

**COBERTURA  
INTEGRAL DE LAS  
TÉCNICAS  
DE REPRODUCCIÓN  
HUMANAS  
ASISTIDAS: LEY VS.  
REALIDAD**



**Institución:** Universidad  
Nacional de Río Negro

**Carrera:** Abogacía

**Alumno:** Grees Mariano

**Tutora:** Dra. Fredes Paula

**Año:** 2018

## ÍNDICE GENERAL

<b>I.</b> Introducción.....	1
<b>II.</b> Metodología del trabajo.....	3
<b>III.</b> Sistema de Salud en Argentina.....	4
<b>IV.</b> Debate Parlamentario de la Ley 26.862: “Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida”.....	6
<b>V.</b> Derechos protegidos por la Ley.....	11
<b>VI.</b> Incorporación de la voluntad procreacional en el Código Civil y Comercial.....	17
<b>VII.</b> La cobertura íntegra de las TRHA en la Ley 26.862 y su Decreto Reglamentario.....	20
<b>VIII.</b> Decreto Reglamentario 956/2013.....	24
<b>IX.</b> Jurisprudencia.....	27
<b>X.</b> Un límite reciente al acceso a las TRHA.....	44
<b>XI.</b> Conclusión.....	46
<b>XII.</b> Bibliografía.....	48

## I. INTRODUCCIÓN:

La evolución de la sociedad nos coloca frente a distintas realidades, que nos demuestran constantemente que muchas veces la situación fáctica y real, supera el ámbito de la regulación legal. Frente a esto, sumado a los avances tecnológicos y médicos, nos encontramos actualmente inmersos en una dimensión impensada tiempo atrás. Dentro de ella, dos personas humanas pueden engendrar un niño sin tener ningún acercamiento de tipo sexual. Esto se debe a las Técnicas de Reproducción Humanas Asistidas (en adelante TRHA) que se definen como aquellos “procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo”<sup>1</sup>. Ello se entronca -sin lugar a dudas-, con el derecho a formar una familia que se encuentra consagrado no sólo en una gran cantidad de Tratados Internacionales<sup>2</sup>, sino también en nuestra Constitución Nacional<sup>3</sup> y en la Constitución de la provincia de Río Negro<sup>4</sup>. De estas normas constitucionales e internacionales surge que la familia es la unidad fundamental y natural de la sociedad y requiere *la protección total* del Estado. De allí que el derecho debe cobijar a todos por igual sin importar el modelo de familia que se tenga o se escoja.

Si bien, todas las personas tienen los mismos derechos, hace no mucho tiempo atrás la realidad nos demostraba que sólo quienes contaban con recursos podían acceder a la medicina reproductiva para concretar el deseo de ser padres/madres, pero había una gran cantidad de personas que no podían acceder debido al elevado costo que demandaban los tratamientos y, por ende, quedaban fuera de su proyecto.

Sin embargo, el panorama actualmente no es el mismo. Luego de muchísimos años, en Argentina, esa desigualdad se ve superada por la Ley Nacional 26.862 de Reproducción Humana Médicamente Asistida al obligar al sistema

---

<sup>1</sup> Art. 2º de la Ley 26.862 “Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida”.

<sup>2</sup> Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Pacto de San José de Costa Rica, Convención Americana de Derechos Humanos, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, entre otros.

<sup>3</sup> Art. 14 bis de la Constitución Nacional: “El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: [...] la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna”.

<sup>4</sup> Art. 31 de la Constitución de Río Negro: “El Estado protege a la familia, como célula base de la sociedad, establecida, organizada y proyectada a través del afecto, facilitando su constitución y el logro de sus fines culturales, sociales y económicos...”

de salud argentino a brindar la cobertura integral de las TRHA, asegurando y garantizando el ejercicio pleno

de acceder a las mismas, sin discriminación alguna, independientemente de la orientación sexual o recursos de quienes a ellas se sometan.

Ahora bien, el problema surge cuando el sistema de salud no cumple con dicha cobertura integral, lo que lleva a preguntarme: ¿qué ocurre con el derecho a ser padres/madres? ¿Interviene la justicia para dar una solución? De ser así, ¿qué solución brinda?

## **II. METODOLOGÍA DE TRABAJO:**

Para abordar el tema, analizaré la Ley 26.862 (“Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida”) desde su debate parlamentario hasta su sanción. Luego, me centraré en el Art. 8 de la Ley 26.862 e intentaré responder a las anteriores preguntas analizando si el sistema de salud argentino cumple con la cobertura integral de las TRHA, examinando jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, más precisamente, las sentencias de los fallos por recursos de amparo que por vía originaria o de apelación le haya tocado resolver al máximo tribunal provincial.

### III. SISTEMA DE SALUD EN ARGENTINA

Para comenzar el desarrollo referido al sistema de salud actualmente existente en nuestro país, comenzaré explicando qué se considera como sistema de salud a nivel internacional. Según la Organización Mundial de la Salud, “un sistema de salud engloba a todas las organizaciones, instituciones y recursos cuyo principal objetivo es llevar a cabo actividades encaminadas a mejorar la salud”<sup>5</sup>.

La doctrina –por su parte- define al sistema de salud “como el conjunto de mecanismos sociales cuya función es la transformación de recursos generalizados en productos especializados en forma de servicios sanitarios de la sociedad” (Silvia Eugenia Fernández, 2015, p. 2206). Pablo Rosales (2015)<sup>6</sup> explica que en Argentina, el sistema de salud:

“A grandes rasgos consta de tres subsistemas bien definidos: el público, el de obras sociales y el sector privado, que coexisten y que a su vez tiene su réplica a nivel provincial:

-Sector público: Está representado por el Estado nacional y provincial, quien se ocupa de brindar asistencia a aquellos individuos que no tiene cobertura del mercado privado, es decir, a quienes pertenecen a los grupos sociales más carenciados y vulnerables y sin cobertura social. Se financia con recursos fiscales (presupuesto sobre todo) que pueden provenir de las finanzas generales o bien de impuestos con afectación específica a esta finalidad.

-Subsector seguridad social: Su organización se descentraliza en entidades intermedias no gubernamentales, pero con alta regulación por parte del Estado. La financiación se efectúa a través de aportes de los trabajadores y contribuciones de los empleadores, recursos que tienen el carácter de obligatorios ya que son establecidos por la ley. Por definición, sólo cubre a los aportantes al sistema y su grupo familiar.

-Sector privado: La prestación de servicios de salud se realiza a través de financiadores o agentes privados en el mercado, generalmente a través de empresas de medicinas prepagas, mutuales o sistemas de coberturas parciales

---

<sup>5</sup> Página oficial de la Organización Mundial de la Salud. Link: [http://www.who.int/topics/health\\_systems/es/](http://www.who.int/topics/health_systems/es/)

<sup>6</sup> Rosales Pablo (2015), “Obras Sociales, empresas de medicina prepaga y responsabilidad estatal. Obligaciones para la satisfacción de derechos fundamentales de niños y adolescentes” En Silvia Eugenia Fernández (Ed.) *Tratado de Derecho de Niños, Niñas, Adolescentes* Tomo II, pp. 2205/2223. Abeledo Perrot.

(por ej. Servicio de ambulancias) todas ellas reguladas hoy por la ley 26.862<sup>7</sup>”  
(p. 2206/2207).

De los tres subsistemas mencionados, las Obras Sociales y las empresas de medicinas prepagas tendrán más protagonismo en el presente trabajo, ya que los amparos presentados solicitando la cobertura integral de las TRHA son contra éstos, y no contra el subsistema del sector público.

Veremos, a lo largo del trabajo, en especial en el análisis de la jurisprudencia, como responden dichos subsistemas ante los reclamos de los amparistas.

#### **IV. DEBATE PARLAMENTARIO DE LA LEY 26.862:**

---

<sup>7</sup> Los obligados por la ley se encuentran mencionados en su art. 1°.



## **“Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida”**

La Ley Nacional N° 26.862, impone al sistema de salud argentino la cobertura integral de las TRHA, el cuál es el objeto de análisis de este trabajo. Dicha Ley tuvo un intenso debate parlamentario<sup>8</sup> acerca de varios temas. Entre ellos, se debatió sobre la consagración del principio de voluntad procreacional como eje fundamental de los vínculos de filiación; el deber estatal de incorporar las TRHA dentro del sistema de salud pública como así también dentro de las prestaciones de las obras sociales y prepagas; quienes debían ser los beneficiarios de las TRHA; la consagración del derecho a formar una familia como imperativo garantizado por la Constitución Nacional en consonancia con los Tratados Internacionales y la igualdad de oportunidades, entendida en cuanto a las posibilidades de acceder a las técnicas sin distinción de la orientación sexual, estado civil o edad.

A continuación citaré las opiniones que considero trascendentales para este trabajo de los/as Diputados/as intervinientes en el debate parlamentario<sup>9</sup>, haciendo una distinción entre los que estuvieron a favor y quienes, a pesar de estar a favor, remarcaron aspectos negativos de la Ley.

Una de las Diputadas que se manifestó a favor de la ley fue la Sra. Bianchi, por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, quién expresó:

“Participamos hoy de esta sesión para garantizar el derecho a formar una familia por medio de la cobertura de los tratamientos médicos que cada paciente, sin importar su orientación sexual ni su estado civil, requiera para poder concebir. Esto nos convierte en una sociedad más justa que invita a vivir con más felicidad y amor.”

En sentido coincidente, la Diputada por Santa Cruz, Sra. Ianni, sostuvo que:

“Este proyecto tan esperado por una importante franja de la población garantiza el acceso igualitario y la cobertura a todos

---

<sup>8</sup> Se llevó a cabo en la Honorable Cámara de Diputados de la Nación el 5 de junio de 2013, en la reunión N° 6 correspondiente a la 5° Sesión Ordinaria, orden del día N° 2.031.

<sup>9</sup> Versión taquigráfica, link <http://www1.hcdn.gov.ar/sesionesxml/item.asp?per=131&r=6&n=12>

los individuos y parejas -sin discriminación ni exclusión por su orientación sexual o estado civil- a los procedimientos y técnicas de fertilización asistida de baja y alta complejidad”.

A continuación, la señora Diputada por Río Negro, Sra. García Larraburu, comenzó su postura diciendo:

“En el día de hoy esta Cámara está reparando una deuda social con todas aquellas mujeres y parejas que sufren infertilidad. La iniciativa en debate permite ampliar derechos esenciales para las familias de nuestro país. No estamos hablando de una cuestión menor, anecdótica ni superflua: estamos discutiendo sobre la posibilidad real de muchas mujeres y parejas que, por diversos problemas médicos, no pueden acceder a un tratamiento de fertilidad para cumplir su sueño de ser madres y padres. Hoy queremos asegurar la igualdad ante la ley de todos los sectores de la sociedad, poniendo a su alcance las técnicas de fertilización hasta hoy reservadas a un sector muy minoritario. Esta legislación, al incluir en el plan médico obligatorio el tratamiento de fertilidad, garantizará que todas las obras sociales, prepagas y sistemas de salud pública puedan incorporar esta prestación”.

Continuó la Diputada por Tucumán, Sra. Carrillo, quién expresó:

“Este proyecto de ley viene a poner fin a un problema de larga data en nuestro país, que si bien fue solucionándose en los últimos tiempos en cada caso concreto en los tribunales nacionales y provinciales, al no existir una legislación uniforme y general que regule el mencionado acceso integral a los procedimientos y técnicas de reproducción asistida para todos los habitantes de nuestro país, numerosas familias que presentan esta problemática aún siguen sin acceder a la maravillosa posibilidad de ser padres, lo cual les provoca un sentimiento de impotencia, dolor, y sólo en algunos casos, resignación, cuando en realidad la ciencia fue avanzando y hoy

permite materializar un sueño que hasta no hace mucho tiempo resultaba imposible de alcanzar. De allí que, existiendo este avance científico y en cumplimiento de deberes y responsabilidades asumidas por el Estado argentino en virtud de tratados internacionales de derechos humanos, resulta necesario poner en marcha la vigencia de una norma que ampare y garantice el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción asistida para todas aquellas personas que están impedidas de concretar un embarazo por medios naturales. La imposibilidad de procrear afecta en forma real y efectiva la calidad de vida, puesto que la posibilidad de procrear es inherente a la persona humana y, por lo tanto, integra un derecho esencial que merece primacía sobre todo otro interés”.

En su turno, la Diputada por Catamarca, Sra. Ortiz Correa, agregó que:

“Ante este proyecto de ley, que ha tenido un largo proceso de tratamiento, es de destacar que el derecho, como herramienta de la sociedad jurídicamente organizada, es siempre el que debe brindar soluciones a cuestiones de la vida real que requieren de su regulación, no sólo para una armoniosa convivencia de los seres humanos sino también para plasmar lo que llamamos la disposición de dar a cada uno lo que se merece; es decir, equidad. En un Estado como el nuestro, que propende hacia el bienestar común de todos sus habitantes y ciudadanos, es justo que la economía no se transforme en un impedimento para el acceso a diversos tratamientos o técnicas médico-asistenciales de reproducción asistida. Por otra parte, el Estado argentino, a través de este Honorable Parlamento, regula la realidad de miles y miles de parejas que sufren la dolorosa dificultad de no poder procrear de manera natural. De esta manera también se pondrá fin a la tarea de los jueces, por cuanto a partir de la sanción de esta norma podrán dirimir en forma concreta los conflictos entre los prestadores de la salud y los particulares”.

