



TRABAJO FINAL DE GRADO

**Cobertura de Obras Sociales y Prepagas a los Procedimientos y
Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el Marco Jurídico
Argentino.**

APELLIDO Y NOMBRE: ORTIZ, MELANIA MICAELA

CARRERA: ABOGACÍA

AÑO: 2018

RESUMEN

Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida son los diversos procedimientos que se llevan a cabo para la consecución del embarazo, sin la necesidad de que surjan de la unión sexual. La concepción puede producirse dentro del cuerpo de la mujer como el caso de la Inseminación Artificial Intrauterina o fuera del cuerpo de esta, denominados por algunos como “el concebido dentro de un tubo de ensayo” como la Fertilización In Vitro. Pudiendo el material genético aportado ser de la propia pareja como de un donante.

Estas técnicas están destinadas para aquellas personas que por cuestiones de salud, laboral o económicas se encuentren impedidas o postergan la maternidad/paternidad, cuando logren sus proyectos personales, pero dejan de lado un factor importante: La Edad Biológica.

En el marco jurídico argentino las técnicas de reproducción humana asistida son una gran innovación desde el punto de vista doctrinario como jurisprudencial. Con la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, se incorpora a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida como una nueva fuente filiatoria, ampliando las perspectivas impuestas por Vélez Sarsfield.

Por su parte en el año 2013 se sanciona la Ley 26.862 y su Decreto Reglamentario 956/13 en el cual establece el Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico – Asistenciales de Reproducción Humana Asistida, esto se debe a los elevados costos que estos procedimientos generan, por lo que su particularidad es brindarle la cobertura total, por parte de los tres subsectores de salud: públicos, seguridad social y privados a los procedimientos allí especificados y garantizarle su acceso a toda persona mayor de edad y sin discriminación alguna.

ABSTRACT

The Assisted Human Reproduction Techniques are the various procedures carried out for achieving pregnancy without the need arising from the sexual union. Conception can occur within the female body as the case of Artificial IUI or outside the body of this, known by some as "conceived in a test tube" as IVF. It provided the genetic material can be one's partner as a donor.

These techniques are intended for those who for health or issues, labor are hindered economic or postpone motherhood / fatherhood, if they manage their personal projects, but leave out an important factor: the biological age.

In the Argentine legal framework of assisted human reproduction are a great innovation from doctrinaire and jurisprudential point of view. With the reform of the Civil and Commercial Code of the Nation, he joined the Assisted Human Reproduction Techniques as a new filiatoria source, increasing the prospects for Velez Sarsfield imposed.

Meanwhile in 2013 the Law 26,862 and Decree 956/13 in its Regulation which establishes the Integral Access to Medical Procedures and Techniques is sanctioned - Relief Assisted Human Reproduction, this is due to the high costs of these procedures generate , so its particularity is to provide full coverage by the three health subsectors: public, social and private procedures specified therein security and guarantee access to all persons of legal age and without discrimination.

INDICE

RESUMEN	1
ABSTRACT	2
INTRODUCCION GENERAL	4
CAPITULO I	6
DERECHO A LA SALUD	6
INTRODUCCIÓN	6
CONCEPTO	7
NATURALEZA JURÍDICA	8
RECEPCIÓN EN LA CONSTITUCION NACIONAL.....	9
CONCLUSION.....	11
CAPITULO II	12
ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DE TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA	12
INTRODUCCIÓN	12
FACTORES QUE OCASIONAN EL RETARDO DE LA MATERNIDAD	13
TECNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.....	14
CONCEPTO	14
CLASES.....	15
DIFERENCIAS ENTRE TÉCNICAS HOMÓLOGAS Y HETERÓLOGAS	16
CONCLUSION.....	17
CAPITULO III	18
RECEPCIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN.	18
INTRODUCCIÓN	18
FILIACIÓN.....	19
CONCEPTO	19
FORMAS DE FILIACION	19
ARTICULO 560 CONSENTIMIENTO.....	20
FORMAS Y REQUISITOS DE CONSENTIMIENTO.....	21
VOLUNTAD PROCREACIONAL	21
CONCLUSION.....	22
CAPITULO IV	23
REGULACIÓN	23
INTRODUCCIÓN	23
LEY 26.862 ACCESO INTEGRAL A LOS PROCEDIMIENTOS Y TÉCNICAS MEDICO – ASISTENCIALES DE REPRODUCCIÓN MEDICAMENTE ASISTIDA.	24
DECRETO REGLAMENTARIO 956/2013	27

PLAN MÉDICO OBLIGATORIO.....	29
CONCEPTO	29
EVOLUCIÓN	30
IMPLEMENTACIÓN ACTUAL.....	31
LA PROVINCIA DE MENDOZA ¿ADHIERE A LA LEY NACIONAL 26.862?.....	31
PROGRAMA PROVINCIAL DE SALUD REPRODUCTIVA.....	33
RESOLUCIÓN 157/2013 O.S.E.P.....	34
ACTUALIZACIÓN: RESOLUCIÓN 1040/16.....	36
CONCLUSION.....	38
CAPÍTULO V	39
AMPARO.....	39
INTRODUCCIÓN	39
CONCEPTO	40
EFECTIVIDAD	41
APLICACIÓN EN LOS TRIBUNALES DE MENDOZA.....	43
CONCLUSIÓN	48
CONCLUSIÓN FINAL	49
BIBLIOGRAFÍA	51

INTRODUCCION GENERAL

Los procedimientos y técnicas de reproducción humana asistida ha tomado relevancia en los últimos tiempos, debido a una amplia variedad de factores que desencadenan en la opción de utilizar estos métodos, como es el caso de aquellas parejas que no tienen acceso a la concepción de manera natural, parejas homosexuales o aquellas mujeres que deciden criopreservar sus óvulos para el futuro, ya sea por tratamientos que ponen en riesgo su salud o por cuestiones laborales. Se entiende por Técnicas de reproducción medicamente asistida a todos los tratamientos o procedimientos para la consecución de un embarazo. Dentro de estas técnicas se encuentran: Inseminación Artificial, Fertilización In Vitro y sus derivados.

En este trabajo de Investigación se abordará cual es el motivo por el cual obras sociales y prepagas se rehúsan a prestar la cobertura correspondiente y el rol que cumple el amparo como garantía para el cumplimiento de las prestaciones antes mencionada.

Si bien personas con elevados recursos podían acceder a estos tratamientos, se limitaba para aquellos que no poseían estos recursos o no contaban con una obra social. En el año 2002 se crea el Programa Médico Obligatorio de Emergencia el cual fijaba las prestaciones básicas que debía garantizar las obras sociales, pero no incluía las técnicas de reproducción asistidas por no contar con una ley nacional que las respaldara.

Por otra parte el Código de Vélez tampoco regulaba las técnicas de reproducción ya que solamente habían dos tipos de filiación: la concepción natural y la adopción. Con la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación se actualiza en cuanto a las formas de alcanzar la filiación, ya no solo se toma en cuenta la concepción natural y por adopción sino también por técnicas de reproducción asistida.

Su regulación normativa, tuvo lugar en 2013 luego de varios debates de por medio se sanciona la ley 26862 y su decreto reglamentario 956/2013 el cual establece el acceso

integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médico asistida.

Particularmente, el artículo 8 establece su cobertura en cuanto a los sectores que abarca (público y privado), los diversos procedimientos, las personas que pueden acceder y cuantos procedimientos cubre.

La finalidad de este trabajo, es poder analizar cuál es el impedimento que hace que obras sociales y prepagas no deseen cubrir estos tratamientos, cuál es su postura frente a tanta demanda social, que dice la ley nacional y la Provincia de Mendoza ¿adhiera o no a la ley nacional? Y por tal ¿Se considera la Infertilidad como una enfermedad?

El presente trabajo estará dividido en tres ejes fundamentales. En la primera parte se analizará el derecho a la salud como principal afectado, la infertilidad tomada o no como una enfermedad, los diversos factores que influyen en el retardo de la maternidad y se explicará la amplia variedad de técnicas de reproducción asistida y cómo influyen en el ordenamiento jurídico.

Analizada la primera aproximación se dará comienzo a la segunda parte, la cual contendrá la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida y su decreto reglamentario, su evolución hasta llegar a la reciente sanción, su recepción en el Código Civil y Comercial de la Nación y cuál es la situación en la Provincia de Mendoza adhiere o no a la ley nacional.

Finalmente en la tercera parte se analizará las obras sociales y prepagas en el sector público y privado de la provincia de Mendoza, cual es la postura que toman las obras sociales a la hora de afrontar un juicio de estas características y el rol que cumple el amparo como medida de solución de este problema.

CAPITULO I

DERECHO A LA SALUD

INTRODUCCIÓN

Al hablar de salud se despliega una amplia variedad de definiciones, el cual provoca controversias desde sus orígenes hasta la actualidad. Se puede definir desde simples acepciones cotidianas hasta las que son desarrolladas por especialistas.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) la define como “un estado de completo bienestar físico, psíquico y social. El disfrute del más alto nivel alcanzable de salud, es uno de los derechos fundamentales de cada ser humano sin distinción de raza, religión, creencias políticas, condiciones económicas y sociales”¹.

En el presente capítulo se abordará el Derecho a la Salud como el principal derecho afectado. Se harán consideraciones conceptuales, desde la perspectiva jurídica en base a qué se entiende por derecho a la salud, luego se desarrollará una aproximación a la naturaleza jurídica y por último se profundizará el reconocimiento en la Constitución Nacional de 1994, acompañado por los diversos Tratados Internacionales que le dieron origen.

¹ Organización Mundial de la Salud s.f. <http://www.who.int/sugesttions/fag/es/index.html>.

CONCEPTO

Para dar un concepto de derecho a la salud primero se debe tener noción sobre salud.

El concepto de salud ha tenido un amplio debate tanto Nacional como Internacional. En un primer momento se asociaba salud con enfermedad, por lo que si se tenía enfermedad no había salud.

Con el devenir del tiempo y debates de por medio se pudo entender que salud es el completo bienestar físico, psíquico y social, pero también recibió críticas por parte de sociólogos, médicos y juristas.

Por lo que dar un concepto preciso de salud se torna muy complejo ya que este es interdisciplinario y dinámico, es decir comprende varias disciplinas sociales, culturales y científicas y está en constante reforma debido a procesos históricos, avances científicos y tecnológicos cuyo objeto es brindarle la calidad de vida y el bienestar al individuo.

