

REPRODUCCIÓN MÉDICAMENTE ASISTIDA

**Ley N° 2954 de la Provincia del Neuquén. En el marco del ordenamiento jurídico
Nacional**

TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

Carrera: ABOGACIA

Universidad: EMPRESARIAL SIGLO 21

Alumno: MIRTHA LAURA RAMÍREZ

Legajo N°: VABG 30101

Julio de 2019

RESUMEN

Es indudable que los temas de salud de la población están instalados en la discusión social en un nivel preponderante en todo el continente, situación a la cual nuestro país no es ajeno, máxime teniendo presente que obedece a un tema de raigambre constitucional.

A partir de la reforma constitucional de 1994 se generó un proceso de cambios legales y sociales que se manifestaron en su máxima expresión en la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación; entre las cuestiones normativas a destacar relacionadas con el presente trabajo, encontramos la sanción de la Ley N° 26862 de acceso Integral a los Procedimientos de Técnicas Médico-Asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida, sancionada en el año 2013.

En concordancia a la normativa nacional algunas provincias del país sancionaron normas similares, por caso la provincia del Neuquén sanciona la Ley N° 2954 del año 2015, que a diferencia de la Ley Nacional establece un mecanismo de regulación para el acceso a los Procedimientos de Fertilización Médicamente Asistidos, en particular al grupo etario que va desde los 24 a los 40 años.

Por ello la pregunta de investigación: ¿En qué forma y bajo qué condiciones se debería o no limitar la edad de las personas para acceder a los procedimientos de reproducción humana asistida? La limitación aludida generó serias controversias entre las obras sociales, la salud pública y las personas que fuera del rango etario antes referido pretendían acceder a dichos tratamientos. En la actualidad y pese al dictado de algunas inconstitucionalidades por parte de la justicia de la provincia del Neuquén, ante la presentación de recursos de amparos entre otros, el tema de fondo no está resulto y por ello se pretende humildemente aportar antecedentes, análisis crítico y material de trabajo con el fin de enriquecer posiciones y en todo caso avanzar, fundamentalmente en materia de acceso a la salud, hacia una sociedad más solidaria, equitativa e inclusiva.

Palabras Claves: Infertilidad, Procreación, Técnicas y Procedimientos Médicamente Asistido, Marco Normativo.

ÍNDICE

Capítulo I

Infertilidad y Esterilidad en el marco normativo Nacional e Internacional

1. Diferencia entre Infertilidad – Esterilidad	Pag. 08.
2. La Infertilidad. Enfermedad reconocida por la Organización Mundial de la Salud (OMS)	Pag. 08.
2.1. Causas de la Infertilidad.....	Pag. 09.
3. Esterilidad: Definición.	Pag. 10.
3.1. Etiología de la Esterilidad.....	Pág. 11.
3.2. Glosario de Terminología en Técnicas de Reproducción Asistida de la Organización Mundial de la Salud.....	Pág. 13.
3.3. Definición de Técnicas de Reproducción Asistida en la Normativa Nacional	Pág. 14.

Capítulo II

Técnicas de Reproducción Humana Asistida y sus Implicancias

1. Procedimientos y Técnicas de Reproducción Médicamente Asistida.....	Pag. 16.
1.2. Técnicas de Reproducción Asistida.....	Pag. 16.
1.3. Donación de Ovocitos.....	Pag. 20.
2. Resultados de embarazos en edad materna avanzada. Riesgos.....	Pag. 20.
3. Regulación normativa.....	Pag. 22.

Capítulo III

Reproducción Humana médicamente Asistida. Una incorporación legislativa esperada

1. Antecedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	Pag. 25.
1.1. Antecedentes del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario.....	Pag. 25.
2. Legislación Nacional.....	Pag. 26.
2.1. Reglamentación.....	Pág. 29.
3. Situación de las jurisdicciones Provinciales relación a la legislación Nacional.....	Pág. 31.
4. Normativa de la Provincia del Neuquén	Pág. 32.

Capítulo IV

Problemática Actual

1. Análisis Jurisprudencial.....	Pag. 36.
2. Tratamiento legislativo provincia del Neuquén.....	Pag. 39.
Conclusiones Finales.....	Pag. 43.
Bibliografía.....	Pag. 48.

Introducción.

La infertilidad se define como la incapacidad de lograr el embarazo luego de dos años de relaciones sexuales frecuentes, sin protección en parejas en edad reproductiva. La Organización Mundial de la Salud la considera una enfermedad desde el punto de vista de una alteración de la normalidad en el proceso reproductivo de una pareja.

Actualmente existen tres tipos de tratamientos de fertilidad: 1-Tratamiento médico: uso de medicamentos para la inducción de la ovulación; 2-Tratamiento quirúrgico: por ejemplo laparoscopia para la ablación de la endometriosis; y 3-Técnicas de reproducción asistida: que son un conjunto de procedimientos en los cuales el equipo médico colabora en la fecundación, estos procedimientos sustituyen o complementan al contacto sexual para que la fecundación se dé cuando esta no puede darse naturalmente. Las más usadas son Inseminación intrauterina (IIU), Fertilización in vitro (FIV), Inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI). Casi siempre conllevan la manipulación de los gametos o embriones. (Santiago Hasdeu, 2013, pág. 4 y 5)

El acceso a los procedimientos de fertilización se encuentra garantizada en nuestro país en la Ley Nacional N° 26862, sancionada el 5 de junio de 2013 y Promulgada el 25 de junio de 2013 y su Reglamentación aprobada mediante Decreto Nacional N° 956/13 de fecha 19 de julio de 2013, para toda persona mayor de edad que de plena conformidad con lo previsto en el Ley N° 23529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado; con cobertura integral y obligatoria a cargo de las Obras Sociales o del Estado a través del sector público de salud, con la complejidad adecuada. Tratamientos que, en muchos casos sería inaccesible para personas con ingresos económicos insuficientes para afrontar el costo que demandan los Procedimientos.

La Honorable Legislatura de la provincia del Neuquén sanciona el 13 de agosto de 2015, en concordancia con la Ley Nacional N° 26862, la Ley N° 2954 en la que se establecen los requisitos para la práctica de las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA), entre ellos tener entre veinticuatro (24) y cuarenta (40) años de edad, límite pasible de ser modificado por la autoridad de aplicación, de acuerdo a los avances técnicos avalados por autoridad competente. Este requisito establecido en el Artículo 9°

inciso “c” ha provocado una controversia con la Ley Nacional, en virtud que ésta última no limita el acceso integral a los procedimientos de fertilización a la edad de las personas.

El desarrollo del presente trabajo de investigación se relaciona con los antecedentes jurídicos y doctrinarios que permitan responder al interrogante de la pregunta de investigación: ¿En qué forma y bajo qué condiciones se debería o no limitar la edad de las personas para acceder a los procedimientos de reproducción humana asistida?.

Fundamentalmente se analizará las legislaciones Nacional y Provincial –Provincia del Neuquén- de manera tal de entender cuáles son los alcances de la misma, comprender cuál ha sido el propósito del legislador neuquino al limitar la edad de las personas para el acceso a las prácticas de las Técnicas de Reproducción Asistida.

La utilidad de la investigación radica en brindar una información detallada, objetiva y lo más precisa posible para entender en que formas y bajo qué condiciones se debería o no limitar la edad de las personas para acceder a los tratamientos aludido ut supra.

El desarrollo del TFG comprenderá tres partes fundamentales. La primera de ellas abarca los Capítulos I y II, tienen una finalidad netamente introductoria y en la misma se hará referencia, a la infertilidad como enfermedad aceptada y definida por la Organización Mundial de la Salud (OMS), su conceptualización, tipos principales de tratamientos de fertilización, con procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida para lograr el embarazo, y sobre los resultados adversos de los embarazos después de los cuarenta años.

La segunda parte del TFG comprenderá el Capítulo III, en el que se procederá al análisis específico de la Ley Nacional N° 26862 de Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, y la Ley N° 2954 de la provincia del Neuquén, alcances de la misma, fundamentación del legislador neuquino para introducir en el plexo normativo local un requisito limitante para la práctica de las Técnicas de Reproducción Asistida, la edad de las personas, restringida en un rango etario, doctrina, jurisprudencias, derecho comparado.

La tercera y última parte del presente TFG, abarcará el Capítulo IV relativo a la problemática actual suscitada en la provincia debido al condicionamiento que introdujo la legislación neuquina en la Ley N° 2954, fallos locales de inconstitucionalidad del artículo 7° inciso 3), fundamentación médica basada en la evidencia científica local e internacional.

Capítulo I

Infertilidad y Esterilidad en el marco normativo Nacional e Internacional

Introducción

La infertilidad y la esterilidad son factores condicionantes para que muchas parejas puedan cumplir con su anhelo de tener un hijo y realizarse como padres en la sociedad actual, esta problemática trae aparejado además del tema médico, una frondosa discusión legal que a la fecha no ha sido saldada; uno de los caminos son las técnicas de reproducción humana asistida.

1. Diferencias entre Infertilidad – Esterilidad

La Sociedad Americana de Fertilidad determina que para que una pareja se considere estéril debe transcurrir un año de relaciones sexuales sin protección, y según la Federación Internacional de Obstetricia y Ginecología, dos años. En España se considera que una pareja es estéril cuando no consigue embarazo tras un año de coitos normales sin emplear métodos anticonceptivos, pero esta interpretación debe individualizarse, teniéndose en cuenta factores como la edad de los pacientes y sus antecedentes médicos y reproductivos. Así considera infértil a la que sufre abortos de repetición o no llega a conseguir gestaciones viables. En Estados Unidos no hacen esta distinción y aplican el criterio de sterility a la esterilidad o infertilidad irreversible, para la que no se conoce terapéutica alguna, e infertility a la disminución o ausencia de fertilidad, pero sin carácter irreversible.

Asimismo la esterilidad se define como primaria en aquellas parejas que nunca han logrado un embarazo, y como secundaria cuando después de una gestación transcurren uno o dos años sin que la pareja consiga un nuevo embarazo. (Natalia Bermejo Rubio, 2015).

2. La infertilidad como enfermedad reconocida por la Organización Mundial de la Salud (OMS). Concepto

La Organización Mundial de la Salud (OMS año 2009) reconoce a la infertilidad como una enfermedad del Sistema Reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas.