Las siguientes son aquellas opiniones que expresan elementos negativos sobre dicha Ley. Cabe aclarar que muchos de estos/as Diputados/as a pesar de mencionar aspectos negativos, han votado a favor de ella.

El primero fue, el Diputado por Jujuy, Sr. Fiad, que, si bien comenzó expresando que su voto era favorable, continuó de la siguiente manera:

“La ley quedará a mitad de camino ya que no se han definido muchas cuestiones ante la expectativa de que serían resueltas a través de la reforma del Código Civil. Es innegable que la cuestión plantea una serie de dilemas éticos y jurídicos, y esperamos que ellos se vean dirimidos con la reforma, porque no es bueno que después sean los jueces quienes terminen definiendo las políticas públicas en materia de salud. Se necesita la reglamentación de esta ley, teniendo en cuenta que será signada por la prudencia para arbitrar los medios para que no se profundicen las desigualdades, para respetar y proteger el derecho de todos los argentinos de acceder a la salud. La futura norma impactará ciertamente en la economía del sistema de salud. Lo que me preocupa es una consagración irreflexiva de la cobertura, ya que puede generar falsas expectativas o comprometer el derecho de otros. La ley debe gestionarse en un camino que permita la ampliación de derechos, pero que no afecte ni comprometa en su aplicación la salud de otros”.

Continuó el Diputado por Salta, Sr. Biella Calvet, expresando:

“Vamos a trabajar en proyectos para mejorarla y defender la vida. También estamos muy de acuerdo con que figure en el presupuesto. Gracias a Dios en Salta tenemos profesionales idóneos para poder realizar el tratamiento tanto en el ámbito público como en el privado, pero necesitamos que todos los hospitales públicos del país tengan la tecnología y la infraestructura necesarias para poder realizar este tipo de procedimientos”.

El Diputado por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sr. Triaca, sostuvo:

“Este proyecto carece de profundidad en el análisis científico de las técnicas que se tienen que implementar. Hoy en la Argentina hay un formato de tratamiento científico que está abordado desde una falta de restricción y regulación, pero existen otras técnicas y mecanismos que se implementan en otros países, que muchas veces tienen costos más altos y otras veces no tanto. Nos estamos casando con un sistema científico pero tenemos que considerar que puede haber otras alternativas. Esta es la primera observación. La segunda se vincula con lo económico. Es muy importante tener en claro que cuando uno asigna recursos públicos tiene que hacerlo en orden de prioridad y necesidad. No es lo mismo una persona que quiere ser padre a los 20 que quien no puede serlo a los 40. Debería haber mecanismos de asignación de recursos, lo cual no está contemplado en el proyecto. También cuando alguien tiene una patología los recursos públicos deberían estar orientados a tratar de subsidiarlo en primer lugar, y en segunda instancia a abordar otros tipos de casos. Esto no deja a nadie segmentado sino que apunta a poner un orden de prioridad para una buena asignación de los recursos públicos”.

La Diputada por Neuquén, Sra. Guzmán, concluyó:

“Hoy en día, sólo el 10 por ciento de esos tratamientos tiene cobertura en nuestro país. Este proyecto de ley no sólo aumentaría esa cifra en forma considerable sino que sería un paso firme en la construcción de una igualdad real de oportunidades necesaria, posible y, sobre todo, justa en materia de procreación. Establecer un sistema de prioridades, no pensado desde la lógica de la exclusión sino desde la equidad, para que, siendo que los recursos son escasos y las necesidades de la población son muchas, pueda otorgarse efectiva cobertura a la necesidad procreadora de aquellos que evidencian mayores

dificultades económicas para afrontar un tratamiento o que aún no hubieran tenido hijos”.

La señora Diputada por Buenos Aires, Sra. Majdalani, fue la única en disidencia. Al momento de tener la palabra sostuvo:

“Hoy nos encontramos tratando un proyecto de ley que para mí no es bueno, porque contiene un tema con el que no puedo comulgar. Digo esto porque el proyecto no reconoce la infertilidad como una enfermedad, aunque le da cobertura como tal. Lo cierto es que se la menciona, pero en el proyecto no se indica que quienes padecen la enfermedad de infertilidad deben obtener la cobertura. De un día para el otro el oficialismo trajo un texto y lo declaró como una ley de derecho universal. Esta es mi disidencia fundamental; no creo que esto sea un derecho universal. En mi opinión, cualquier persona mayor de edad hombre, mujer, heterosexual, homosexual, soltero, casado; no me interesa su condición que tenga un diagnóstico de infertilidad, debe obtener la cobertura del sistema de salud público o privado. Para quienes están en la desesperación de buscar un hijo, comprendo que este instrumento es mejor que nada, pero también entiendo que el presupuesto de salud de nuestro país es finito. Si no tenemos forma de efectuar un cálculo real para acotarlo, no vamos a poder cumplimentar la norma”.

Si bien 204 de ellos votaron por la afirmativa y uno por la negativa, muchos, a pesar de votar a favor, expresaron una opinión negativa. Con opinión negativa me refiero a aquellos aportes que se realizaron durante el debate parlamentario con la finalidad de que se tengan en cuenta en dicha Ley.

Así, entonces, varios de estos aportes dados en dicho debate parlamentario fueron pilares fundamentales para la sanción de la Ley de “Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida”.

## **V. DERECHOS PROTEGIDOS POR LA LEY**

La Ley 26.862 protege distintos derechos humanos. Me centraré en aquellos que considero trascendentales al objeto del presente trabajo. Son derechos humanos fundamentales que nuestro país protege en la Constitución Nacional y se ha comprometido a tutelar a través de la ratificación de los pactos internacionales (Art. 75, inc. 22) y demás tratados aprobados por leyes especiales. Dentro de ellos, se encuentra el derecho a la salud. Luego de la reforma del año 1994, el derecho a la salud fue incorporado en forma explícita en el texto de la Constitución Argentina en el art. 41, ya que la noción amplia de salud permite comprender la protección del medio ambiente como contribución a este derecho, y en el art. 42 cuando se refiere a la “protección de la salud”, como así también por el reconocimiento de jerarquía constitucional a los Tratados Internacionales (art. 75 inc. 22 de la Constitución Argentina). Está reconocido entre otros, en el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>10</sup>, en el art. 5 Inc. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>11</sup> y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su art. 25.1<sup>12</sup>. La Organización Mundial de la Salud define a la salud como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de infecciones o enfermedades”<sup>13</sup>. Entonces, cuando hablamos de derecho a la salud, no es sólo un derecho a no enfermarse, sino más bien, es el derecho a que, tanto si uno está sano como si está enfermo, disponga de acceso a lo que le hace falta para vivir con la calidad de vida digna, que es derecho de todo ser humano en su condición de persona.

La doctrina también se ha expresado al respecto. Beatriz María Junyet Bas De Sandoval afirma que:

“El beneficio de gozar un elevado nivel de salud es uno de los derechos fundamentales del ser humano de acuerdo con lo establecido en el preámbulo de la Organización Mundial de la Salud, en el que no se identifica a la salud con la

---

<sup>10</sup> Art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.

<sup>11</sup> Art. 5 Inc. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”.

<sup>12</sup> Art. 25. Inc. 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”.

<sup>13</sup> Constitución de la Organización Mundial de la Salud, p. 1.

ausencia de enfermedad, sino que fundamentalmente atiende a un estado completo del bienestar dentro del cual intervienen factores económicos, culturales, sociales y no exclusivamente sanitarios. El ejercicio de los derechos constitucionalmente reconocidos, especialmente el de la preservación de la salud, no necesita de ningún tipo de justificación sino que, por el contrario, debe justificarse la restricción pública o privada que se haga de ellos. Por ello las obras sociales deben asegurar a sus afiliados las prestaciones establecidas legalmente, ya que ello es en orden a proteger los derechos fundamentales de las personas” (Beatriz María Junyet Bas De Sandoval, 2016, p. 90).

En el mismo sentido, Laura Subies expresa que:

“Vivir (biológicamente) apareja el derecho a vivir con la dignidad y en las condiciones que, por ser persona, exige todo ser humano, tanto de sus demás semejantes como del Estado. Por ende, para vivir con dignidad la calidad de vida se debe integrar con la salud” (Laura Subies, 2005, p. 125).

Asimismo Marisa S. Aizenberg sostiene que:

“El derecho de la salud es un camino en construcción, vallado de desencuentros y contradicciones, pero debemos hacer el máximo de los esfuerzos desde todos los sectores comprometidos para poder superarlos, porque lo que aquí está en juego es la dignidad de las personas y el compromiso con la equidad, la justicia y los derechos humanos”. (2012, p. 72).

El derecho a la salud de las personas, incluye la salud reproductiva. Es aquí, donde surge el derecho a la salud sexual y reproductiva. Por lo tanto, la sanción de la Ley de Reproducción Medicamente Asistida, significa también el cumplimiento de obligaciones constitucionales y convencionales respecto al pleno ejercicio de derechos reproductivos. La salud sexual y reproductiva ha sido definida por la Organización Mundial de la Salud del siguiente modo:

"La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos



relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuando y con qué frecuencia.”<sup>14</sup>

Estos derechos corresponden a todas las personas, sin discriminación, y permiten adoptar libremente decisiones sobre aspectos fundamentales de la vida humana como son la sexualidad y la reproducción. Implican contar con información y acceso a los servicios y medios que se requieren para ejercer dichas decisiones. Los derechos sexuales y reproductivos tienen reconocimiento en el Art. 75 inc. 23 de la Constitución Argentina y en los siguientes Tratados: en el art. 24 inc. d y f de la Convención sobre los Derechos del Niño respecto a la obligación de los Estados firmantes de proveer atención sanitaria prenatal y postparto y atención sanitaria preventiva para orientar y educar a los padres en planificación familiar; y en los arts. 16 inc. e y 12 inc. 1° de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación sobre la Mujer que establece que los Estados partes adoptarán medidas para garantizar acceso igualitario a servicio médico incluyendo los relativos a planificación familiar, información, educación y medios para ejercer el derecho a decidir libremente número de hijos. Puede decirse entonces, que dentro de los derechos sexuales y reproductivos se incluyen el derecho a información, educación, orientación sexual, salud sexual, no discriminación, integridad física, asesoría científica, protección y atención durante embarazo y parto, planificación familiar, atención médica de calidad, fecundidad, entre otros, permitiendo a las personas lograr por diferentes tipo de tratamientos, su anhelo de ser padres y formar una familia, el cual también es un derecho fundamental de raigambre constitucional y convencional.

La Ley 26.862 garantiza el acceso de todas las personas a las TRHA permitiéndoles así concretar ese deseo de formar una familia. El art. 14 bis de nuestra Constitución Nacional habla de protección integral de la familia y en el art. 6 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre se consagra el derecho a la constitución y a la protección de la familia como elemento fundamental de la sociedad y a la protección para ello. En concordancia, el art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, otorga a hombres y mujeres el derecho a formar familia sin restricciones raciales, religiosas o de nacionalidad y establece a la familia

---

<sup>14</sup> Párrafo 7.2 de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, El Cairo, 1994.

como el elemento natural y fundamental de la sociedad además de la innegable protección por parte de la sociedad y el Estado. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce este mismo derecho en el art. 23 Inc. 2° y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el art. 10 habla del deber de los Estados partes de proteger y asistir a la familia especialmente para su constitución, entendiendo a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 17 y el Pacto de San José de Costa Rica en su art. 11 Inc. 2°, de modo coincidente establecen la prohibición de injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada, en la de la familia, en el domicilio o en la correspondencia. La Convención Americana de Derechos Humanos en su art. 17 propugna que la familia debe ser protegida por el Estado y por la sociedad, y que hombres y mujeres tienen derecho a fundar una familia. En el mismo sentido, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en su art. 12, impone a todo Estado parte la obligación de asegurar la igualdad en el acceso a la atención médica incluyendo lo referido a planificación familiar.

Existe una relación innegable entre el derecho a constituir familia y el acceso a las TRHA, ya que el derecho a procrear puede ser un presupuesto del derecho a formar familia. Así lo establece lo manifestado en la Observación N° 19 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre el art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en el punto 5 expresa que el derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear. Por lo tanto, la falta de cobertura de las TRHA para que una persona pueda procrear atenta contra este derecho fundamental.