Este trabajo tomará como base la definición que establece la Organización Mundial de la Salud como “el completo bienestar físico, mental y social y no la mera ausencia de enfermedad o discapacidad”.

El derecho de la salud puede definirse como

La rama del derecho que regula las relaciones jurídicas que tienen por objeto la salud humana y sus protección, entendida la salud como una actitud de armonía que abarca los estados de completo bienestar físico, mental y social, lograda en un medio ambiente que garantice la sustentabilidad de este equilibrio²

Por otra parte el derecho a la salud independientemente de lo establecido por el derecho internacional de los tratados, constitucionalistas o iuspublicista tiene un doble contenido: Un derecho Fundamental en sí mismo y por otra parte es una garantía social.

² Gonzales Díaz, Carlos “En torno a una definición sobre el Derecho de la Salud”.
http://bus.sld.cu/revista/ems/Vol19_4_05/ems01405.pdf.

Por lo que se estipulan normas programáticas, cuyo efectivo ejercicio depende de cuestiones estatales presupuestarias, pero las nuevas tendencias apuntan a que estos derechos también deban ser exigidos al Estado y no quedar como un catálogo de buenas intenciones.³

Por lo tanto cuando se hace mención al derecho a la salud Serrano Escobar y Tejada Ruiz (1994) afirman que “este no es un derecho “de” sino un derecho “a” la salud, es decir un derecho prestacional que da lugar a una prestación exigible al Estado”.

NATURALEZA JURÍDICA

La naturaleza jurídica del derecho a la salud también se encuentra inmersa en debate, por el constante desarrollo progresivo, ya que para algunos doctrinarios es un derecho individual, en la que solo éste es responsable de su salud, sin la intervención del Estado. Para otros es un derecho individual y social, en donde el individuo es el titular del derecho, y es social porque el Estado es el que le provee las herramientas necesarias para su protección, no solamente al individuo sino a la sociedad en general por considerarse un derecho fundamental.

La “Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos” (OACDH), establece que los Estados

Deben garantizar un nivel mínimo de acceso a los componentes materiales esenciales del derecho a la salud ej. Suministro de medicamentos esenciales. A pesar de las limitaciones de recursos, algunas obligaciones tienen efecto inmediato como la garantía del derecho a la salud sin discriminación alguna y la elaboración de leyes de acceso específico u otras medidas para la realización de este derecho como la de cualquier otro⁴.

Para Mertehikian , los derechos sociales no constituyen para los individuos un derecho de actuar, sino facultades de reclamar determinadas prestaciones de parte del Estado cuando este hubiera garantizado el servicio⁵.

³ De la Torre Torres, Rosa Maria “Derecho a la Salud”. <http://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2253/16.pdf>.

⁴ “Derecho a la salud”. Folleto informativo sobre derechos humanos Nro. 31. Publicación de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. <http://www.ohchr.org/documents/publications/factsheet31sp.pdf>.

⁵ Mertehikian, Eduardo “La Protección de la Salud” como un derecho de incidencia colectiva y una sentencia que le ordena al estado que cumpla aquello a lo que se había comprometido. Cámara Nacional de apelaciones en lo contencioso administrativo federal, sala IV 02/06/1998.

RECEPCIÓN EN LA CONSTITUCION NACIONAL

El derecho a la salud se generalizó al ser considerado como un derecho humano fundamental, básico para toda la sociedad en la que el Estado era su proveedor.

Morello y Cafferata (2005) entienden que

El derecho a la salud paso de ser un derecho subjetivo individual, personalísimo, básico humano de primera generación, a un derecho de segunda generación social, prestacional activo en la que varía el rol del Estado y de los terceros relacionados (obras sociales, seguros, etc.).

Luego pasa a una tercera generación estableciéndose como derecho de incidencia colectiva, al decir de Iñiguez (2005) es un bien jurídico, íntimamente ligado a la vida revistiendo, como consecuencia, la categoría de derecho colectivo.

Por lo que se podría afirmar, que es un derecho que promueve la salud – en su totalidad- a las personas, en un sistema equitativo de igualdad efectiva.

En nuestro ordenamiento jurídico desde su primera Constitución de 1853, no receptaba expresamente el derecho a la salud.

En la reforma de 1949, se incorpora una protección social basada en las relaciones laborales, pero esta Constitución fue dejada sin efecto.

En 1957 se incluye en el artículo 14 bis una cláusula que establece, que es obligación del Estado asegurar los beneficios de la seguridad social, con carácter integral e irrenunciable y un seguro social obligatorio.

De esta manera el art. 33 de la Constitución Nacional vigente, incorporado en 1860, establece el derecho a la salud como un derecho implícito, es decir no enumerado en la Constitución, pero que resulta con efecto al ser considerado un derecho fundamental del individuo.

Con la reforma constitucional de 1994 se incorpora el art. 75 inc 22, ratificando con tratados internacionales de derechos humanos la protección de los derechos fundamentales de los individuos, imponiéndole jerarquía constitucional. Algunos de ellos son:

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre 1948.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos 1948.

- Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDES) 1966.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto San José de Costa Rica” 1969.
- Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer 1967.
- Entre otros.

CONCLUSION

Habiendo establecido el concepto de salud y analizado la conceptualización del derecho a la salud, podemos concluir diciendo que el derecho a la salud es una disciplina que se encuentra en constante evolución desde lo social hasta lo científico, tecnológico y jurídico.

Por tal es necesario que al individuo se le reconozca dicho derecho como fundamental e imprescindible para desarrollar los demás derechos.

Por su parte el Estado debe garantizarlo brindando un adecuado plan de políticas públicas para su protección.

Desarrollada esta primera aproximación, estamos en condicione de abordar el análisis de las Técnicas de Reproducción Asistida previstas en el próximo capítulo.

CAPITULO II

ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DE TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA

INTRODUCCIÓN

La ciencia y la tecnología cumplen un rol fundamental en la sociedad actual. En materia de salud, son dos términos que están en pleno desarrollo, por lo que podría decirse que son dinámicos.

Esto permite que la sociedad evolucione, en base a los aportes que las mismas le brinden a la sociedad en general.

En el presente capítulo se determinarán los factores que provocan el retraso de la maternidad, además de dar respuestas al interrogante a si la infertilidad es considerada un enfermedad, para luego abordar los diversos tipos de Técnicas de Reproducción Asistida, diferenciando Técnicas Homólogas y Heterólogas.

FACTORES QUE OCASIONAN EL RETARDO DE LA MATERNIDAD

Tener hijos está en el proyecto de toda pareja al momento de formar un plan de familia. Pero muchas veces ese plan se ve obstruido debido a factores que influyen en él.

Los cambios socioculturales provocan que cada vez más hombre y mujeres pospongan la paternidad y maternidad.

La inserción de la mujer en el mundo laboral es uno de ellos, esto se produce debido a que cada vez más las empresas se rehúsan a contratar mujeres con hijos o en edad reproductiva, aduciendo que esto le ocasionan mayores gastos.

Otro factor, es terminar una carrera universitaria, que le permita una buena salida laboral y poder realizarla de manera independiente.

Otros buscan primero obtener una vivienda digna, antes de proyectar una familia o por el simple hecho de no contar con una pareja estable.

Además se debe agregar aquellas enfermedades como el cáncer donde el cuerpo está sometido a altos niveles de exposición producto de tratamiento de quimioterapia o radiaciones, afectando su salud reproductiva.

INFERTILIDAD COMO ENFERMEDAD

Con el retardo de la paternidad-maternidad, se está dejando de lado un punto fundamental de la mujer, que es su edad fértil para concebir, aquí no estamos haciendo referencia en cuanto a la capacidad reproductiva, sino del envejecimiento del óvulo provocando altos niveles de infertilidad.

Según estudios llevados a cabo se cree que la edad fértil promedio de una mujer comprende entre los 20 a 30 años, disminuyendo considerablemente pasado los 30, debido a que con el paso del tiempo es menor la cantidad y calidad de los óvulos, aumentando las posibilidades de anomalía genéticas y afección por otras causas (Regera André, 2016).

La Organización Mundial de la Salud (OMS) incluye en su Clasificación Internacional de enfermedades, a la Infertilidad como enfermedad del Sistema Reproductiva, definiéndola como “la incapacidad de lograr un embarazo, luego de un año o más de relaciones sexuales sin utilizar métodos anticonceptivos”⁶.

Es por ello que se recurre a las técnicas de reproducción humana asistida como la última oportunidad de lograr el tan ansiado embarazo.

TECNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

CONCEPTO

Las técnicas de reproducción humana asistida surgen como una alternativa para aquellas parejas que desean tener un hijo y que por problemas de infertilidad u otra patología no pueden llevarlo a cabo.

En la reproducción humana asistida, no es necesaria una unión sexual entre hombre y mujer, ya que “se lleva a cabo por determinadas técnicas médico – científicas que la hacen posible” (Jallés, 2013).

Algunos autores optan por llamar a estas técnicas como artificiales porque se requiere del hecho del hombre, pero lo que se busca es que profesionales especializados colaboren para lograr la fecundación por lo que se las llama “asistida” (Iñigo de Quidiello, 1994).

La Organización Mundial de la Salud define a las Técnicas de Reproducción como “todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoide o de embriones humanos para el establecimiento de un embarazo⁷”.

Es decir Reproducción Asistida es el procedimiento en el cual los especialistas – médicos- aproximan óvulos y espermatozoides para aumentar las posibilidades de embarazo.

⁶ Glosario de Terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). 2010

⁷ Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) 2010.

CLASES

Cuando se habla de Técnicas de Reproducción Asistida se encuentra con una amplia variedad por lo que podemos nombrar:

- **INSEMINACIÓN ARTIFICIAL**

Consiste en depositar espermatozoides en los genitales femeninos. Estos deben ser previamente examinados para que el tratamiento tenga resultado.

Se pueden distinguir dos tipos de Inseminación Artificial:

- ❖ Inseminación Intracervical. Es aquella en la que se coloca los espermatozoides en el cuello del útero, estos pasan por el útero y se depositan en las Trompas de Falopio provocando la fecundación del óvulo. Es un procedimiento rápido por lo cual no produce dolor.
- ❖ Inseminación Intrauterina. A diferencia de la inseminación intracervical, esta se produce con la colocación de los espermatozoides en el útero, para que lleguen más rápido a las Trompas de Falopio, logrando una mayor eficacia.