A decir del Dr. Alejandro Villalobos Castro (infomédica Costa Rica), la OMS define la infertilidad como una enfermedad, pues esta situación conlleva una gran cantidad de efectos tanto en la salud física como mental, emocional, psicológica, social y hasta religiosa en las parejas que la sufren. Continúa diciendo que es una causa muy importante de depresión, tanto que las consecuencias sociales, psicológicas y culturales de la infertilidad han sido catalogadas en seis niveles de gravedad, que van desde el sentimiento de culpa, miedo y depresión hasta la pérdida de dignidad y muerte por violencia y suicidios. (Dr. Alejandro Villalobos Castro 2012 – Publicaciones Centro de Especialidades Ginecológicas y Obstétricas – Infomédica Costa Rica. Recuperado el 20 de noviembre de 2017. <http://infertilidadcr.com/publicaciones/infertilidad-publi.html>.) (Rica, 2012).

La Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia, expresa que existe una extensa listas de posibles causas de infertilidad. “Para alguna de ellas se ha establecido una relación causa-efecto, como en la causa genética; para otras, una relación de asociación como algunas causas anatómicas y autoinmunes, dado que aún no se conoce con exactitud su mecanismo fisiopatológico. Otras causas están emergiendo como la trombofilia”. (J. A. Vanrell Díaz y M. Creus Ferré - Cap. 71, 2013, pág. 581).

2.1 Causas de la Infertilidad

De la extensa lista, aludida precedentemente, se citan: Causas Genéticas son las relacionadas a alteraciones cromosómicas del embrión, que por lo general se manifiestan en abortos espontáneos en el primer trimestre de gestación; Causas Uterinas que pueden ser por malformaciones uterinas, mioma uterino (tumor), adherencias intrauterinas (legrado posparto y evacuaciones uterinas incorrectamente realizadas), insuficiencia cervical (incapacidad de mantener una gestación intrauterina hasta el término de embarazo); Causas Inmunológicas genera abortos según las siguientes características: aloimmune referidos a la presencia de antígenos de histocompatibilidad heredados del padre, de modo que el rechazo materno a esos antígenos paternos,

desencadenaría el aborto, y autoinmune como consecuencia de enfermedades del tejido conectivo; Causas Infecciosas, solo se ha podido demostrar que el treponema (bacteria productora de la sífilis) puede atravesar la placenta en cualquier momento del embarazo y provocar abortos repetidos si la madre no es correctamente tratada; causas Endocrinas, como la diabetes, los trastornos tiroideos y la insuficiencia luteínica (es una interrupción del ciclo menstrual de la mujer) provocan abortos a repetición; Trombofilia y Abortos de Repetición, las trombofilias (propensión a desarrollar trombosis -coágulos sanguíneos-) hereditarias o adquiridas están demostrando ser una causa a tener en cuenta en las complicaciones del embarazo, sino también del desprendimiento prematuro de la placenta, de las pérdidas fetales repetidas y de los abortos de repetición. (J. A. Vanrell Díaz y M. Creus Ferré - Cap. 71, 2013, pág. 581 a 585).

En oportunidad del Proyecto de investigación del Comité Provincial de Biotecnología de la provincia del Neuquén, se informó en relación al tema que nos ocupa que la infertilidad afecta aproximadamente al 10% de las parejas en todo el mundo, por caso en el Reino Unido obedece a las siguientes causas: Infertilidad inexplicada 25%; desorden ovulatorio 25%; daño tubario 20%, y el resto son por problemas de infertilidad del varón. En el caso de la provincia del Neuquén con una población de 500.000 habitantes aproximadamente, el servicio de ginecología del Hospital Regional tiene históricamente entre 200 y 300 consultas anuales por problemas de esterilidad. La investigación de problemas de infertilidad por lo general está disponible pero hay una amplia variación y, a menudo un acceso limitado al tratamiento en particular a las Técnicas de Reproducción Asistida. (Santiago Hasdeu, 2013, pág. 5).

3. Esterilidad: Definición

Siguiendo lo expresado por la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia, la esterilidad se define como una enfermedad. En ella existe una incapacidad para conseguir una gestación después de un año de relaciones sexuales dirigidas para tal efecto.

El primer aspecto a considerar en la definición es cuánto tiempo se puede esperar antes de iniciar un estudio de esterilidad. En este sentido se ha considerado clásicamente que una pareja fértil concibe un

embarazo en el 90% de los casos durante el transcurso de un año de relaciones sexuales sin protección anticonceptiva. De igual manera la tasa acumulada de embarazo a un año en mujeres fértiles sometidas a inseminación con semen de donantes es del 100%.

La mayoría de embarazos se consiguen en los primeros 6 ciclos de relaciones sexuales mantenidas durante los días fértiles, pero después de 48 meses la probabilidad de embarazo espontáneo es cerca de cero.

Recomienda la Sociedad española de Ginecología y Obstetricia realizar una evaluación y en ocasiones tratamiento antes de un año en los siguientes casos: mujeres mayores de 35 años, historia de oligo/amenorreas, sospecha o certeza de enfermedad tubárica, uterina o endometriosis o ante la evidencia de esterilidad masculina. (E. Muñoz Muñoz y A. Pellicer Martínez - Cap.72, 2013, pág. 589).

3.1 Etiología de la esterilidad.

La Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia, expresa: que la esterilidad puede estar asociada a patologías sistémicas, sin que estas expliquen una causa específica, como el caso de la diabetes o el síndrome de Cushing o la patología de la glándula tiroidea, aunque no se haya demostrado que las parejas estériles tengan más patologías tiroideas que las no estériles.

Las causas de esterilidad se dividen por partes iguales entre la mujer y el varón. El 40% de las causas son femeninas, dentro de las cuales las más importantes incluyen: factor tubárico (18,5%), endometriosis (5%), síndrome de ovario poliquístico (16,6%), fallo ovárico oculto (9-24%), fallo ovárico precoz (1%); patologías uterina: miomas (5%), anomalías müllerianas (2%).

Existe un grupo de patologías que se describen como causa de esterilidad; sin embargo, no se ha encontrado una relación causa-efecto en ellas: endometriosis leve sin adherencias tubáricas, insuficiencia de la fase lútea, anticuerpos antiespermatozoides y la hiperprolactinemia sin anovulación. (E. Muñoz Muñoz y A. Pellicer Martínez - Cap.72, 2013, pág. 589).

Lo hasta aquí expuesto nos da un pantallazo de las distintas definiciones de términos esenciales para entender temas relativos a la esterilidad, infertilidad, causas que la producen no solamente para aquellos interesados en acceder a tratamientos de fertilización, para lograr un embarazo y poder realizarse como familia, sino también para educarnos en salud y en este caso en salud reproductiva que es un derecho reconocido a nivel mundial. En este sentido el Decreto N° 956/13, Reglamentario de la Ley 26.862 en su Artículo 6° inciso c) estipula que entre las funciones que deberá cumplir el Ministerio de Salud, es precisamente realizar campañas de información a fin de promover los cuidados de la fertilidad en mujeres y varones a través del Programa de Salud Sexual y Procreación Responsable, dependiente de la Dirección de Medicina Comunitaria en la órbita de la Subsecretaria de Salud Comunitaria de la Secretaria de Promoción y Programas Sanitario.

Dable es destacar además que en el inciso d) del mentado Decreto Reglamentario, y en el marco de las funciones del Ministerio de Salud establece que deberá promover conjuntamente con el Ministerio de educación, la actualización del capital humano en la materia, involucrando a las universidades formadoras en ciencia de la salud. Siguiendo esta línea y teniendo en cuenta el documento elaborado por la Comisión Asesora en Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), titulado Recomendaciones y guías para la implementación de un programa integral de Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el Sistema de Salud Argentino. Ley 26.862, Decreto Reglamentario 956/2013, Proyecto de Reforma del Código Civil en materia de TRHA; destacan tanto la importancia de la prevención como de la concientización sobre diferentes aspectos relacionados a los trastornos reproductivos y que estos permitirán alcanzar niveles elevados de salud reproductiva como así también adoptar decisiones libres e informadas, situaciones estas que contribuyen a la salubridad de la población de nuestro país. Asimismo esta comisión refiere que a partir de los 35 años decrece la capacidad ovocitaria, que es un proceso natural relacionados con cuestiones genéticas. Se sabe que la edad reproductiva es entre los 15 y 45 años, que es óptima entre los 20 y 30 años, a partir de los 35 años hay una mayor frecuencia de alteración cromosómica en ovocitos, y por lo tanto menores resultados reproductivos, generando limitaciones biológicas que la edad determina en cuestiones de fertilidad.

Existen otros factores derivados de la sociedad moderna que afectan la fertilidad, tales como el tabaco, la droga y el alcohol, sabido son las consecuencias que estos factores tienen sobre la salud humana y la reproducción de la especie toda vez que además de ser adictivos contienen componentes que alteran el metabolismo y generan daños sobre el cuerpo humano y las funciones propias de este; entre ellas la de reproducción que es la que contribuye a la perpetuación de la especie.

3.2 Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida de la OMS

Antes de adentrarnos al tema concreto de fertilización médicamente asistida, específicamente a lo referido a las técnicas de Reproducción médicamente asistida, clases y supuestos de procedencia, que se desarrollará en el siguiente Capítulo, es importante mencionar que con el propósito de aplicar terminologías cuyas definiciones estén estandarizadas y universalmente aceptada, la Organización Mundial de la Salud realizó un glosario de terminología en técnicas de Reproducción Asistida (TRA), con la intervención de organismos internacionales como el Internacional Committee for Monitoring ART (ICMART); así términos como Reproducción Médicamente Asistida (RMA) se define como: Reproducción lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación, técnicas de reproducción asistida (TRA), inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen del esposo/pareja o un donante. Y Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) se define como: Todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye pero no está limitado sólo a, la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero subrogado. La TRA no incluye inseminación asistida (inseminación artificial) usando espermatozoides ni de la pareja ni de un donante.

Inmediatamente y para mejor comprensión se definirán siguiendo el glosario de la OMS algunos de los términos invocados en el párrafo precedentemente citado, tenemos así la Fecundación in vitro (FIV): Técnica de Reproducción Asistida (TRA) que involucra fecundación extracorpórea.

Transferencia de embriones (TE): procedimiento mediante el cual uno o más embriones son colocados en el útero o en la trompa de Fallopio.

Transferencia intratubárica de gametos: procedimiento de TRA en el cual ambos gametos (ovocitos y espermatozoides), son transferidos a la trompa de Fallopio.

Transferencia intratubárica de cigoto: procedimiento mediante el cual uno o más cigotos son transferidos a la trompa de Fallopio.

Zigoto: célula diploide resultante de la fecundación de un ovocito por un espermatozoide, la cual subsecuentemente se divide para formar un embrión.

Criopreservación: la congelación o la vitrificación y el almacenamiento de gametos, cigotos, embriones o tejido gonadal.

Lo descripto precedentemente tiene gran importancia para poder interpretar mejor y en un mismo lenguaje y significado para todas las personas indistintamente de su nivel de conocimiento del tema, que quieran acceder a los procedimientos de TRA.

