

Título: La pregunta por el límite en materia de cobertura integral de técnicas de reproducción humana asistida. Una ocasión para el análisis

Autor: Salituri Amezcua, María Martina

Publicado en: RDF 2016-V, 07/10/2016, 60

Cita Online: AR/DOC/4712/2016

(\*)

#### I. Introducción. Texto y contexto de las TRHA en la legislación argentina

El escenario que nos convoca en esta ocasión nos lo brindan tres fallos que se refieren a dos casos, ocurridos en las provincias de Entre Ríos y Chubut durante fines del año 2015 y principios de 2016.

El hilo común de estos supuestos judiciales, que permite trazar entre ellos un análisis jurídico transversal, es la cobertura médica en materia de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) y, puntualmente, la existencia o no de límites (y en caso afirmativo, cuáles serían) a la cobertura de los tratamientos de alta complejidad.

Resulta oportuno recordar brevemente, para situarnos en texto y contexto, que las TRHA se encuentran reguladas legislativamente en nuestro país, a nivel nacional, desde el año 2013. Justamente fue con motivo de su cobertura médica que se sancionó el primer cuerpo normativo de carácter federal [\(1\)](#) que nombró y conceptualizó jurídicamente a estas técnicas [\(2\)](#), a través de la ley nacional 26.862 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-Asistenciales de reproducción médicamente asistida, reglamentada un mes después de su promulgación por el decreto 956/2013.

Como nota distintiva, esta legislación se caracteriza por su amplitud, conectando los derechos humanos reproductivos con la garantía de su acceso integral e igualitario, a fin de permitir así su ejercicio pleno, plural y democrático. El decreto vino a reforzar este aspecto garantista a través de, en palabras de Herrera y Lamm, una reglamentación que amplió el derecho humano a formar una familia; en este sentido, y más allá de algunas consideraciones críticas de mayor y menor envergadura, se deduce de sus preceptos que "no puede, ni debe, ni pretende, limitar el acceso a la cobertura médica sino, por el contrario, facilitar su aplicación práctica señalando cuáles son los requisitos para el cumplimiento de tal loable finalidad. Esto queda claro desde sus primeros párrafos" [\(3\)](#).

Hacia fines del año 2014 se sancionó finalmente el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (CCiv.yCom.), que entró en vigencia en agosto de 2015 y a través del cual se reguló las TRHA como una tercera causa fuente filial independiente [\(4\)](#), sobre la base de los principios de justicia, dignidad y seguridad jurídica, otorgando de esta manera una especificidad legal a la materia que la realidad hacía tiempo venía reclamando [\(5\)](#). Como los tiempos políticos no son necesariamente los de los hechos ni los del derecho, la ley de cobertura de TRHA entró en vigor mucho antes que el CCiv.yCom. En este sentido, sin embargo, la coherencia legislativa fue previsoras (lo cual es de toda lógica, ya que ambas legislaciones comparten el mismo horizonte: los derechos humanos reconocidos por el bloque de constitucionalidad federal) y la ley de acceso integral se ajustó armónica e inter-sistémicamente al CCiv.yCom. proyectado que, luego, devendría en ley [\(6\)](#).

Dentro de este corpus normativo que regula jurídicamente la irrupción de la biotecnología en los derechos reproductivos de las personas y en las formas de pensar y ejercer el derecho "a" y "en" las familias [\(7\)](#), el engranaje que estaría adeudando el actual sistema jurídico es el de una ley especial que termine de ocluir el círculo regulatorio en la materia. De esta forma, además de estructurarse y preverse los efectos jurídicos de dos pilares básicos de las TRHA como son la filiación (ya que el objetivo último de estos procedimientos es la procreación) y la cobertura médica (con la finalidad de la garantía de su acceso), es necesario que se regulen en una ley especial integral [\(8\)](#) las restantes particularidades de estas técnicas que cruzan transversalmente todas las ramas del derecho y exigen una "vuelta de tuerca" que armonice sus especificidades con el sistema jurídico en su conjunto [\(9\)](#).

Pero volviendo al inicio de esta cronología legislativa y centrándonos en el tema que nos convoca y fue puntapié de la regulación de las TRHA en el país, cabe preguntarnos: ¿ya está todo dicho en materia de acceso integral a estas técnicas? Los supuestos judiciales que me propongo comentar visibilizan la existencia de debates hermenéuticos en pleno movimiento y progresividad. Como se vaticinó con acierto, "ha llegado el temido tiempo de la verdad, en el que las prácticas interpelen a la ley. En otras palabras, en que se pueda ver, mostrar y profundizar acerca de cuán extensa o estrecha es la brecha entre derecho y realidad cuando de acceso, cobertura y familias —siempre en plural— se trata. ¿Habrá concluido una etapa de las TRHA en lo que a cobertura se refiere? Este es el nuevo interrogante que se inaugura tras el dictado del decreto 956/2013" [\(10\)](#), y es justamente el interrogante que abre nuestras interpelaciones a la luz de los casos en comentario.