Como ya dije anteriormente, el art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos expresa que los hombres y las mujeres tienen derecho a casarse y formar una familia, y este derecho debe entenderse que conlleva la posibilidad de procrear. Entonces, frente a la situación de no poder engendrar naturalmente corresponde aplicar otro derecho humano con jerarquía constitucional: el acceso equitativo a los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones. Cuando se habla del derecho a formar una familia, no sólo se hace referencia a una pareja. Nos lo explican de la siguiente manera:

“Por aplicación de los principios constitucionales de fundar una familia, el reconocimiento de las diversas formas de organización familiar y el principio de

igualdad y no discriminación, el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida es admitido de modo amplio, es decir, previéndose la posibilidad de que una mujer sola pueda ser madre sin la necesidad de que esta persona esté efectivamente casada o en pareja con una persona de diverso o de su mismo sexo. De este modo, el uso de las técnicas de reproducción humana asistida sería un modo de acceder de manera originaria a una familia monoparental, de igual forma que acontece con la adopción por una persona sola permitida por la normativa vigente” (Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, 2012, p. 77).

Como mencioné con anterioridad, otro derecho humano con jerarquía constitucional es el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico. Diversas disposiciones internacionales demuestran un amplio consenso en cuanto a la necesidad de garantizar el derecho a la ciencia a todas las personas. Éste derecho se consagra en el art. 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>15</sup>, en el art. 15 Inc. b del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>16</sup> y en el art. 13 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre<sup>17</sup>, entre otros. La ciencia pone nuevas tecnologías al servicio de la humanidad, trasladando estos descubrimientos a las necesidades de la sociedad.

Así lo explica Beatriz María Junyet Bas De Sandoval cuando sostiene que “de la mano de estos grandes avances, muchas parejas infértiles y personas que no pueden tener hijos, actualmente cuentan con la posibilidad de recurrir a estos procedimientos como un camino real y eficiente hacia la paternidad” (2016, p. 85).

Además se ha dicho que “el mayor obstáculo del progreso de los pueblos es la fosilización de las leyes. Si la realidad social varía, es necesario que ellas experimenten variaciones. La justicia no es inmanente ni absoluta. Está en devenir incesante”. (Ingenieros, 1976, p. 65)<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> Art. 27, Inc. 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “Diversas disposiciones internacionales y regionales demuestran un amplio consenso en cuanto a la necesidad de garantizar el derecho a la ciencia a todas las personas”.

<sup>16</sup> Art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: Inc. B: Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones”.

<sup>17</sup> Art. 13 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: “Toda persona tiene derecho a participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos”.

<sup>18</sup> Obra póstuma, citado por Kemelmajer De Carlucci, conferencia en el Congreso Nacional de Derecho Privado - homenaje a Gustavo Vallespinos y Daniel Pizarro - ,

Consultada que fuera sobre el avance y la aplicación de la ciencia en la reproducción humana, la Dra. Marisa Herrera declaró: “Si se puede vivir mejor y ser feliz, ¿Por qué no?”.<sup>19</sup> La Ley 26.862 es un claro ejemplo de una normativa que busca ajustarse a la realidad social permitiendo a las personas alcanzar el sueño de ser padres mediante las TRHA, algo inconcebible o imposible años atrás, sin estos avances.

---

Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, may. 2013.

<sup>19</sup> Marisa Herrera, entrevista en el Programa “Dimensión Salud”. 2016. Link: [https://www.youtube.com/watch?time\\_continue=2&v=9f7KQm8CRjs](https://www.youtube.com/watch?time_continue=2&v=9f7KQm8CRjs) (min. 24:04).

## VI. INCORPORACIÓN DE LA VOLUNTAD PROCREACIONAL EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

El 1º de octubre de 2014 se sancionó el nuevo Código Civil y Comercial (entró en vigencia el 1 de agosto de 2015), que incorporó en su art. 558<sup>20</sup> a las TRHA como una tercera fuente de filiación, donde la voluntad procreacional (art. 562) juega un papel predominante. Doctrinarios especializados en el tema mencionan que “en este sentido, la reforma recepta que el derecho filial se encuentra integrado por tres modos o formas de alcanzar la filiación: a) por naturaleza, b) por técnicas de reproducción humana asistida y c) por adopción”<sup>21</sup>.

En la doctrina encontramos distintos conceptos de filiación. Para Zannoni (2004) es “el vínculo jurídico, determinado por la procreación, entre los progenitores y sus hijos”. (p. 359). Esta definición está en sintonía con la conceptualización que brinda el autor Rivero Hernández. Éste sostiene que es “la relación jurídica que se da entre padres e hijos”<sup>22</sup>. Considera la relación jurídica de filiación como “la existente entre generantes y generados, padres e hijos, con el conjunto de derechos, deberes, funciones y, en general, relaciones, que los vinculan en una de las más ricas y complejas instituciones jurídicas y humanas que el Derecho contempla”<sup>23</sup>.

En cuanto a voluntad procreacional, Andrés Gil Domínguez (2014) expresa que:

“Desde una perspectiva psico-constitucional-convencional, la voluntad procreacional puede ser definida como el deseo de tener un hijo o hija sostenido por el amor filial que emerge de la constitución subjetiva de las personas. El elemento central es el amor filial el cual se presenta como un acto volitivo, decisional y autónomo. Un significante que significa el ser padre, madre, copadre y comadre” (p. 13).

En igual sentido, pero de manera más acabada, otros autores la definen de la siguiente manera:

---

<sup>20</sup> Art. 558 del Código Civil y Comercial: “Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos. La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código...”

<sup>21</sup> Ricardo Luis Lorenzetti, como Presidente, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci. “Fundamentos del anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación”, 2012, Pág. 92/93.

<sup>22</sup> Rivero Hernández, F. En Lacruz Berdejo, J. L. (dir.), “Elementos de Derecho Civil”. Tomo IV. Familia. Dykinson. 2008. Pág. 25.

<sup>23</sup> Idem.

“La voluntad procreacional es el elemento central y fundante para la determinación de la filiación cuando se ha producido por técnicas de reproducción humana asistida, con total independencia de si el material genético pertenece a las personas que, efectivamente, tienen la voluntad de ser padres o madres, o de un tercero ajeno a ellos. De este modo, el dato genético no es el definitivo para la creación de vínculo jurídico entre una persona y el niño nacido mediante el uso de las técnicas en análisis, sino quién o quiénes han prestado el consentimiento al sometimiento a ellas. La voluntad procreacional debe ser puesta de manifiesto mediante consentimiento previo, informado, libre y formal. Todas las personas que pretendan ser padres o madres a través de esta modalidad deben esgrimir una declaración de voluntad en ese sentido, de manera clara y precisa”<sup>24</sup>.

La incorporación al Código Civil y Comercial de las TRHA y la voluntad procreacional como fuente de filiación implican un gran avance en el desarrollo y la concretización de los derechos fundamentales y los derechos humanos de las personas. En definitiva, la aparición de las técnicas de reproducción humana asistida ha traído un nuevo elemento, la voluntad procreacional, que desplaza y es independiente del dato genético. En otras palabras, expresan Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lamm (2012) que:

“La biotecnología ha dado lugar a una nueva o tercera causa fuente del derecho filial, fundada en el principio de la voluntad procreacional y de su exteriorización a través del consentimiento informado. Mientras en la filiación por naturaleza el vínculo jurídico se funda en el elemento biológico, en la filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida el vínculo tiene razón de ser en el elemento volitivo”. (p. 16).

Continúa este lineamiento ideológico la Dra. Krasnow (2007) al sostener que “aquí nos enfrentamos con la separación entre verdad biológica y voluntad procreacional, asumiendo la paternidad y/o maternidad quien manifieste por medio del consentimiento informado su deseo de ser padre y/o madre -voluntad procreacional”<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Ricardo Luis Lorenzetti, como Presidente, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci. “Fundamentos del anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación”, 2012, Pág. 93.

<sup>25</sup> Krasnow, Adriana Noemí, “El derecho a la identidad de origen en la procreación humana asistida”, LA LEY, 20/11/2007.

Dicho de otro modo, “en la filiación por TRHA se prescinde del dato biológico al definirse el vínculo en función del querer ser progenitor” (Silvia Eugenia Fernández, 2015, p. 2868).

La importancia de las TRHA va más allá del aspecto genético, siendo que la causa fuente de la relación filial es la voluntad de ser padre o madre, y a través del consentimiento previo, libre e informado, cualquier persona puede concretar el proyecto de vida familiar. Viene a sumarse a las dos fuentes ya existentes (por naturaleza y por adopción), permitiendo la posibilidad de nuevos proyectos familiares.

En suma, lo expuesto hasta aquí permite concluir que “la filiación corresponde a quien desea ser “parent”<sup>26</sup> (para utilizar una noción neutra), a quien quiere llevar adelante un proyecto parental, porque así lo ha consentido” (Kemelmajer de Carlucci,; Herrera; Lamm, 2012, p. 21).

---

<sup>26</sup> El término parent es neutral, abarca madres y padres. Las autoras utilizan esta noción neutra.

## **VII. LA COBERTURA INTEGRAL DE LAS TRHA EN LA LEY 26.862 Y SU DECRETO REGLAMENTARIO**

Con la Ley 26.862 el Congreso Nacional inició el camino de garantizar la igualdad de acceso a aquellas personas que requieran de las TRHA para concretar el deseo de ser padres o madres. Esta Ley Nacional promueve una sociedad más justa y otorga una mayor inclusión social al ampliar los derechos en el área de salud estableciendo el libre acceso a las TRHA a todas las personas mayores de edad sin exigir requisitos que impliquen discriminaciones basadas en orientación sexual o estado civil de las personas. Además, es una esperanza para quienes encontraban su proyecto familiar limitado por aspectos económicos, ya que les permite el acceso integral a los servicios de medicina reproductiva para llevar a cabo dicho proyecto. Es una Ley que permite la igualdad de seres humanos para ser padres o madres independientemente de su orientación sexual, de su estado civil y de sus capacidades reproductivas naturales, ya que comprende no solo a las parejas con deficiencias reproductivas que necesitan recurrir a fertilización asistida, sino que también incluye a personas que por distintas circunstancias particulares optan por recurrir a estos procedimientos para tener un hijo, acorde con los múltiples tipos familiares actuales. Es en este sentido ha dicho la más reciente doctrina que:

“La regulación de las THRA no está centrada en la noción de infertilidad y su relación específica con el derecho a la salud, sino como un modo o vía hábil de respeto al derecho de toda persona a formar una familia, con total independencia de su orientación sexual y estado civil; es decir, en total consonancia con los principios de igualdad y no discriminación” (Kemelmajer de Carlucci; Herrera y Lamm, 2013, p. 1).

A partir del dictado de la Ley 26.862 los prestadores de servicios de salud deben cubrir las prestaciones médicas, tratamientos y medicamentos necesarios para cumplir lo establecido por esta Ley. Es necesario que todas las provincias sancionen una adhesión o adecuación permitiendo de esa manera que sus ciudadanos puedan gozar efectivamente de los derechos que establece la ley nacional.

En su art. 1º, la Ley 26.682 establece que su objeto es: “garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida”. Al utilizar el término “integral” quiere decir que la cobertura



será del 100%. Esto es de trascendental importancia porque modifica los criterios que llevaban a que en algunas sentencias se otorgaran porcentajes de cobertura inferiores o incluso en otras no se otorgaran ninguna cobertura, argumentando ausencia de una ley que estableciera un criterio a seguir. Este artículo además, permite el acceso a las TRHA de cualquier persona, independientemente de acreditar algún tipo de impedimento para procrear, evitando tener que recurrir a la justicia para obtener una respuesta favorable. Las mencionadas doctrinarias nos aclaran que:

“El elemento que tipifica o caracteriza a esta normativa es su amplitud, al permitir el acceso a la cobertura médica de tales prácticas a toda persona mayor de edad que necesita apelar al desarrollo de la ciencia médica para poder acceder a la maternidad/paternidad y así ver satisfecho el derecho a formar una familia”<sup>27</sup>.

En el art. 2º define a las TRHA como “los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo”. Krasnow (2007)<sup>28</sup> por su parte, sostiene que:

“cuando se emplea alguna de las técnicas de reproducción humana asistida, la adjudicación de "vida" proviene de la participación de terceros que actúan sobre la naturaleza para concretar la procreación. Esto muestra que la diferencia notoria que separa la procreación natural de la asistida, está dada por la participación del equipo médico en el proceso reproductivo”.

El mismo artículo expresa que “quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad”, las que serán explicadas más adelante.

Por último, el art. 2º de la Ley 26.862 también regula que “podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrolladas mediante avances tecnológicos, cuando sean autorizadas por la Autoridad de Aplicación”. Esto hace más amplio aún el alcance de las prestaciones.

---

<sup>27</sup> Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Eleonora Lamm. Diario La Ley, “Cobertura médica de las técnicas de reproducción asistida Reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia”, 31/7/13, Pág. 1.

