud destinará presupuesto anual para la prestación de estos servicios, al igual que la Ciudad de Buenos Aires y las Autoridades Provinciales -art. 10-.

3.4. Conclusiones parciales

Como pudo observarse a lo largo del desarrollo del presente capítulo de investigación, resultó arduo el trabajo de los legisladores hasta el dictado de la Ley N°26.862, a pesar de la imperiosa necesidad que existía de la misma, ya que antes de su sanción eran realizados estos tipos de tratamientos, no se encontraban prohibidos, pero por la complejidad médica y científica, los mismos resultaban muy onerosos, por los que el acceso quedaba al alcance de un sector selecto de la sociedad, lo que genera la desigualdad en el cumplimiento del derecho a la salud.

Con el tiempo y después de varios debates, se logra cambiar el paradigma del derecho a la salud incluyendo la reproducción dentro del mismo, para lo cual se sanciona la Ley N°26.862, como anexo al Decreto Reglamentario N°956/2013, con la finalidad de regular a la reproducción asistida para el libre acceso de todas aquellas personas que presten su consentimiento libremente e informado y siendo ellas mayores de edad, en post de lograr una igualdad en el ejercicio del derecho a la salud.

El mandato social de ser padres se impone a las personas mayores de edad e incluso a las parejas sin distinción de su condición sexual. Parecería que la representación social del aseguramiento de la descendencia es una imposición cultural que ha arraigado entre hombres y mujeres.

No obstante, optar sólo por las técnicas de fertilización asistida practicadas en Argentina, poseen el obstáculo de los costos que implican algunos de estos tratamientos y el desgaste emocional que producen las expectativas que –en algunos casos- se ven malogradas, a lo largo de la aplicación de los diferentes tratamientos. Por ello, resulta de gran importancia a nivel social el tema de investigación del presente trabajo, ya que la sanción de la citada ley, estaría paliando aquel obstáculo económico referido, y logrando el respeto del derecho a la salud que poseen las personas. El fin de la Ley es regular las Técnicas Reproducción para el libre acceso de todas las personas logrando de esta manera igual ejercicio al derecho de Salud. Sin embargo, más allá de esta norma vigente, la realidad es que es solo cubierto en casos específicos, porque se observa en la práctica como las Obras Sociales y Entidades de Medicina Prepaga, con fundamentos injustificados no prestan la cobertura debida.

Para concluir con este Capítulo, puede decirse que más allá del estado civil de las personas mayores de edad y/o su condición sexual de las parejas que deciden la formación de un hogar, se impone el mandato social de la descendencia. En el caso de optar por las técnicas de fertilización asistida, muchas son las practicadas en el país. Sin embargo, el factor económico suele ser uno de los obstáculos más difíciles de sortear por tratarse, en algunos casos de procedimientos de altos costos. Cabe aclarar que, pese a la ley que ampara a las personas que decidan por estas técnicas, brindando la cobertura de las Obras Sociales y/o Entidades de Medicina Prepaga, dichas instituciones, en la mayoría de los casos intentan escapar a la cobertura de dichas prestaciones.

**CAPITULO IV: RESPONSABILIDAD Y COMPETENCIA DE
OBRAS SOCIALES Y ENTIDADES DE MEDICINA PREPAGA.**

RESPONSABILIDAD Y COMPETENCIA DE OBRAS SOCIALES Y ENTIDADES DE MEDICINA PREPAGA

En el presente capítulo de este trabajo de investigación, se realiza un abordaje sobre la competencia de las obras sociales y entidades de medicina prepaga, su alcance en cuanto a prestaciones sobre técnicas de reproducción asistida y a los sujetos comprendidos, como así también quienes son los principales obligados a brindar estas prestaciones, continuando con los recursos que nos brinda el sistema legal argentino ante un caso de incumplimiento de estas obligaciones, tales como son las medidas autosatisfactivas y el recurso de amparo, realizando un estudio no solo desde lo conceptual sino más bien práctico de nuestro problema de investigación, para ello se realizará una consideración de los criterios judiciales en estas situaciones, desde el análisis de jurisprudencia.

4.1. Alcance de las prestaciones

Como surge de lo abordado en los capítulos anteriores de esta obra, la Ley N°26.862, genera un marco normativo en el cual se contempla a los tratamientos de fertilización asistida dentro del Programa Médico Obligatorio. A partir de ello, obliga a las obras sociales, entidades de medicina prepaga y al sistema de salud pública, a brindar cobertura de la implementación de estos tratamientos de manera gratuita, para aquellas personas que sean mayores de edad y presten su consentimiento de manera informada y libre, sin tener en cuenta su orientación sexual, que no puedan tener hijos y necesiten de estos para concebir.