## II. Delimitación del objeto de análisis

En esta oportunidad, el análisis se enmarca en la pregunta sobre el límite cuantitativo de la cobertura de tratamientos de alta complejidad que debe considerarse como integrante del Programa Médico Obligatorio (PMO), de acuerdo a las prescripciones de la legislación nacional de acceso integral a las TRHA.

El art. 8° de la ley 26.862 prevé que el sistema de salud (incluyendo sus diversos sub-sistemas: público, seguridad social y privado) [\(11\)](#) debe incorporar como prestaciones obligatorias "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", quedando asimismo incluidos en el PMO "los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos", es decir, las técnicas de criopreservación y de vitrificación.

En su reglamentación, el párr. 3° del art. 8° del decreto 956/2013 puntualiza que "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".

La norma es explícita en cuanto al límite máximo de cuatro tratamientos por año para los supuestos de baja complejidad, más allá de que podamos introducir alguna discusión en relación al modo de contar ese plazo anual [\(12\)](#), el límite es claro. Ahora bien, en cuanto a la cantidad de tratamientos de alta complejidad, la pregunta que ha aflorado con intensidad ascendente y disparidad de criterios en los intentos, tanto judiciales como doctrinarios, por responderla es: si el límite máximo de tres tratamientos de alta complejidad debe entenderse también anualmente o "de por vida".

La inclinación por la primera posición se apoya en que la ley omite aclarar expresamente el período de tiempo que abarcaría ese límite de tres tratamientos, interpretándose ese silencio en relación a la finalidad de la norma, entendida como la cobertura integral, amplia y plural a la luz de los derechos humanos cuyo goce y ejercicio se encuentra implicado en la ley de acceso, como ser: los derechos reproductivos, la autonomía, la vida privada y familiar, el derecho a fundar una familia, la salud, la igualdad y el goce del progreso científico. Lo cual haría pesar la balanza hacia la interpretación más amplia y laxa del precepto en cuestión, equiparando el límite temporal al período anual establecido para los tratamientos de baja complejidad.

Por otro lado, la segunda posición se centra en entender, por el contrario, que esa omisión al período anual implicaría que la norma está estableciendo una diferencia al respecto entre los supuestos de baja y los del alta complejidad, siendo que en estos últimos el límite máximo sería de tres en total, es decir, de por vida. Este punto de vista también se ancla sobre la base del bloque de constitucionalidad federal y es reforzado a través del argumento de la escasez de los recursos, tema ineludible y siempre tensionante en materia de derechos sociales, como lo es el acceso a los servicios de salud, y del principio de solidaridad.

No obstante este binarismo simplificado, expuesto en esta instancia a los fines de presentar la temática, se pueden observar matices y complejidades que los casos judiciales en análisis permiten poner de resalto. Vayamos entonces, sin más demora, a los supuestos convocantes.

## III. Los casos. Plataformas fácticas y jurídicas

### 1. El caso entreterriano

Se trata del fallo dictado el 24/11/2015 por el Juzgado Federal n. 2 de Paraná, provincia de Entre Ríos, en autos "G., D. I. M. y otro v. Obra Social de Comisarios Navales (OSOCNA) y otro s/amparo ley 16986".

Una pareja casada interpuso acción de amparo contra su obra social, OSOCNA, y contra la obra social OSDE (ya que la primera brindaba sus prestaciones a través de esta última) con el objeto de que se les ordene a ambas la cobertura integral, del 100%, de la TRHA de alta complejidad ICSI [\(13\)](#), incluyendo honorarios médicos, exámenes de diagnóstico, medicamentos y criopreservación de embriones. Asimismo, exigieron a la judicatura que se le aclare a la parte demandada que, en caso de resultar infructuoso el intento, tendrían los actores derecho a realizarse hasta tres tratamientos de alta complejidad por año, con intervalo de tres meses entre cada uno, hasta conseguir el nacimiento.

Señalaron que, por indicación médica y luego de varios intentos fallidos, se les prescribió un procedimiento de alta complejidad ISCI por factor masculino severo y por factor tuboperitoneal alterado por endometriosis-oligoanovulación.

Por su parte, la obra social OSOCNA manifestó que ya había procedido a la cobertura de dos tratamientos de este tipo y a una transferencia embrionaria, sosteniendo, en consecuencia, que no iba a cubrir más técnicas de alta complejidad al considerar que la ley 26.862 incluiría dentro del PMO un máximo de tres y que éstas ya habían sido cubiertas. Por su parte, OSDE adoptó una postura similar, sosteniendo que el límite legal de tres tratamientos ya había sido cubierto, así como que existían muchas maneras de formar una familia, por ejemplo, a través de la adopción, y que la obra social no debía afrontar el costo de ilimitados tratamientos para satisfacer el deseo de tener un hijo biológico.

En este marco, el Juzgado Federal n. 2 de Paraná interpretó los postulados de la ley de cobertura y su decreto reglamentario a la luz del enfoque de derechos humanos (14) y, partiendo de la idea de la infertilidad como enfermedad (15), consideró que "conforme los más altos parámetros en cuanto a la protección del derecho a la salud de las personas, no puede interpretarse que el legislador haya querido limitar a tres tratamientos de fertilización asistida de alta complejidad de por vida, esto no sería acorde con todo lo que se ha legislado a nivel internacional en materia de protección de los derechos de las personas en materia de fertilización asistida". Explicando, en lo relativo al derecho a la conformación y planificación familiar, que no le corresponde a la parte accionada "entender y, de alguno modo, establecer la forma en que los actores deben formar una familia, sugiriendo la posibilidad de adopción, en este punto la demandada se entromete en la vida privada de las personas y en las decisiones que como pareja establecen a los fines de formar una familia".