3.3 Definición de Técnicas de Reproducción Asistida en la normativa Nacional

Actualmente encontramos que el Decreto Reglamentario N° 956/2013, Anexo I, de la Ley N° 26862, en su Artículo 2°, define a las Técnicas de Reproducción Médicamente Asistida como a todos los tratamientos o procedimientos para la consecución de un embarazo. Continúa expresando que se consideran técnicas de baja complejidad a aquellas que tienen por objeto la unión entre óvulo y espermatozoide en el interior del sistema reproductor femenino, lograda a través de la inducción de la ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación o inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen de pareja o donante.

Expresa además que, se entiende por técnicas de alta complejidad a aquellas donde la unión de óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fertilización in vitro; la inyección intracitoplasmática de

espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos.

Asimismo el Artículo 8° del mentado reglamento establece: En los términos que marca la Ley N° 26862, una persona podrá acceder a un máximo de cuatro (4) tratamientos anuales con técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad, y hasta tres (3) tratamientos de reproducción médicamente asistida con técnicas de alta complejidad, con intervalos mínimos de tres (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. A efectos de realizar las técnicas de mayor complejidad deberán cumplirse como mínimo tres (3) intentos previos con técnicas de baja complejidad, salvo que causas médicas documentadas justifiquen la utilización directa de técnicas de mayor complejidad.

Conclusiones Parciales.

En el presente capítulo se explicitó las razones fundamentales médicas científicas que dan origen al posterior acceso a los Procedimientos y Técnicas de Reproducción Médicamente Asistida, esto es: la Infertilidad y la esterilidad como enfermedad reconocida por la Organización Mundial de la Salud. Un breve desarrollo de las causas, tipos y sus consecuencias, como así también una definición compartida por los principales tratadistas nacionales e internacionales.

Por último se expuso sobre la etiología de la esterilidad efectuando un sucinto análisis de las enfermedades y trastornos que acompañan esta patología. Posteriormente se relacionó la Ley N° 26862, su Decreto Reglamentario N° 956/2013 con las cuestiones antes expuestas; así de conformidad a dicha normativa se definió a las Técnicas de Reproducción Médicamente Asistida, se mencionó sus dos complejidades: baja y alta, cantidad de tratamientos que podrán acceder las personas en cada una de ellas y formas.

Capítulo II

Técnicas de Reproducción Humana Asistida y sus Implicancias

Introducción

En el capítulo que se inicia abordaremos los distintos métodos y/o procedimientos que usualmente se utilizan para las técnicas de reproducción humana asistida, para ello nos apoyaremos fundamentalmente en publicaciones y artículos científicos, paralelamente sus implicancias desde el punto de vista jurídico legal y para la salud, sin perder de vista que es un tema novísimo para el derecho.

1. Procedimientos y Técnicas de Reproducción médicamente asistida.

El Ministerio de Salud de la Nación de la República Argentina, expresa en su página web: que la reproducción médica asistida se compone de una serie de procedimiento y técnicas que resultan de baja y alta complejidad, según sea el caso, los que permiten ser madres y padres a aquellas personas que por diversos motivos no pueden concretarlo por medios naturales. Las técnicas de reproducción médicamente asistida son de baja complejidad y alta complejidad como veremos a continuación.

Las de baja complejidad tienen como objetivo la unión de óvulo con el espermatozoide dentro del aparato de reproducción femenino, por ejemplo la estimulación ovárica y la inseminación intrauterina.

Las de alta complejidad tienen como objetivo la unión entre el óvulo y el espermatozoide por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo la fecundación in vitro entre otras.

1.1 Técnicas de Reproducción Asistida

Los tipos de Técnicas de Reproducción Asistida son:

*Inseminación Artificial con semen de la pareja (IAC)

*Inseminación Artificial con semen de donante (IAD)

*Fecundación In Vitro (FIV)

*Inyección intracitoplasmática de Espermatozoides o Microinyección Espermática (ICSI).

La Sociedad Española de Fertilidad en su publicación “Saber más sobre Fertilidad y Reproducción Asistida” realiza una descripción de fácil comprensión en referencia a cada una de las técnicas arriba mencionadas, a continuación y siguiendo la entidad aludida supra se dará una definición breve de cada una de las nombradas:

Inseminación Artificial con semen de la pareja (IAC):

Es la técnica más sencilla de reproducción asistida, consiste en depositar los espermatozoides en el aparato reproductivo de la mujer. Esta debe tener capacidad para ovular espontáneamente o mediante tratamiento y al menos una trompa de Falopio útil. En el caso de la inseminación artificial con semen del cónyuge, la modalidad más empleada es la inseminación intrauterina, que frecuentemente se combina con la administración a la mujer de fármacos que favorecen el desarrollo de los folículos ováricos. (Fertilidad, www.sefertilidad.net/docs/pacientes/spr_sef_fertilidad.pdf , 2011).

El procedimiento de inseminación se realiza de la siguiente manera: el ginecólogo introduce a través del cuello un fino tubo de plástico blando, para depositar en el útero el pequeño volumen de líquido que contiene los espermatozoides seleccionados. Si la inseminación es efectiva y se produce la gestación, la paciente observará un retraso en la aparición de la menstruación. (Fertilidad, www.sefertilidad.net/docs/pacientes/spr_sef_fertilidad.pdf , 2011)

El porcentaje de casos en los que finalmente se consigue el embarazo por medio de ésta técnica varía en función de factores relacionados con los pacientes (edad de la mujer, causa de esterilidad, estado de las trompas uterinas) y con el propio tratamiento (número de folículos desarrollados

como respuesta al tratamiento, cantidad de espermatozoides útiles obtenidos a partir de las muestras seminales). (Fertilidad, www.sefertilidad.net/docs/pacientes/spr_sef_fertilidad.pdf , 2011)

Inseminación Artificial con semen de Donante (IAD):

Es una técnica de reproducción asistida que se emplea principalmente en casos de esterilidad en los que la paciente tiene al menos una trompa uterina permeable, y el varón está afectado por alteraciones seminales severas que obligan a utilizar espermatozoides procedentes de bancos de semen. También puede usarse en el caso de mujeres sin pareja masculina con deseo gestacional. (Fertilidad, www.sefertilidad.net/docs/pacientes/spr_sef_fertilidad.pdf , 2011)

El semen utilizado en esta técnica procede siempre de un Banco de Semen debidamente acreditado, conservado mediante congelación y reúne los requisitos por la ley. (Fertilidad, www.sefertilidad.net/docs/pacientes/spr_sef_fertilidad.pdf , 2011)

Principales indicaciones para recurrir a la IAD:

Azoospermia (ausencia completa de espermatozoides en el eyaculado) e imposibilidad de obtener espermatozoides útiles procedentes de testículo o de la vía seminal, que comunica éste con el exterior.

Causas masculinas severas no resueltas con Fecundación in Vitro/ICSI.

Ciertos trastornos genéticos del varón, cuya transmisión a la descendencia sea probable y no evitables mediante procedimientos de diagnóstico destinados a la selección embrionaria.

Sensibilización grave de la mujer frente al factor RH, que haya producido pérdidas de gestaciones anteriores y no pueda ser tratada por otros procedimientos.

Mujeres sin pareja masculina, sean parejas homosexuales o bien mujeres que desean afrontar la maternidad de forma individual. (Fertilidad, www.sefertilidad.net/docs/pacientes/spr_sef_fertilidad.pdf , 2011).

Fecundación In Vitro (FIV) y Microinyección Espérmica (ICSI):

La fecundación in vitro consiste en poner en contacto los gametos masculinos (espermatozoides) y los femeninos (ovocitos) para lograr la fecundación y el desarrollo embrionario inicial fuera del organismo de la mujer. Existen dos modalidades para producir la fecundación:

Fecundación in vitro (FIV): los espermatozoides se ponen en contacto con los ovocitos en condiciones idóneas para facilitar que la fecundación ocurra espontáneamente.

Microinyección espermática (ICSI): es una variedad de la anterior, y consiste en intervenir aún más activamente sobre el proceso de la fecundación, introduciendo un espermatozoide en el interior de cada ovocito. Cuando se consigue fecundación y desarrollo in vitro de los embriones obtenidos, se selecciona el número adecuado de éstos para ser transferidos al útero, con el objeto de conseguir una gestación evolutiva.

(Fertilidad, www.sefertilidad.net/docs/pacientes/spr_sef_fertilidad.pdf , 2011).

Posibilidades de éxito que ofrece la FIV/ CSI:

La probabilidad de éxito de un ciclo de FIV-TE depende predominantemente de la edad de la paciente, y del número y calidad de los embriones transferidos. El número de embriones que se aconseja transferir se define en función de la edad de la paciente y de la calidad de los embriones disponibles. Los factores que condicionan la probabilidad de contar con un número suficiente de embriones de buena calidad son la edad de la paciente, la patología reproductiva masculina o femenina presente en el número de ovocitos de calidad disponibles. Resulta determinante la correcta elección y aplicación de las diferentes fases del tratamiento.

(Fertilidad, www.sefertilidad.net/docs/pacientes/spr_sef_fertilidad.pdf , 2011).

En resumen, antes de la aplicación del tratamiento, los principales factores pronósticos sobre la probabilidad de éxito son la edad de la

paciente y el origen de su esterilidad. Una vez efectuada la técnica, los principales condicionantes de la probabilidad de gestación son la edad de la mujer y el número y calidad de los embriones transferidos. (Fertilidad, www.sefertilidad.net/docs/pacientes/spr_sef_fertilidad.pdf , 2011)

Siguiendo este lineamiento el Dr. Puccinelli, Oscar R. en su trabajo titulado “Avances legislativos y jurisprudenciales en la Argentina respecto de la cobertura de los tratamientos de fertilización asistida” expresa que la tasa de éxito en nacidos vivos de la FIV según la Society for Assisted Reproductive Technology, son: Edad de la mujer menor de 35 años (41,7%); Edad de la mujer entre 35 a 37 años (31,9%); Edad de la mujer entre 38 a 40 años (22,1%) y Edad de la mujer mayor de 40 años (12,5%). (Puccinelli, 2012).

1.3 Donación de Ovocitos

Cuando la mujer es portadora de alguna patología genética o cromosómica, puede recurrir a la donación de ovocitos. La donación puede ser efectuada por mujeres mayores de edad, entre los 18 y los 35 años de edad, por supuesto con un óptimo estado de salud. Es decir mujeres sanas y jóvenes.