<sup>28</sup> Krasnow, Adriana N. “El derecho a la identidad de origen en la procreación humana asistida”, 2007. Link: <http://www.bioetica.org/cuadernos/contenidos/KRASNOW2.HTM>

Es en el art. 8° donde la ley se ocupa específicamente de la cobertura enumerando los tipos de fertilización que se reconocen y quiénes son los obligados a prestarlas, cuando expresa:

“Cobertura. El sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 [] y 23.661 [], la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean, incorporarán como prestaciones obligatorias y a brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación. Quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO) estos procedimientos, así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad de aplicación, la cual no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios. También quedan comprendidos en la cobertura prevista en este artículo, los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos, según la mejor tecnología disponible y habilitada a tal fin por la autoridad de aplicación, para aquellas personas, incluso menores de dieciocho (18) años que, aun no queriendo llevar adelante la inmediata consecución de un embarazo, por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas puedan ver comprometidas su capacidad de procrear en el futuro.”

Entonces, la cobertura integral e interdisciplinaria incluye: abordaje, diagnóstico, medicamentos, terapias de apoyo y las técnicas y procedimientos definidos por la Organización Mundial de la Salud (O.M.S.) como de reproducción médicamente asistida: inducción de la ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento

de la ovulación, TRHA, inseminación intrauterina, intracervical e intravaginal, con gametos del cónyuge, de pareja conviviente o no, o de un donante. Es decir, incluye técnicas de baja y alta complejidad.

Resultan obligados a prestar cobertura de lo enumerado, independientemente de la figura jurídica que posean: el sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, entidades de medicina prepaga comprendidas en la ley 26.682, entidades prestadoras del personal de las universidades, y todos aquellos agentes que brinden servicios médicos asistenciales a su afiliados. Cuando se incluye al sector público de salud, no aclara el alcance del concepto con precisión, pero se entiende que son los hospitales públicos nacionales, provinciales y municipales y todos los ámbitos de salud pública.

Este artículo incluye estos procedimientos en el Programa Médico Obligatorio (P.M.O)<sup>29</sup>, además de otros de diagnóstico, medicación y terapias de apoyo según lo establezca la Autoridad de Aplicación, a quien se le prohíbe, al momento de delimitar criterios para otorgar coberturas, introducir requisitos referidos al estado civil o la orientación sexual de los beneficiarios.

Por último, se determina que también serán objeto de cobertura obligatoria los servicios de criopreservación de gametos o tejidos reproductivos según la mayor tecnología disponible y habilitada para todas aquellas personas que por cuestiones médicas pudieran ver afectadas sus capacidades de reproducción en el futuro, aun cuando fuesen menores de edad.

---

<sup>29</sup> Programa Médico Obligatorio, establecido por la resolución 201/2002 del Ministerio de Salud de la Nación. Se trata de un conjunto de prestaciones que deben ser aseguradas a los pacientes por todos los efectores sanitarios del país.

### **VIII. DECRETO REGLAMENTARIO 956/2013**

El Decreto 956/2.013 reglamenta la Ley 26.862. En su art. 1° expresa:

“Objeto. Entiéndase que la garantía establecida por la Ley N° 26.862 tiene por objeto el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, como la posibilidad de acceder a dichos procedimientos y técnicas cualquiera sea la cobertura que posea el titular del derecho. A esos fines, los Prestadores del Servicio de Salud de los ámbitos público, de la Seguridad Social y privado, deberán proveer sus prestaciones respectivas conforme la Ley N° 26.862, la presente reglamentación y demás normas complementarias que al efecto se dicten”.

Se reafirma que la garantía de acceso debe cumplirse cualquiera sea la cobertura que posea el titular del derecho. Así lo explican Marisa Herrera y Eleonora Lamm (2013):

“La ley 26.862 está abierta a todas las personas mayores de edad para que sin “discriminación o exclusión fundadas en la orientación sexual o el estado civil de quienes peticionan por el derecho regulado” puedan acceder a la cobertura médica en todo establecimiento de salud, sea público, de la seguridad social (obras sociales) o privado (medicina prepaga)” (p. 1).

Había mencionado, pero no definido, a las técnicas de baja y alta complejidad. El presente decreto en su art. 2° dice lo siguiente: “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 [...] con semen de la pareja o donante”<sup>30</sup> y

---

<sup>30</sup> Definición completa: 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 ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación e inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen de la pareja o donante.

se consideran de alta complejidad “a aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino”.<sup>31</sup>

En cuanto la cobertura, explica la doctrina que “el artículo 8º, al igual que su par en la ley 26.862, es la disposición más extensa ya que ocupa del nudo central de estas normativas: la cobertura médica”<sup>32</sup>. Este artículo 8º dice expresamente: “El sistema de Salud Público cubrirá a todo argentino y a todo habitante que tenga residencia definitiva otorgada por autoridad competente, y que no posea otra cobertura de salud”. Se ha expresado respecto a esto que:

“se refuerza la finalidad de que la cobertura alcance, muy especialmente, a los que hasta ahora habían quedado afuera o excluidos de la posibilidad de ser padres por TRHA. Al mismo tiempo, se procura evitar el llamado “turismo reproductivo” como ya acontece en la práctica, siendo que los extranjeros podrán seguir viniendo a la Argentina para realizar un tratamiento de TRHA, pero no podrán hacerlo en el sistema público” (Marisa Herrera y Eleonora Lamm, 2013, p. 2)

El mismo artículo del Decreto continúa diciendo:

“En los términos que marca la Ley N° 26.862, 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“.

---

<sup>31</sup> Definición completa: Se entiende por técnicas de alta complejidad a aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación 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.

<sup>32</sup> Marisa Herrera y Eleonora Lamm, Diario La Ley, “Cobertura médica de las técnicas de reproducción asistida: Reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia”, 31/7/13, Pág. 2.

Acerca de esto, las autoras consideran que “una de las cuestiones esenciales en materia de cobertura médica sobre la cual debía avanzar la reglamentación es en torno a la cantidad de procedimientos/tratamientos a ser cubiertos”<sup>33</sup>. Continúan explicando que:

“Estas son las limitaciones en materia de cobertura, evitándose así caer en la difícil situación de fijar una edad máxima que, como es sabido, versiones anteriores al texto final la establecían en los 45 años. Si bien el fundamento por el cual se quitó toda referencia a la edad máxima y por ende, una limitación más en materia de cobertura está a tono con el principio de amplitud que define a la ley como a su reglamentación; lo cierto es que esta cuestión ameritaría un análisis de mérito, oportunidad y conveniencia más profundo, auspiciado por dos principios clásicos del campo de la salud como son el de solidaridad y el de universalidad que exceden con creces los objetivos de este comentario”<sup>34</sup>.

El mismo artículo menciona también que “no se considerará como situación de preexistencia, en los términos del artículo 10<sup>35</sup> de la Ley N° 26.682, la condición de infertilidad o la imposibilidad de concebir un embarazo”. Por ello se ha dicho que:

“Esta previsión responde al lugar secundario que tiene el derecho a la salud en la ley de cobertura médica, siendo que los derechos que priman son el derecho de toda persona a la paternidad/maternidad y el consecuente derecho a formar una familia, más allá de la “íntima conexión” con el derecho a la salud tal como se explicita en los “Considerandos” de la reglamentación”<sup>36</sup>.

La Ley 26.862 y su decreto establecen las prestaciones a las que tendrán acceso todas las personas, sin distinción alguna, obligando al sistema de salud a cubrirlas de manera integral. A continuación, analizaré que ocurre a la hora de implementar esta

---

<sup>33</sup> Marisa Herrera y Eleonora Lamm, Diario La Ley, “Cobertura médica de las técnicas de reproducción asistida: Reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia”, 31/7/13, Pág. 3.

<sup>34</sup> Marisa Herrera y Eleonora Lamm, Diario La Ley, “Cobertura médica de las técnicas de reproducción asistida: Reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia”, 31/7/13, Pág. 3.

<sup>35</sup> Art. 10 de la Ley 26.862: “Las disposiciones de la presente ley son de orden público y de aplicación en todo el territorio de la República. Se invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a sancionar, para el ámbito de sus exclusivas competencias, las normas correspondientes.”

<sup>36</sup> Marisa Herrera y Eleonora Lamm, Diario La Ley, “Cobertura médica de las técnicas de reproducción asistida: Reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia”, 31/7/13, Pág. 3.

normativa en la realidad. Es decir, las Obras Sociales y las empresas prepagas, ¿cumplen con lo que establece la Ley?

## **IX. JURISPRUDENCIA**

A continuación analizaré jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia (STJ) de Río Negro, con la finalidad de tomar conocimiento de si todo lo expuesto hasta aquí acerca de la cobertura de las TRHA por parte del sistema de salud, se cumple. Para ello, me centraré en las sentencias dictadas por el Superior Tribunal de la provincia de Río Negro a partir de junio de 2013 (fecha en que se sancionó la Ley 26.862) a la actualidad, de los fallos de amparos presentados por quienes recurrieron a la vía judicial, para lograr la cobertura integral de las TRHA que el sistema de salud les negó en el momento que la solicitaron. Cabe aclarar que la acción de amparo, receptada en los arts. 42 y 43 de la Constitución Nacional ha sido reconocida como la vía idónea para realizar estos reclamos. Se considera admisible esta vía debido a la dilación en el tiempo que significaría entablar una acción ordinaria, provocando la vulneración de todos los derechos ya mencionados

Si bien varios temas ya fueron tratados anteriormente de manera teórica, el siguiente análisis nos permite observar cómo se da todo en la realidad, más allá de lo que establezca la normativa. Vamos a poder respondernos preguntas como: ¿Deben las empresas de medicina prepagas cubrir las mismas prestaciones que las obras sociales? ¿Pueden las Obras Sociales o prepagas poner topes o límites a la cobertura? ¿Pueden argumentar que no brindarán determinada prestación porque no cuenta con ésta en su cartilla? ¿Es posible exigir la cobertura con un profesional que no sea del staff de la empresa? Y la pregunta más importante y eje de este trabajo que vamos a poder responder es: ¿Cumple el sistema de salud argentino con la cobertura integral de las TRHA que establece el artículo 8 de la Ley 26.862? Además, conoceremos los pronunciamientos judiciales y las diferentes posturas adoptadas por nuestro superior tribunal acerca de la concesión o rechazo de los recursos de amparo que solicitan la cobertura de las TRHA en los diferentes subsistemas de salud, especialmente de la

seguridad social y privada, así como sus fundamentos. Como anticipo, es dable mencionar que en la mayoría de los casos la justicia obliga a las Obras Sociales y a las empresas de medicina prepagas a cumplir con la cobertura total de dichas técnicas, pero existen dos excepciones que veremos en el transcurso del análisis.

### **¿Argumentos válidos por parte del sistema de salud?**

Los afiliados a las obras sociales y las prepagas realizan presentaciones de amparos en la justicia cuando éstas se niegan a cumplir con la obligación de cubrir integralmente las TRHA. Frente a ello, estos prestadores de asistencia médica interponen variados argumentos para evitar cumplir con dicha cobertura. Esos argumentos, ¿Son válidos para la justicia?

En el año 2013, a poco de ser sancionada la Ley 26.862, uno de los argumentos utilizados por la Obra Social OSDE en el caso "TORTAROLO, MARINA S/AMPARO (F) S/APELACION" (Expte. N° 26824/13 -STJ-), al ser condenada a brindar cobertura integral en el tratamiento de Fertilización Asistida de Alta Complejidad (Técnica ICSI) a la amparista, fue que al tratarse de un tratamiento de "pareja" no le correspondía cubrir el 100 % del tratamiento, debido a que la pareja de la amparista era afiliado a otra Obra Social que no era OSDE. Sostenía OSDE que ello importaría cubrir el tratamiento a una persona no afiliada por el solo hecho de integrar la pareja de su afiliada generándole una obligación sin causa. Respecto de esto, el Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Río Negro expresó:

“En cuanto al agravio de la requerida respecto a que no corresponde exigirle la cobertura del 100% del tratamiento, porque ello importaría cubrir el tratamiento de una persona no afiliada, cabe enfatizar que la ley 26.862 obliga a la cobertura integral de los procedimientos de fertilización asistida a toda persona, y en el caso de autos es dable destacar que la actora afiliada a OSDE demanda para sí en forma exclusiva en los términos del art. 8 de dicha ley.

Repárese que el art. 7 de la ley citada alude a "toda persona"; a su vez, el art. 8 de aquélla dispone que no puede imponerse ningún requisito o limitación que implique la exclusión, debido a orientación sexual o el estado civil de los destinatarios. Y a su turno, el art. 1 del Dec. Reglamentario 956/13 establece que el



acceso a las prestaciones será “cualquiera sea la cobertura que posea el titular del derecho”. Que la pareja conviviente de la amparista cuente con cobertura médica no enerva las obligaciones de la aquí requerida, frente al reclamo de la amparista que debe ser garantizado como dispone la ley, de manera integral.