En consecuencia, hizo lugar a la pretensión de amparo, ordenando a las obras sociales brindar la cobertura en un 100%, en forma efectiva e ininterrumpida, del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad ICSI, incluyendo honorarios médicos, exámenes de diagnóstico, medicamentos y criopreservación de embriones, haciéndole saber a la demandada que debería cubrir tres tratamientos de alta complejidad por año, requieran o no ovodonación y/o donación de esperma y/o criopreservación de espermatozoides/ovocitos y embriones, según prescripción médica, con intervalo de tres meses entre cada uno.

## 2. El caso de Chubut

El otro caso se enmarca en los autos "P., E. I. v. Swiss Medical S.A s/amparo" y se visibiliza a través de dos sentencias: la primera dictada en diciembre de 2015 por el Juzgado de Familia n. 1, Secretaría n. 1, de Esquel y la segunda de febrero de 2016 de la Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut.

Los hechos judiciales se relatan a raíz de una acción de amparo interpuesta por una mujer contra la empresa de medicina prepaga a la que se encontraba afiliada, con la pretensión de obtener la cobertura integral, del 100%, de la prestación de fertilización asistida por técnica FIV (16) con ovodonación, o cualquier técnica o procedimiento que determine el profesional médico tratante, hasta la consecución del embarazo, incluyendo los gastos totales de medicación y crioconservación de embriones. Interpuso asimismo, junto a la demanda, una medida cautelar innovativa a fin de obtener la pronta realización del tratamiento dada su edad avanzada (en lo que a estos tratamientos se refiere) y su estado de salud.

La actora relató su deseo de procrear junto a su pareja conviviente, no habiendo podido concretarlo por vía natural. Manifestó tener 42 años de edad, diabetes grado II, hipotiroidismo y trombofilia hereditaria, con antecedentes de fracaso de embarazos y dos intentos fallidos de FIV, ante lo cual se le hubiera diagnosticado insuficiencia ovárica irreversible e indicado médicamente realizar TRHA de alta complejidad con ovodonación. También sostuvo la amparista la existencia de obstáculos, demoras e incumplimientos reiterados por parte de la demandada en el marco de la cobertura de dos tratamientos anteriores.

Por su parte, la empresa de medicina prepaga alegó en su responde que debía rechazarse la pretensión del acceso a la técnica de fertilización asistida con ovodonación en forma ilimitada, considerando que la ley establece un límite total de hasta tres tratamientos FIV ICSI. En este sentido, manifestó haber autorizado ya dos tratamientos de este tipo y que el tercero (con ovodonación) se encontraría en proceso de autorización en el centro médico correspondiente. Asimismo, negó tener una obligación legal de suministrar a la accionante, sin costo alguno, la medicación relativa al tratamiento FIV con ovodonación y, mucho menos, respecto de la donante. Finalmente, sostuvo que ninguna criopreservación puede serle impuesta, ya que había otorgado dos tratamientos previos y se encontraba tramitando un tercero y último, por lo que correría por cuenta de la actora el costo de una eventual crioconservación de embriones a raíz de este último tratamiento, así como también ulteriores implantaciones.

### a) Primera instancia

La cautelar fue resuelta, primeramente, dadas sus características procesales, ordenado el juzgado de grado que la prepaga cubriera de manera integral el tratamiento de fertilización asistida con ovodonación, en un 100%, incluyendo medicación y todo gasto que irrogue su implementación (como ser, los tests diabéticos) y la cantidad de tratamientos FIV que de acuerdo a la consideración del médico tratante se requieran hasta lograr el

embarazo.

Respecto del amparo, la jueza parte de considerar a la salud como valor y derecho humano fundamental protegido por las normas de más alta jerarquía de nuestro ordenamiento y entendiendo, como parte del derecho a la salud, a la "salud genésica" que "significa que la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección, así como el derecho de acceso a los pertinentes servicios de atención de la salud que, por ejemplo, permitirán a la mujer pasar sin peligros las etapas de embarazo y parto". Sobre esta base, partió de la premisa de que "el ejercicio del derecho a la salud no requiere de justificación alguna primordialmente por tratarse de un derecho humano, y lo que sí debe ser justificada es su restricción, limitación, prohibición o negación".

Para ello la magistrada se basó principalmente en la finalidad de la norma e interpretó el alcance de la alocución "cobertura integral" de acuerdo a los fundamentos del decreto reglamentario 956/2013, sosteniendo que el acceso integral a las TRHA es un derecho que se funda en los derechos a la dignidad, a la libertad y a la igualdad de toda persona humana, por lo que bajo este argumento entendió que se debía refutar la posición de la empresa demandada que pretendía diferenciar cobertura "integral" de cobertura del "100%".