- **FERTILIZACIÓN IN VITRO (FIV)**

Las técnicas de fertilización In Vitro, son aquellas en las cuales la fertilización se produce fuera del cuerpo – tubo ensayo- . En esta técnica, la fertilización del óvulo por el espermatozoide se produce por un medio artificial como el laboratorio, pero su proceso es totalmente natural, ya que se colocan aproximadamente unos 200.000 espermatozoides alrededor del óvulo, el que será penetrado por uno de ellos y de esa manera se formarán los embriones que serán transferidos a la cavidad uterina por medio de diferentes tipos de catéteres mediante un procedimiento sencillo. Cuando la calidad de los espermatozoides es un baja y se sospecha que será poco probable que los espermatozoides puedan fertilizarse solos, se utilizan las técnicas de ICSI – Inyección Espermiática Intracitoplasmática- en la que se inyecta en cada óvulo un espermatozoide. Por lo que favorece el proceso de fertilización.⁸

- **INYECCIÓN ESPERMÁTICA INTRACITROPLASMÁTICA (ICSI)**

⁸ <http://www.procrearte.com/procedimiento-fiv>

Este procedimiento se realiza inyectando un único espermatozoide en el óvulo. Se realiza de la misma manera que la anterior, pero con la salvedad que los espermatozoides no se encubran con el óvulo, sino que se inyecta un espermatozoide específico.

Esta técnica es muy utilizada cuando existe “infertilidad conyugal de origen masculino” (Rosales, 2013).

DIFERENCIAS ENTRE TÉCNICAS HOMÓLOGAS Y HETERÓLOGAS

Por lo expuesto anteriormente estas técnicas pueden producirse de manera heterólogas en el cual se utiliza material de un donante.

Para Lafferrière (2010), las técnicas heterólogas pueden desarrollarse de manera Intracorpóreas como la Inseminación Artificial o Extracorpórea como es el caso de la Fertilización In Vitro.

En las heterólogas se pueden encontrar: “Dación de Gametos Masculinos cuando se recurre a los bancos de semen o dadores especialmente seleccionados o Dación de Gametos Femeninos también llamado ovodonación” (Lafferrière, 2010).

Por último las homólogas son aquellas en las que el material incorporado son del propio esposo o pareja.

CONCLUSION

Con lo aportado en este capítulo podemos concluir diciendo. Existen factores que provocan que hombres y mujeres decidan retrasar la paternidad-maternidad, provocando altos niveles de infertilidad, tomando como última alternativa someterse a técnicas de reproducción para lograr el tan ansiado embarazo.

CAPITULO III

RECEPCIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN.

INTRODUCCIÓN

Con lo expuesto en los capítulos anteriores, podemos afirmar que la Constitución Nacional junto con los Tratados Internacionales, sirven de base para reconocerle al individuo una serie de derechos y principios a la hora de proyectar una familia, como el principio de igualdad, de no discriminación, derecho a la salud, de salud sexual y reproductiva, de tener una familia y de gozar de los avances tecnológicos para su bienestar social.

Además el Estado a nivel nacional y provincial en los últimos años, se ha comprometido a brindarle a la sociedad las garantías adecuadas por medio de dictados de legislaciones, códigos de fondo y forma.

En este apartado desarrollaremos la incorporación de las técnicas de reproducción humana asistida al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. La filiación en sus conceptos generales y las formas de filiación anterior y posterior a la actualización del Código Civil y Comercial. Para concluir con el consentimiento requerido para realizar estos procedimientos en base a la voluntad procreacional.

FILIACIÓN

CONCEPTO

La sociedad ha cambiado social y culturalmente y seguirá cambiando con el correr de los años. La familia es uno de ello.

En una primera etapa la familia se consideraba matriarcal en la que las relaciones sexuales existían entre todos los varones y mujeres que componían la tribu sin distinción, por lo que se podía establecer con certeza su madre pero no su padre.

Luego aparece lo que se ha dado en llamar sindiásmica caracterizada por la exclusividad de la relación de la mujer con un solo hombre, pero este continuaba manteniendo relaciones sexuales libres con otras mujeres.

Por ultimo nos encontramos con la familia actual monogámica compuesta por solo dos personas que mantienen relaciones sexuales derivando de ellas sus hijos, completando el núcleo familiar.

En la actualidad este tipo de familia sigue evolucionando, por lo que se pueden mencionar familias ensambladas, homosexuales, entre otras.

Desde la perspectiva jurídica los integrantes de estas familias cumplen un rol, es decir una filiación. Por lo que filiación puede entenderse como el vínculo jurídico determinado por la procreación entre los progenitores y sus hijos.

Azpiri (2015) define a la filiación como “el vínculo familiar que une a una persona con el hombre que lo engendró y la mujer que lo alumbró, entendiendo que cuando se alude a la filiación se está haciendo referencia al centro de imputación de distintos derechos y deberes”.

FORMAS DE FILIACION

El Código Civil de Vélez en el art. 240⁹ establecía dos tipos de filiación:

- Por naturaleza. Es la llevada a cabo por la unión sexual entre un hombre y una mujer. Estos pueden ser matrimoniales y extramatrimoniales.
- Por adopción. El vínculo se crea por medio de una sentencia judicial que determina el vínculo paterno- filial.

Con la nueva sanción del Código Civil y Comercial de la Nación se agrega otra fuente filiatoria, por técnicas de reproducción humana asistida con “particularidades, características y reglas propias que ameritan su regulación en forma autónoma” (Rodríguez Iturburu, 2015).

Cabe señalar que en la filiación por naturaleza predomina el elemento biológico-genético, en la adopción, el elemento volitivo (voluntad) y en las técnicas de reproducción asistida separa a sus elementos en genético correspondiente al ADN, el biológico producido por la concepción y el volitivo por el deseo de ser padre.

Hay que aclarar que en “la filiación por técnicas de reproducción asistida heteróloga el elemento genético no es aportado por la misma persona que presta el elemento volitivo” (Galeazzo Goffredo, 2016, pág. 3).

ARTICULO 560 CONSENTIMIENTO

El Código Civil y Comercial establece en el art. 560¹⁰ que el consentimiento es el requerimiento necesario para llevar a cabo las técnicas de reproducción, el cual debe ser previo, informado y libre.

El consentimiento informado es el procedimiento mediante el cual se garantiza que el sujeto ha expresado voluntariamente su intención de participar en la investigación o práctica médica, después de haber comprendido la información que se le ha dado acerca

⁹ Art. 240 Título II Capítulo I de la Filiación. Código Civil derogado.

¹⁰ Art. 560 Código Civil y Comercial de la Nación. Honorable Congreso de la Nación.

de los objetivos del estudio o de la aplicación de tales técnicas, los beneficios, los posibles riesgos, las alternativas, sus derechos y responsabilidades.¹¹

FORMAS Y REQUISITOS DE CONSENTIMIENTO

El Art. 561 establece

La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión.¹²

Del artículo se desprende ciertas formalidades:

- Realizado por escrito.
- Protocolizado por escribano público o certificado ante autoridad sanitaria correspondiente.
- Es un acto voluntario y lícito.
- El documento se realizará antes de la concepción.
- Con dicho documento es la prueba del vínculo filial.

VOLUNTAD PROCREACIONAL

Según Rivera Hernández (1988) define a la voluntad procreacional como “el elemento relevante en la determinación de la filiación del niño nacido por reproducción asistida. Es la decisión de que ese ser nazca”.

El Código Civil y Comercial entiende que los nacidos por técnicas de reproducción son hijos de quien dio a luz y de quien prestó el consentimiento, siempre que se encuentre inscripto en el Registro Civil.¹³

¹¹ Recomendaciones y guías para la implementación de un programa integral de técnicas de reproducción humana asistida en el sistema de salud argentino de la Comisión Asesora Técnicas de Reproducción Humana Asistida (online), Buenos Aires, pag. 17-40

¹² Art. 561 Código Civil y Comercial de la Nación. Honorable Congreso de la Nación.

¹³ Art. 562 Código Civil y Comercial de la Nación. Honorable Congreso de la Nación.

CONCLUSION

Por lo expuesto se puede concluir que al receptar las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el Código Civil y Comercial de la Nación y otras legislaciones que se verán en el próximo capítulo, se le garantiza no solamente a parejas heterosexuales sino también homosexuales y a mujeres solteras poder concebir homóloga o heterológamente, ampliando el vínculo filial - a diferencia de lo establecido por Vélez - a una tercera fuente, derivada de las técnicas de reproducción con ciertas particularidades, como el consentimiento informado, previo y libre, pudiendo revocarse antes de llevarse a cabo el procedimiento.

Teniendo aportado todos estos conceptos estamos en condiciones de desarrollar la problemática que acecha a toda persona que decide someterse a estas prácticas, los elevados costos que esto genera, a pesar de la Regulación 26.862 de cobertura integral a los tratamientos de reproducción asistida, los organismos se niegan a prestar cobertura.

CAPITULO IV

REGULACIÓN

INTRODUCCIÓN

La mayoría de las personas que deciden formar una familia o desean tener un hijo, pasada su edad fértil o por cuestiones socio-culturales desarrolladas en los capítulos anteriores, recurren a las técnicas de reproducción asistida para cumplir con ese deseo, pero se ven impedidas por los elevados costos que estos tratamientos generan y muchas veces sus obras sociales no cubren la totalidad, o se niegan a prestar el servicio. Por lo que optan por vender sus pertenencias, sacar un préstamo, o pedir dinero a sus familiares, con la consecuencia de que las expectativas en lograr el embarazo se convierte en fracaso.

En este capítulo se abordará la regulación al acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción medicamente asistida ley 26.862, Decreto Reglamentario 956/2013, el Plan Médico Obligatorio, desde su concepto, evolución y aplicación actual.

Para luego analizar la situación en la Provincia de Mendoza, el Programa de Salud Reproductiva, la Resolución 157/2013 de O.S.E.P. (Obra Social de Empleados Públicos de Mendoza) y su Actualización Actual.

LEY 26.862 ACCESO INTEGRAL A LOS PROCEDIMIENTOS Y TÉCNICAS MÉDICO – ASISTENCIALES DE REPRODUCCIÓN MEDICAMENTE ASISTIDA.¹⁴

Los tratamientos de reproducción asistida eran inalcanzables para muchas personas debido a los elevados costos que estos generan, ya que un tratamiento cuesta aproximadamente \$20.000 a \$40.000, e incluso puede elevarse dependiendo de la complejidad y los altos índices inflacionarios, por lo que se considera un derecho de ricos. Esto se mantendría si no se hubiera regulado la cobertura integral a estos procedimientos.