La ley citada de fertilización asistida abarca a aquellos tratamientos que para su realización se necesite de la asistencia médica, y entre ellos se encuentra la distinción de aquellos que resultan de baja o alta complejidad, o bien aquellos que

impliquen o no la donación de gametos o embriones. De su lectura se desprende que queda comprendida la inclusión de futuros procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnicos-científicos, siempre que éstos estén autorizados por el Ministerio de Salud. Como así también aquellos procedimientos de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, así como los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos, según la mejor tecnología del momento.

La normativa, refiere a que el Ministerio de Salud es el encargado de capacitar a los profesionales en la materia, además del manejo de un presupuesto para que esta ley resulte aplicable y para la realización de campañas de difusión sobre el nuevo régimen, además de dar a conocer la lista con los centros habilitados para ofrecer estos tratamientos, y realizar un arbitraje para asegurar el derecho a acceso igualitario. Todos los procedimientos contemplados en esta ley se podrán realizar en los establecimientos sanitarios habilitados que cumplan con requisitos determinados.

A partir de esta ley, el sector público de la salud, las obras sociales y las entidades de medicina prepaga incorporarán estas técnicas como prestaciones obligatorias, y deberán brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral de las mismas.

4.2. Sujetos tutelados por la ley

Los sujetos que se encuentran amparados por esta ley se encuentran establecidos en su Art. 7, el cual establece que los beneficiarios que tienen el derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, son toda persona que sea mayor de edad y que de plena conformidad con lo establecido en la ley N°26.529, “Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud”, haya prestado expresamente su consentimiento el cual debe

ser informado. Se establece la salvedad de que el mismo resulta revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer.

La citada ley y su reglamentación cubren la necesidad de ser padres a toda persona que no pueda procrear por los medios naturales, y establece que tienen derecho al acceso de prestaciones de reproducción médicamente asistida, todas las personas que sean mayores de edad, sin importar su orientación sexual o estado civil²⁶.

4.3. Principales Obligados

Del abordaje del Art. 8 de la citada ley, se desprende que los sujetos que quedan comprendidos como obligados a prestar la cobertura de estas técnicas de reproducción asistida, con todo el tratamiento que ellas conllevan, son:

Sector público de salud,

Obras sociales enmarcadas en las leyes N°23.660 y N°23.661,

Obra Social del Poder Judicial de la Nación,

Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación,

Entidades de medicina prepaga,

Entidades que brinden atención al personal de las universidades,

Todos aquellos agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean.

Todos ellos, deberán incorporar dentro de sus prestaciones obligatorias a estos tratamientos y por lo tanto brindar la cobertura necesaria a sus afiliados o beneficiarios.

²⁶ Ley de Fertilización Asistida: ¿cuáles son los puntos clave?. Recuperado de <https://www.planetamama.com.ar/nota/ley-de-fertilizacion-asistida-puntos-clave?page=full>

4.4. Incumplimiento de Obligaciones

Tal como surge del desarrollo de esta obra de investigación, la salud es un bien jurídico, el cual resulta reconocido por el derecho argentino, en el que se han tenido en miras el desarrollo de políticas públicas en esta materia, surgiendo de esta manera el concepto de salud pública como un bien jurídico protegido.

Desde un punto de vista jurídico, el derecho a la salud, se puede decir que es un derecho negativo, ya que no permite que alguien pueda incumplirlo, salvo con el consentimiento de su titular o bien con una causa que resulte legítima por el ordenamiento positivo. Su violación genera la tutela de este derecho ya sea de forma preventiva o bien resarcitoria según el caso en particular. Ahora bien, el derecho a las prestaciones de salud, resultan de tipo positivo contra quien se encuentre obligado a prestarlo. Por lo que los agentes de salud tienen la obligación de dar prestaciones médicas por sí o por intermedio de entes contratados a tal fin (SUBIES, 2005).

Es de importancia la regulación y la regularización de las leyes y organismos hacedores de derechos para los ciudadanos, para lograr así que no sea un desgaste jurisdiccional, económico y psicológico, a los fines de obtener el máximo nivel de salud reproductiva. Es habitual los reclamos jurídicos innovadores, en los cuales no hay que perder de vista, que detrás de ellos hay personas, con derechos reconocidos, con proyectos de vida y emociones. (Arias, 2015).

Como se puede observar con todo lo expuesto hasta aquí, las personas gozan de un derecho a la salud que se efectiviza mediante las prestaciones de salud, y dentro de ellas se encuentran la práctica de las técnicas de reproducción asistida con todo el tratamiento que ellas conllevan, y por lo cual, ante su incumplimiento las personas beneficiarias poseen diferentes herramientas legales para efectivizar su derecho, las cuales serán desarrolladas a continuación.