Por ello, asiste razón a la amparista al afirmar que la cuestión sobre si su pareja tiene o no Obra Social, y en su caso, si ésta debe o no pagar un porcentaje de la cobertura integral del tratamiento de fertilización asistida, es ajena al reclamo de autos, en tanto conforme los términos de la ley no le resulta oponible. Todo ello es así, sin perjuicio de las acciones de repetición que la demandada podrá ejercer contra quien considere que también es responsable por la prestación médico asistencial, que obviamente se trata de un reclamo ajeno a la vía elegida (amparo)”.

Habiendo pasado tres años de aquella sentencia, el nombrado Tribunal, se pronunció en igual sentido en los casos "CANCELA, FERNANDO LUIS Y FLORES, ANALIA VERONICA C/ I.PRO.S.S. –S. AMPARO (e-s) (expte. N° 22271/16) S/INCIDENTE ART. 250 CPCC (f) S/APELACION" (Expte. N° 28894/16 -STJ-); "FRANZESI, PAULA C/ IPROSS S/ AMPARO S/ INCIDENTE ART. 250 S/ APELACION" (Expte. N° 28893/16 –ST) y “MARIEZCURRENA, VIVIANA VANESA C/ UNION PERSONAL S/ AMPARO S/ INCIDENTE ART. 250 S/ APELACION" (Expte. N° 28876/16 -STJ-), dado que en éstos también la Obra Social se negó a cubrir íntegramente los gastos del tratamiento de fertilidad asistida argumentando que no tenían obligación legal de cubrir a personas que no son afiliados a ellos.

La ya mencionada Obra Social (OSDE) fue quién en otro caso <sup>37</sup> argumentó que se agraviaba en relación a la exigencia del 100% de la cobertura en materia de medicación, manifestando que tanto la ley 26.862 como su reglamentación no hablan de porcentajes. En el presente caso, la amparista tenía 41 años de edad, con Diagnóstico de Esterilidad secundaria de más de 2 años de evolución, agravados por baja reserva ovárica. El STJ estableció “que en

---

<sup>37</sup> "FRESCO SILVINA BEATRIZ C/O.S.D.E. S/AMPARO (I) S/APELACION" (Expte. N° 27267/14 -STJ-).

los agravios no hay fundamentos que impidan otorgar la cobertura de carácter integral solicitada -100%- conforme los alcances de la Ley N° 26.862 y del Decreto N° 956/13” y que “es insuficiente fundar el recurso de apelación con argumentos que se limitan a la mera transcripción de preceptos legales y a consignar su discrepancia con el criterio del juzgador, no constituyendo la crítica concreta y razonada que exige la normativa procesal para fundar el recurso”.

En el caso "DALLAS, GABRIELA A. C/ MEDICUS S.A. S/INCIDENTE PPAL. 25031/13 –DR GIRAUDY- S/APELACION" (Expte. N° 27058/14 -STJ-), se ordenó a MEDICUS S.A. brindar cobertura integral en el tratamiento de Fertilización Asistida de Alta Complejidad con ovodonación a la amparista. La empresa prepaga se negó a cumplir la cobertura fundado en la ausencia de regulación de aspectos vinculados a la ovodonación ordenada en autos por parte de la Ley 26.862 y en que aún no se había creado el Registro especial en el ámbito del Ministerio de Salud para la inscripción de los establecimientos médicos donde funcionen bancos receptores de gametos y/o embriones. Ante estos argumentos dados por la prepaga, el STJ pronunció que: “Asiste razón a la amparista, pues la Ley 26.862 y su reglamentación incluyen dentro de las prestaciones obligatorias el tratamiento por ésta pretendido”. Además agregó “que de la documentación obrante en autos, surge que el Centro de Fertilidad donde pretende realizar el tratamiento se encuentra inscripto en el Registro Federal de Establecimientos de Salud”. Y concluyó citando un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones:

“Se debe otorgar cobertura integral del tratamiento de fertilización asistida con ovodonación dado que la práctica se encuentra actualmente legislada por la ley 26.862 y no existe obstáculo para su otorgamiento”.<sup>38</sup>

El STJ utilizó también ésta última cita en otro caso de tratamiento de fertilización asistida mediante ovodonación. Fue en el fallo "ELENA MARIA DE LOS ANGELES C/UP (ACCORD SALUD) S/ AMPARO (E-S) S/APELACION" (Expte. N° 27451/14 -STJ-) en el que ACCORD SALUD se negó a cubrir el costo del tratamiento a la amparista de 44 años argumentando que la donación de gametas no contaba con

---

<sup>38</sup> (Cf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, D. B., V. I. y otro c. OSSEG s/ amparo 05/09/2013, Publicado en: DFyP 2014 (enero) Cita online: AR/JUR/71186/2013”).

cobertura por parte de ACCORD SALUD y que existía una insuficiente regulación legal al respecto. Además, agregó que el tratamiento lo había indicado un médico que no era prestador de la Obra Social. Aquí, el máximo tribunal provincial, además de la cita ya mencionada, dijo:

“En el caso ha quedado acreditada –y no desvirtuada- la necesidad de lograr una protección de carácter urgente que preserve la salud de la amparista, quedando garantizado desde el bloque de legalidad constitucional el derecho a la salud, el que se encuentra intrínsecamente relacionado con el derecho a la vida”.

También Señaló:

“Que la cobertura garantizada en la reglamentación se basa en los criterios establecidos por la Organización Mundial de la Salud (OMS) con un enfoque integral e interdisciplinario del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos, las terapias de apoyo y las técnicas de reproducción médicamente asistida de baja y de alta complejidad”.

Luego se expresó citando:

“La donación de ovocitos —ovodonación— es una técnica de reproducción asistida para que una mujer proporcione óvulos a otra a fin de que ésta última pueda conseguir un embarazo. Esta técnica no debe ser negada, aun cuando carezca de previsión legal, pues tal extremo no constituye un obstáculo, en la medida en que la práctica no está prohibida por ley y que existe una prescripción médica que la recomienda”<sup>39</sup>

Y para concluir sostuvo la doctrina del médico tratante:

“Respecto a la objeción planteada respecto a que el tratamiento indicado lo ha sido por parte de un médico tratante que no es prestador de la Obra Social requerida, se tiene presente que este Tribunal ha señalado que en conflictos de

---

<sup>39</sup> (Cf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, L., M. L. y otro c. OSDE • 14/05/2013, Publicado en: DFyP 2013 (octubre), 300 Cita online: AR/JUR/26087/2013).

esta naturaleza, entre el médico tratante y la entidad prestadora de salud, corresponde priorizar lo que el médico tratante evalúa con relación a la confiabilidad de lo que indica a fin de optimizar la calidad de vida de quien ha depositado su confianza”.

Los argumentos mencionados en los dos fallos anteriores, “DALLAS” (STJRNS4 53/14 y “ELENA” (STJRNS4 175/14), fueron también aplicados al caso “MOSQUERA, JIMENA Y ANTONINI, MARIO C/OBRA SOCIAL DE EMPLEADOS EN ENTIDADES DEPORTIVAS Y CIVILES (OSPEDYC) S/AMPARO S/APELACION” (Expte. N° 27817/15 -STJ-), debido a la analogía entre ellos. Es decir, que la Obra Social OSPEDYC negó la cobertura integral a su afiliada argumentando la falta de reglamentación total o parcial de la Ley.

El fallo “VAZQUEZ, Mónica E. y Otro C/ UNION PERSONAL S/ INCIDENTE ART. 250 S/ APELACION” (Expte. N° 28717/16 -STJ-), es otro caso en el que se condenó a la Obra Social a cubrir íntegramente los gastos del tratamiento de fertilidad asistida con ovodonación. Aquí U.P.C.N. sostuvo que la donación de gametas no contaba con cobertura por parte de la Obra Social de conformidad a lo establecido en el artículo 8° del decreto n° 956/13 que establece que “la donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial”, y además no estaba de acuerdo con que le se ordene a brindar la cobertura de los gastos de la medicación de los donantes al considerarlo violatorio de la normativa aludida.

En esta oportunidad, el Superior Tribunal de Justicia argumentó que:

“Negarse a reconocer que la infertilidad es un problema relacionado con la salud, implica desconocer el avance científico existente en el tema, como así también que dichos reconocimientos se posterguen -bajo un fundamento meramente economicista- en perjuicio de necesidades de este tipo, que hacen básicamente a la dignidad y naturaleza humana”.

Siguió diciendo que:

“De acuerdo a las constancias de autos en el caso ha quedado acreditada -y no desvirtuada- la necesidad de lograr una protección de carácter urgente que preserve la salud reproductiva de los amparistas, toda vez que conforme surge de la copia de su resumen de historia clínica obrante la Sra. Vazquez supera los 42 años de edad y tiene un diagnóstico de esterilidad secundaria -falla ovárica-, con indicación médica de realizar un tratamiento con ovodonación para lograr un embarazo exitoso”.

Por último hizo mención al fallo “ELENA” (STJRNS4 175/14) al expresar:

“Que la cobertura garantizada en la reglamentación se basa en los criterios establecidos por la Organización Mundial de la Salud (OMS) con un enfoque integral e interdisciplinario del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos, las terapias de apoyo y las técnicas de reproducción médicamente asistida de baja y de alta complejidad”.

Otro de los argumentos utilizados por el sistema de salud fue el de UNO SALUD S.A. en el caso "SANCHEZ MARCO ANTONIO DANIEL Y OTRA C/ UNO SALUD S.A. S/ AMPARO (I) S/ APELACIÓN" (Expte. N° 27710/15 -S.T.J.-). En dicho caso se condenó a la empresa de salud a cubrir íntegramente los gastos del tratamiento de fertilización in Vitro de alta complejidad (FIV) que debía realizarse la amparista. Ésta llevaba 2 años de trámites ante su Obra Social, quien primero autorizó la prestación en su totalidad y luego la suspendió argumentando el peligro en la salud de la paciente por las características de otras patologías que padecía la afiliada. El STJ dejó en claro que “ello no justifica la falta de cobertura en los términos legales y constitucionales reseñados en cuanto son riesgos propios de la amparista que dando su consentimiento informado limitará la responsabilidad de la obra social”. Además agregó “que las personas tienen el derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, no pudiendo negarse al actor el acceso al tratamiento aconsejado por su médico tratante”. Concluyó diciendo que “el médico tratante es el especialista en quien el paciente ha confiado ese control de calidad, es el llamado a determinar qué riesgos está

en condiciones de sufrir y cuáles son las posibilidades más convenientes según la patología que padece”.

En igual sentido y utilizando la última cita, falló el STJ en el caso “GIAMBARTOLOMEI, FLORENCIA CAROLINA C/ O.S.D.E. S/ AMPARO (E-S) S/ APELACIÓN” (Expte. Nº 27993/15 -S.T.J.-) donde se obligó a la empresa de salud (OSDE) a brindar cobertura integral de todos los gastos que irrogue la realización del procedimiento de alta complejidad FIV/ICSI con anexina, medicación FIV/ICSI y vitrificación de embriones (crioconservación) y que el tratamiento sea realizado por el profesional de la salud elegido por el amparista. Ésta comienza el tratamiento en la clínica Albor de Neuquén, que era prestataria de OSDE, pero por cuestiones externas dejó de serlo. Debido a ello, OSDE ofrece a su afiliada otros centros de salud ubicados en Bahía Blanca, Buenos Aires o Córdoba, para que realice su tratamiento. Ante esta situación, el máximo tribunal provincial consideró que:

“Una variación motivada en circunstancias administrativas –como acontece en el caso de autos- no puede ser utilizada en perjuicio del afiliado. Precisamente la sentenciante consideró que la amparista y su cónyuge iniciaron el proceso de estudio, análisis y diagnósticos previos al tratamiento solicitado en la clínica Albor, que como sostiene el recurrente hasta el mes de mayo del corriente revestía la calidad de prestadora de OSDE.

Como bien señala la Procuración General, resulta arbitraria la decisión de la Obra Social de obligar a la amparista a iniciar un nuevo proceso, con estudios, diagnósticos, etc. en un centro de salud diferente, ubicado –además- fuera del lugar de residencia de la amparista, por la sola razón que Albor ya no se encuentra vinculada a la empresa. Cuestión que atenta contra la voluntad del paciente que ha prestado su consentimiento y depositado su confianza en la clínica referida, conforme surge de la documental obrante en autos”.