El 5 de junio de 2013 la Cámara de Diputados aprueba con 203 votos a favor, 3 en contra y 10 abstenciones, la ley que regula la aplicación y cobertura de las técnicas de reproducción humana asistida.

Su objetivo es garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción medicamento asistida.¹⁵ Define la Reproducción Medicamente Asistida, los procedimientos y técnicas realizadas con asistencia médica para la consecución de un embarazo, comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad incluyendo o no la donación de gametos y/o embriones, pudiendo incluir nuevos procedimientos y técnicas con el avance técnico-científico cuando se autorice por la autoridad de aplicación¹⁶.

Son técnicas de:

- **BAJA COMPLEJIDAD:** Consiste en procedimientos ambulatorios, sin anestesia general y que reconoce variantes dependiendo del lugar del aparato reproductor femenino, donde se inocular el espermatozoide. En esta clase de técnicas se encuentran la Inseminación Artificial.
- **MEDIANA COMPLEJIDAD:** Se incluyen las Transferencias de Gametos Intrafalopian (G.I.F.T), consistente en la introducción en luz tubárica, una mezcla de espermatozoides y ovocitos, de modo que cabe esperar que ocurra en el medio tubario la fertilización.

¹⁴ Ley 26.862. Honorable Congreso de la Nación. Boletín Oficial 26/06/2013.

¹⁵ Art. 1 Ley N° 26.862 Honorable Congreso de la Nación.

¹⁶ Art. 2 Ley N° 26.862 Honorable Congreso de la Nación.

- *ALTA COMPLEJIDAD*: Se incluyen en esta la Fertilización In Vitro (FIV), con todas sus variantes, por lo que se necesitará un laboratorio altamente especializado (Medina - Gonzalez Magaña, 2013, pág. Apartado III).

La autoridad que aplicará esta ley es el Ministerio de Salud de la Nación, el cual creará un Registro único en el que se inscribirán los establecimientos sanitarios habilitados para realizar estas técnicas, como también los bancos receptores de gametos y/o embriones, por lo que solo se realizaran en los establecimientos inscriptos.

La función del Ministerio de Salud de la Nación es:

- Arbitrar las medidas necesarias para asegurar el acceso igualitario a todos los beneficiarios a las prácticas.
- Publicar la lista de centros públicos y privados habilitados para facilitar el acceso a la población.
- Realizar las campañas de información, con el fin de promover los cuidados de la fertilidad de las mujeres y varones.
- Brindar capacitación y formación continua de recursos humanos especializados en los procedimientos y técnicas de reproducción medicamente asistida.¹⁷

Además deberá promover anualmente la asignación presupuestaria y financiera necesaria para garantizar el cumplimiento de los objetivos de la ley.

Los beneficiarios de esta ley, es toda persona mayor de edad que de conformidad a lo previsto por la ley 26.529 de derechos del paciente, haya explicitado su consentimiento informado. El mismo es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer.¹⁸ Sambrizzi (2013) opina que “no puede ser revocado el consentimiento luego de producirse la fecundación, dado que desde ese momento comienza el ser humano su existencia”.

Su base es el acceso a la información, principalmente al prestar el consentimiento a las prácticas efectuadas.

¹⁷ Art. 6 Ley N° 26.862. Honorable Congreso de la Nación.

¹⁸ Art. 7 Ley N° 26.862. Honorable Congreso de la Nación.

Pero hay una excepción que se encuentra en la última parte del Art. 8 al disponer que los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivo también puede ser utilizados por menores de 18 años, que aún no quieran llevar adelante la inmediata consecución de un embarazo, por problemas de salud, tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas se vean comprometida su capacidad de procrear en el futuro.

Adentrándonos un poco más en la problemática, la ley en su Art. 8 establece la cobertura a dichos procedimientos, esa cobertura que ha sido y es el punto de debates y de largos caminos de espera, rechazo y resignación.

“La ley dispone la cobertura integral, es decir al 100%, lo que modificará los criterios de algunas sentencias judiciales que establecen cobertura menores 50% o 70% con el argumento de la falta de ley que establece un criterio” (Rosales, 2013, pág. Apartado II).

El tema de cobertura es amplio, ya que obliga a al sector público y privado (medicina prepaga), como a todas las entidades que brinden atención al personal de universidades o presten servicios médicos – asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura que posean, a incorporar como obligatorias la cobertura integral e interdisciplinaria, desde el abordaje, diagnóstico, medicamentos, terapias de apoyo, procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como reproducción medicamente asistida.

Además reconoce y garantiza la cobertura para los servicios de guarda de gametos como de tejidos reproductivos a personas menores de edad, que por problemas de salud deciden criopreservar su material genético, como estipula González Magaña (2013) “permite a quien por designio de la vida debe someterse a un tratamiento de quimioterapia o radioterapia, a preservar previamente material genético propio, salvaguardando una genuina expectativa a procrear en el futuro”.

Como culminación, en al Art. 10 establece que “la presente es de orden público, por lo que será de aplicación en todo el territorio argentino, e invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a sancionar, para su competencia las normas correspondientes”¹⁹.

¹⁹ Art. 10 Ley N° 26.862. Honorable Congreso de la Nación.

DECRETO REGLAMENTARIO 956/2013

La ley 26.862 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico – Asistenciales de Reproducción Medicamente Asistida se publicó en el Boletín Oficial el 26 de Junio de 2013.

Un mes después el 25 de julio se publica el Decreto Reglamentario 956/2013, el cual permite poner en funcionamiento lo previsto en la Ley 26.862, la cual el legislador busca ampliar derechos, debido a los cambios que surgen y surgirán en la sociedad. Establece que pueden acceder a las prestaciones de reproducción medicamente asistida, todas las personas mayores de edad, sin introducir requisitos o limitaciones que ocasionen discriminación o exclusión en su orientación sexual o estado civil.

La cobertura la deben prestar los establecimientos asistenciales de los tres sub- sectores de la salud: Público, Seguridad Social (obras sociales) y Privadas (medicina prepaga).

El decreto reglamentario además de garantizar el acceso integral a los procedimientos, brinda la posibilidad de cobertura a cualquiera que sea el titular del derecho.

Determina los procedimientos que comprenden las técnicas de baja y alta complejidad.

La autoridad de aplicación será el Ministerio de Salud y la Superintendencia de Servicios de Salud en lo que resulte a su competencia. El Ministerio de Salud deberá realizar ciertas funciones para cumplir el art. 6 de la Ley 26.862.

El beneficiario deberá prestar el consentimiento informado antes del inicio de cada procedimiento. El consentimiento y su revocación deberán documentarse en la historia clínica, con la firma del titular del derecho, expresando su manifestación de voluntad. En las técnicas de baja complejidad el consentimiento es revocable en cualquier momento del tratamiento o hasta antes del inicio de la inseminación. En las técnicas de alta complejidad el consentimiento es revocable hasta antes de la implantación del embrión.

En cuanto a cobertura el Art. 8 establece los obligados a brindarla los cuales son:

- Agentes del Sistema Nacional del Seguro de Salud comprendido en la ley 23.660 y 23.661.
- Entidades de Medicina Prepaga 26.682.
- Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados Ley 19.032.
- Obras Sociales del Poder Judicial de la Nación.
- Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación.
- El Instituto de Obra Social de las Fuerzas Armadas.
- Obras Sociales Universitarias 24.741.

Todas aquellas agentes que brinden servicios médicos asistenciales independientemente de la forma jurídica que posean.²⁰

La Salud Pública cubrirá a todos los argentinos y habitantes que tenga residencia definitiva otorgada por autoridad competente y no posea otra cobertura de salud.

Pese a la amplitud de la cobertura, del decreto reglamentario surgen algunas limitaciones.

Una persona podrá acceder como máximo a 4 tratamientos anuales con técnicas de reproducción medicamente asistida de baja complejidad y hasta 3 tratamientos de reproducción medicamente asistida de alta complejidad, con intervalos mínimos de 3 meses entre cada uno de ellos. Se deberá comenzar con técnicas de baja complejidad como requisito previo al uso de las técnicas de mayor complejidad.²¹

Cuando se refiere a tratamientos de baja complejidad anuales, la cobertura será de 4 tratamientos por año, no en total. En los tratamientos de alta complejidad el limite son 3 pero no son anuales sino en total, es decir a la inversa del anterior, a lo que se agrega un intervalo de 3 meses entre cada uno de ellos.

Biriffi y Pelle (2016) realizan un análisis en cuanto a los límites impuestos en la reglamentación al referirse al número de tratamientos cuya cobertura se establece, ya que desde el plano bioético encuentra justificación para tal limitación.

Es fundamental considerar que las prestaciones se cumplen por medio de la disposición de recursos económicos, y estos son finitos por lo que deben ser repartidos, distribuidos de forma consiente y responsable. A esto se le agrega la naturaleza del sistema reproductivo humano, el cual influye de manera

²⁰ Art. 8 Dec. 956/13 Reglamenta Ley de Reproducción Asistida.

²¹ Art. 8 Dec. 956/13 Reglamenta Ley de Reproducción Asistida.

negativa, debido a que las posibilidades de éxito de los tratamientos con el paso del tiempo, se torna escaso (especialmente después de los 35 años), provocando cierta frustración por el fracaso de cada tratamiento, perjudicando la salud psicofísica.

Por otro lado no es lógico que la obligatoriedad de la cobertura no tenga un límite, en cuanto a la edad de la mujer peticionante del tratamiento. Ejemplo Si una mujer de 65 años solicita a su médico un tratamiento de reproducción asistida, el galeno no cuenta con las armas jurídicas para denegarlo, a pesar de advertirle las consecuencias del mismo, por lo que asignarle recursos con muy poco éxito e incluso por la avanzada edad de la mujer, si el tratamiento diera frutos implicaría que el niño cuando tenga 10 años, tendrá una madre de 75, alterando la brecha gestacional que la naturaleza impone. Por lo que fijar una edad de 45 años como límite máximo para realizar un tratamiento sería lo más acertado (Bariffi - Pelle, 2016, pág. Apartado II).