Asimismo, abordó la interpretación del derecho de la amparista de acceder a tres procesos de fertilización asistida de alta complejidad entendiendo que la "cuestión reposa en determinar si ellos son anuales o, como lo dice el contrato de adhesión, si se limitan a ese número por todo el tiempo de afiliación". En este sentido, aclaró la jueza que si bien "es cierto que la norma indica expresamente que los tratamientos de baja complejidad serán hasta cuatro por año, y no hace lo propio con los de alta complejidad, establece una frecuencia mínima —y no máxima, como en el anterior supuesto— de plazo entre un tratamiento y otro", así concluye que cuando "la reglamentación de la ley de cobertura hace referencia a los tres tratamientos y sus intervalos, se refiere a la posibilidad de acceder a esa cantidad de intentos en un año contado desde el primero de los procedimientos. Es de hacer notar que la diferencia con las de baja complejidad estriba en que la cantidad es superior en una técnica, si tomamos en cuenta que para aquéllas el tope se fija en 4".

Por ende, resolvió hacer lugar al amparo, condenando a la prepaga a proveer la cobertura integral (100%) de los tratamientos de fertilización asistida de alta complejidad con ovodonación necesarios hasta la consecución del embarazo y con un máximo de tres intentos anuales, incluyendo medicación, honorarios profesionales, crioconservación de gametos y embriones y todo procedimiento científico necesario conforme a la realidad de la paciente.

#### b) Segunda instancia

Respecto de la medida cautelar, la sentencia interlocutoria de primera instancia que la acogiera fue apelada por la parte demandada. Frente a lo cual la Cámara de Apelaciones resolvió confirmarla en su totalidad, obligando a la empresa a solventar la cobertura integral, consideró que no se acreditó la insolvencia de la actora y que, eventualmente y a las resultas de la sentencia final, podría la accionada repetir lo sufragado.

En cuanto al amparo, la Cámara se basó principalmente en una interpretación amplia de los postulados de la ley de cobertura en materia de TRHA y su decreto reglamentario, tanto en cuanto a sus palabras como en cuanto a su finalidad, reparando principalmente en el art. 8° y en los arts. 1° y 2° de ambas normativas, de donde se desprende su objeto integral.

Dentro de este marco normativo, la alzada expresó mantener una postura que venía sosteniendo en diversos pronunciamientos en el sentido de que la obligación de cobertura de la empresa de medicina prepaga de "tres tratamientos de reproducción medicamente asistida con técnicas de alta complejidad con intervalos de tres meses entre cada uno de ellos lo es de manera anual como lo indica el art. 8° del decreto 956/2013 para los tratamientos de baja complejidad" (voto de Petris). Entendió, así, que "intentar limitar los tratamientos de alta complejidad por única vez a tres intentos no es el criterio que ha prevalecido. La jurisprudencia ha entendido la anualidad tanto para los de baja complejidad como para los de alta complejidad y conforme lo llevo dicho, es el criterio de esta Cámara" (voto de Magallanes).

Hasta aquí el tribunal parecía mantener un criterio coincidente al del a quo; no obstante, a continuación expuso la siguiente salvedad: "debe quedar en claro que los tratamientos se llevarán a cabo hasta un máximo de tres anuales. Después del año será el médico tratante quien indicará la continuación o no, pero no de manera incierta como lo dice la sentencia hasta lograr el embarazo" (voto de Petris). Consideró que "al no haber, al menos no lo dice la sentencia, un estudio previo que indique un cálculo de probabilidad o porcentaje de éxito del tratamiento, no puede condenarse a Swiss Medical SA hasta obtener el embarazo, salvo que por expresa orden médica se indique lo contrario", por lo que "conforme con lo dispuesto en la ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013, son tres intentos anuales de tratamiento de alta complejidad con intervalos de tres

meses entre cada uno de ellos, pero no puede condenarse hasta la consecución del embarazo, como un resultado teórico, incierto, mientras no esté justificado por la ciencia médica" (voto de Magallanes).

En consecuencia, y por unanimidad, la Cámara resolvió confirmar en lo sustancial la sentencia apelada, modificándola en cuanto a que los tratamientos se llevaran a cabo hasta un máximo de tres intentos anuales con intervalos de tres meses entre cada uno de ellos, siendo, después del año, el médico tratante quien indicará la continuación o no.

IV. Los derechos reproductivos y el derecho a la salud. La interconexión e interdependencia de los derechos humanos

Constituye un punto de partida obligado, y ello se observa en los considerandos de las sentencias en análisis, la vinculación entre TRHA y derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en el caso "Artavia Murillo y otros v. Costa Rica", del 28/11/2012 (17), ha puesto de resalto esta conexión al involucrar estas técnicas los derechos humanos a: la vida privada y libertad reproductiva; el desarrollo de la personalidad; fundar una familia; la integridad física y psíquica; el goce y beneficio del progreso científico y la salud reproductiva. Es esta última vinculación la que, principalmente, se pone de relieve en este análisis.