Con esta técnica según datos del registro de la sociedad Española de Fertilidad, “*la posibilidad de conseguir un embarazo tras una transferencia de embriones procedentes de óvulos de donantes es más del 50% por ciclo*”. (Fertilidad, www.sefertilidad.net/docs/pacientes/spr_sef_fertilidad.pdf , 2011).

2. Resultados de embarazos en edad materna avanzada. Riesgos

Desde mediados de la década de los 70, la edad de la maternidad no ha cesado de incrementarse en Europa. El deseo de la mujer de tener un embarazo después de los 35 e incluso 40 años, se ha convertido por ello en un importante fenómeno social. Los determinantes de esta modificación del patrón reproductivo pueden explicarse por los cambios culturales, sociales y económicos acontecidos en nuestra sociedad y puesto de manifiesto sobre todo en el último tercio del siglo XX.

El límite superior de edad, a partir del cual se considera a la paciente gestante añosa, ha ido variando a lo largo de la historia y aún hoy sigue siendo un importante motivo de controversia. No obstante es unánimemente aceptado que las mujeres que paren a edades próximas al límite de fertilidad, presentan una mayor morbilidad materno-fetal, sin estar bien establecido si ello se debe a la edad de forma exclusiva o a otros factores de riesgo asociados.

Del estudio de cohortes históricos de una población de gestantes, con edad superior o igual a 35 años que parieron en el Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital Clínico universitario de Valladolid (España) durante el período de un año (marzo de 2007 a febrero de 2008 – Proyecto que fue aprobado por la Comisión de Investigación Clínica del Centro y a tal efecto se creó una base de datos en la que se recogieron diversas variables relacionadas con la epidemiología, evolución de la gestación y resultados perinatales). Se obtuvieron: Resultados (brevemente resumido): Durante el período analizado acontecieron 1.455 partos, de los cuales 355 (24,39%) correspondieron a mujeres con edad igual o superior a 35 años.

La patología gestacional fue más frecuente en el grupo de estudio con relevancia estadísticamente significativa. Los procesos más frecuentes fueron la diabetes gestacional, la metrorragia del primer trimestre, los estados hipertensivos del embarazo (EHE) y la amenaza de parto pretérmino alcanzando todos ellos significación estadística, excepto para los EHE.

El interés por disminuir las cifras de morbilidad perinatal ha propiciado la realización de estudios encaminados a identificar posibles factores de riesgos que influyen en la aparición de resultados obstétricos y neonatales desfavorables, siendo considerada la edad materna como uno de ellos por muchos autores.

El límite de edad que se estima adecuado para la consecución del embarazo ha ido variando con el tiempo y no existe unanimidad al respecto. En la actualidad el límite se establece en los 35 años, aunque no faltan trabajos que lo sitúan en 40 años e incluso 44 años.

De acuerdo al estudio realizado, se ha hallado una asociación entre la edad materna avanzada y un mayor riesgo de desarrollar patología gestacional, como diabetes o estados hipertensivos del embarazo.

Conclusión: La edad materna avanzada se asocia con mayor frecuencia a patología gestacional y mayor incidencia de inducciones médicas del parto y tasa de cesáreas. Todo ello repercute en la morbimortalidad materna y fetal, siendo un grupo poblacional de riesgo obstétrico que requiere una atención prenatal adecuada y trasciende el ámbito de la planificación sanitaria, dado el porcentaje de gestantes de edad avanzada en ese medio. (Blanca Heras Perez, Julio Gobernado Tejedor, Pablo Mora Cepeda y Ana Almaraz Gómez. *Progresos de Obstetricia y Ginecología* - 2011. ELSEVIER DOYMA- pdf. Recuperado el 11 de noviembre de 2017. <http://www.elsevier.es/pt-revista-progresos-obstetricia-ginecologia-151-articulo-la-edad-materna-como-factor-S0304501311003128>.)

El embarazo a edades más avanzadas se asocia con algunos riesgos particulares que las mujeres tendrían que conocer antes de iniciar una gestación. En mujeres de más de 35 años se observa una mayor incidencia de hipertensión (2,7%), diabetes preexistente (0,7%) y obesidad (6,9%) al principio del embarazo. Asimismo la diabetes gestacional ha sido identificada en el 6,9%. Asimismo, la diabetes gestacional ha sido identificada en el 6,9% de estas embarazadas.

Riegos de embarazo:

*Fertilidad en declinación

*Riesgo de aneuploidía

*hemorragia preparto

*Resultados perinatales adversos en mujeres añosas en trabajo de parto y parto pretermino.

*placenta previa

*bajo peso al nacer.

(B y E Albert Reece, John C. Hobbins. *Books Obstetricia Clínica/clinical obstetrics*. Editorial Médica panamericana amazon.com. Recuperado el 26 de noviembre de 2017: <https://books.google.com.ar/book>).

3. Regulación normativa

En nuestro país las mujeres o parejas que deseen someterse a tratamientos de Fertilización deben estar informadas de los beneficios y de las consecuencias en las que pueden estar expuestas, sobre todo si presentan edad avanzada u otras patologías que

puedan incidir negativamente en los resultados ansiados y esperados, para dar cumplimiento a su deseo de formar una familia. Para ello La Ley N° 26862 de Fertilización Humana Asistida, dispone y prevé en su Artículo 7° que tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad, que de plena conformidad con lo previsto en la Ley 26529 de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado; aclara además que el consentimiento informado es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer.

El consentimiento informado, que hace mención el plexo normativo citado anteriormente, garantiza el ejercicio de la autonomía de la voluntad porque posibilita a las personas elegir su propio proyecto de vida, y es definida como la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales, emitida luego de recibir por parte del profesional interviniente información, clara, precisa y adecuada con respecto a: a) Su estado de salud; b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) Los beneficios esperados del procedimiento; d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto. Especial atención también a los Artículos 6° y 7° de la Ley aludida, porque imponen la obligatoriedad de la obtención del consentimiento informado en forma previa a toda intervención profesional médica y establece su instrumentación en forma verbal, con excepciones en los que serán escrito y debidamente suscrito: a) Internación; b) Intervención quirúrgica; c) Procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos; d) Procedimientos que implican riesgos según lo determine la reglamentación de la Ley y e) Revocación. Por lo demás debemos tener presente lo preceptuado sobre el particular en la legislación de la provincia del Neuquén, normativa que se desarrollará en el capítulo siguiente.

El acceso a las Técnicas de Reproducción Asistida se encuentra garantizado en nuestro país por la Ley 26862, para toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26529, haya explicitado su consentimiento informado. Es decir que las personas que hayan cumplido mayoría de edad y sin límite alguno, en cuanto a la edad, pueden acceder a los tratamientos (18, 40, 55, 60... años).

Los legisladores neuquinos aprobaron la Ley 2954, en concordancia con la Ley Nacional de Fertilización Asistida y según las características del Sistema de Salud Provincial, en el marco del conocimiento médico-técnico, basado en evidencias científicas y del criterio de equidad y justicia social. Por ello en el Artículo 9º inciso c) impone como requisito para la práctica de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRA), tener entre 24 y 40 años de edad.

Conclusiones Parciales

De acuerdo al material aportado en este capítulo, la probabilidad de éxito de embarazos con las Técnicas de Fertilización Asistida, van a depender predominantemente de la edad de la mujer, la patología reproductiva tanto femenina como masculina, entre otros. Asimismo los distintos autores coinciden que los factores de riesgos de los embarazos de mujeres añosas (más de 35 años) van a ser aquellos propios de la edad de la mujer, es decir, mayor riesgo de pérdida gestacional, prematuridad que pueden generar consecuencias graves en los recién nacidos, amenazas de aborto, metrorragia del primer trimestre, patologías gestacionales (diabetes o estados hipertensivos del embarazo), bajo peso del recién nacido y morbimortalidad materna y fetal.

La legislación nacional en materia de Técnicas de Reproducción Asistida, ha garantizado a toda persona mayor de edad el acceso a las mismas, sin imponer límite o condicionamiento en cuanto a la edad biológica. Otras legislaciones provinciales como la neuquina, impuso como requisito tener entre 24 y 40 años de edad.

La evidencia científica que hace referencia el Comité Provincial de Biotecnología de la provincia del Neuquén en su proyecto de Investigación, preparado a solicitud de los legisladores neuquinos en oportunidad del tratamiento de la Ley de Fertilización, es lo que los llevo entre otros aportes, a establecer como requisito el rango etario mencionado mas arriba.

Capítulo III

Reproducción Humana Médicamente Asistida. Una incorporación legislativa esperada

Introducción

El deseo de muchas personas de formar una familia, de ser padres o simplemente procrear los ha impulsado a la búsqueda de distintos tipos de metodologías de reproducción para lograr el resultado esperado, un hijo. La legislación vigente les permite el acceso a tratamientos de reproducción médicamente asistida, con cobertura integral y obligatoria a cargo de las Obras Sociales o del Estado a través del sector público de salud, con la complejidad adecuada.

1. Antecedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo y Otros, marcó un precedente para los legisladores argentinos por cuanto el mismo declara a Costa Rica responsable internacionalmente por haber vulnerado el derecho a la vida privada y familiar entre otras, a partir de la prohibición general de practicar la fecundación in vitro. Asimismo el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho, como al goce de los beneficios del progreso científico y tecnológico, que han sido reconocidos internacionalmente.

(CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS (Fertilización in vitro) vs. Costa Rica , 2012)

1.1 Antecedentes del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario

Fallo “Ayuso Marcelo Roberto y Otros c/Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires”, Juzgado CAYT N° 6, 20/11/2007. Se ordena a la Obra Social a cubrir el tratamiento de Fertilización.

Fallo “Ayuso Marcelo Roberto y Otros c/Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires”, Sala 2 CAYT, 26/05/2008. Se confirma sentencia de primera instancia.

Fallo “Ayuso Marcelo Roberto y Otros c/Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires”, Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, 26/08/2009. Se hace lugar al recurso de inconstitucionalidad planteado por la Obra Social. Revoca la sentencia de cámara y por último devuelve los autos a la cámara de apelaciones para que se asigne otro magistrado de primera instancia y reconduzca el trámite de la demanda interpuesta I, por la vía ordinaria del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. (Buenos, 2013).

2. Legislación Nacional

En nuestro país, el 5 de junio de 2013 se sanciona la Ley N° 26862 de Fertilización Asistida, promulgada el 25 de junio del mismo año, la misma posibilita que muchas personas que no contaban con los recursos suficientes para acceder a tratamientos de fertilización ahora puedan lograrlo en virtud que la mentada Ley tienen por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida.

La Ley define en su artículo 2° como reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedando comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones. Establece que podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnicos científicos-científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación.