PLAN MÉDICO OBLIGATORIO

CONCEPTO

El Plan Médico Obligatorio o Programa Médico Obligatorio (PMO) es una Resolución emanada del Ministerio de Salud y Acción Social N° 247/96, el mismo establece cuales son las prestaciones y servicios básicos que obras sociales y medicina prepaga deben asegurar a sus afiliados. El mismo es de cumplimiento obligatorio para todos los agentes del Sistema Nacional de Seguro de Salud y aquellos que en el futuro adhieran al mismo (Fumarola, 2011).

Las prestaciones contenidas en el listado no son de cumplimiento optativo por parte de las prestadoras de servicios de salud, sino que deben ser brindadas sin excusas, en forma directa e inmediata (Krieger, 2012).

El Estado Nacional lo caracteriza como un piso básico de prestaciones, es mutable y se nutre de las nuevas técnicas, su finalidad es integral porque supera el sufragio económico de las prácticas médicas (Herrera, 2013).

Por lo que se podría afirmar que el Programa Médico Obligatorio (PMO) no es un límite sino la base para que las prestadoras de salud deban responder.

Ayuso (2011) afirma las coberturas del PMO son coberturas mínimas que no pueden dejarse de lado por los prestadores del sistema, pero el derecho a la salud se encuentra por encima a estas, pudiendo hacerse efectivo aun sin norma reglamentaria que lo establezca.

EVOLUCIÓN

El PMO surge con la Ley 23.661 Sistema Nacional del Seguro de Salud, precisamente en el Art. 28 del cual surge:

- El Sistema Nacional de Seguros de Salud debe garantizar la equidad, universalidad y la solidaridad para todos sus beneficiarios.
- La caída de las consultas médicas, falta de medida de prevención y la no provisión de medicamentos e insumos hace necesario generar mecanismos para que obras sociales garanticen las prestaciones básicas a sus beneficiarios y esto manifiesta mejor calidad de vida.
- Por lo que los “agentes del seguro deberán desarrollar un programa de prestaciones de salud a cuyo efecto la ANSSAL establecerá y actualizará periódicamente”²² (Rosales, 2013).

Este fue ampliado posteriormente por medio de las resoluciones 312/97, 154/97, 625/97, 742/2009, además se extendió a las empresas de medicina prepaga a través de la Ley 24.754²³.

El 9 de abril de 2002 el Ministerio de Salud dicta la Resolución MS 201/2002, estableciendo el Programa Médico Obligatorio de Emergencia (PMOE), estableciendo las prestaciones básicas esenciales que debían garantizar las obras sociales a sus afiliados. En este programa no se incorporó los tratamientos para la fertilización asistida, hasta el dictado de la ley 26.862.

El Dr. Pablo Rosales (2013) afirma que

El régimen de prestaciones médicas básicas funciona como un núcleo de prestaciones mínimas, no pudiendo cubrirse menos, pero si más. No es una norma cerrada ni menos aún rígida, sino que desde su génesis debe ser adaptado al progreso de la medicina y por otra parte, el hecho de que la prestación no está incluida en el, no implica que la misma no tenga cobertura.

²² Superintendencia de Servicios de Salud. www.sssalud.gov.ar

²³ Ley 24.754 de Regulación de Medicina Prepaga. Adla, LVII – A,8.

IMPLEMENTACIÓN ACTUAL

El 15 de Abril de 2004 se publica en el Boletín oficial la resolución 310/2004, la cual modifica la resolución 201/2002, en la que se aprobaba el Programa Médico Obligatorio de Emergencia (PMOE), integrada por un conjunto de prestaciones básicas esenciales garantizadas por los agentes del seguro de salud comprendido en el art. 2 de la ley 23.660²⁴.

Esta nueva modificación se produce por los cambios en el sector salud que hacen necesaria la actualización de la resolución ministerial.

Con el dictado de la ley 26.862 y su Decreto Reglamentario 956/13 se establece que los procedimientos y las técnicas de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo para la reproducción medicamente asistida quedarán incluidas en el PROGRAMA MÉDICO OBLIGATORIO. Además agrega que la autoridad de aplicación podrá elaborar una norma de diagnóstico e indicaciones terapéuticas de medicamentos, procedimientos y técnicas de reproducción, para la cobertura por el P.M.O., sin que ello implique demoras en la aplicación inmediata de las garantías que establece la ley 26.862.

Algunas obras sociales del sistema de la Ley 23.660, cubren las técnicas únicamente para los planes de mayor valor. La resolución 201/02 P.M.O.E. y como lo determinaron las resoluciones antecesoras, no hacen ninguna distinción respecto a la cobertura de todos y cada uno de los afiliados al Sistema de Obras Sociales. Actualmente en algunas obras sociales se incorporó un sistema desigual de cobertura entre afiliados de distintas bandas económicas, otorgando a ellos una cobertura que es desigual a otras, utilizando como criterio la distinción entre la capacidad económica del beneficiario.

Por lo que se genera un obstáculo, entre quienes tiene dinero otorgándole el derecho y negándose a quien no lo tiene (Rosales, 2013, pág. 65).

LA PROVINCIA DE MENDOZA ¿ADHIERE A LA LEY NACIONAL 26.862?

En Mendoza la Cámara de Senadores dio media sanción el 4 de noviembre de 2014 al proyecto de la Diputada María Evangelina Godoy para que la provincia de Mendoza adhiera a la Ley 26.862 y su Decreto Reglamentario 956/13. Su objetivo era reconocer la infertilidad como enfermedad.

²⁴ Art. 2 Ley 23.660 de Obras Sociales B.O. 5/01/1989

El proyecto contaba con 18 artículos. Entre sus puntos sobresalientes, establecía:

- Que la provincia promoverá y dará cumplimiento al derecho de acceso a la salud y a gozar de los beneficios del progreso científico, dirigido a todas aquellas personas y parejas que presenten la incapacidad para concebir un embarazo, según lo establecido por la OMS.
- La autoridad de aplicación será el Ministerio de Salud Provincial.
- La Obra Social de los Empleados Públicos de la Provincia de Mendoza (O.S.E.P.), incorporará como prestaciones obligatorias y brindará a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos, terapias de apoyo y los procedimientos y técnicas que la OMS. Define como reproducción medicamente asistida (T.R.A.).
- Tiene como requisitos para acceder a los procedimientos:
 - Acreditar al menos 2 años de residencia en la Provincia y D.N.I.
 - Consentimiento Informado.
 - Mayor de 18 años.
 - Toda mujer podrá acceder desde los 18 hasta los 45 años. En el caso de ovodonación la edad se extiende hasta los 50 años. Los hombres podrán acceder a partir de los 18 años hasta los 60 años.
 - No se aplica la edad mínima para casos de preservación de la fertilidad por causas médicas. En caso de mujeres mayores de 45 años hasta 60 años que deciden acceder a las T.R.H. deberá el Consejo Consultivo de Fertilización Asistida de la Provincia dictaminar acerca de la conveniencia o no de la petición.
- El Consejo Consultivo de Fertilización Asistida de la Provincia estará constituido por médicos, psicólogos y otros profesionales especializados.
- El Estado provincial garantizará de manera prioritaria, a todas aquellas parejas o personas que no tengan ningún tipo de cobertura medico asistencial, el acceso gratuito en un 100% a la cobertura integral e interdisciplinaria de las T.R.A. de baja y alta complejidad, quedando la cobertura de hasta 3 tratamientos de esta última.

- Los fondos aportados para realizar estos procedimientos será un porcentaje de lo recaudado por Juegos y Casinos de la Provincia de Mendoza conforme se determine en la Ley de Presupuestos y de otros fondos que deberán ser previstos por la misma.

El proyecto vuelve a diputados debido a ciertas modificaciones propuestas.

El 17 de diciembre del mismo año la Legislatura de Mendoza trataría el proyecto de adhesión a la ley 26.862. Lamentablemente los diputados oficialistas se retiraron del recinto no logrando el quorum pertinente.

Actualmente no hay una ley provincial como es el caso de la provincia de Buenos Aires, Córdoba, Santa Fe, Chubut, Rio Negro, entre otras que adhieren a la ley nacional o establecen su propio sistema de coberturas. En Mendoza en materia de Fertilización se aplican las resoluciones dictadas por la Obra Social de Empleados Públicos, por ser la que predomina en la provincia, tomándose como base la Ley Nacional 26.862 y el Decreto Reglamentario.

PROGRAMA PROVINCIAL DE SALUD REPRODUCTIVA

La ley 25.673 crea el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, en el cual no incluye expresamente los tratamientos de infertilidad, como si lo hacen legislaciones provinciales, como la Ley 418 de Salud Reproductiva y Procreación Responsable de la Ciudad de Bs. As., la Ley 509 de Tierra del Fuego que estipula la garantía de implementar acciones para orientar las demandas de infertilidad y esterilidad, entre otros.

En la Provincia de Mendoza se sanciona en 1998 la Ley 6433 y su decreto reglamentario 2010/98 el cual establece la creación del Programa Provincial de Salud Reproductiva, estableciendo la “posibilidad de acceso a la información y a los servicios que le permitan la toma de decisión, responsable y voluntaria, sobre sus pautas reproductivas”²⁵. El mismo será llevado a cabo por los centros sanitarios del Gobierno de Mendoza, debiendo garantizar la accesibilidad y gratuidad de los mismos. Por su parte será responsable de la

²⁵ Art. 1. Ley 6433. Ley de Salud Reproductiva.

ejecución del Programa el Ministerio de Desarrollo Social y Salud. Entre sus servicios brindará la “información y asesoramiento sobre infertilidad”²⁶, entre otros.

En la actualidad se ha inaugurado dentro del Programa una sección especializada en Fertilización Asistida, llevadas a cabo por un equipo interdisciplinario de profesionales, dentro del Hospital Central, pero solamente se realizan tratamientos de Inseminación Artificial, no así los tratamientos de fertilización del óvulo en el exterior o la implantación de embriones.

Estos tratamientos son financiados por el Estado provincial.

RESOLUCIÓN 157/2013 O.S.E.P.

O.S.E.P. es la Obra Social de Empleados Públicos de la Provincia de Mendoza creada por el Decreto Ley 4373/63. Es una obra social provincial, por lo que es un ente autárquico, su vínculo con el Poder Ejecutivo es por intermedio del Ministerio de Bienestar Social. Su fin es brindarle servicios de salud y sociales a sus afiliados, estos son financiados por los aportes y contribuciones obligatorias de trabajadores y el Estado Provincial empleador. Los beneficiarios no pueden renunciar u optar por otra obra social.