Los derechos reproductivos son derechos humanos (18), así se lo ha admitido de manera expresa en el plano internacional —como también en el nacional y provincial— al establecer que estos derechos "se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas y todas las personas a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello, y el derecho a disfrutar del más elevado posible nivel de salud sexual y de salud de la reproducción. También incluyen el derecho de todos a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia" (Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 1994).

Es decir que los derechos reproductivos incluyen el derecho a la salud reproductiva, que es a su vez una especie del género derecho a la salud. Este último se halla ampliamente reconocido a través de varias disposiciones del bloque de constitucionalidad federal, tanto en la Constitución Nacional (arts. 14, 33 y 75, inc. 22) como en instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por el país, principalmente en el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y el art. 10 del Pacto de San Salvador (19), siendo, en consecuencia, catalogado dentro de los llamados "derechos económicos, sociales y culturales" (DESC).

En consonancia con la noción amplia de salud definida por la Organización Mundial de la Salud, la Plataforma de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995) consideró que 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", por lo que "entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia" (punto 94).

Finalmente, cabe considerar que el Comité de DESC de las Naciones Unidas, en su última observación general 22 sobre "el derecho a la salud sexual y reproductiva (art. 12 PIDESC)" (20), publicada el 2/5/2016, estableció que este derecho es una parte integrante del derecho de toda persona al más alto nivel de salud física y mental alcanzable, resaltando cuatro características centrales de la atención de la salud sexual y reproductiva: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, así como su interrelación con el derecho a la educación y la no discriminación.

En suma, la noción de salud reproductiva implica establecer, como dije al comienzo, la necesaria vinculación jurídica entre los derechos reproductivos y la garantía de su acceso igualitario e integral a través del sistema de salud. Al decir de Ferrajoli, "las leyes, en pocas palabras, son tanto más vinculantes cuanto más vinculadas estén" (21).

Este aspecto fue puesto de resalto por la Corte IDH en el mencionado caso "Artavia Murillo", al entender que "el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho" (párr. 146), por lo tanto, "los derechos a la vida privada y a la integridad personal se hallan también directa e inmediatamente vinculados con la atención de la salud. La falta de salvaguardas legales para tomar en consideración la salud reproductiva puede resultar en un menoscabo grave del derecho a la autonomía y la libertad reproductiva" (párr. 147).

He aquí la cuestión de la cobertura médica y la determinación del PMO en materia de TRHA. La cual ya había sido tratada y analizada por la doctrina y la jurisprudencia antes de la sanción de la ley 26.862 y su



decreto reglamentario (22) y que entiendo, en líneas generales, presenta al menos dos relevantes aristas interdependientes a considerar: i) el sistema de salud y el principio de universalidad y ii) la escasez y el principio de solidaridad.

En cuanto a la primer arista, cabe comenzar considerando las particularidades de las relaciones médico-paciente en la actualidad donde intervienen una pluralidad de sujetos que dan lugar a vínculos mediados de distintos tipos, en este contexto el sistema de salud en nuestro país se integra por tres subsectores que tienen cada uno sus especificidades: el sistema público, el sistema de la seguridad social (obras sociales) y el sistema privado (empresas de medicina prepaga). En todos estos supuestos, aunque de diferente forma, rige el principio de solidaridad y existe una participación colectiva, ya sea mediante los tributos, los aportes y contribuciones o la cuota de afiliación, respectivamente, que se interrelaciona con una distribución/redistribución entre los beneficiarios (y de acuerdo a sus necesidades) a fin de garantizar la universalidad en la cobertura.

Se trata de una finalidad pública regida por la meta del acceso igualitario, donde la responsabilidad del Estado (que gravitará con diferente intensidad y características según cada subsistema) es ineludible, puesto que lo que está en juego es la salud reproductiva, entendida como derecho humano. Asimismo, las empresas de medicina prepaga y las obras sociales tienen un compromiso social que las obliga a tener en cuenta las efectivas necesidades de los pacientes y no, principalmente, las ganancias y costos que genera su actividad (23).

Respecto de la segunda arista, parto de la premisa de que todos los derechos implican un costo, por lo tanto se vinculan al presupuesto y las finanzas públicas. No obstante, ello ha sido mayormente puesto de resalto en referencia a los DESC, dentro de los cuales, recordemos, se encuentra el derecho a la salud y, por ende, el derecho de acceso a la salud reproductiva.

Estos derechos históricamente han sido asociados a acciones estatales (obligaciones positivas, de hacer) como derechos prestación y condicionados, en mayor medida que los derechos civiles y políticos (DCP), a las atribuciones de los poderes políticos del Estado (24). Desde hace varios años, un importante desarrollo teórico (25) ha venido a visibilizar críticamente que esta dicotomía no es tal como estructura jurídica "inevitable" sino que es fruto de la voluntad política. Concretamente, las obligaciones asumidas por el Estado respecto a los DESC establecen la particularidad de un compromiso "hasta el máximo de los recursos de que disponga", a fin de lograr "progresivamente" su efectividad (art. 2.1, PIDESC), limitación que no se ha establecido para los DCP. En este sentido, se han identificado como obligaciones genéricas de los Estados en materia de DESC a las siguientes: prohibición de discriminación, obligación de adoptar medidas inmediatas, obligación de garantizar niveles esenciales de derechos (contenido mínimo), obligación de progresividad y prohibición de regresividad (26).