Establece que la autoridad de aplicación de la mentada Ley será el Ministerio de Salud de la Nación. Asimismo el artículo 4° dispone la creación en el ámbito del Ministerio de Salud de un registro único en el que deben inscribirse a todos aquellos establecimientos sanitarios habilitados para realizar procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida. Incluyendo además los establecimientos médicos donde funcionen bancos receptores de gametos y/o embriones.

Estipula que los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida sólo pueden realizarse en los establecimientos sanitarios habilitados que cumplan con los requisitos que determine la autoridad de aplicación. El Ministro de Salud de la

Nación, sin perjuicio de sus funciones como autoridad de aplicación deberá arbitrar las medidas necesarias para asegurar el derecho al acceso igualitario de todos los beneficiarios a las prácticas normadas por la ley; publicar la lista de centros de referencias públicos y privados habilitados, distribuidos en todo el territorio nacional con miras a facilitar el acceso de la población a las mismas; efectuar campañas de información a fin de promover los cuidados de la fertilidad en mujeres y varones y propiciar la formación y capacitación continua de recursos humanos especializados en los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida.

Asimismo la Ley dispone el derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida a toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la Ley N° 26529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, hayan explicitado su consentimiento informado, el cual es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer.

Prescribe además que, el sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las Leyes N° 23660 y 23661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean, incorporarán como prestaciones obligatorias y a brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la salud define como reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (T.R.A); y la inseminación intrauterina; intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación. Quedando incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO) estos procedimientos, así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad de aplicación, la cual no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el

estado civil de los destinatarios. También quedan comprendidos en la cobertura los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos, según la mejor tecnología disponible y habilitada a tal fin por la autoridad de aplicación, para aquellas personas, incluso menores de 18 años, que aun no queriendo llevar adelante la inmediata consecución de un embarazo, por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas puedan ver comprometidas su capacidad de procrear en el futuro.

Por último la precitada Ley establece que sus disposiciones son de orden público y de aplicación en todo el territorio de la República, e invita a las provincias y a la ciudad autónoma de Buenos Aires a sancionar, para el ámbito de sus exclusivas competencias, las normas correspondientes.

Podemos decir que la caracterización de orden público que le atribuye el legislador a la Ley N° 26862 se fundamenta en que el Estado busca hacer prevalecer el orden público a las cuestiones en los procedimientos y las técnicas de procreación médicamente asistida por sobre cualquier interés particular. De ahí que la norma que regula la fertilización humana asistida es imperativa, y no puede ser dejada de lado por la voluntad de las partes. *“En caso de colisión entre la norma jurisdiccional, se aplica el principio “pro homine”, que indica que en caso que versa sobre derechos humanos hay que emprender la búsqueda para hallar la fuente y la norma que provean la solución más favorable a la persona humana, a sus derechos y al sistema de derechos en sentido institucional...”* (cfr. Garay, Oscar Ernesto “cobertura, igualdad e inclusión en la ley de fertilización humana asistida”, Publicado en: LA LEY 01/07/2013, 1 LA LEY 2013-D, 742)”. (MOYANO MARIA ALEJANDRA C/I.S.S.N. S/ACCION DE AMPARO, 2016)

El Artículo 7º hace referencia a los beneficiarios de las Técnicas de Fertilización Asistida: “toda persona mayor de edad”, se entiende aquellas que hayan cumplido los 18 años en adelante. En este sentido la autora de “La Ley Nacional de Fertilización Asistida: algunos apuntes desde la bioética”, cree que esa limitante resulta un poco arbitraria toda vez que pueden darse situaciones de menores de edad, que sufran infertilidad, y que estén en una relación de pareja y deseen tener hijos. (Ciruzzi, 2013).

2.1 Reglamentación

Mediante Decreto Nacional 956/13 de fecha 19 de julio de 2013 – Boletín Oficial, de fecha 23 de julio de 2013, se aprueba la reglamentación de la Ley N° 26862 que como Anexo I forma parte del mismo. Expediente N° 1-2002-12.895/13-7 del Registro del Ministerio de Salud.

Anexo I: Reglamentación de la Ley N° 26862 – Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-Asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida.

Los considerandos del Decreto hace mención que prevalecen en la Ley, entre otros derechos concordantes y preexistentes reconocidos por nuestra Constitución Nacional y Tratados Internacionales de rango constitucional (conforme Artículo 75° inciso 22 de nuestra Carta Magna), los derechos de todas las personas a la paternidad/maternidad y a formar una familia, en íntima conexión con el derecho a la salud. Se resalta además que el derecho humano al acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, reconocido por la Ley N° 26862, se funda en los derechos a la dignidad, a la libertad y a la igualdad de toda persona humana (conforme la Constitución Nacional y los fundamentos y principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos).

El Artículo 6° del precitado Decreto estipula que el Ministerio de Salud a los fines de cumplir con lo establecido por el Artículo 6° de la Ley N° 26862, deberá: a) Coordinar con las autoridades sanitarias de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la creación de servicios de reproducción médicamente asistida de distintas complejidades, según necesidades y existencia previa de los mencionados servicios en establecimientos sanitarios públicos de cada jurisdicción o a nivel regional, que cumplan con los requisitos generales de habilitación categorizante del Programa Nacional de Garantía de la Calidad de la Asistencia Médica; b) Mantener en la página web del Ministerio de Salud y en el Sistema Integrado de información Sanitaria la lista actualizada de establecimientos sanitarios públicos y privados habilitados, distribuidos en todo el territorio nacional, para realizar procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida; c) Realizar campañas de información a fin de promover los cuidados de la fertilidad en mujeres y varones a través del Programa de Salud Sexual y Procreación Responsable, dependiente de la Dirección de Medicina Comunitaria en la

órbita de la Subsecretaría de Salud Comunitaria de la Secretaría de Promoción y Programas Sanitarios y d) Promover conjuntamente con el Ministerio de Educación, la actualización del capital humano en la materia, involucrando a las universidades formadoras en ciencias de la salud.

Establece también, la obligación de brindar cobertura, en los términos de la reglamentación y sus normas complementarias, a los Agentes del Sistema Nacional del Seguro de Salud enmarcados en la Leyes N° 23660 y N° 23661, las entidades de Medicina Prepaga (Ley N° 26682), el Instituto Nacional de Servicios para Jubilados y Pensionados (Ley N° 19032), 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° 24741), y todos aquellos agentes que brinden médico asistenciales independientemente de la forma jurídica que posean.

El sistema de salud cubrirá a todo argentino y a todo habitante que tenga residencia definitiva otorgada por autoridad competente, y que no posea otra cobertura de salud. En los términos que marca la Ley N° 26862, una persona podrá acceder a un máximo de cuatro (4) tratamientos anuales con técnicas de reproducción médicamente asistida de Baja Complejidad, y hasta tres (3) tratamientos de reproducción médicamente asistida con técnicas de Alta Complejidad, con intervalos mínimos de tres (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. A efectos de realizar las técnicas de mayor Complejidad deberán cumplirse como mínimo tres (3) intentos previos con técnicas de Baja Complejidad, salvo que causas médicas debidamente documentadas justifiquen la utilización directa de técnicas de mayor Complejidad.

Quedan incluidas en el Programa Médico Obligatorio (PMO), los procedimientos y técnicas de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo para la reproducción médicamente asistida reguladas en el artículo 8° de la Ley N° 26862. En caso que en la Técnica de reproducción médicamente asistida se requieran gametos o embriones donados, estos deberán provenir exclusivamente de los bancos de gametos o embriones debidamente inscriptos en el Registro Federal de Establecimientos de Salud (ReFES) de

la Dirección Nacional de Regulación Sanitaria y Calidad en servicios de Salud, dependiente del Ministerio de Salud.

La jurisprudencia sobre el particular refiere entre otros: fallo (G.C.F C/OMINT S.A. MEDICINA PREPAGA P/ACCION DE AMPARO , 2016) La ley 26862 constituye un instrumento del derecho de intentar ser padres o madre como parte de un proyecto de vida, más allá de cualquier sesgo o características que el mismo detente y en el marco delimitado por el pluralismo moral. En el Artículo 1º de la ley se define como una garantía que posibilita acceder de forma integral a los procedimientos y técnicas de reproducción humana asistida. Un acceso integral implica que se encuentra libre de obstáculos fácticos, económicos, normativos y de cualquier índole desproporcionada o discriminatoria. Tal como lo estableció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Artavia Murillo” (CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS (Fertilización in vitro) vs. Costa Rica , 2012) acceder a las técnicas de reproducción humana asistida forma parte del contenido iusfundamental protegido del derecho a la integridad personal, libertad personal y la vida privada y familiar y forma parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como en la de pareja. Por lo tanto el acceso integral a estos procedimientos y técnicas no configura una mera prerrogativa estatal que pueda ser o no desarrollado por el Estado, sino un derecho fundamental y humano que encuentra en el Estado y los demás particulares un claro sujeto pasivo al cual se le atribuyen deberes de atención y prestación. (GIL DOMINGUEZ, Andrés, “La Ley de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico Asistenciales de Reproducción Humana Asistida: sus proyecciones constitucionales y convencionales”.

1. Situación de las jurisdicciones provinciales con relación a la legislación nacional

De las veinticuatro provincias argentinas, diez de ellas han adherido a la Ley Nacional N° 26862 de Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, ellas son: Provincia del Chaco mediante Ley N° 7645 sancionada el 29 de julio de 2015 y promulgada en fecha 12 de agosto de 2015; Provincia de Chubut mediante Ley N° I-503, sancionada el 22 de agosto de 2013 y promulgada el 6 de septiembre de 2013; Provincia de Corrientes mediante Ley N° 6345 publicada en Boletín Oficial el 22 de abril de 2015; Provincia de

Entre Ríos mediante Ley N° 10301 sancionada el 6 de mayo de 2014; Provincia de La Pampa mediante Ley N° 2737 sancionada el 21 de octubre de 2013; Provincia de La Pampa mediante Ley N° 2737 sancionada el 21 de octubre de 2013; Provincia de La Rioja mediante Ley N° 9440 sancionada el 3 de octubre de 2013; Provincia de Misiones mediante Ley N° XVII-87 sancionada el 1 de octubre de 2015; Provincia de Neuquén mediante Ley N° 2954 sancionada el 13 de agosto de 2015 y promulgada el 4 de septiembre de 2015; Provincia de San Luis mediante Ley N° III-0868 sancionada el 20 de noviembre de 2013; Provincia de Santa Fe mediante Ley N° 13357 sancionada el 19 de septiembre de 2013 y promulgada el 29 de octubre de 2013.

Dable es destacar que la Provincia de Buenos Aires ya contaba con la Ley N° 14208 de Fertilización Asistida.