4.4.1. Medidas Autosatisfactivas

Dentro de las herramientas legales con las que cuentan las personas al momento de hacer efectivo su derecho a la salud se encuentran las medidas autosatisfactivas, las cuales resultan una herramienta del derecho procesal de urgencia, y se entiende por tal, a aquel requerimiento de carácter urgente que es formulado al órgano jurisdiccional por quienes sienten vulnerado algún derecho. Éste se agota con su despacho favorable, por lo que no resulta necesario el inicio de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento. No constituye una medida de tipo cautelar, más allá de que en la práctica sea equiparada a éstas. (PEYRANO; EGUREN, 2014).

Al momento de evaluar la aplicación de las mismas, el Juez considera los siguientes factores:

- 1- La pretensión que se persigue no debe ser declarativa de derechos, sino que su objeto debe ser la cesación inmediata de conductas o vías de hecho, producidas o inminentes a serlo, y que éstas sean contrarias al derecho.
- 2- Acreditación de una fuerte probabilidad de la existencia del derecho. Aquí no se exige la certeza o convicción suficiente de que es atendible lo solicitado.
- 3- Urgencia pura.
- 4- Prestación de contracautela.

4.4.2. Criterio judicial para su procedencia

Para un mejor análisis y así cotejar en mayor profundidad la procedencia de estas medidas en nuestro sistema jurídico, corresponde el abordaje de diferentes fallos, en los que se pueden observar sentencias a favor de los pacientes para la adecuada cobertura, que permite el acceso a este tipo de prestaciones médicas, más

allá de sus condiciones socio – económicas, dejando ser algo exclusivo para un determinado sector social. A los fines de evitar exhaustividad se tomarán algunos a modo de ejemplificar la temática en cuestión:

I)- En los autos caratulados:

“En los autos “V.N.E. C/ Accord Salud (Plan Privado de Unión Personal) S/ Medida Autosatisfactiva”, el Juzgado Civil y Comercial N° 15 del Chaco, decretó a favor de la actora la medida autosatisfactiva interpuesta, por lo cual, ordenó a la obra social que proceda a prestar la cobertura total e integral del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad con ovodonación, incluyendo también lo concerniente a medicamentos y donación de gametos con un máximo de tres procedimientos por año”²⁷.

En el caso en referencia, el Tribunal tiene en cuenta la naturaleza de los derechos que son reclamados por la actora, como así también la urgencia de la pretensión. Por ello, se considera correcto el reclamo por el derecho a la salud consagrado constitucionalmente, y que por ley refieren también dentro de éste al derecho que tienen las personas de acceder a todas aquellas técnicas de reproducción médicamente asistida, y además sostiene en la sentencia que es deber de la Justicia, despejar todo tipo de obstáculos que impiden a las personas acceder a estos tratamientos.

4.4.3. Recurso de Amparo

Otra de las herramientas jurídicas con las que cuentan las personas, al momento de hacer valer su derecho a la salud, y de esta manera hacer efectiva la

²⁷ 2016. Una medida autosatisfactiva para ser madre. Recuperado de: <https://www.diariojudicial.com/nota/75543/civil-y-comercial/una-medida-autosatisfactiva-para-ser-madre.html>

cobertura de las Obras Sociales o Entidades de Medicina Prepaga en cuanto a los tratamientos de técnicas de reproducción asistida, es el recurso de amparo, el cual es una garantía constitucional que tiene por objeto proteger todos los derechos y garantías que son reconocidos por la Constitución Nacional. Por lo que procede en todos aquellos casos en los que por acción u omisión se limite, restrinja o amenace lo establecido en nuestra Constitución Nacional, un tratado internacional o bien una ley. Es decir, que protege todas las libertades con las que cuenta el hombre, con excepción de la libertad física, para lo cual existe el habeas hábeas.

A partir de la reforma de 1994, el Art. 43 tutela esta acción. Facultando al Juez para declarar la inconstitucionalidad de oficio de la norma en que se funda ese acto u omisión que vulnera los derechos constitucionales. (DROMI, 2004).

El Art. 43 de la Constitución Nacional, establece:

“Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrá interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”.

Como es sabido el derecho a la salud se encuentra dentro de los derechos constitucionales básicos reconocidos y protegidos por nuestra Constitución nacional, como así también por los tratados internacionales. Por lo que es claro que, frente a la

negativa de los entes de salud de cumplir con alguna de las prestaciones básicas y obligatorias a alguno de sus afiliados discapacitados, la vía de solución que resulta rápida y expedita es la acción de amparo. (SUBIES, 2005).