Vinculando esta estructura jurídica con las particularidades de las TRHA, cabe mencionar, en primer lugar, que garantizar su acceso a todas las personas a través de la cobertura integral por todo el sistema de salud (aspecto que se relaciona con la arista anterior) implica respetar la obligación de igualdad y no discriminación, ya que, de lo contrario, sólo quienes contarán con los recursos económicos suficientes podrían acceder a estos procedimientos.

A su vez, en cuanto a la obligación de garantizar niveles esenciales del derecho a la salud, se ha entendido al respecto, incluso antes del dictado de la normativa de cobertura de las TRHA, que si bien "en principio, podríamos decir que no estamos en presencia de un contenido mínimo del derecho, es decir, una afectación tal que ponga en juego la vida" como sucede con otros casos "que han sido protegidos por la Corte Sup." (27), no debemos dejar de "reconocer la importancia del reconocimiento, también a nivel judicial, de la obligación que tiene el Estado de asumir los costos de los tratamientos de fertilización, pues el derecho a la fecundación forma parte del derecho a la salud, y, asimismo, de la autonomía de las personas, y el Estado está obligado a brindar garantías para que el mismo se desarrolle" (28), lo cual se refuerza con la aplicación de las obligaciones de progresividad y no regresividad, principalmente luego del dictado de la ley nacional 26.862 y su decreto 956/2013. Asimismo, y en vinculación con el principio de solidaridad, se ha dicho que "teniendo en cuenta la cantidad de afiliados o de personas que se benefician con el sistema de salud público", el porcentaje que presenta problemas de fertilidad es bajo (29).

Por ende, pareciera sobre esta base que, en líneas generales, el argumento de la escasez de recursos no resultaría por sí solo y en abstracto suficiente para denegar la cobertura integral que garantice el acceso igualitario a estas técnicas, ya que si bien no se encuentra en juego la supervivencia de la persona, sí lo están otros derechos humanos como la libertad reproductiva, la autonomía y el desarrollo del propio plan de vida. En este sentido, debemos tener en cuenta que las TRHA no sólo permiten traspasar la valla de la infertilidad médica (que es lo que se visibiliza en los casos en comentario), sino también de la infertilidad estructural, erigiéndose como condición de posibilidad para la conformación de organizaciones familiares homoparentales y

monoparentales.

Ahora bien, ¿integral es lo mismo que ilimitado? (30). En definitiva, las interpelaciones acerca de la cantidad de tratamientos de alta complejidad que debe incluir el PMO implica pensar en la posibilidad de establecer algunos límites dentro del marco del principio de proporcionalidad, entendido como "un criterio adecuado para determinar el contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el legislador y, correlativamente, un criterio apropiado para fundamentar, en sus aspectos sustanciales, las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes que intervienen en la órbita de tales derechos" (31).

#### V. Las diversas posturas hermenéuticas en torno a la cuestión

Como podemos observar, los casos en análisis revelan distintas cuestiones que subyacen a la cobertura médica de los tratamientos de alta complejidad, como ser: ¿qué se entiende por un tratamiento de alta complejidad?, ¿cuántos son los tratamientos de este tipo incluidos en el PMO?, ¿qué aspectos cubre la llamada "cobertura integral" en esta materia? Vayamos, entonces, a intentar responder estas preguntas o al menos, sin ser tan ambiciosos, a exponer distintas posturas o respuestas que se plantean frente a ellas para poder analizarlas.

a) Respecto a la primera cuestión, el art. 2º del decreto 956/2013 define a las técnicas de alta complejidad a los fines de la cobertura como "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", sin perjuicio de la habilitación a la autoridad de aplicación para determinar la inclusión de nuevos procedimientos y técnicas, siempre que hayan demostrado eficacia y seguridad con nivel de evidencia. No obstante, los fallos en análisis revelan algunas complejidades interpretativas.

En este sentido, la jueza de grado en el caso ocurrido en la provincia de Chubut explicitó que debe computarse como "un" tratamiento al FIV ICSI más la crioconservación de embriones sobrantes que se hayan generado con motivo de él e incluyendo, también, las ulteriores transferencias embrionarias de éstos (a lo cual, en algunos supuestos, se agregaría la donación de gametos). En cambio, la postura de las obras sociales —en ambos casos— fue la de considerar a cada una de estas etapas o procedimientos como un tratamiento distinto en sí mismo. He aquí la enorme diversidad de efectos jurídicos que tiene interpretar el concepto de "tratamiento de alta complejidad" de una u otra manera a los fines cuantitativos de la cobertura, pues en el primer caso estamos ante un tratamiento y en el segundo estamos, mínimamente, ante tres procedimientos distintos.

b) Frente el segundo interrogante, básicamente podemos detectar tres posturas jurisprudenciales que implican diversas extensiones del PMO: 1. tres tratamientos de por vida (restringida), 2. tres tratamientos anuales según indicación médica (amplia), y 3. tres tratamientos anuales hasta alcanzar el embarazo (amplísima) (32). Veamos.