De las leyes precitadas más arriba, solo la Ley N° 2954 de la Provincia de Neuquén tiene entre los requisitos para el acceso a las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) tener entre veinticuatro (24) y cuarenta (40) años de edad, límite pasible de ser modificado por la autoridad de aplicación, de acuerdo con los avances técnicos avalados por autoridad competente -Artículo 9° inc. c).

4. Normativa de la provincia del Neuquén.

La Ley N° 2954 de la Provincia del Neuquén, sancionada en el 13 de agosto de 2015 y publicada en el Boletín Oficial el 11 de septiembre de 2015 – Edición N° 3486 Año XVC; garantiza el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, en concordancia con la Ley nacional y según las características del Sistema de Salud Provincial, en el marco del conocimiento médico-técnico, basado en evidencias científicas y del criterio de equidad y justicia social.

Si bien el plexo normativo provincial se dicta en concordancia con la Ley N° 26862, se advierten dos diferencias dignas de destacar: La primera en el Artículo 3° de la Ley provincial, la cual crea en el ámbito del Ministerio de Salud de la Provincia, la Comisión Provincial de Fertilización Médicamente Asistida, la cual está conformada por: a) Un (1) representante por cada una de las siguientes áreas del Ministerio de

Salud: Comité de Biotecnologías, Bioética, Fiscalización Sanitaria, Programa de Salud Sexual y Reproductiva, y la Jefatura de Servicio donde se realice el tratamiento en Salud Pública. b) Un (1) representante del Instituto de Seguridad Social del Neuquén (ISSN). c) Un (1) representante del Colegio Médico del Neuquén. d) Un (1) representante de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional del Comahue. e) Un (1) representante de la sociedad civil, que pertenezca a organizaciones relacionadas con la temática. Cada Institución debe contar con un (1) representante titular y un (1) suplente para asegurar la representatividad. Esta Comisión, sin perjuicio de las funciones de la autoridad de aplicación, es el organismo colegiado, permanente y consultivo, responsable de evaluar, definir, asesorar, capacitar, supervisar y llevar a cabo los procedimientos necesarios para el cumplimiento de la presente Ley. La Comisión no puede introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de quienes estén sujetos a las técnicas de reproducción médicamente asistida.

La segunda diferencia se advierte en el Artículo 9º inciso c), el cual establece que para la práctica de las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) se deben cumplimentar, entre otros requisitos, tener entre veinticuatro (24) y cuarenta (40) años de edad, límite pasible de ser modificado por la autoridad de aplicación de acuerdo con los avances técnicos avalados por autoridad competente.

La Carta Magna provincial, en su artículo 36 establece: “el estado garantiza el ejercicio de los derechos reproductivos sexuales, libres de coerción y violencia, como derechos humanos fundamentales. Diseña e implementa programas que promueven la procreación responsable respetando las decisiones libres y autónomas de hombres y mujeres, relativas a su edad reproductiva y sexual, especialmente a decidir responsablemente sobre la procreación, el número de hijos y el intervalo entre sus nacimientos. Promueve la atención sanitaria especializada en salud reproductiva y sexual, tendiente a brindar adecuada asistencia sobre el acceso a la anticoncepción, control del embarazo y prevención de enfermedades de transmisión sexual. Asegura el derecho a la información sobre los derechos reproductivos y diseña acciones para prevenir el embarazo adolescente”.

Walter D. PELLE, Abogado, UNMdP. Especialista en Bioética, UNMdP. Especialista en Docencia Universitaria, UNMdP. Máster en derecho ambiental, Universidad de los Países Vascos. Docente de Derecho Civil I y derecho Romano. Investigador de la UNMdP. Autor de numerosos trabajos en su especialidad. En su trabajo “La Ley 26862 y su reglamentación: reflexiones críticas de cara al futuro”, expone:

“Que la creciente demanda social de tratamientos de reproducción médicamente asistida, va en ascenso y las causales del mismo son varias, entre ellas pueden mencionarse la mayor infraestructura asistencial, la cada vez mayor información que circula en la sociedad al respecto de estas técnicas y la creciente recepción judicial de los reclamos demandados (sobre todo mediante acciones de amparo). Todo ello enmarcado en una tendencia social de planificación familiar que suele reñir con la naturaleza biológica humana.

En efecto, al menos en parte de la sociedad, la creciente igualdad entre los sexos genera que las parejas decidan tener su primer hijo con mayor edad que hace algunas décadas. Las mujeres tienen mayor inserción en la educación y en el trabajo y legítimamente buscan desarrollarse plenamente en dichos aspectos antes de tener hijos. Subraya la tendencia desde el punto de vista femenino, porque biológicamente es en la mujer en la que el paso del tiempo impacta más negativamente respecto de la posibilidad de tener hijos. Mientras que a los 25 años de edad la fertilidad femenina es óptima, disminuye claramente diez años después, y aún mucho más desde los 40 años (Pelle, 2014). No es casual que –en el mundo- más de 20% del millón de los ciclos de fertilización in vitro (FIV) que se efectivizan anualmente sean realizados por mujeres mayores de 40 años de edad, en quienes las tasas de éxito (cuando se utilizan óvulos propios) es inferior al 20% (Pelle, 2014).

El derecho a la salud, constituye un principio establecido en la Constitución Nacional con la incorporación de los Pactos de Derechos Humanos (art. 75 inc. 22), protege el derecho a contraer matrimonio y formar una familia.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que: "...el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, y que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes que protegen el derecho a la salud, que no es un derecho teórico sino que debe ser examinado en estrecho contacto con los problemas que emergen de la realidad social, penetra inevitablemente tanto en las relaciones privadas como en las semi-públicas (cfr. Fallos, 324:754, del voto de los Dres. Fayt y Belluscio). (MOYANO MARIA ALEJANDRA C/I.S.S.N. S/ACCION DE AMPARO, SENDEF, 89924/2016, 2016).

Conclusiones parciales.

En virtud de la controversia que genera el Artículo 9º, inciso c) de la Ley Provincial 2954 con respecto a la Ley 26862, en lo que atañe al límite de edad para el acceso a las Técnicas de Reproducción Médicamente Asistida (límite entre 24 a 40 años de edad); provoca que las personas que deseen acceder a dichos tratamientos fuera del rango etario, prima facie, vean lesionados sus derechos constitucionales a la salud y a la formación de una familia, los que son avalados por diversos Tratados Internacionales; de modo que a fin de tutelarlos interponen Recursos de Amparo. Como se expusiera al inicio del presente capítulo y tal lo ha dicho la jurisprudencia local, en caso de colisión entre la norma jurisdiccional, se aplica el principio "pro homine", que indica que en caso que versa sobre derechos humanos hay que emprender la búsqueda para hallar la fuente y la norma que provean la solución más favorable a la persona humana, a sus derechos y al sistema de derechos en sentido institucional..." (MOYANO MARIA ALEJANDRA C/I.S.S.N. S/ACCION DE AMPARO, 2016).

Así la justicia neuquina, ha generado jurisprudencia en la materia en fallos de Inconstitucionalidad en relación al límite de edad establecido.

Hasta aquí lo expuesto, la alternativa para no generar colisiones entre las normativas vigentes de orden nacional y provincial, respecto al acceso a las técnicas de fertilización asistida, sería establecer un rango etario más amplio con respecto a lo que la Ley provincial permite y en el mismo sentido una regulación en el marco normativo nacional de modo de compatibilizar dichas normas.

Capítulo IV

Problemática Actual

Introducción

En el presente capítulo desarrollaremos la problemática actual que generó una serie de planteos legales y de inconstitucionalidad respecto de la limitación etaria planteada por la normativa local, y en virtud de ello, distintas posiciones jurisprudenciales con basamentos científicos y jurídicos entre otros, relativo a la procedencia o no de sostener dicho criterio.

1. Análisis jurisprudencial

Como ya se expusiera en capítulos anteriores la legislación Nacional de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-Asistenciales de Reproducción Medicamente Asistida, dispone que el sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23660 y 23661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean, incorporarán como prestaciones obligatorias y a brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la salud define como reproducción médicamente asistida.

En conformidad con la precitada Ley, la legislación provincial en la materia, Ley N° 2954, establece en su Artículo 11° que "...El sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23660 y 23661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, comprendidas en el artículo 8° de la Ley nacional 26862; la obra social provincial (ISSN), como también todos aquellos agentes que brinden servicios médico-

asistenciales a sus afiliados, en todo el territorio provincial, independientemente de la figura jurídica que posean...”. Ello permite que toda persona mayor de edad que explice su consentimiento informado, tenga acceso a los Procedimientos y Técnicas de Reproducción médicamente asistida, y que, el propio Estado y las Obras sociales involucradas deban brindar tal cobertura.

En caso de negativa de cobertura de los tratamientos de reproducción asistida por parte del Sistema Público de Salud o de las Obras Sociales, por no cumplir el requisito establecido en relación al rango etario fijado por la Ley 2954; da lugar a quienes sientan vulnerados sus derechos, para acceder a las prácticas de fertilización asistida, a interponer Recursos de Amparos por ante la justicia ordinaria competente.

Por caso, el interpuesto por ante el Juzgado Civil N° 6, en autos caratulados RAMIREZ ROSANA DEL VALLE C/ISSN S/ACCION DE AMPARO, en la que se plantea que la Ley N° 26862, no establece limite etario para acceder a los procedimientos de fertilización asistida; por lo tanto ni la Ley 2954 de la provincia, ni la Resolución N° 545/16 emanada de la obra social provincial, Instituto de Seguridad Social del Neuquén (ISSN) pueden poner un límite, allí donde la norma de mayor rango no lo impone. Plantea la inconstitucionalidad del Artículo 9° inciso c) de la Ley referida y el Artículo 3° inciso 3 de la Resolución mencionada.

Se destaca del fallo, lo siguiente:

“...En el antecedente citado, y confirmado la Resolución de primera instancia que declara la inconstitucionalidad las normas cuestionadas por la actora, la cámara de apelaciones señaló, ...4.2. Y esto se concatena con la razonabilidad del contenido cuestionado: es que la formulación efectuada, al establecer que debe tenerse entre 24 y 40 años para tener acceso a las prácticas asistenciales, en un mecanismo que no prevé una posible cláusula de apertura, presentaría reparos en términos de razonabilidad constitucional. ...Desde esta perspectiva, también debe sopesarse la finalidad de la Ley, el derecho de las mujeres a su realización plena en la realidad social actual y en este contexto abordar la maternidad.”. (RAMIREZ ROSANA DEL VALLE C/I.S.S.N S/ACCION DE AMPARO , 2016)

Asimismo en el fallo antes descripto el Juzgado hizo lugar a la petición planteada por la actora, en principio declarando la inconstitucionalidad de Artículo 3° inciso 3 de la Resolución N° 454/16 del Instituto de Seguridad Social del Neuquén, y del artículo 9° inciso c) de la Ley 2954, en cuanto establece un límite de edad para el acceso al tratamiento de fertilización medicamente asistida, condenando en consecuencia a la Obra Social a brindar la cobertura peticionada.