Estas obras sociales no son controladas por la Superintendencia de Servicios de Salud, a diferencia de las obras sociales nacionales. En estas últimas las prestaciones médicas brindada a sus afiliados se encuentran comprendidas en el Programa Médico Obligatorio, en cambio las provinciales no están alcanzadas por las normativas que regula el Programa Médico Obligatorio, por lo que cada jurisdicción provincial regula las prestaciones médicas que brinden a sus afiliados (Garay - Jaimarena Brion, 2014, pág. Apartado II).

OSEP dicta la Resolución 157/13 en la que establece un Programa de Fertilización Asistida, con ciertos requisitos que deben cumplir las parejas que soliciten el ingreso al programa y la inclusión de tratamientos de fertilización asistida de alta y baja complejidad.

En el Anexo I establece las técnicas de fertilización asistida de alta complejidad:

²⁶ Art. 4 Inc. G. Ley 6433 Ley de Salud Reproductiva.

- Cobertura por medio de subsidio con un tope de \$18.000 por tratamiento con la posibilidad de 3 intentos máximos únicos:
 - 100% de cobertura del total presupuestado en el 1° intento.
 - 75% de cobertura del total presupuestado en el 2° intento. 25% restante a cargo del afiliado.
 - 50% de cobertura del total presupuestado en el 3° intento. 50% restante a cargo del afiliado.
- El afiliado deberá presentar 2 presupuestos, los cuales serán evaluados por el Programa de Fertilización Asistida.
- Los medicamentos indicados para realizar dichos tratamientos deberán tramitarse por medio del Departamento de Planes Especiales de OSEP, completando una planilla por parte de los profesionales del programa, con cobertura del 100% en cada uno de los 3 intentos.
- Los cupos serán por medio de un listado de espera, de los cuales tendrán prioridad los casos de urgencia.
- Para cubrir los 3 intentos máximos y únicos deberán presentar ciertos requisitos como: Edad de la Mujer entre 30 a 40 años, no tener hijos vivos en la pareja actual, haber cumplido previamente los tratamientos de baja complejidad y presentar esterilidad sin causa aparente.
- No se dará cobertura a: Ovodonación, Espermodonación, Criopreservación de Ovocitos, espermatozoides o embriones, preservación de fertilidad, útero subrogado y D.G.P. (Diagnóstico Genético Preimplantacional).
- No se autorizan reintegros luego de entrada en vigencia la presente norma legal.

Para tratamientos de Baja Complejidad se establece:

- Ambas parejas sean afiliadas a OSEP con una antigüedad en su afiliación de 2 años. Se exigirá tanto para afiliados obligatorios como voluntarios.
- La pareja sea casada, en legal forma o unida por una relación de hecho por más de 5 años.
- Deben presentar infertilidad primaria o secundaria.
- Edad mínima 18 años y máxima 40 años cumplidos al iniciar el tratamiento.

- Solo se autoriza a realizarlos en el ámbito de Osep, por lo que no otorga subsidios para efectuarlos en área privada, ni reintegros, fuera del ámbito autorizado, salvo espermograma o separación espermática tanto para diagnóstico como para inseminación intrauterina.

ACTUALIZACIÓN: RESOLUCIÓN 1040/16

En la actualidad se encuentra en vigencia la Resolución 1040/2016 publicada en el boletín oficial el 18 de junio de 2016, en la que establece la modificación del Programa de Fertilidad Asistida, dejando sin efecto la Resolución 157/13 y sus posteriores modificaciones.

Esta resolución incorpora cambios importantes con el fin de ampliar la cobertura y flexibilizar los plazos para los afiliados interesados en llevar adelante el procedimiento.

Entre sus modificaciones se encuentra:

- Ampliación de la Edad de las beneficiarias, anteriormente era hasta 40 años, hoy es hasta 45, para el caso de ser mayor de 45 años deberá dirigirse a la Comisión de Fertilidad de Osep para analizar la autorización.
- Los tratamientos de alta y baja complejidad serán autorizados para su realización, en efectores privados que tengan convenio con la obra social, para ello cuentan con 2 prestadores importantes de la provincia: Instituto de Medicina Reproductiva y el Instituto CREO (Centro de Reproducción del Oeste). Por lo que se suprime el Sistema de Subsidios, en el cual requería elaborar un presupuesto, transcrito en un expediente para ser analizado por varias instancias administrativas hasta llegar a la autorización definitiva, lo que implicaba una desactualización en los valores económicos, ocasionando la no aprobación del mismo. Como consecuencia estos trámites provocaban demoras, porque sus cupos eran limitados ya que se regían por un sistema de lista de espera. Sus cupos se amplían de 2 tratamientos mensuales a 6 tratamientos más un extra para tratamientos de alta complejidad que requieran donación de óvulos o esperma.

El Dr. Pablo Ferrán médico de la Dirección de Atención a la Salud, detalla el nivel de cobertura a los afiliados

Tratamientos de Baja Complejidad: Osep cubre el 75% de los costos de cada intento que ronda aproximadamente entre \$2.500 a \$6.000 dependiendo el método. En cuanto a Medicación la cobertura es del 100%. Pudiendo realizarse hasta 6 aplicaciones anuales.

Tratamientos de Alta Complejidad: El costo total es de \$35.000 aproximadamente, por lo que Osep cubre 100% primer intento, 75% segundo intento y 50% el tercer intento.

Son 3 intentos por año, porque debe haber un intervalo de 3 meses sin medicamentos. Los mismos son cubiertos en su totalidad.²⁷

²⁷ Artículo Periodístico www.mdzol.com/nota/684209-osep-amplio-la-edad-para-tratamientos-de-fertilidad

CONCLUSION

Los principios establecidos por la ley 26.862 redundan en encontrar el mejor camino posible entre el avance de la ciencia y el bien común de la sociedad, ya que pone al alcance de todos, la posibilidad de someterse a estas técnicas de fecundación asistida sin necesidad de recurrir a la justicia, con el fin de obtener una resolución que habilite la cobertura de la misma por parte de las obras sociales, empresas de medicina prepaga o el propio Estado Nacional (González Magaña, 2013, pág. Apartado I).

En este capítulo se abordó la ley 26.862 y su Decreto Reglamentario 956/13 sobre el acceso integral a las técnicas de reproducción asistida, la implementación de las mismas en el Programa Médico Obligatorio (P.M.O.) y la Obra Social de Empleados Públicos (O.S.E.P.).

El objetivo central es la Cobertura Médica. Pero pese a lo desarrollado, obras sociales y prepagas, se rehúsan a cubrir en su totalidad los procedimientos, por lo que cada vez son más las acciones judiciales presentadas.

Habiendo contemplado estos conceptos estamos en condiciones de tratar en el próximo capítulo la Acción de Amparo como última vía judicial para lograr la cobertura a los tratamientos y perseguir el sueño de lograr el embarazo.

CAPÍTULO V

AMPARO

INTRODUCCIÓN

La falta de cobertura de obras sociales y prepagas a los tratamientos de Reproducción Asistida, se ha convertido, no solo a nivel nacional sino también provincial, uno de los obstáculos más frecuentes que tiene que afrontar una pareja al momento de planear formar una familia.

Si bien la ley nacional de cobertura establece que debe cubrirse el tratamiento al 100%, las obras sociales y prepagas alegan que no tiene los recursos suficientes para afrontar tanta demanda. Por lo que la única alternativa es apelar a la vía judicial.

En este último capítulo se analizará, el amparo como la vía procesal más utilizada para poder lograr la cobertura a estos tratamientos y los diversos fallos de la provincia de Mendoza.

CONCEPTO

La reforma constitucional de 1994 en el capítulo II (Nuevos Derechos y Garantías), incorpora en el art. 43 el amparo aduciendo que

Toda persona podrá interponer acción expedita y rápida de amparo cuando no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridad pública o de particulares que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos en la constitución, un tratado o una ley²⁸.

Si bien en el artículo se establece que *toda persona* puede interponer acción de amparo sin exigir que el actor deba invocar una afectación de un derecho propio, en la ley de amparo 16.986 establece que la acción debe ser entablada por toda persona que se considere afectada, es decir se debe demostrar que hay un interés especial en el proceso o un agravio que afecta de forma directa o sustancial para procurar dicha acción (Canda, 2012).

La *acción expedita y rápida* deviene por su condición de urgente, se le da la posibilidad de otorgarle esta vía sin ningún obstáculo para proteger su derecho vulnerado, por lo que si se produce una demora injustificada da indicios de que no existe tal urgencia por lo que resulta innecesario la tutela expedita y rápida.

Cuando no exista otro medio judicial más idóneo hace referencia a que si existe otra vía judicial capaz de solucionar la pretensión invocada debe optarse por ella ya que la acción de amparo procede “solo cuando el sistema procesal ordinario se revela inidóneo” (Canda, 2012, pág. 274)

Contra todo acto u omisión de autoridad pública o de particulares, cuando se habla de acto se está haciendo referencia a su forma genérica abarcando tanto a los actos administrativos como a los hechos, teniendo en común ambos que producen efectos jurídicos directos frente a terceros.

La acción procede contra conductas de cualquier poder del estado (Canda, 2012).

²⁸ Art.43. Constitución Nacional Argentina.

Que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, en este caso el amparo procederá cuando se pruebe que ha habido un daño cierto, concreto, actual a un derecho del cual es titular de quien acciona. Por lo que no procederá cuando el daño es hipotético o se aduce por quien no tiene una situación jurídica calificada (Canda, 2012).

Con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta para que proceda la acción la conducta debe ser contraria a derecho, pero también el agravio a este debe ser manifiesto y grave.

Derechos y garantías reconocidos en la constitución, un tratado o una ley, no se limita solamente a lo que establece la Constitución Nacional, sino que además amplía las fuentes, al considerar aquellos derechos que emanan de tratados o de una ley.