1. La postura restringida es, dentro de las tres señaladas, la única que no ha sido adoptada en los fallos en comentario. No obstante, cuenta con acogida tanto judicial como doctrinaria. Así, se ha entendido que, de acuerdo a las palabras del decreto (una de las interpretaciones que indica el art. 2º del CCiv.yCom.), la expresión "anuales" se refiere sólo a los tratamientos de baja complejidad, por lo que el límite de tres tratamientos de alta complejidad no es anual sino total, considerando que la limitación se encuentra plenamente justificada desde el plano bioético por varios motivos: a) que todos los derechos son relativos en cuanto a la extensión de su ejercicio; b) que la propia naturaleza del sistema reproductivo humano influye negativamente en las posibilidades de éxito de los tratamientos a medida que pasa el tiempo y que la frustración que conlleva el fracaso de cada tratamiento ocasiona un ataque a la salud psicofísica de las y los peticionarios de él; y c) la evaluación del impacto de la cobertura a la luz del principio bioético de justicia, ya que las prestaciones de salud se cumplen mediante la disposición de recursos económicos, y éstos son finitos y deben ser distribuidos o administrados de manera consciente y responsable de acuerdo al principio de solidaridad que nutre al sistema de salud (33). En relación a este último punto, también se sostuvo que, ante la existencia de recursos finitos, la sociedad debe aceptar que al menos algunos tratamientos no podrán ser financiados con fondos públicos (34).

En el ámbito jurisprudencial se ha establecido esta postura, principalmente, sobre la base de la literalidad del texto, al interpretar que el art. 2º del decreto 956/2013 distingue "con toda nitidez entre un supuesto (técnicas de baja complejidad), cuya autorización previó de una temporalidad ('anuales') empleando el término 'máximo' respecto de ese acceso; de otro (técnicas de alta complejidad) en relación con el cual y contrariamente a lo recién transcripto, únicamente aludió al término 'hasta' para referir al número de intentos" (35), por lo que la letra de la norma resultaría "clara cuando al referirse concretamente a los tratamientos de alta complejidad los fija en el número de tres sin especificar que sea en forma anual" (36), poniendo así un límite a la cobertura de los procedimientos más complejos (y costosos). Consecuentemente, se entendió que la omisión de la anualidad "no

puede imputarse a falta de previsión del legislador, toda vez que si el legislador hubiera querido decir anuales para los dos tipos de tratamientos de reproducción asistida hubiera agregado la palabra anual luego de referirse a ambos procedimientos. (...) la interpretación de las normas no puede dejar de lado lo que ellas expresan con claridad en su letra, por lo que corresponde precisar lo decidido sobre la cantidad de intentos de alta complejidad limitándolo a la cantidad de tres en total" (37).

2. En cuanto a la segunda postura, observamos que es la adoptada por el juzgado de Entre Ríos y la Cámara de Chubut en sendos casos en comentario. Se interpreta el texto, más precisamente la omisión de la referencia al período temporal en el que se hallarían enmarcados esos tres intentos de alta complejidad, a través de una laxitud que entienden compatible con la finalidad de la norma (método de interpretación también reconocido por el art. 2º, CCiv.yCom.) y con los derechos y principios que emanan del bloque de constitucionalidad federal en las condiciones de su vigencia (38) (art. 75, inc. 22, CN), en virtud de lo cual se repara específicamente en los estándares emanados de la Corte IDH. Esto se pudo observar en los argumentos citados precedentemente en este trabajo al reseñar las resoluciones judiciales de los casos comentados. En cuanto a la interpretación de la norma, el juez de Paraná sostuvo que "no surge de los considerandos del decreto reglamentario 956/2013, ni del tercer párrafo de su art. 8º que, en cuanto a técnicas de alta complejidad, éstas se deban limitar a tres de por vida. Del análisis armónico de la norma en cuestión, surge claramente que se refiere a la cobertura anual".

Otros tribunales también han seguido esta línea. Por ejemplo, meses después del dictado del decreto 956/2013, en Mendoza se alzó un pronunciamiento que sintetiza esta postura interpretativa, considerándola como la adecuada a la redacción del texto, "ya que hubiese sido redundante volver a repetir la palabra 'anual' y si la ley hubiera querido limitar sólo a tres en todo tiempo lo debería haber hecho en forma expresa. Por ello, ante la duda se debe estar por la interpretación que mejor resguarde y favorezca el derecho a la salud protegido, máxime si no se han dado razones técnicas o científicas que aconsejen lo contrario. La interpretación efectuada por la magistrada de grado, que comparto, respeta la jurisprudencia de la Corte Interamericana que dijo: 'Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer esa clase de decisiones que correspondan en cada persona, como sería, en el caso, lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, que ocasionó que la fecundación in vitro no se practique en ese país" (39).