4.4.3.1. Aspectos procesales

El art. 6 de la Ley N°16.986, reglamenta la interposición de este recurso, estableciendo como requisitos para la procedencia de la demanda, la cual debe ser interpuesta de manera escrita, y deberá contener:

El nombre y apellido, junto con el domicilio real y constituido del accionante;

Si es posible la individualización del autor del acto u omisión impugnados;

La relación circunstanciada de aquellos extremos que hayan producido o estén por producir la lesión al derecho o garantía constitucional;

Y finalmente, la petición en términos claros y precisos.

El art. 7 de la misma ley, establece todo lo referido a la prueba que deberá ser acompañada por el accionante junto con la interposición de la demanda, o bien para el caso de no encontrarse en su poder deberá realizar una individualización de esta, indicando el lugar en que se encuentra, además deberá indicar los demás medios de prueba de los que pretenda valerse para fundar su petición.

Una vez que fue interpuesta y admitida la demanda, el juez requerirá a la autoridad que corresponda el informe circunstanciado de los antecedentes y fundamentos de la medida impugnada. El requerido deberá cumplir con la carga de la prueba en la misma oportunidad de contestación del informe, en la forma que fue establecido por el actor.

Ya producido el informe o bien venció el plazo de presentación de éste, no habiendo prueba del accionante para tramitar, el juez dictará sentencia debidamente

fundada dentro de las siguientes 48 horas, ya sea concediendo o rechazando el recurso de amparo.

4.4.3.2. Cuestiones que considerar

Si bien el recurso de amparo resulta una acción rápida, dependiendo el caso en particular puede ocurrir que, hasta la obtención de la sentencia, el derecho que se pretende obtener resulte ilusorio. Por lo que, al promover la acción dentro de la misma se debe plantear la medida cautelar de inaudita parte, fundada en la prueba que se adjunta y el derecho citado, de esta manera el juez podrá brindar una protección inmediata. (SUBIES, 2005).

Para la procedencia de éste, deben concurrir los siguientes presupuestos:

1- *Verosimilitud en el derecho*: surge inequívocamente de la descripción que se realice de los derechos vulnerados por la omisión de la accionada de cumplir con su obligación de otorgar las prestaciones básicas para sus afiliados que padecen de alguna discapacidad.

La arbitrariedad en la omisión deber ser clara y manifiesta, desvirtuando así cualquier principio de legalidad que pudiera contener.

2- *Peligro en la demora*: cuando solo a través del otorgamiento de la medida cautelar resulta posible mantener la verosimilitud del derecho invocado y la inminente posibilidad de que el afiliado discapacitado sufra un daño definitivo e irreparable, pudiendo generar cualquier tipo de responsabilidad.

Es decir, que el interés jurídico que va a fundamentar el otorgamiento de la medida encuentra su justificación en el peligro que implica la duración del proceso.

3-*Contracautela*: ya que la medida cautelar es de carácter provisorio, el requirente de éste debe prestar una contracautela para la improbable hipótesis de que el juez en su sentencia rechace la misma. (SUBIES, 2005).

Para un mejor análisis y así cotejar en mayor profundidad la procedencia de estas medidas en nuestro sistema jurídico, corresponde el abordaje de diferentes fallos, en los que se pueden observar sentencias a favor de los pacientes para la adecuada cobertura, que permite el acceso a este tipo de prestaciones médicas, más allá de sus condiciones socio – económicas, dejando ser algo exclusivo para un determinado sector social. A los fines de evitar exhaustividad se tomarán algunos a modo de ejemplificar la temática en cuestión:

I)- Autos caratulados:

“Limitar la cobertura de medicamentos para la fertilización asistida vulnera lo dispuesto por la ley N° 26.862, D. L. P y otro c/ Medicus S.A. y otro s/ amparo de salud, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala I, 12-abr-2016: Establecer límites a la cobertura de medicamentos necesarios para enfrentar un tratamiento de fertilización asistida, vulnera los derechos consagrados en la ley 26.862, pues torna ilusorias las posibilidades de éxito por no garantizar las condiciones necesarias para ello. Sumario: 1.-Corresponde confirmar la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo y condenó a una empresa de medicina prepaga a brindar la cobertura integral del tratamiento de reproducción médicamente asistida requerido y de la totalidad del costo de los medicamentos hasta la consecución del embarazo, ya que si bien la demandada sostuvo que otorgaba la cobertura general establecida para todos los medicamentos del 40 por ciento, dicha limitación es incompatible con el carácter integral establecido tanto por la Ley 26.862 (arts. 1° y 8) como por su dec. reg. 956/13 (art. 1), que garantizan el acceso integral a los procedimientos. 2.-No obstante la naturaleza mercantil de las empresas de medicina prepaga, en tanto ellas tienden a proteger las garantías constitucionales

y adquieren un compromiso social con sus usuarios, la provisión integral de la medicación debe seguir la suerte de la cantidad de tratamientos previstos en la legislación”²⁸.