En relación al caso recientemente mencionado, en "CAVA, LORENA C/ OSDE S/ ACCION DE AMPARO (ART. 43 C. PCIAL) S/ APELACIÓN” (Expte. Nº 28572/16 -S.T.J.-), se le ordenó a OSDE a cubrir en forma total e integral el tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad en el Centro de Medicina Reproductiva Bariloche (Fertility Patagonia) con su médico tratante, el Dr. Juan Manuel Bonina. Debido a que el nombrado Centro de Medicina ubicado en Bariloche dejó de ser

prestador de OSDE, éste ofrece a la amparista y su pareja otro Centro de Medicina ubicado en la ciudad de Buenos Aires. El ya mencionado Tribunal sostuvo que:

“No resultaría adecuado ni aconsejable que la amparista y su pareja deban comenzar desde el inicio con la realización de todos los estudios médicos prescriptos para lograr ser padres y con un nuevo equipo de profesionales, sobre todo por tratarse de un procedimiento altamente invasivo, de gran impacto emocional, que requiere de una confianza extrema entre el médico tratante y el paciente, familiaridad y seguridad que se advierte que han logrado con el Dr. Bonina del centro médico aludido. Cuestión que atenta contra la voluntad de la paciente que ha prestado su consentimiento y depositado su confianza en la clínica referida, conforme surge de la documental obrante en autos. “

Además, también destacó que:

"En lo que aquí importa, en el caso de autos ha quedado acreditada la imposibilidad de procrear sin asistencia y de ello deriva la necesidad de lograr una protección de carácter urgente que preserve la salud y el bienestar psicofísico de la amparista y de su pareja, quedando garantizado desde el bloque de legalidad constitucional el derecho a la salud, el que se encuentra intrínsecamente relacionado con el derecho a la vida y a procrear”.

A diferencia que en el caso anterior, en el fallo "RODRIGUEZ, SANDRA LORENA C/ OSDE S/ ACCION DE AMPARO (cc) S/ APELACIÓN" (Expte. N° 28740/16 -S.T.J.), se rechazó el amparo interpuesto por la accionante contra la Organización de Servicios Directos Empresarios -OSDE- a fin de que se le brinde la cobertura integral del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad en el centro "Fertility Patagonia" de la ciudad de San Carlos de Bariloche. Éste caso, es una de las excepciones que mencione al principio del acápite. Aquí el STJ pronunció al respecto:

“Nótese que la recurrente no se agravia puntualmente por la cobertura de la prestación en sí misma, la cual OSDE admite y ofrece de modo integral al 100 %, sino que exige que la práctica -fertilización asistida de alta complejidad- la efectúe el Dr. Bonina en el centro “Fertility Patagonia” sito en la ciudad de San Carlos de Bariloche, a mas de 480 kms. de su domicilio y quien además ya no es

prestador de la empresa OSDE, circunstancia que la amparista conocía incluso antes de iniciar el tratamiento este año. Bajo esta tesitura se entiende que OSDE no negó la cobertura del tratamiento de fertilización asistida, tampoco ha asumido una conducta arbitraria o ilegal que habilite la procedencia del amparo. Por el contrario, analizadas las presentes actuaciones surge con claridad que OSDE ha ofrecido la cobertura integral del tratamiento de fertilización asistida en el “Instituto Medicina del Sur” (IMER SUR) ubicado en la ciudad de Neuquén, a tan sólo 45 kms. aprox. de la Ciudad de General Roca donde reside la amparista, sin que ello implique contradecir la ley 26.862 ni un acto manifiestamente ilegal o arbitrario, en atención a que la cobertura en dicho Instituto se encuentra informada y garantizada.

Por último, corresponde destacar que el presente caso no mantiene similitud con lo planteado y resuelto por este Cuerpo en “CAVA” (STJRNS4 83/16) donde efectivamente se verificó que los amparistas ya habían iniciado los estudios y exámenes médicos con profesionales del Centro de Medicina Reproductiva Fertility Patagonia, incluso mucho antes de la revocación unilateral de la autorización de la práctica efectuada por la empresa de medicina prepaga. En el caso de autos nunca fue autorizada la práctica en dicho centro.”

De estos últimos dos fallos (RODRIGUEZ c/ OSDE) y (CAVA c/ OSDE), se desprenden los distintos criterios utilizados por el mismo Tribunal (STJ), en el mismo año (2016) pero con una clara diferencia en los hechos. El fallo (RODRIGUEZ c/ OSDE) es uno de los dos casos en el que el Superior Tribunal de la Provincia rechazó un amparo presentado por un afiliado a la Obra Social fundado en que la amparista aún no había comenzado el tratamiento en el Centro de Medicina que solicitaba y que además tenía conocimiento de que ese Centro de Medicina ya no formaba parte de la Obra Social OSDE. En cambio en (CAVA c/ OSDE) la amparista ya había comenzado el tratamiento en el Centro de Medicina y fue luego que dicho Centro dejó de ser prestador de la Obra Social OSDE, por lo que el mencionado Superior Tribunal, en esta oportunidad, hizo lugar al reclamo de la amparista obligando continuar con la cobertura integral a OSDE.

Los mismos argumentos utilizados por el STJ en los casos “CAVA” (STJRNS4 83/16) y “GIANBARTOLOMEI” (STJRNS4 141/15) fueron también utilizados por el STJ en "VAELLO, ANDREA MARIANA Y ARIAS, LUIS



DARÍO S/ AMPARO (F) S/ APELACION" (Expte. N° 29448/17 -S.T.J.) al darse una situación fáctica similar a los casos mencionados.

Continuando con los fundamentos interpuestos por quienes conforman el sistema de salud, en el fallo "CASTAÑEDA, LILIANA N. C/ GALENO ARGENTINA S.A. S/ ACCION DE AMPARO S/APELACIÓN" (Expte. N° 28598/16 -STJ-), se condenó a Galeno Argentina S.A a cubrir íntegramente los gastos del tratamiento de fertilidad asistida de alta complejidad de la amparista de 42 años de edad y de mala calidad espermática. La empresa de medicina prepaga se negó a cumplir con la obligación impuesta argumentando que la amparista fue dada de baja del sistema por falta de pago de las cuotas de su plan de salud correspondientes a 3 meses seguidos. El STJ para resolver tuvo en cuenta que:

“Tal como se afirma en la sentencia en crisis, de las constancias obrantes en las actuaciones no surge claramente que GALENO ARGENTINA S.A. haya cumplido con el procedimiento establecido en la ley previsto ante una eventual morosidad detectada en el pago de las cuotas del plan de medicina prepaga contratado por su afiliada.”

Además:

“De acuerdo a las conclusiones del informe del Cuerpo Médico Forense obrante en el caso ha quedado acreditada -y no desvirtuada- la necesidad de lograr una protección de carácter urgente que preserve la salud reproductiva de los amparistas, dado que la técnica ICSI ha sido elegida debido a la edad de la mujer y a la mala calidad espermática”.

También sostuvo que:

“A su vez el Máximo Tribunal Federal ha sostenido que si bien la actividad que asumen las empresas de medicina prepaga puede representar determinados rasgos mercantiles, en tanto ellas tienden a proteger las garantías constitucionales a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas, también adquieren un compromiso social con sus usuarios, que obsta a que puedan desconocer un contrato, o invocar sus cláusulas para apartarse de obligaciones impuestas por la ley, so consecuencia de contrariar su propio objeto que debe

efectivamente asegurar a los beneficiarios las coberturas tanto pactadas como legalmente establecidas (C. 595. XLI; RHE; Cambiaso Péres de Nealón, Celia María Ana y otros c/Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas, 28/08/2007, T. 330, P. 3725; STJRN4 Se. 106/12 "ARBETMAN" y Se. 169/14 "CHANDÍA").

Es por ello que en autos resulta razonable y fundada la decisión del Tribunal de amparo para lograr soluciones que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de pretensiones. Máxime teniendo en consideración la incorporación de los derechos reproductivos en los textos constitucionales, en los instrumentos internacionales, en precedentes jurisprudenciales, en la ley nacional 26.862 y su decreto reglamentario".

En "GIMENEZ MORESCO, MARIANA C/ ACCORD SALUD -OBRA SOCIAL UNION PERSONAL S/ AMPARO S/ INCIDENTE ART. 250 S/ APELACION" (Expte. N° 28934/16 -S.T.J.-), se obligó a la Obra Social a que proceda a dar cobertura total e integral para la realización del tratamiento de estimulación ovárica y posterior criopreservación de gametos, siendo que la amparista de 35 años de edad padecía un desorden genético conocido como falla ovárica precoz (FOP). Ésta Obra Social negó dicha cobertura argumentando que la falla ovárica precoz no era una urgencia médica, y por tal motivo no existía la urgencia requerida para habilitar el amparo. Además sostuvo que incluso en su demanda de inicio la accionante destacó que no tuvo intenciones de ser madre en la actualidad no acreditando la urgencia que requiere este tipo de procesos. El STJ expresó al respecto que:

"En la sentencia de amparo se tuvo en consideración las particulares circunstancias del caso, la patología -falla ovárica precoz- acreditada con el informe médico y las conclusiones médico legales a las que arribó en su informe el Cuerpo Médico Forense, que asegura que no existen tratamientos curativos para la patología en cuestión y que sólo podrá asegurarse la futura maternidad conservando ovocitos conforme es solicitado por la médica tratante. En función de ello y de acuerdo a las constancias de autos en el caso ha quedado demostrado -y no desvirtuada- la necesidad de lograr una protección de carácter urgente que preserve la salud reproductiva de la amparista. Por lo que claramente le asiste razón a la accionante en que la urgencia de su situación de salud está dada porque a medida que la enfermedad avanza sus óvulos

disminuyen y ello reduce notoriamente su posibilidad de ser madre en un futuro, atentando contra su derecho a la eventual descendencia. En dicho contexto, resulta razonable y fundada la decisión en crisis para lograr soluciones que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de pretensiones, máxime, teniendo en consideración la incorporación de los derechos reproductivos en los textos constitucionales, en los instrumentos internacionales, en precedentes jurisprudenciales, y en la ley nacional 26.862 de "Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida", sancionada el 5 de junio de 2013, reglamentada a través del Decreto 956/2013 del 19 de julio de 2013. El artículo 8 de la ley 26.862 se ocupa del nudo central de la cobertura médica reclamada y dispone: "...También quedan comprendidos en la cobertura prevista en este artículo, los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos, según la mejor tecnología disponible y habilitada a tal fin por la autoridad de aplicación, para aquellas personas, incluso menores de dieciocho (18) años que, aun no queriendo llevar adelante la inmediata consecución de un embarazo, por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas puedan ver comprometidas su capacidad de procrear en el futuro”.

Concluyó el máximo tribunal provincial: “Por último y como bien señala la Procuración General la decisión de ser madre corresponde solo a la afiliada y su oportunidad -antes o después- no puede ser utilizada como argumento por la Obra Social para negarle la cobertura reclamada”.

Hasta aquí podemos observar que para el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, los derechos de los amparistas y/o afiliados a que los prestadores de salud cumplan con la obligación que nace del artículo 8 de la Ley 26.862 siempre primaron por sobre la variedad de argumentos que interpusieron las Obras Sociales y Prepagas al momento de tener que cumplir con dicha obligación, con excepción del caso ya analizado RODRIGUEZ, SANDRA LORENA C/ OSDE S/ ACCION DE AMPARO (cc) S/ APELACIÓN” (Expte. N° 28740/16 -S.T.J.-). La otra excepción en la que el máximo tribunal de Río Negro no obligó al sistema de salud a cumplir con la cobertura integral de los tratamientos la encontramos en el caso "FUENTES, SILVIA PAOLA C/ UNION PERSONAL (UP) S/ AMPARO (E-S) S/ APELACION" (Expte. N° 28341/16 -STJ-), en el cuál, antes de que llegué el caso al STJ, se le ordenó a la Obra Social a que proceda a brindar la cobertura del 100% del tratamiento de fertilización asistida. La

Obra Social alegó que no le correspondía cubrir el tratamiento, ya que la amparista se había practicado de manera voluntaria la intervención, ligadura de trompas. Sostiene que dicha intervención fue cubierta por la Obra Social y que no está obligada a revertir el estado de esterilidad creado voluntariamente. La amparista argumentó que lo hizo por indicación de su médico tratante, frente a las dificultades que presentaban en su caso otros métodos anticonceptivos, actuando de acuerdo al principio de reproducción responsable y para la protección familiar en ese momento. Puntualiza que el profesional le indicó que dicho método no esteriliza y que era reversible. Además alegó que hubo un cambio de la composición familiar, su esposo no tiene hijos y forma parte de la planificación familiar el procrear, hecho concreto tutelado por la normativa vigente.

El Superior Tribunal de Río Negro en el presente caso tuvo decisión dividida. La Sra. Jueza Adriana Zaratiegui, dijo:

“El derecho constitucional a constituir una familia viene a otorgar basamento a la consideración del derecho a procrear como un derecho humano y, como tal, debe ser garantizado por el Estado cuando la formación de la familia no es posible mediante la concepción natural -por encontrarse afectada la salud reproductiva- posibilitando entonces el acceso a técnicas de fertilización asistida”.