En la Provincia de Mendoza se modifica el Decreto Ley 2.589/75 por la Ley 6.504/97 que regula la acción de amparo la cual establece en su art. 1 que puede interponer acción de amparo en contra de todo hecho, acción y omisión emanado de órganos o agentes de la Administración Público Provincial o Municipal o de personas físicas o jurídicas particulares que, en forma actual o inminente y con ostensible arbitrariedad o ilegalidad altere, lesione restrinja o de cualquier modo impida el normal ejercicio de los derechos expresa o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional o Provincial un tratado o una ley, con exclusión del derecho a la libertad física.²⁹

EFFECTIVIDAD

En la práctica cotidiana cada vez son más los casos en que obras sociales y prepagas incumplen la ley de fertilización – Mendoza no es la excepción- por lo que la vía más efectiva para lograr el cumplimiento es la Acción de Amparo.

En un programa de radio³⁰ emitido en la Provincia de Mendoza los Dres. González Landa y Jorge Caloiro explicaron cómo se debía proceder a la acción de amparo cuando las obras sociales y prepagas se niegan a prestar cobertura a las técnicas de reproducción asistida.

- ¿Cómo hacer cuando alguien vulnera tu derecho?

²⁹ Art. 1 Ley 6.504/97 Acción de Amparo para la Provincia de Mendoza Modificando Dec. Ley 2.589/75.

³⁰ MDZ RADIO. Programa *Con qué derecho*. Mendoza 09/04/2018.

La acción de amparo abre la puerta a la justicia para que tú derecho - que ha sido vulnerado- pueda ser tutelado, reconocido y amparado por la justicia para darles “un apretón de tuercas” a las prepagas y obras sociales para hacerlas cumplir con lo que deben.

La acción de amparo es el procedimiento judicial más rápido y expedito. Se interpone cuando se ha visto vulnerado un derecho reconocido por la constitución. En este caso el derecho a la salud es un derecho constitucional por la reforma de 1994 que le otorga rango constitucional y además es incorporado en los tratados internacionales.

- **¿Por qué es Expedito y Rápido?**

Porque se requiere simplicidad y celeridad en el procedimiento.

En el caso particular de Fertilización una mujer no puede esperar, porque su reloj biológico se va apagando.

En la Justicia Federal si la urgencia se puede acreditar y además se le agrega que hay peligro en la demora –en lo que debería desarrollarse este proceso sumarísimo - puedes acceder a una Medida Cautelar. La cual es una medida precautoria, en la que se le solicita al Juez antes, durante o después de la tramitación del proceso a fin de asegurarse el resultado de un litigio. Se fundamenta en la necesidad de que la sentencia tenga, en el momento en que se dicte, su posible y necesario cumplimiento.

El Juez le ordenará que cumpla en un plazo determinado, este es de cumplimiento inmediato y no puede por intermedio de una apelación suspenderla.

- **¿Qué pasa si no cumple?**

Se le aplicarán multas por cada día de incumplimiento. Además el gerente o encargado de la obra social, prepaga o el encargado del Área de Salud de la Provincia en el caso de no tener obra social, se le puede iniciar un proceso penal por incumplimiento de una orden judicial³¹.

- **¿Debe realizarse un trámite previo para interponer la acción de amparo?**

³¹ Art. 239 Código Penal de la Nación.

Se debe realizar un emplazamiento a la prepaga u obra social, es decir debe constar que se le está negando la prestación.

Es importante hacerlo por escrito, para demostrarle al Juez que de no contestar se considera una negativa.

Nuestros tribunales entienden que mientras hayas emplazado a la obra social o prepaga y no haya respuesta de por medio, queda habilitada la vía judicial. Por lo general estas no contestan los emplazamientos.

- ¿Por qué no contestan?

Porque para ellos es más factible dejar correr el tiempo y que los interesados desistan de reclamar. Se estima que de cada 10 personas que están en condiciones de reclamar solo reclaman 2.

APLICACIÓN EN LOS TRIBUNALES DE MENDOZA

A partir de la promulgación de la Ley 26.862 y su Decreto 956/13, se pensó que se iba a solucionar la problemática de las coberturas a las técnicas de reproducción, pero la realidad no fue así, ya que cada vez son más los casos en los que se debe acudir a las vías judiciales para que las prepagas y obras sociales presten cobertura al 100% tal como lo estipula la ley.

En Mendoza la mayoría de los amparos son efectuados contra OSEP, por ser la obra social con más afiliados en la provincia.

A continuación se verán diversos fallos en que los que se presentan amparos:

En el caso Rodríguez³² - el cual no queda en claro si se pretende la restitución de lo gastado o la cobertura del tratamiento - se inicia acción de amparo contra Osep, solicitando la cobertura total e integral de Inyección espermática intracitoplasmática (ICSI), por padecer esterilidad primaria de 2 años de evolución con diagnóstico de oligoastenoteratozoosperma severa.

³² S.C.J., Sala I, Rodríguez, Marcos Mirta y ot. c/OSEP p/Acción de Amparo s/Inc. Cas. Exp. N° 89.891, (2007).

El 8/02/2006 se notifica a Osep la patología padecida, quien no obstante los requerimientos ha manifestado silencio. Por lo que estos deciden comenzar con el tratamiento, pidiendo dinero prestado a un matrimonio amigo para afrontar los gastos, esto les generó deuda y además los resultados fueron negativos.

El 2/03/2006 Osep responde la notificación – del 8/02/06- en forma confusa y esquiva el art. 3 de la resolución 1163/2001 por la que no se subsidian, ni reintegran los tratamientos de fertilización fuera del ámbito del efector propio.

El 15/03/2006 los actores remitieron una nueva nota reiterando el pedido de cobertura, e insistiendo que ese tipo de técnicas no está cubierta por los efectores propios. No obteniendo respuestas.

El juez de grado rechaza el amparo argumentando que había sido presentado en forma extemporánea y no existe ilegalidad manifiesta, porque estas prestaciones están reguladas por una resolución del organismo desde el 31/10/2001, el cual invoca como fundamento la ley provincial 6433/96 de salud reproductiva, menciona los estudios de costos y establece que los procedimientos de fecundación asistida se realizan exclusivamente por efectores propios de la obra social, aclarando que no se subsidiará, ni reintegrarán los tratamientos de fertilización realizados fuera del ámbito del efector propio.

Además Osep cubre fertilización asistida debido a que en 2001 se inicia la prestación a dichos tratamientos, pero solamente los de mediana y baja complejidad y no cubre las técnicas ICSI por considerarse de alta complejidad.

Otro caso es de la Sra. Arango³³ que interpone Acción de Amparo contra OSEP., con el fin de que se le reconozca el derecho constitucional a la salud y ordene a la obra social a otorgar cobertura total e integral de Fertilización In Vitro con Espermodonación de conformidad a lo prescripto por la Ley 26.862 y su decreto Reglamentario, por padecer infertilidad secundaria debido a la edad y la disminución de reserva ovárica. Atento los informes de historia clínica realizó la pertinente presentación ante la Osep sin haber obtenido respuesta hasta la fecha.

³³ Juzg. Civil Tribunal 18 Expte.251.412, Arango Lorena Cecilia c/OSEP (Obra Social de Empleados Públicos) p/Acción de Amparo (2015).
www.jus.mendoza.gov.ar

Por su parte Osep alega que el tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad se encuentra contemplada en la Resolución 157/13 de fertilización asistida, pero la obra social no se encuentra comprendida dentro de los términos de la ley nacional 26.862 y su decreto reglamentario, dicha ley no obliga a las provincias a su adhesión solo “aconseja”. Además la Provincia de Mendoza no se encuentra adherida a la ley 26.862 por lo que no se le puede exigir a la provincia la cobertura.

Alega que no existe un acto administrativo que la Osep, le haya negado a la actora la práctica solicitada. Por lo que la vía intentada resulta improcedente, por cuanto la acción de amparo no reúne los requisitos y presupuestos exigidos por la ley para su procedencia tanto en su admisión formal como sustancial, y no existe en el caso ilegalidad ni arbitrariedad manifiesta en el proceder de Osep.

Sin embargo el tribunal resuelve hacer lugar al amparo promovido por la Sra. Arango en contra de la Obra Social de Empleados Públicos, por considerarse un Amparo de Salud llamado así por su naturaleza de pretensión que invoca actos u omisión del Estado Nacional, Autoridad Local, Obras Sociales, Empresas de Medicina Prepaga y Asociaciones Mutuales que restringen, altere u amenacen el derecho a la salud, la vida y la integridad psicofísica de la persona.

Por lo que condena a la demandada a otorgar en forma inmediata, la cobertura integral al 100% de 3 intentos de fertilización in vitro (FIV) convencional o bien por aplicación de técnicas ICSI, incluida medicación y gastos a realizar por intermedio del Centro de Reproducción del Oeste (CREO).

Un caso más actual es la Acción de Amparo promovida por los Sres. Escobar Patricia y Sciacca Franco³⁴ contra la Obra Social de Empleados Públicos de la Provincia de Mendoza con el fin de solventar en forma integral y total los gastos que insuma el tratamiento de fertilización in vitro técnica ICSI con ovodonación incluyendo la medicación y los gastos que ello demanda, comprendida la Criopreservación de gametos y/o embriones en caso de ser necesario en la cantidad de 3 intentos anuales con intervalos mínimos de 3 meses cada uno conforme lo prescribe la ley 26.862 y su decreto

³⁴ T.G.J.A. Expte. 258.165, Escobar Patricia Elizabeth c/OSEP P/Acción de Amparo (2016).
<http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=5050583398>

reglamentario. Se le diagnosticó hipotiroidismo e insulino resistencia en tratamientos y síndrome metabólico de avanzada edad reproductiva en la mujer.

Se apunta a que la pareja tiene una hija de 7 años producto de una adopción. Además se ha sometido a tratamientos de fertilización de alta complejidad desde 2008 dando como resultado negativo. Sostiene que en base a la Resolución 157/13 se los excluyó al acceso por tener un hijo vivo en la actualidad y más de 40 años.

Enviaron carta documento para el reclamo objeto de amparo pero no ha sido contestado.

Por su parte Osep solicita el rechazo del amparo, alegando que al ser una obra social, participa de la Administración Descentralizada de la Provincia, según su norma orgánica, por lo que ostenta los caracteres jurídico – administrativos y competencia de las entidades autárquicas. Expresa que en su fin institucional – administrativo, posee atribuciones para reglamentar el modo, forma, alcance, condiciones y modificaciones de la prestación de sus servicios y que en respuesta a la necesidad de los afiliados dicta una nueva resolución 1040/16, por lo cual se deja constancia que se rechaza la carta documento remitida por estos y que debe iniciarse el expediente administrativo correspondiente atento que la situación de los amparistas estarían contemplada en la nueva resolución, debiendo iniciar el trámite respectivo.