En este caso jurisprudencial, la sentencia que fue apelada resolvió dar lugar a la acción de amparo por lo que condenó a la demandada a brindar la cobertura integral del tratamiento, incluyendo también los costos de los medicamentos. Ello, fundado en que el padecimiento de este tipo de patología representa un obstáculo para procrear, lo que implica que el derecho a la salud, derecho garantizado constitucionalmente, se encuentre afectado, por lo que resulta obligación del Tribunal asegurar el acceso de las personas a estos procedimientos.

II)- Autos caratulados:

“Obligación de la obra social de brindar cobertura del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad, I. C. Del V. y o. c/ Instituto Autárquico Provincial de Obra Social s/ amparo, Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y Laboral de Rafaela, Sala/Juzgado: 5ta circ., 7-abr-2016: Sumario: Corresponde confirmar la sentencia por la que se obligó a la obra social demandada a brindar cobertura total del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad indicado por el médico tratante, incluyendo medicamentos, drogas, estudios y cualquier otro gasto que demande, de acuerdo al presupuesto que acompañan, a practicarse en la Clínica requerida de acuerdo a las especificaciones que al momento de la práctica determine el médico tratante”²⁹.

En el caso expuesto, se observa que el demandado no llevo a cabo una conducta diligente respecto de los derechos a la salud reproductiva que conlleva el

²⁸ Microjuris 2016. Limitar la cobertura de medicamentos para la fertilización asistida vulnera lo dispuesto por la ley 26.862. Recuperado de: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2016/08/16/limitar-la-cobertura-de-medicamentos-para-la-fertilizacion-asistida-vulnera-lo-dispuesto-por-la-ley-26-862/>

²⁹ Microjuis 2016. Obligación de la obra social de brindar cobertura del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad. Recuperado de <https://aldiaargentina.microjuris.com/2016/09/28/obligacion-de-la-obra-social-de-brindar-cobertura-del-tratamiento-de-fertilizacion-asistida-de-alta-complejidad/>

derecho a vida y a la posibilidad de formar una familia, por lo que claramente se observa un menoscabo a la autonomía y la libertad reproductiva, como así también el Tribunal considera que su accionar desencadena en una postura discriminatoria indirecta respecto de las parejas infértiles de bajos recursos, lo que resulta contrario a la Constitución Nacional y a la Convención Americana de Derechos Humanos.

III)- Autos caratulados:

“Rodriguez, Noelia Beatriz y Otro c/ Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires s/ Amparo de salud. Incidente de Apelación. Juzgado N° 2, Secretaría N° 3, Buenos Aires, 30 de Agosto de 2016. Sumario: 1) Se promovió acción de amparo para obtener cobertura integral del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad –FIV (ICSI)–. 2) La resolución que fue apelada, hizo lugar a la medida precautoria y dispuso que la accionada deberá otorgar a la actora la cobertura integral del tratamiento prescripto. 3) El demandado menciona que por su parte en cuanto a que los tratamientos de fertilización asistida se cubren conforme a lo establecido por la ley N° 26.862 y su decreto reglamentario y que, atento que la actora ya accedió a los tres tratamientos de alta complejidad previstos en el art.8, el beneficio se encuentra agotado. Aduce que la medida significa obligarla a brindar una cobertura que excede lo establecido en la ley que rige la materia, lo que viola su derecho de propiedad. La actora destaca que los tratamientos anteriores no fueron cubiertos en su totalidad, puesto que en los dos últimos la demandada solo asumió el 60% de la medicación. Disiente con la interpretación del art. 8 del decreto 956/13 en cuanto al tope de tratamientos. 4) La Ley N°26.862 (artículos 1 y 8) como su decreto reglamentario 956/13 (art.1) garantizan el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. También se determina el deber de incorporar como prestaciones obligatorias la cobertura integral de los medicamentos, terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define. 5) En virtud de

haberse probado los extremos invocados por la actora, la medida cautelar debe ser confirmada”³⁰.

Aquí el Tribunal considera que la aplicación de las normas que reglamentan el procedimiento de una garantía que es consagrada en la Constitución Nacional, no puede constituirse, si se la desnaturaliza con una excesiva rigidez, tornando inoperante el instituto. La acción de amparo es pertinente, como se mencionó anteriormente, la institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos. Se plantea que los jueces son los que deben buscar soluciones conforma con la urgencia que conllevan las pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos, más aún aquellos que tienen garantía constitucional.