En el mismo sentido el Fallo “FRESCO SILVINA BEATRIZ Y OTRO C/I.S.S.N.S/ACCION DE AMPARO”, SENDEF, 105049/2017. 10 de marzo de 2017. En sus considerandos entre otras cuestiones plantea: “(...) cabe señalar en este aspecto que los avances científicos en la materia, han flexibilizado los límites de edad en que la mujer puede concebir y que claramente se encontrarían en contradicción con la limitación que se le intenta imponer a la amparista. Por ello a la luz de la normativa nacional y provincial citada, considero que la Resolución 454/16 dictada por el ISSN, es inconstitucional en cuanto establece un límite de edad a los fines del tratamiento de fertilización asistida (...)”.

Ahora bien podemos advertir que los fundamentos de este fallo y fallos similares como (MOYANO MARIA ALEJANDRA C/I.S.S.N. S/ACCION DE AMPARO, 2016), prima facie argumentan sobre las connotaciones sociales, espirituales psíquicas y morales del contenido de la Ley N° 26862, relacionadas con la procreación y conformación de la familia, en el último fallo referido en el segundo párrafo de la página 9 dice: “(...) por último, también cabe señalar en este aspecto que los avances científicos en la materia, han flexibilizados los límites de edad en que la mujer puede concebir y que claramente se encontrarían en contradicción con la limitación que se intenta imponer a la amparista (...)” (MOYANO MARIA ALEJANDRA C/I.S.S.N. S/ACCION DE AMPARO, 2016).

Por lo demás en oportunidad de ser tratado en Apelación en Sala I integrada por los Dres. Cecilia Pamphile y Jorge Pascuarelli, en su voto la primera refiere: Los legisladores provinciales, al momento de crear dicho artículo, han tenido en consideración distintos fundamentos médicos, considerando así lo plasmado en la Ley Provincial. Y esto es indudablemente el punto de discusión, se puede advertir que como mencionamos anteriormente se tiene presente primordialmente los factores de eminente rasgo social y en todo caso se profundiza menos las cuestiones médico científicas, por

lo que el debate continuará máxime teniendo presente los avances tecnológicos-científicos y con ello el mejoramiento de la calidad de vida de la población.

Otro fallo a destacar es el del Juez de primera instancia y 10° Nominación en lo Civil y Comercial de Córdoba, Dr. Garzón, quién ordeno a la Administración Provincial de Seguro de Salud (APROSS) a cubrir el 100% del tratamiento de fertilización in vitro con donación de óvulos, hasta poder tener un hijo. Toda vez que en la reglamentación de la Ley provincial N° 9695 es restrictiva respecto a la Ley N° 26862, fijando un límite de 41 años de edad para la mujer y no prevé la cobertura de tratamiento con material humana asistida (26862) es imperativa.

2. Tratamiento legislativo provincia de Neuquén

A la hora del tratamiento en particular del proyecto de Ley de Fertilización Asistida, el Diputado Russo (MPN) expresa entre otras cosas que: A partir de este momento todas las mujeres que padecen de infertilidad tendrán acceso a un tratamiento en las mejores condiciones posibles que la provincia pueda brindar. En el año 2013 el senado y la cámara de diputados de la Nación sancionan la Ley 26862 de reproducción medicamente asistida, es una ley de orden público y pide que las provincias acompañen con sanciones de sus propias normativas. En el caso del proyecto provincial crea una comisión provincial de reproducción humana, integrada por las áreas de salud provincial, la obra social provincial, del subsector privado, de la universidad y un representante de la comunidad e invitar a las ONG. Esto es novedoso por cuanto en la ley nacional no existe, las funciones de dicha comisión son hacer operativo, velar por el cumplimiento de la ley con criterios bioéticos, además define las coberturas integral, el diagnóstico, los medicamentos, las terapias de apoyo, la guarda de gametos de los tejidos reproductivos, y describe las técnicas contempladas y los requisitos para su utilización. Se ha adoptado un concepto de lo que se llama medicina basada en la evidencia, concepto sanitario muy importante que significa la efectividad, la eficiencia y la seguridad de los procedimientos, tienen que tener razonabilidad, validez científica.

Por su parte el PNUD en el Programa ARG/06/009, destinado a equipamiento médico en la red de servicios de la provincia del Neuquén dice respecto a los límites en el número de ciclos y en la edad de los pacientes lo siguiente: La guía de fertilidad de

Neuquén recomienda iniciar los estudios por fertilidad a partir de los 23 años (no antes) y hasta los 39 años de edad. Esta recomendación se fundamenta en las evidencias científicas publicadas sobre la eficacia y costo-efectividad de las intervenciones dentro de este rango etario. Otros países como el Reino Unido establecen un límite de edad a partir del cual ya no cubren tratamientos de fertilización médicamente asistida.

Datos provenientes del Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida (Fernando Zegers-Hochschild Mayo 2013), el cual cuenta con información actualizada de 114.279 casos provenientes de 16 países desde 1990 hasta la fecha (de los cuales unos 23.000 corresponden a nuestro país). A continuación se describe un gráfico (Fuente: Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida) en el que se observa que la tasa de parto por embriones es cercana al 30% en las más jóvenes, pero comienza a declinar a medida que aumenta la edad. A los 35 años ocurre un cambio drástico en la pendiente de la curva con una caída muy acentuada de ahí en adelante. Estos datos que se repiten en bibliografías de otras regiones explican por qué otros sistemas de salud, como el Sistema de Salud del Reino Unido cubren los tratamientos hasta un límite de edad, que a entender de la Comisión debería aclararse en la reglamentación de la Ley de la provincia del Neuquén (Santiago Hasdeu, 2013).

Continuando en este orden de ideas, la comisión expresa: La capacidad de tener hijos no debe depender de los ingresos personales. Para muchas parejas, el coste de los tratamientos avanzados es elevado. El coste de un ciclo normal de FIV oscila entre el 12% de los ingresos anuales del individuo (Japón) hasta el 50% (EE UU). En los países desarrollados como China, el coste puede ser un 50% mayor que el ingreso nacional bruto por habitante. El grado más elevado de utilización y reembolso del TRA se encuentra en los países escandinavos y corresponde a menos del 0,2% del gasto sanitario total.

Los intentos de aumentar las probabilidades de embarazo transfiriendo más embriones dan lugar a nacimientos múltiples, que generan riesgos de salud para las madres y los niños y que se trasladan en unos costes sanitarios más elevados.

La Comisión recomendó para la reglamentación de la ley, fundamentalmente: límite en la edad de los pacientes y en el número de embriones a ser transferidos, criopreservación y destino de los embriones no utilizados, subrogancia y donación.

Asimismo expresa que deben analizarse particularmente los siguientes casos: Mujeres que fueron sometidas a ligaduras de trompas y luego quieren tener hijos; personas que requieran criopreservación de gametos antes de ser sometidos a tratamientos quirúrgicos, quimioterápicos o radioterápicos; fertilización en parejas HIV serodiscordantes y fertilización en pacientes con enfermedades genéticas

En el transcurso final del desarrollo del presente trabajo, el Ministerio de Salud de la Nación mediante Resolución 1044/2018 limitó la edad de las mujeres para los tratamientos de reproducción médicamente asistida con óvulos propios hasta los 44 años de edad al momento de acceder a dicho tratamiento y para tratamientos de reproducción asistida con óvulos donados hasta los 51 años al momento de acceder a dichos tratamientos.

Se destaca en los considerandos de la mencionada normativa, el informe producido por el Registro Argentino de Reproducción Asistida (RAFA) para el año 2015, de la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva (SaMeeR), que para las mujeres que han acudido a TRHA después de los 44 años, la tasa de embarazo es de 5,6%, por lo que la tasa de nacidos por TRHA después de los 44 años es de 2,8%.

Así también las estadísticas brindadas por la Sociedad para la Tecnología en reproducción Asistida (Society for Assisted Reproductive Technology – SART) de Estados Unidos de América, mediante su informe nacional 2014, demuestran que por ciclo de recuperación de ovocitos propios, la tasa de embarazo de un bebé para aquellas personas con hasta 42 años de edad resulta de 3,7%.

La tasa de embarazo publicada por la SART, para mujeres de hasta 42 años de edad, contrastada con aquella correspondiente a mujeres con hasta 35 años de edad, demuestran una creciente disminución de éxito en los THRA a medida que avanza la edad de la mujer; disminuyendo en proporciones mayores para mujeres entre 41 y 42

años y caer drásticamente a partir de los 42 años cumplidos al momento de iniciarse el ciclo del TRAH.

La Agencia de Biomedicina de Francia (Agence de Biomédecine) se expidió en un estudio del año 2017, brindando datos fundamentales con relación a la edad de la procreación tanto para la mujer como para el hombre, informa que la edad óptima para la ovodonación, o para el embarazo a partir de ovocitos criopreservados antes de los 44 años, es de 51 años. Asimismo ha podido determinar que comparadas las mujeres de 20 a 29 años con las mujeres de 44 a 51 años, las últimas tienen un riesgo de deceso multiplicado por 7,9. Además señala que el riesgo de pre-eclampsia está clásicamente aumentado en caso de hipertensión arterial pre-existente al embarazo pero aparece duplicada y triplicada para la madre primeriza de 40 años y más. Aumenta el riesgo de diabetes gestacional con la edad; los riesgos relativos a los fetos y neonatos también aumentan en embarazos tardíos, el más conocido es la trisomía 21 (síndrome de Down) que aumenta con la edad.

Para las mujeres de más de 45 años se multiplican los riesgos de patologías cardíacas por 6 aproximadamente, pulmonares, de trombosis, renales e infecciosas.

Se desprende así, que existen riesgos maternos y neonatales trascendentales en vinculación con la edad de embarazo de la mujer, resultando la edad un determinante relevante de la morbi-mortalidad materna.

Se resalta que la evidencia científica y empírica nacional e internacional relativa a la tasa de éxito demostrada por los tratamientos de reproducción humana asistida (TRHA) realizados en determinados momentos de la mujer, y a este respecto, la tasa de éxito reflejada en las tasas de embarazo de dichas mujeres, según la procedencia de los ovocitos utilizados en las técnicas revela la necesidad de establecer pautas a seguir para dichos tratamientos.