Siguió:

“Bien se señala -al resolver el amparo- que el argumento esgrimido por la obra social, además de no tener sustento en la legislación vigente ni en razones médicas que justifiquen negar la cobertura petitionada, cede frente a los derechos involucrados, esto es, a la salud, a la vida, a la planificación familiar, y -claramente- se desprende, además, que va en contra del proyecto de vida de la amparista y su pareja, cual es el derecho a formar una familia y tener un hijo/a, cuestiones existenciales vinculadas a su realización personal, habiendo dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos que “en el marco del amplio deber general de los Estados Partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, consagrado en su artículo 1, de respetar y asegurar el respeto de los derechos en ella consagrados, cabe al poder público asegurar a todas las personas bajo la jurisdicción de dichos Estados la plena vigencia de los derechos protegidos,

esencial para la realización del proyecto de vida de cada uno” (del voto razonado del Juez A.A. Cancado Trindade en “Gutierrez Soler vs. Colombia”).

Es que como también lo ha dicho la CIDH, en “Loayza Tamayo versus Perú” -citado en la resolución recurrida-, el proyecto de vida se encuentra indisolublemente vinculado a la libertad, como derecho de cada persona a elegir su propio destino, advirtiendo que “difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial...”.

Por lo expuesto concluyo en que -en el caso- ha quedado acreditada -y no desvirtuada- la necesidad de lograr una protección de carácter urgente que permita el acceso de la amparista a las técnicas de fertilización asistida, haciendo efectivo el derecho a la salud reproductiva y a la procreación”.

En su voto, el Sr. Juez Enrique J. Mansilla adhirió al voto y la solución propuesta por la Jueza Zaratiegui. El Sr. Juez Sergio M. Barotto, en su voto expresó su disidencia: Comenzó preguntando:

“La contracepción quirúrgica a la que se sometió la actora, tiene causa terapéutica? La respuesta negativa se impone y, en consecuencia, aquella práctica ha sido impulsada por la Sra. Fuentes a los fines de no volver a tener descendencia.

Siguió su postura:

“Ninguna probanza se ha agregado al expediente que permita demostrar que el método quirúrgico se debió a la necesidad del tratamiento de una dolencia”.

“Así las cosas, debe tenerse por cierto que la Sra. Fuentes se ligó sus trompas de Falopio en forma voluntaria y por su sola decisión de no tener más hijos a futuro, tal como lo ha afirmado la parte demandada a lo largo del proceso”.

Continuó diciendo que:

“No hay dudas de que la Sra. Fuentes tenía derecho a ligarse sus trompas uterinas, posibilidad que surge expresamente del texto del Artículo 1º de la Ley Nacional Nº 26.130, en cuanto dispone que “Toda persona mayor de edad tiene derecho a acceder a la realización de las prácticas denominadas "ligadura de

trompas de Falopio" y "ligadura de conductos deferentes o vasectomía" en los servicios del sistema de salud" y de la Ley Provincial R n° 3059 (texto consolidado por Ley 4891), de acuerdo a la cual "Todos los establecimientos médico-asistenciales públicos o privados de salud, a través de sus servicios y con las estrategias de atención primera de la salud, brindan las siguientes prestaciones: ... c) Aplicación de métodos de contracepción quirúrgica tales como ligaduras de trompas de Falopio y vasectomía, de acuerdo a lo preceptuado en el Artículo 6° de la presente". Entonces, la actora asumió, en su oportunidad, una conducta propia de su exclusivo ámbito decisorio, por motivaciones personales que escapan a la ponderación y autoridad de la Magistratura, en tanto, como se ha explicado desde la doctrina que ha trabajado este particular tema "...la elección del método anticonceptivo, incluida la ligadura de trompas, es una conducta autorreferente, perteneciente a la esfera de los actos privados que no dañan a terceros, ni a la moral ni al orden público (doctrina del art. 19 CN)..." (cf. Paula Siverino Bavio, "Derechos Humanos y ligadura de trompas. Comentario a la Ley 26.130", <http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com.ar/2006/11/derechos-humanos-y-ligadura-de-trompas.html> [ ] ). "Liminarmente, he de decir que así como la Sra. Fuentes tuvo derecho irrestricto a ligarse sus trompas de Falopio -que de hecho ejerció-, también puede pedir la reversión de los efectos de dicha práctica.

[...] adelanto que no estoy de acuerdo en que el costo de la reversión de los efectos de la ligadura de trompas de Falopio mediante tratamiento de fertilización asistida deba ser asumido por la reclamada Obra Social Unión Personal de la Unión del Personal Civil de la Nación y, en consecuencia, he de proponer el rechazo del amparo, con revocación de la sentencia dictada en autos. A diferencia de lo que han considerado los dos distinguidos colegas que me han precedido en el voto, debo tener en cuenta para adoptar la postura que se reseña en el párrafo anterior, que si ha habido una afectación a la salud reproductiva de la Sra. Fuentes, la misma ha tenido como exclusiva causa el obrar libre y autónomo de la nombrada quien, oportunamente, decidió no tener más hijos.

[...] el fin común último de ambas legislaciones (Ley Nacional n° 21.360 y Provincial R n° 3059), en los aspectos en tratamiento, es evidente: quien se liga las trompas de Falopio -o se realiza una vasectomía- deberá tener perfectamente en claro que no va a tener más capacidad para engendrar hijos luego de la cirugía correspondiente, más allá de la posibilidad de reversión de dicha imposibilidad.

Por otra parte, advierto que, de confirmarse el pronunciamiento puesto en crisis, se llevará al ordenamiento jurídico al campo no permitido de la incongruencia, es decir, a la aplicación normativa sin coherencia o relación lógica. En efecto, a mi criterio, es incongruente obligar a las obras sociales a financiar la ligadura de trompas de Falopio, tal como lo impone el Artículo 5° de la Ley Nacional 26.130, y, al unísono, obligar también a los mismos prestadores de servicios de salud a financiar la práctica de fertilización asistida, en los términos de la Ley Nacional 26.862, en la persona que se realizó voluntariamente aquella contracepción quirúrgica”.

Concluyó:

“Finalmente, y siendo que ha señalado el Sr. Juez de Amparo que “...en el caso que nos ocupa, prima ante todo la autonomía de la voluntad, el derecho a la salud, a la vida, a la familia, a la maternidad/paternidad, a la libre planificación familiar, a un nuevo proyecto de vida de la amparista y su actual pareja...”, he de señalar que he acompañado con mis votos todos aquellos otros pronunciamientos de este Cuerpo en los cuales se ha convalidado la obligación de las obras sociales y/o de las empresas de medicina prepaga en cuanto a posibilitar tratamientos de fertilización asistida pero, en todos aquellos casos, la necesidad de dichos tratamientos se anclaba en enfermedades o imposibilidades orgánicas o funcionales “de base” de alguno de los integrantes de la pareja que quería tener hijos. Es decir, existía en dichos supuestos un hecho o circunstancia surgida por fuera de la voluntad de cada persona, e irresistible para aquél que padecía la enfermedad, trastorno o impedimento orgánico o funcional de que se tratase. En la especie, la imposibilidad de procrear ha sido adoptada autónomamente por la Sra. Fuentes, actuando con autodeterminación -y con discernimiento y libertad, pues nada hace pensar en contrario, de acuerdo a las constancias del expediente-, con lo cual no habrá contradicción entre aquella doctrina judicial consolidada de este Superior Tribunal de Justicia y el eventual rechazo de la acción de amparo aquí intentada, en caso de que dicha desestimación prosperase”.

Los Sres. Jueces Ricardo A. Aparcían y Liliana L. Piccinini dijeron:

“Coincidimos con el voto del Dr. Sergio M. Barotto, en cuanto no se advierte en autos que el proceder de la Obra Social requerida respecto de la falta de cobertura alegada resulte arbitrario o irrazonable pues surge de las constancias del caso que la propia amparista en una decisión personal optó por no tener más hijos en uso de su derecho realizándose una ligadura tubárica bilateral. En el sub examine no se trata de esterilidad o infertilidad por no haber podido concebir en forma natural, toda vez que tiene dos hijos anteriores y fue una decisión personal realizarse la ligadura de trompas, la que no puede revertirse fácilmente.

En autos no ha quedado acreditado que la amparista haya recurrido al método anticonceptivo de ligadura de trompas por prescripción de su médico tratante ante la imposibilidad de recurrir a otros métodos anticonceptivos, sumado ello a que la causal por la cual la actora tendría afectado su sistema orgánico de reproducción, que la obligaría a recurrir a dichas técnicas de fertilización asistida para lograr descendencia, resultaría de su propia decisión y no por tratarse de una enfermedad.

Ergo, con la finalidad de lograr una verdadera coherencia, no corresponde conforme a las constancias de las presentes actuaciones que el costo del tratamiento de fertilización asistida deba ser asumido por la Obra Social requerida cuando resultó de una decisión personal de la amparista no procrear.

Las consecuencias resultantes de los cambios de decisiones en su vida no pueden ser asignados a la obra social. Ello surge de una interpretación acorde a lo establecido en el artículo 2º del Código Civil y Comercial Ley 26.994, en cuanto la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

Por lo tanto, el STJ resolvió hacer lugar al Recurso de Apelación deducido por la Obra Social Unión Personal de la Unión del Personal Civil de la Nación y, en consecuencia, revocar en todos sus términos la sentencia dictada en autos.

Cabe aclarar que la cuestión técnica de las enfermedades/patologías detalladas en los casos anteriores es a modo de poder llegar a la conclusión de que, sin importar cuál de todas éstas sufrían los afiliados, siempre se obligó a que las TRHA sean cubiertas por la Obra Social o la Prepaga correspondiente.



## **X. UN LÍMITE RECIENTE AL ACCESO A LAS TRHA**

A lo largo del trabajo, intenté explicar que la Ley 26.682 permite un acceso integral a las TRHA a todas las personas, sin restricción alguna. Si existe un límite, como ya fue mencionado, se trata de la cantidad de intentos de tratamientos a la que una persona puede acceder, regulados en el Decreto 956/2013, en el que se establece un máximo de cuatro (4) con TRHA de baja complejidad, y hasta tres (3) de TRHA de alta complejidad.

En fecha 1/06/2018, el Ministerio de Salud de la Nación publicó en el Boletín Oficial la resolución 1044/2018<sup>40</sup>. Ésta impone un límite de edad para el acceso a las TRHA. Su artículo 1° expresa: “Establécese que todo tratamiento de reproducción médicamente asistida con óvulos propios se realizará a mujer de hasta CUARENTA Y CUATRO (44) años de edad al momento de acceder a dicho tratamiento, salvo prescripción médica en contrario”. Explica el Ministerio que esto se debe a que hay una creciente disminución del éxito en las (TRHA) a medida que avanza la edad de la mujer. La edad se extiende cuando los óvulos son donados, dado que para estos casos, el artículo 2° de la resolución dice lo siguiente: “Establécese que todo tratamiento de reproducción médicamente asistida con óvulos donados se realizará a mujer de hasta CINCUENTA Y UN (51) años de edad al momento de acceder a dicho tratamiento”. Por último cuando la mujer "congela" óvulos para preservarlos, el artículo 3 expresa: “Establécese para el supuesto de que la mujer de entre CUARENTA Y CUATRO (44) y CINCUENTA Y UN (51) años de edad hubiera criopreservado sus propios óvulos antes de cumplir la edad de CUARENTA Y CUATRO (44) años, podrá realizar cualquier tratamiento de

---

<sup>40</sup> Información obtenida de la página del boletín oficial de argentina. Link: <https://www.boletinoficial.gob.ar/#!DetalleNormaBusquedaRapida/185277/20180605/1044%2F2018> □

reproducción médicamente asistida con dichos óvulos propios criopreservados”.

El Ministerio Público de la Nación hace referencia a que para el dictado de dicha resolución se basaron en informes, datos y estudios nacionales e internacionales. A manera de ejemplo, el Registro Argentino de Reproducción Asistida (RAFA) de la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva (SAMeR) informó que “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 se apoyaron en evidencia científica arrojada por la Sociedad para la Tecnología en Reproducción Asistida (Society for Assisted Reproductive Technology - SART) de Estados Unidos de América; los estudios sobre Latinoamérica (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Rep. Dominicana, Uruguay y Venezuela) publicados en 2017 de acuerdo a la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida; los de la Agencia de Biomedicina de Francia (Agence de Biomédecine) a través de su Consejo de Orientación que se ha expedido en un estudio de 2017 (“L’Age de procreer”, Conseil d’Orientation, Séance, 8 de junio de 2017) brindando datos fundamentales; y estudios elaborados y presentados en el encuentro anual de la Sociedad Europea de Reproducción Humana y Embriología (ESHRE).

Ésta resolución incorpora un límite al acceso que la Ley 26.862 garantizaba a todas las personas. A partir de ahora, la restricción sólo será una cuestión de edad.

## **XI. CONCLUSIÓN**

La negativa por parte del servicio de salud a cubrir la prestación de las TRHA era una causa frecuente de reclamos judiciales en nuestro país. La realidad demostraba que las mayorías de las personas que necesitaban recurrir a estos tratamientos no podían afrontar sus costos, lo que originó un camino de reclamos judiciales y presiones sociales en busca de una Ley que regulara la problemática que se generaba por el uso de las TRHA y sobre todo en lo relacionado a la cobertura de las mismas. Ello llevó, en el año 2013, al dictado de la Ley 26.862.