4.5. Conclusiones Parciales

Como se puede observar en el desarrollo de este capítulo, el derecho a la salud es un derecho que tiene cada persona y que es tutelado por la Constitución Nacional. Por lo cual el Estado, es el principal responsable de brindar la protección de éste, más aún a aquellas personas que por su condición económica no pueden acceder a la implementación de estas técnicas complejas por la vía privada. Es por ello, que, mediante el dictado de la Ley N°26.862, el Estado se ocupó de establecer dentro del Programa de Prestaciones Médicas Obligatorias a las técnicas de reproducción asistida, lo cual genera que las personas sin distinción de condición económica puedan acceder a las mismas.

³⁰ Sentencia de Cámara Civil y Comercial federal- sala i, 30 de agosto de 2016 (caso incidente n° 1 - actor: r. n. b. y otro demandado: sociedad italiana de beneficencia en buenos aires s/incidente de medida cautelar). 2016. Recuperado de http://ar.vlex.com/vid/incidente-n-1-actor-648933881?pbl_until=2016-10-30&pbl_auth_token=1fa64415dc89c0dc570bb8278ecb3f99&cpi=515008.

Por lo que además de la salud pública, las Obras Sociales y Entidades de Medicina Prepaga, resultan las principales obligadas a cumplir con estas prestaciones. Por lo que ante la negativa de éstas las personas cuentan con diferentes recursos legales para hacer valer sus derechos, las medidas autosatisfactivas y el recurso de amparo, que tienen por fin inmediatos evitar un perjuicio irreparable.

CONCLUSIÓN

Como corolario del presente trabajo de investigación, se ha seguido, a lo largo de toda la extensión de éste, el problema presentado como, los siguientes interrogantes: ¿El marco legal aplicable a la cobertura de los tratamientos de reproducción medicamente asistida es suficiente para brindar la adecuada protección a los derechos constitucionales involucrados? Partiendo del mismo, los capítulos de este trabajo fueron elaborados teniendo en cuenta los diferentes objetivos que se plantearon al comienzo de la obra, para la investigación, intentando de esta manera comprender de la forma más acabada posible la problemática presentada.

De acuerdo con los interrogantes centrales de esta investigación, se puede concluir que:

Como inicio del presente trabajo investigativo, se realizó un abordaje de la temática desde el Derecho Constitucional, haciendo hincapié en los Derechos Humanos, contemplados en la Constitución Nacional, en tratados internacionales y leyes específicas y dentro de los mismos los derechos a la salud y a la información. Las personas tiene derecho a formar una familia, a la paternidad y/o maternidad y a la reproducción y ante la imposibilidad de fertilidad puedan beneficiarse de los avances que la ciencia otorga para hacerle frente a los obstáculos de fertilidad a través de los tratamientos de fertilización que han sido incorporados en el Programa Médico Obligatorio de la Nación. El Derecho Humano al acceso integral a los procedimientos y técnicas están reconocidos en nuestra Constitución, se fundamenta en los Derecho de dignidad, libertad e igualdad de toda persona humana, conforme a la Constitución Nacional y los Derecho Internacionales de Derechos Humanos.

Continuando con la temática de investigación, se realiza un análisis de las distintas técnicas de reproducción asistida que se implementan en Argentina, arribando a la conclusión de que existe un mandato social de ser padres que se impone a las personas mayores de edad e incluso a las parejas sin distinción de su condición sexual. Parecería que la representación social del aseguramiento de la descendencia es una imposición cultural que ha arraigado entre hombres y mujeres.

En los países europeos, a pesar del tiempo en el que data la implementación de las técnicas de reproducción asistida en ellos, resulta aún materia de evolución en lo que refiere al marco normativo que lo regula para que el mismo resulte más acorde al avance de la ciencia. Se destaca la legislación sobre la Inseminación Artificial y Fecundación In vitro, sin embargo Dinamarca no lo menciona de manera expresa. En cuanto a la experimentación con embriones humanos, también es receptado por todos los países, con excepción de Suecia. Diferente es el caso, de los países Latinoamericanos, que como se puede inferir existe una mayor evolución de la legislación que claramente se adapta al avance de la ciencia y a las necesidades de las personas en lo que refiere a la reproducción, que claramente es correlativo con la salud de estas lo que resulta un derecho ineludible por los legisladores.

Ahora bien, adentrándonos en la temática a investigar, se aborda la legislación vigente en Argentina, Ley N°26.862, concluyendo que más allá de la imperiosa necesidad que existía por la vigencia de la misma, porque la implementación de estos tratamientos datan de varios años atrás, por la complejidad médica y científica, los mismos resultaban muy onerosos, por los que el acceso quedaba al alcance de un sector selecto de la sociedad, lo que genera la desigualdad en el cumplimiento del derecho a la salud.