Por todo lo precedentemente expuesto y lo descrito en capítulos anteriores del presente trabajo, podemos advertir que los procesos biológicos naturales de la raza humana y las especies terrestres determinan el envejecimiento como factor irreversible y de pérdida de algunas funciones de los seres vivientes, a los que la raza humana no

escapa, entre ellas la capacidad de procreación; sumado a ello las enfermedades de la modernidad de consumos problemáticos (droga, alcohol, tabaco) con más el estrés. Ello nos lleva a reflexionar que inevitablemente más tarde o más temprano se debía dar el debate sobre la población objetiva en relación a su edad para acceder a las técnicas de reproducción humana asistida, cuestión ésta que en la normativa provincial ya se encontraba planteada.

Conclusión Final

El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo y Otros (Fertilización in vitro) vs. Costa Rica, 2012.*, indudablemente marcó un precedente para los legisladores argentinos, que se ve reflejado en la Ley de Reproducción Medicamente Asistida, sancionada por el Honorable Congreso de la Nación Argentina el 5 de junio del año 2013 y registrada bajo el número 26862, propone una mayor inclusión en el ámbito de la salud reproductiva medicamente asistida, como así también en el ámbito social permitiendo a todas las personas, sobre todo a aquellas que no contaban con recursos económicos suficientes para hacerlo, a acceder a los tratamientos de fertilización, a través de la salud pública, obras sociales o medicina prepaga quienes tienen la obligación de brindar el servicio en forma integral.

En especial atención a la sanción de dicha Ley, un grupo de provincias argentinas entre las que encontramos a: Chaco, Chubut, Corrientes, Entre Ríos, La Pampa, La Rioja, Misiones, Neuquén, San Luis y Santa Fe, han adherido a la Ley Nacional de Reproducción Médicamente Asistida y otras como la provincia de Buenos Aires ya contaba con la Ley N° 14208 de Fertilización Asistida.

Si bien la Ley 2954 de la provincia del Neuquén se dicta en concordancia con la Ley N° 26862, se advierten dos diferencias dignas de destacar: La primera es que crea en el ámbito del Ministerio de Salud de la Provincia, la Comisión Provincial de Fertilización Médicamente Asistida (Artículo 3°), esta Comisión, sin perjuicio de las funciones de la autoridad de aplicación, es el organismo colegiado, permanente y consultivo, responsable de evaluar, definir, asesorar, capacitar, supervisar y llevar a cabo los procedimientos necesarios para el cumplimiento de la Ley. Haciendo la

salvedad que no puede introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de quienes estén sujetos a las técnicas de reproducción médicamente asistida. La segunda diferencia se advierte en el Artículo 9º inciso c), el cual establece que para la práctica de las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) se deben cumplimentar, entre otros requisitos, tener entre veinticuatro (24) y cuarenta (40) años de edad, límite pasible de ser modificado por la autoridad de aplicación de acuerdo con los avances técnicos avalados por autoridad competente.

Esta situación ha provocado que numerosas personas en el ámbito de la provincia del Neuquén no puedan acceder a las Técnicas de Reproducción Médicamente Asistida y en consecuencia hayan tenido que recurrir, en oportunidad de la negación por parte de las Obras Sociales u Organismos Públicos por no estar comprendida dentro del rango etario establecido por la Ley 2954, a la instancia judicial a fin de acceder a la prestación del servicio en forma integral y efectiva.

Fallos relevantes como los que se mencionan en el Capítulo IV del presente trabajo en los que se declara la inconstitucionalidad de la normativa local, son una clara muestra que se debe trabajar en una reglamentación que tenga presente las características de la normativa nacional pero que a su vez contemple las particularidades de la provincial, principalmente lo relacionado con el rango etario de las personas humanas que puedan acceder a estas prácticas, sin perder de vista los riesgos asociados que conlleva dicha práctica para la salud y la integridad física en las mujeres añosas (terminología médica).

Del aporte de diferentes autores y bibliografía en la materia se puede colegir que la probabilidad de éxito de embarazos con las técnicas de reproducción humana asistida va a depender predominantemente de la afección de que se trate, la edad de la mujer y la patología reproductiva tanto femenina como masculina, entre otros. Distintos autores coinciden que los factores de riesgos de los embarazos de mujeres añosas (más de 35 años) van a ser aquellos propios de la edad de la mujer, es decir, mayor riesgo de pérdida gestacional, prematuridad que pueden generar consecuencias graves en los recién nacidos, amenazas de aborto, metrorragia del primer trimestre, patologías gestacionales (diabetes o estados hipertensivos del embarazo), bajo peso del recién nacido y morbimortalidad materna y fetal.

La evidencia científica y empírica nacional e internacional relativa a la tasa de éxito demostrada por los tratamientos de reproducción humana asistida (TRHA) realizados en determinados momentos de la mujer, y a este respecto, la tasa de éxito reflejada en las tasas de embarazo de dichas mujeres, según la procedencia de los ovocitos utilizados en las técnicas, revela la necesidad de establecer pautas a seguir para dichos tratamientos.

Al inicio de este TFG no existía una normativa en el orden nacional que limitara la edad de las mujeres para acceder a tratamientos de reproducción médicamente asistida, pero el 1º de junio de 2018 el Ministerio de Salud de la Nación, emite la Resolución N° 1044/18 que complementa la reglamentación de la Ley 26682 y normas concordantes, colocando dicha norma en sintonía con la posición que se plantea en este TFG, dado que establece un límite de edad para la mujer, según el caso de TRHA de que se trate. Por último no se puede perder de vista que mucho se avanzó con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación para esta temática, pero que a la luz del desarrollo científico, jurisprudencial y doctrinario de un tema tan sensible desde lo social, jurídico y político, como lo son las técnicas de reproducción humana asistida, que afectan indudablemente las relaciones de familia e impactan en el tejido social y jurídico de las personas. Ello denota con claridad meridiana que nos queda un importante y sustancioso camino por recorrer no solo en el marco de los derechos humanos, sino también para el caso particular en el derecho de familia.

Es indudable que desde la reforma constitucional de 1994, la posterior reforma del Código Civil de la Nación, el impacto tecnológico y científico han planteado serios cambios de paradigmas en los plexos normativos que regulan las relaciones jurídicas, de modo tal que comprometen a los actores sociales, entre ellos los operadores del derecho, en el camino de seguir avanzando y trabajando en pos de la construcción de una sociedad más igualitaria, equitativa e inclusiva.-

Listado de Bibliografía

1. Doctrina

- Buenos, aDA .Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad autónoma de Buenos Aires. Se aprobó la Ley de Fertilización Asistida, (2013).
- Ciruzzi, María S. La Ley Nacional de Fertilización Asistida: algunos apuntes desde la bioética, (2013).
- (J. A. Vanrell Díaz y M. Creus Ferré - Cap. 71, 2013)
- (Natalia Bermejo Rubio, Licenciada en Medicina por la Universidad de Alcalá de He (Buenos, 2013)nares (2015). Webconsultas Revista de salud y bienestar. Recuperado el 26 de noviembre de 2017: <http://www.webconsultas.com/embarazo/quedarse-embarazada/esterilidad-e-infertilidad-829>).
- National Collaborating Centre for Women’s and Children’s Health commissioned by the National Institute for Health and Clinical Excellence. “Fertility: assessment and treatment for people with fertility problems”. Febe. 2013. Disponible en <http://guidance.nece.org.uk/CG156/NECEGuidance/pdf/English>
- (Sociedad Española de Fertilidad. (2011). Saber más sobre Fertilidad y Reproducción Asistida. Recuperado el 26 de Noviembre de 2017: www.sefertilidad.net/docs/pacientes/spr_sef_fertilidad.pdf)
_(Fertilidad, 2012)
- Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia – 2da edición tomo I – Luis Cabrero Roura -2013, Editorial Médica Panamericana, S.A. Madrid.
- Pelle, Walter D. La Ley 26.862 y su reglamentación: reflexiones críticas de cara al futuro, (2014).
- Puccinelli, Oscar R. Avances legislativos y jurisprudenciales en la argentina respecto de la cobertura de los tratamientos de fertilización asistida (2012).
- (Villalobos Castro, Alejandro 2012 – Publicaciones Centro de Especialidades Ginecológicas y Obstétricas – Infomédica Costa Rica. Recuperado el 20 de

noviembre de 2017. <http://infertilidadcr.com/publicaciones/infertilidad-publi.html>).

2. Legislación

- Código Civil y Comercial de la Nación
- Ley 26862 de Reproducción Médicamente Asistida
- Ley 26529 de Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de Salud.
- Ley N° 14208 Provincia de Buenos Aires
- Ley N° 7645 Provincia del Chaco
- Ley N° I-503 Provincia de Chubut mediante
- Ley N° 6345 Provincia de Corriente
- Ley N° 10301 Provincia de Entre Ríos
- Ley N° 2737 Provincia de La Pampa
- Ley N° 9440 Provincia de La Rioja
- Ley N° XVII-87 Provincia de Misiones
- Ley 2954 Provincia de Neuquén
- Ley N° III-0868 Provincia de San Luis
- Ley N° 13357 Provincia de Santa Fe
- Decreto N° 956/2013 de la Ley Nacional N° 26.862
- Resolución N° 1044/2018 –Ministerio de Salud de la Nación

3. Jurisprudencia

- (CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS (Fertilización in vitro) vs. Costa Rica , 2012).
- Juzgado CAYT N° 6, 20/11/2007, “Ayuso Marcelo Roberto y Otros c/Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires”.
- Sala 2 CAYT, 26/05/2008. “Ayuso Marcelo Roberto y Otros c/Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires”,
- Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, 26/08/2009. “Ayuso Marcelo Roberto y Otros c/Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires”,

- Juzgado Civil, Comercial y de Minería N° 6, de la ciudad de Neuquén, Autos “FRESCO SILVINA BEATRIZ Y OTRO C/I.S.S.N.S/ACCION DE AMPARO”, SENDEF, 105049/2017. 10 de marzo de 2017.
- Cámara Civil de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de Mendoza. Sala/Juzgado: Cuarta, 3 de mayo de 2016, (G.C.F C/OMINT S.A. MEDICINA PREPAGA P/ACCION DE AMPARO , 2016). MJ-JU-M-98147-AR.
- Juzgado Civil, Comercial y de Minería N° 1, de la ciudad de Neuquén, Autos (MOYANO MARIA ALEJANDRA C/I.S.S.N. S/ACCION DE AMPARO, 2016).Exp. N° 513215/16, año 2016
- Juzgado Civil, Comercial y de Minería N° 6, de la ciudad de Neuquén, Autos (RAMIREZ ROSANA DEL VALLE C/I.S.S.N S/ACCION DE AMPARO , 2016). Expte. N° 514287/2016.