Indican que en relación a la existencia de hijos no existe tal prohibición en la nueva resolución, como tampoco manifestación ni omisión de su parte respecto de la petición.

Insisten en que No hay conducta violenta de los derechos de los actores, No habría peligro inminente o actual y no se agotó las vías administrativas previas, No hay urgencia para recurrir al amparo por no estar acreditada medicamente la misma y No hay acto administrativo definitivo.

Concluyen que el reclamo judicial ha quedado desvalidado por la vigencia de la Resolución 1040/16, la cual no prohíbe acceder al tratamiento.

El planteo es abusivo porque no se planteó previamente en sede administrativa y no se acredita la urgencia del caso.

Se realiza una audiencia en la que surge: que la obra social en base a la nueva disposición legal, brindará la cobertura del tratamiento, pero al advertir que la actora ya tiene un hijo,

la misma quedara en lista de espera, porque consideran que se debe dar prioridad a personas que no tienen hijos.

El amparo procede, desde el sometimiento a lista de espera por considerarlo inconstitucional, ilegal y arbitrario.

Por lo que el tribunal resuelve hacer lugar a la acción de amparo interpuesta por los Sra. Escobar y el Sr. Sciacca en contra de la Obra Social de Empleados Públicos (O.S.E.P.) y condenarla a solventar en forma integral y total los gastos que insuma el tratamiento, incluyendo la medicación y los gastos que ello demanda.

CONCLUSIÓN

Damos por concluido este capítulo afirmando que el Amparo desde su origen hasta la incorporación en la reforma constitucional de 1994, ha sido y es una de las garantías por excelencia y una de las más implementadas en la actualidad debido a su eficacia y a su rápido procedimiento.

Protege los derechos fundamentales - ya sea, que surjan de la Constitución Nacional o Provincial, una ley o de un Tratado Internacional- que se encuentren afectados por disposiciones de autoridad pública o de particulares.

Desde la perspectiva de este trabajo la acción de amparo es la única medida para que los organismos públicos y privados cumplan con la cobertura que establece la ley para los tratamientos de reproducción asistida.

CONCLUSIÓN FINAL

El derecho a la salud es una disciplina que se encuentra en constante evolución desde lo social hasta lo científico, tecnológico y jurídico, por lo que es el Estado y todo los órganos que dependan de él, deben adecuar un Sistema de Políticas Pública para lograr el bienestar general de la población.

Las Técnicas de Reproducción Asistida son parte de esta evolución, debido a los factores que provocan que cada vez más hombres y mujeres decidan retrasar la paternidad – maternidad, recurriendo a estos procedimientos como alternativa para lograr el embarazo.

Para que estos avances surtan de efecto, deben ser respaldados por legislaciones que permitan garantizarles a aquellas personas que desean someterse a estos tratamientos, la protección necesaria para que sus derechos y los del niño por nacer no sean vulnerados.

Los elevados costos que estos procedimientos generan, son la principal causa de desazón a la hora de proyectar traer un hijo al mundo, por ello el Estado al visualizar la cantidad de pedidos por una ley que regulara la cobertura a estos tratamientos, da sanción a la ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/13, abarcando los tres subsistemas: públicos, seguridad social y privados presten cobertura tanto al diagnóstico, procedimientos y medicamentos.

Mendoza a diferencia de otras provincias no cuenta con una ley provincial, solamente se rige por las Resoluciones que la Obra Social de Empleados Públicos (OSEP) dictamine, por lo que la mayoría de sus afiliados recurren a la vía judicial para lograr que las obras sociales y prepagas cumplan con su obligación, la cobertura al 100%.

Algunos doctrinarios estipulan que estas regulaciones deben contar con ciertos límites, a mi consideración apoyo esta postura, si a edad se trata. Creo que sería oportuno estipular un límite de 45 años para someterse a estos tratamientos, ya que si

se prolonga la edad o no se establece límite – como estipula la ley nacional- se corre el riesgo de agotar los recursos con los que cuenta el Estado, las obras sociales y prepagas para cubrir el tratamiento, en el que las probabilidades de éxito son escasas. Debido a que son más frecuentes los abortos esporádicos y lograr el embarazo a término, tendría en la mayoría de los casos la consecuencia de que la criatura nazca con problemas de salud a corto o largo plazo, lo que genera otro problema: La gran parte de la población cuando el niño deviene con alguno tipo de patología, no lo desean.

Por otro lado Mendoza debería implementar su propia ley de Fertilización Asistida, reconociendo no solamente a la infertilidad como enfermedad sino también otro tipo de enfermedades que provoquen que hombres y mujeres no puedan concebir de manera natural tales como cáncer, neoplasia en el útero, defectos congénitos, quistes ováricos, endometriosis, síndrome de ovarios poliquísticos, radiaciones, entre otras, como también establecer efectores públicos propios para realizar los tratamientos de baja y alta complejidad y no derivarlos a otras provincias, además de la regulación en cuanto a cobertura para que tanto obras sociales y prepagas garanticen este derecho y no sea por medio de una vía judicial que las obliga.

BIBLIOGRAFÍA

Aizenberg, M. (2014), *Estudio acerca del Derecho a la Salud* (1Ed.). Buenos Aires: La Ley.

Azpiri, J. (2015), *Juicios de filiación y patria potestad*. (3° Ed. Actualizada).

Bariffi, F., Pelle, W. (2016). “Fertilización asistida y abuso del derecho”, L.L. AR/DOC/381/2016.

Canda, F. O. (2012). Requisitos de Procedencia de la Acción de Amparo Individual. En G. L. Bordelois, N. F. Maques Battaglia, M.J. Sac, C. Gilardi Madariaga de Negro, J. I. Sáenz, M. V. Avalos Blacha, F.E. Juan Lima, M.G. Carattini, N. Cogliati, J. I. Landoni, L. Casarini, P. Gallegos Fedriani, E. V. Lavié Pico, A. R. Timpanaro, J. M. Gavaldá, L. Marchetti, M. A. Bruno Dos Santos, A. A. Casella, M. A. Biotti y J. M. Medrano (Eds.) *Una mirada desde el Fuero Contencioso Administrativo Federal sobre el Derecho Procesal Administrativo* (pp. 271-285). Buenos Aires, Argentina: Fundación de Derecho Administrativo.

Fumarrola, L. (2011). *Ley 25.673. Salud Pública. Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable*. (1° Ed.). Buenos Aires: Hammurabi.

Galeazzo Goffredo, F.P. (2016) “El derecho a la identidad biológica en las técnicas de reproducción asistida”, L.L. AR-DOC-4516/2015.

Garay, O, Jaimarena Brion, G. (2014). “Obras Sociales Provinciales y el derecho a la salud”, L.L. AR/DOC/797/2014.

Garay, O. (2015). “El derecho a la fertilización asistida y la prestación medica no autorizada”, L.L. AR/DOC/3355/2015.

González Magaña, I. (2013). “La cobertura de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en la Ley 26.862. Un reconocimiento necesario”, L.L. AR/DOC/2632/2013.

Herrera, M., De La Torre, N., Bladilo, A. (2013). “Cubrir y descubrir la lógica de la doctrina jurisprudencial en materia de técnicas de reproducción asistida”, SJA 2013/05/01-13 – JA 2013 – II Abeledo Perrot N°: AP/DOC/521/2013

- Iñigo de Quidiello, D.B. y Wagmaister, A. M. (1994) Reproducción Humana Asistida. En C. A.R. Lagomarsino (Ed), *Enciclopedia de derecho de familia* (ps. 551/552) Bs. As., Argentina: Universidad.
- Iñiguez, M. D. *Contratos de Prestaciones de Salud y Derechos Humanos*, Ed. Rubinzal Culzoni 2005.
- Jallés, J. M. (2013) “Amparo por fertilización in vitro en Salta” AR/DOC/4075/2013
- Krieger, W. (2012). “Los daños punitivos como herramienta disuasoria del incumplimiento del Plan Médico Obligatorio”, MJ-DOC-5688-AR.
- Lafferrière, J. N. (2010), Modalidades de la Fecundación Heteróloga. *Las Técnicas de Procreación artificial heterólogas: análisis bioético y jurídico, Vida y Ética*, año 11 n°1, Buenos Aires. <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/tecnicas-procreacion-artificial-heterologas.pdf>
- Medina, G., González Magaña, I. (2013). “La Ley Nacional sobre Fertilización Asistida. Análisis doctrinario y jurisprudencial ente su texto y el antecedente de la ley 14.208 de la Provincia de Buenos Aires”, L.L. AR/DOC/2303/2013.
- Morello, A. y Cafferatta, N. *La dimensión social del derecho a la salud. Problemas enfoques y perspectiva doctrinaria*. El Derecho, Tomo 213-937, pag.939 y 942. 2005
- Otiñano Lucero, W., Pandiella Molina, J. (2015). “Fertilización asistida y su falta de cobertura por los prestadores de salud”, L.L. AR/DOC/205/2015.
- Reguera Andrés, M. C. (2016), *Derecho a la Salud Reproductiva: Configuración en el Marco Jurídico Nacional e Internacional*. Ed. Universidad Cantabria.
- Rivera Hernandez, F. (1988), *Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*. Madrid. Ed. Trivium, pag. 146
- Rodriguez Iturburu, M. (2015), La regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en la actualidad. *Reproducción*, 30(4) 143-160.
- Rosales, P. (2013). “Breve reseña de la reciente Ley Nacional 26.862 de Reproducción Medicamente Asistida”, L.L. AR/DOC/2636/2013.
- Rosales, P.O. (2013) *Fertilización Humana Asistida: Aspectos Legales, Jurisprudenciales y Sociales desde un abordaje Interdisciplinario* (1Ed.). Buenos Aires: La Ley.

Rosales, P.O. (2013) *Fertilización Humana Asistida: Aspectos Legales, Jurisprudenciales y Sociales desde un abordaje Interdisciplinario* (1Ed.). Buenos Aires: La Ley.

Sambrizzi, E. (2013). “La Ley de Procreación Asistida recientemente sancionada”, L.L. AR/DOC/2597/2013.

Serrano Escobar. G. y Tejada Ruiz, C.P. *Responsabilidad Civil y Estado en la prestación de servicios médicos asistenciales*, ed. Jurídica Gustavo Ibáñez, Santa Fe de Bogotá, 1994.