Con el tiempo y después de varios debates, se logra cambiar el paradigma del derecho a la salud incluyendo la reproducción dentro del mismo, para lo cual se sanciona la Ley N°26.862, como anexo al Decreto Reglamentario N°956/2013, con la finalidad de regular a la reproducción asistida para el libre acceso de todas aquellas personas que presten su consentimiento libremente e informado y siendo ellas mayores de edad, en post de lograr una igualdad en el ejercicio del derecho a la salud. La infertilidad, al no estar establecida como una enfermedad y no haber restricciones por edad, estado civil u orientación sexual, las parejas homosexuales y las mujeres solteras también pueden acceder a las técnicas sean de baja o de alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos o embriones.

Finalmente, dando respuesta a los interrogantes de investigación planteados, más allá de la promulgación y aplicación de una ley por parte del Congreso y el decreto reglamentario quedaron lagunas legales, entre ellas, respecto a que incluye la cobertura integral de medicamentos, apoyos psicológicos, la crio preservación de embriones o estudios para diagnosticar la infertilidad que tienen el deber de prestar los 3 subsectores de la salud. También surge un vacío legal, ya que no está legislada ni se hace mención en la Ley, respecto al alquiler de vientre.

Para lograr el cumplimiento de la ley se deberían dictar resoluciones para aclarar aquellos puntos y no dejar a la libre interpretación de las partes, lo cual genera que las personas deban acudir a la justicia, ante la negativa por parte de los principales obligados, mediante diferentes recursos legales para hacer valer sus derechos, tal como las medidas autosatisfactivas y el recurso de amparo, que tienen por fin inmediato evitar un perjuicio irreparable y lograr que se cubra el cien por ciento del tratamiento en lo que respecta a la medicación, diagnóstico, apoyos psicológicos, entre otros.

A modo de cierre de la presente obra podemos remarcar que el Derecho a la Salud resulta un derecho que tiene cada persona y que es tutelado por nuestra Constitución Nacional y Tratados Internacionales. Fue de gran envergadura la sanción de la ley en nuestro país, ya que la intención de los legisladores fue la de ampliar los derechos en una sociedad que va evolucionando y cambiando logrando de esta manera una comunidad más justa y democrática, sin embargo, resolver los problemas de los vacíos legales es una cuota pendiente en nuestra legislación para de esta manera lograr una cobertura integral e interdisciplinaria de las técnicas de reproducción médicamente asistidas.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- Arianna. 2003. *XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil*. Ed. Rubinzal – Culzoni.
- Basile. 2003. *XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil*. Ed. Rubinzal – Culzoni.
- Bidart Campos, G. 2008. *Compendio de Derecho Constitucional*. Edición: 1a ed, Buenos Aires, Ediar.
- Bladillo, A. y Salturi Amezcua, M. M. 2016. *Médico. Sistema de intermediación- Obras sociales- Fecundación asistida- Cobertura integral de las prestaciones- Técnicas no contempladas por la legislación vigente- Diagnóstico genético preimplantacional- Derecho a la salud reproductiva Derecho de Familia*. Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, I, Buenos Aires, Ed. AlbeledoPerrot, 1-22.
- Muñoz Genestoux R. (2014) Algunas discusiones a la espera de la regulación integral de las técnicas de reproducción humana asistida. *Derecho de Familia*. Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, V, Buenos aires, Ed. AlbeledoPerrot, 9- 20.

Versiones electrónicas de publicaciones.

- Amaya, S. 2008. Ser madre con óvulos de otra mujer. Recuperado de <https://www.lanacion.com.ar/1031923-ser-madre-con-ovulos-de-otra-mujer>
- De Ortúzar G. (2010) Derechos humanos e información: de la privacidad a la efectiva igualdad de oportunidades en el contexto de salud. *Derecho y Ciencias*

Sociales. No. 3. Ed. Red Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. Recuperado de <https://ebookcentral-proquest-com.bibliotecadigital.idm.oclc.org/lib/biblioues21sp/detail.action?docID=3204336>.

- Diario Judicial. 2016. Revista electrónica Diario Judicial. La actualidad desde el derecho. Edición 4137. ISSN 1667-8487. Una medida autosatisfactiva para ser madre. Recuperado de <https://www.diariojudicial.com/nota/75543/civil-y-comercial/una-medida-autosatisfactiva-para-ser-madre.html>

- Escobar G. (2006). Protección de la salud: IV Informe sobre Derechos Humanos. Ed. Trama editorial. Recuperado de: [https://ebookcentral-proquest-com.bibliotecadigital.idm.oclc.org/lib/biblioues21sp/reader.action?docID=3429812&query=.](https://ebookcentral-proquest-com.bibliotecadigital.idm.oclc.org/lib/biblioues21sp/reader.action?docID=3429812&query=)

- Farji Neer, A. 2015. Cuerpo, derechos y salud integral: Análisis de los debates parlamentarios de las leyes de Identidad de Género y Fertilización Asistida (Argentina, 2011-2013). Recuperado de http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1851-82652015000300004

-Fecundación Artificial Recuperado de <http://www.oni.escuelas.edu.ar/olimpi99/segregacion-genetica/fecart.htm>

- Leyes de Reproducción Asistida. ¿Qué pasa en Europa?. 2014. Recuperado de <http://blog.procreatec.com/leyes-reproduccion-asistida-europa/>.