Antes de la existencia de la ley 26.862 se apreciaba una incertidumbre acerca de la obligatoriedad o no del sistema de salud a hacerse cargo de los tratamientos para acceder a la posibilidad de ser padres mediante las TRHA. Una vez sancionada la norma, lejos de resolverse el problema, las obras sociales y medicinas prepagas parecían no entender que se encontraban OBLIGADAS a dar cobertura al 100% para este tipo de prácticas. Fue por ello que llovieron los amparos para obtener la cobertura de salud, muchos y analizados fueron los argumentos utilizados por los obligados, pero, afortunadamente, las decisiones jurisprudenciales se mantuvieron una misma línea, pronunciándose por la total cobertura.

La Ley 26.862, permite el acceso a las TRHA a todos los supuestos en que se desee alcanzar la paternidad/maternidad aún sin presentar ninguna patología en la capacidad reproductiva, o como se evidencia en la jurisprudencia analizada, cualquiera

sea la patología que presenten. El sistema de salud tiene el deber -según se demostró a lo largo de los temas desarrollados-, de cumplir con las obligaciones que le caben para garantizar los derechos humanos y entre ellos, el acceso al progreso científico para satisfacer el deseo de quienes quieren ser padres o madres. La sanción de esta Ley Nacional garantiza el acceso igualitario a la medicina reproductiva y representa un largo camino de lucha llevada a cabo por los particulares y el cumplimiento de obligaciones constitucionales y convencionales relacionadas al desarrollo pleno del proyecto de vida de las personas. Su importancia radica en la ampliación de derechos, eliminando límites como la orientación sexual, conformación de pareja y principalmente barreras socio-económicas, que anteriormente recortaban ese derecho a ser padres o madres aunque, con la nueva resolución dictada por el Ministerio de Salud Nacional hace tan sólo días atrás, se establece un límite de edad para el acceso a estos tratamientos.

Al comenzar el trabajo, expresé que el objetivo del mismo sería analizar si el sistema de salud argentino cumple con la obligación impuesta por el artículo 8 de la Ley 26.862 de cubrir integralmente las TRHA y que, en caso de que no cumpla con dicha cobertura, me pregunté si interviene la justicia para dar una solución, y de ser así, qué solución es la que da. La realidad demuestra que ante la solicitud de los afiliados para que las TRHA sean cubiertas integralmente, las Obras Sociales y las empresas prepagas, varias veces, se niegan a hacerlo, lo que lleva a que los afiliados tengan que iniciar recursos de amparo, y de esta manera, lograr que sea la justicia quién termine intimando/obligando a las Obras Sociales y prepagas a que cumplan con la obligación del art. 8 de la Ley 26.862. Es decir que la justicia obliga a cumplir al sistema de salud con la cobertura integral de las TRHA sin importar el tipo de patología, ni edad, orientación sexual o conformación de pareja de quienes solicitaban las TRHA, esto es, que no se estableció ningún límite para el acceso a las TRHA. Es cierto que, como ya se mencionó y analizó, hubo dos excepciones en las que el STJ no obligó al sistema de salud a cumplir con la cobertura, pero es necesario recordar que fue debido a un caso de una intervención voluntaria (ligaduras de trompas) y el otro a que la amparista quería llevar a cabo la TRHA en un centro médico teniendo conocimiento que éste ya no se encontraba dentro de la cartilla de la Obra Social a la que era afiliada, y que además, aún no se había realizado ningún estudio en ese centro. Con esto quiero dejar en claro que, en ambos casos, los argumentos utilizados por la justicia para eximir de cumplir con la cobertura al sistema de salud nada tuvieron que ver con los límites que hacía mención anteriormente.

Llegué a esta conclusión luego de analizar la jurisprudencia de Río Negro con la normativa vigente en su oportunidad. La resolución 1044/2018, recientemente sancionada, vino a modificar la Ley 26.862 estableciendo un límite al acceso de las TRHA. Será cuestión de un futuro análisis el impacto que esta genere en los amparos presentados en nuestra provincia de aquí en adelante. Lo que sí queda claro, es que, a partir de ahora, el sistema de salud argentino cuenta con un argumento válido para negarse a cubrir de manera integral las TRHA.

Sea como fuere, lo cierto es que, como sostienen algunas autoras, “la filiación por naturaleza requiere, las relaciones sexuales y el embarazo; las TRHA, del procedimiento medico; la adopción, del procedimiento judicial. En todas, lo deseable es que el elemento movilizador para llegar a ser padre o madre sea el amor”.<sup>41</sup>

## XII. BIBLIOGRAFÍA

### DOCTRINA

- Aizenberg Marisa S. (2012). “El tratamiento legal y jurisprudencial de las técnicas de reproducción humana asistida en Argentina”, en Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso (Eds). *Revista de Derecho Privado, Año 1, N° 1* pp. 47-72. Ediciones Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.
- De Rempel Noemi G. (2016) *La protección jurídica del embrión*. Editorial EDIAR.
- Fernández Silvia Eugenia (2015). *Tratado de Derecho de Niños, Niñas, Adolescentes* Tomo II. Editorial Abeledo Perrot.
- Gil Domínguez Andrés (2014). *La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico*. Editorial Ediar.
- Gil Domínguez Andrés (2015). “El derecho a la identidad genética y las TRHA en el Código Civil y Comercial”.

---

<sup>41</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Lamm, Eleonora, “Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino.”, *Revista de Derecho Privado, Año 1, N° 1*, Ediciones Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, marzo de 2012, Pág. 13.

<http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2017/10/GIL-DOMINGUEZ-El-derecho-a-la-identidad-gene%CC%81tica-y-las-TRHA-en-el-Co%CC%81digo-Civil-y-Comercial.pdf> □

- Grosman Cecilia (1991). *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*. Editorial Abeledo Perrot.

- Herrera, Marisa - Lamm, Eleonora (2012). “Una trilogía sobre las bases constitucionales del derecho filial en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil: técnicas de reproducción humana asistida (Bleu). Segunda parte”. <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2017/10/HERRERA-Y-LAMM.-PARTE-II-Una-trilogi%CC%81a-sobre-las-bases-constitucionales-del-derecho-filial-en-el-Anteproyecto.pdf> □

- Herrera Marisa y Lamm Eleonora (2013). “Cobertura médica de las técnicas de reproducción asistida. Reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia”, *Diario La Ley*. (31/07/13). [http://www.sergiopasqualini.com.ar/wp-content/mh\\_el\\_la-ley\\_coment\\_regla\\_ley\\_cobertura\\_31072013.pdf](http://www.sergiopasqualini.com.ar/wp-content/mh_el_la-ley_coment_regla_ley_cobertura_31072013.pdf) □

- Ingenieros (1976). *Las fuerzas morales*. Editorial Santiago Rueda. (Obra Póstuma).

- Junyet Bas De Sandoval Beatriz María (2016). *Fecundación Asistida e identidad personal*. Editorial Astrea.

- Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Lamm, Eleonora (2012). “Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino.”, en Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso (Eds). *Revista de Derecho Privado, Año 1, N° 1*, pp. 3-46. Ediciones Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

- Krasnow, Adriana Noemí (2007). “El derecho a la identidad de origen en la procreación humana asistida”. <http://www.bioetica.org/cuadernos/contenidos/KRASNOW2.HTM> □

- Lacruz Berdejo J.L. (2008). *Elementos de Derecho Civil*. Tomo IV. Editorial Dykinson.
  
- Lorenzetti Ricardo Luis, Highton de Nolasco Elena y Aída Kemelmajer de Carlucci. (2012). “Fundamentos del anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación”. [http://www.lavoz.com.ar/files/FUNDAMENTOS\\_DEL\\_ANTEPROYECTO\\_DE\\_CODIGO\\_CIVIL\\_Y\\_COMERCIAL\\_DE\\_LA\\_NACION.pdf](http://www.lavoz.com.ar/files/FUNDAMENTOS_DEL_ANTEPROYECTO_DE_CODIGO_CIVIL_Y_COMERCIAL_DE_LA_NACION.pdf) □
  
- Rosales Pablo (2015), “Obras Sociales, empresas de medicina prepaga y responsabilidad estatal. Obligaciones para la satisfacción de derechos fundamentales de niños y adolescentes” En Silvia Eugenia Fernández (Ed.) *Tratado de Derecho de Niños, Niñas, Adolescentes* Tomo II, pp. 2205/2223. Editorial Abeledo Perrot.
  
- Subies Laura (2005). *El derecho y la discapacidad*. Editorial Cathedra Jurídica.
  
- Zannoni, E., Bossert, G. (1989). *Manual de Derecho de Familia*. Editorial Astrea.
  
- Marisa Herrera, entrevista en el Programa “Dimensión Salud”. 2016. [https://www.youtube.com/watch?time\\_continue=2&v=9f7KQm8CRjs](https://www.youtube.com/watch?time_continue=2&v=9f7KQm8CRjs) (min. 24:04).

**NORMATIVA:**

- Código Civil y Comercial Argentino.
  
- Constitución de Río Negro
  
- Constitución Nacional Argentina
  
- Convención Americana de Derechos Humanos
  
- Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

- Convención sobre los Derechos del Niño
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Decreto Reglamentario 956/2013.
- Ley 26.862: “Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida”.
- Pacto de San José de Costa Rica.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Resolución 1044/2018.

**JURISPRUDENCIA:**

- "TORTAROLO, MARINA S/AMPARO (F) S/APELACION" (Expte. N° 26824/13 -STJ-).
- "CANCELA, FERNANDO LUIS Y FLORES, ANALIA VERONICA C/ I.PRO.S.S. – S. AMPARO (F) S/APELACION” (Expte. N° 28894/16 -STJ-).
- "FRANZESI, PAULA C/ IPROSS S/ AMPARO S/ INCIDENTE ART. 250 S/ APELACION" (Expte. N° 28893/16 –ST)
- “MARIEZCURRENA, VIVIANA VANESA C/ UNION PERSONAL S/ AMPARO S/ INCIDENTE ART. 250 S/ APELACION" (Expte. N° 28876/16 -STJ-)



- "DALLAS, GABRIELA A. C/ MEDICUS S.A. S/INCIDENTE PPAL. 25031/13 –DR GIRAUDY- S/APELACION" (Expte. N° 27058/14 -STJ-)
  
- "FRESCO SILVINA BEATRIZ C/O.S.D.E. S/AMPARO (I) S/APELACION" (Expte. N° 27267/14 -STJ).
  
- "ELENA MARIA DE LOS ANGELES C/UP (ACCORD SALUD) S/ AMPARO (E-S) S/APELACION" (Expte. N° 27451/14 -STJ-).
  
- "MOSQUERA, JIMENA Y ANTONINI, MARIO C/OBRA SOCIAL DE EMPLEADOS EN ENTIDADES DEPORTIVAS Y CIVILES (OSPEDYC) S/AMPARO S/APELACION" (Expte. N° 27817/15 -STJ-).
  
- "VAZQUEZ, Mónica E. y Otro C/ UNION PERSONAL S/ INCIDENTE ART. 250 S/ APELACION" (Expte. N° 28717/16 -STJ-).
  
- "SANCHEZ MARCO ANTONIO DANIEL Y OTRA C/ UNO SALUD S.A. S/ AMPARO (I) S/ APELACIÓN" (Expte. N° 27710/15 -S.T.J.-).
  
- "GIAMBARTOLOMEI, FLORENCIA CAROLINA C/ O.S.D.E. S/ AMPARO (E-S) S/ APELACIÓN" (Expte. N° 27993/15 -S.T.J.-).
  
- "CAVA, LORENA C/ OSDE S/ ACCION DE AMPARO (ART. 43 C. PCIAL) S/ APELACIÓN" (Expte. N° 28572/16 -S.T.J.-).
  
- "RODRIGUEZ, SANDRA LORENA C/ OSDE S/ ACCION DE AMPARO (cc) S/ APELACIÓN" (Expte. N° 28740/16 -S.T.J.).
  
- "VAELLO, ANDREA MARIANA Y ARIAS, LUIS DARÍO S/ AMPARO (F) S/ APELACION" (Expte. N° 29448/17 -S.T.J.).
  
- "CASTAÑEDA, LILIANA N. C/ GALENO ARGENTINA S.A. S/ ACCION DE AMPARO S/APELACIÓN" (Expte. N° 28598/16 -STJ-).

- "GIMENEZ MORESCO, MARIANA C/ ACCORD SALUD -OBRA SOCIAL UNION PERSONAL S/ AMPARO S/ INCIDENTE ART. 250 S/ APELACION" (Expte. N° 28934/16 -S.T.J.-).

- "FUENTES, SILVIA PAOLA C/ UNION PERSONAL (UP) S/ AMPARO (E-S) S/ APELACION" (Expte. N° 28341/16 -STJ-).