- Ley de Fertilización Asistida: ¿cuáles son los puntos clave?. Recuperado de <https://www.planetamama.com.ar/nota/ley-de-fertilizacion-asistida-puntos-clave?page=full>

-Luna, F. 2008. Reproducción Asistida, Género y Derechos Humanos en América Latina. Recuperado de

<http://lac.unfpa.org/es/publicaciones/reproducci%C3%B3n-asistida-g%C3%A9nero-y-derechos-humanos-en-am%C3%A9rica-latina>

- Muñoz Genestoux R (2014) Algunas discusiones a la espera de la regulación integral de las técnicas de reproducción humana asistida. Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, V, Buenos aires, Ed. AlbeledoPerrot, 9- 20. Recuperado de <http://www.scielo.br.bibliotecadigital.idm.oclc.org>

-Nabel, A. 2016. Por una ley de reproducción asistida más equitativa. Recuperado de <https://www.lanacion.com.ar/1906652-por-una-ley-de-reproduccion-asistida-mas-equitativa>.

- Por una ley de reproducción asistida más equitativa. 2016. Recuperado de <http://www.lanacion.com.ar/1906652-por-una-ley-de-reproduccion-asistida-mas-equitativa>.

- Procreate Red de Medicina Reproductiva y Molecular. Disponible en: <http://www.procreate.com/reproducción>

- Smink, V. 2013. Argentina, pionera en el derecho a la fertilidad. Recuperado de http://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/06/130610_argentina_fertilidad_vs

- Sandra González Santos. 2011. La reproducción asistida en México. Recuperado de <https://www.nexos.com.mx/?p=14574>.

-Sociedad Española de Fertilidad. Recuperado de <http://www.sefertilidad.net/index.php?seccion=laSEF&subSeccion=laSEF>

- Tema central: Infertilidad, Revista Médica Clínica Las Condes May 2010 21(3):451-456. Editor: Elsevier España, S.L.U. Recuperado de <https://www.journals.elsevier.com/revista-medica-clinica-las-condes/>

- Vega M, Vega J, Martínez Baza P. Regulación de la Reproducción Asistida en el ámbito europeo. 2004. Recuperado de <https://www.bioeticaweb.com/regulacion-de-la-reproduccion-asistida-en-el-ambito-europeo/>

- Vlex (2016) Recuperado de http://ar.vlex.com/vid/incidente-n-1-actor-648933881?pbl_until=2016-10-30&pbl_auth_token=1fa64415dc89c0dc570bb8278ecb3f99&cpi=515008.

Leyes

- Infoleg (2013). Ley 26.862. Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/216700/norma.htm>

- Ley N°26.862. Reproducción Médicamente Asistida. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/216700/norma.htm>

Jurisprudencia

- Microjuris (2016) Microjuris.com inteligencia jurídica. Limitar la cobertura de medicamentos para la fertilización asistida vulnera lo dispuesto por la ley 26.862. Recuperado de: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2016/08/16/limitar-la-cobertura-de-medicamentos-para-la-fertilizacion-asistida-vulnera-lo-dispuesto-por-la-ley-26-862/>

- Microjuis (2016) Obligación de la obra social de brindar cobertura del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad. Microjuris.com inteligencia jurídica. Recuperado de: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2016/09/28/obligacion->

de-la-obra-social-de-brindar-cobertura-del-tratamiento-de-fertilizacion-asistida-de-alta-complejidad/

-Sentencia de Cámara Civil y Comercial federal- sala i, 30 de agosto de 2016 (caso incidente n° 1 - actor: r. n. b. y otro demandado: sociedad italiana de beneficencia en buenos aires s/incidente de medida cautelar). 2016. Recuperado de http://ar.vlex.com/vid/incidente-n-1-actor-648933881?pbl_until=2016-10-30&pbl_auth_token=1fa64415dc89c0dc570bb8278ecb3f99&cpi=515008

- Una medida autosatisfactiva para ser madre. 2016. Recuperado de <https://www.diariojudicial.com/nota/75543/civil-y-comercial/una-medida-autosatisfactiva-para-ser-madre.html>