Algunos argumentos que pueden verificarse dentro de esta tesitura, además de los anteriores (silencio de la norma, finalidad de la legislación, principios y derechos que emanan del bloque de constitucionalidad federal), serían: a) la indivisibilidad del derecho a la salud, sosteniéndose que "la salud no es un bien divisible, por lo tanto, es difícil establecer cómo se determinará cuáles son los tratamientos que sí se brindarán y cuáles no, si lo mismo se hará teniendo en cuenta el costo del tratamiento, la edad de la persona, la cantidad de afectados, etc." (40); b) la consideración del PMO como un piso mínimo (41), lo cual "significa que las prestaciones que se reconocen como obligatorias en el PMO no constituyen un elenco cerrado y sin posibilidad de ser modificado en el tiempo en beneficio de los afiliados, pues semejante interpretación importaría cristalizar en un momento histórico, la evolución continua, incesante y natural que se produce en el ámbito de la medicina y en la noción de 'calidad de vida' que es esencialmente cambiante" (42); y c) la insuficiencia del argumento de la escasez como postulado abstracto en el marco de las interrelaciones entre presupuesto y concreción de derechos humanos, sosteniéndose que la "entidad de los derechos en juego obliga a requerir la prueba puntual de la negativa, eventualmente, del desbalance económico que irrogaría a la prestadora, y es entonces insuficiente ampararse en el principio de solidaridad, pues incluso como parte de él no todos los adherentes, afiliados o asociados tienen la misma labilidad en su salud, y sí todos aportan de manera uniforme, produciéndose allí el equilibrio económico que necesita la empresa para subsistir" (43).

Hasta aquí las posturas segunda (amplia) y tercera (amplísima) —que detallaremos a continuación— resultan similares y comparten fundamentos, la diferencia radica en que esta segunda tesitura no deja de preguntarse por el límite. Esto surge claro en el fallo de la Cámara de Chubut al entender que "(d)espués del año será el médico tratante quien indicará la continuación o no, pero no de manera incierta como lo dice la sentencia (de grado, que se enrola en la postura amplísima) hasta lograr el embarazo, en tanto ello sí importaría una condena incierta a la accionada y contra legem, iría contra los actos propios de la actora quien se apoyara en una ley en su pretensión de inicio que prescribe otra cosa distinta y que ni siquiera cuestionó al margen de que ello resultaría materialmente imposible de llevarse a cabo y tampoco se acreditó, al menos no se dijo o no se ve en la sentencia, que así fuera prescripto por profesionales de la salud".

En otros fallos también se han puesto de resalto las consecuencias jurídicas negativas de la carencia de límites en la materia, al sostener que "aunque haya toda una normativa internacional y una ley local que no deje



dudas que debe ordenarse el tratamiento dentro de los límites de la reglamentación, no está demás decir que en general la obligación de los médicos y por ende los tratamientos que ellos realicen implican una obligación de medios y no de resultado" (44), por lo que no corresponde extender la obligación hasta el embarazo sino evaluar con el paso del tiempo la necesidad de continuar o no con el tratamiento, sobre todo teniendo en cuenta la salud del o la paciente, ya que se trata de tratamientos invasivos (45).

3. Finalmente, la tercera postura es la del fallo de primera instancia de Esquel, Chubut, que admitió la obligación de cobertura hasta el logro del embarazo, tal como surge de la decisión y argumentos adoptados por la jueza reseñados en este trabajo y que en alguna medida, como dije recientemente, son similares con la postura anterior, pues comparten una misma base interpretativa inicial y, luego, se diferencian, ya que para esta tercera tesis no habría límites hasta alcanzar el resultado o, dicho de otro modo, el límite sería la obtención del resultado mismo.

Otros tribunales (46) también han seguido esta interpretación, obligando al sistema de salud a brindar la prestación de alta complejidad hasta la consecución del embarazo; así, se ha argumentado que "el acceso a los tratamientos de fertilización asistida debe garantizarse en un ámbito de libertad y respeto de la vida privada y familiar, sin diferencias discriminatorias, en miras de una paternidad y maternidad responsables y con ajuste a un criterio de proporcionalidad razonable entre los medios empleados y el fin que se persigue, cuyo cumplimiento no puede verse limitado por el piso mínimo impuesto por el Programa Médico Obligatorio u otra disposición reglamentaria".

c) Acercándonos al último interrogante planteado inicialmente en este acápite, considero que, de acuerdo a nuestro sistema jurídico, los aspectos abarcados por la cobertura de TRHA de alta complejidad se enfrentan a ciertos límites enmarcados dentro del principio de proporcionalidad, es decir que "cobertura integral" no sería lo mismo que "cobertura ilimitada". En este sentido, entiendo que la pregunta por el límite no sólo es válida sino necesaria dentro del ámbito jurídico, ya que el derecho no es una cuestión de absolutos y el límite es constitutivo del sistema (el cual se encuentra compuesto por requisitos, plazos y reglamentaciones de ejercicio). En consecuencia, los interrogantes que emergen son: ¿qué límites?, ¿en qué se fundan?, ¿para todos los casos es igual (pensando en una igualdad real y no formal)?

En cuanto a esta última pregunta, podemos observar respecto de los casos judiciales bajo análisis que, en ambos, se trataba de personas que atravesaban complejidades en su estado de salud, de edad algo avanzada, que habían enfrentados diversos avatares previos en el intento por alcanzar su proyecto de familia y en el marco del cuidado de su salud reproductiva, no pudiendo conseguir el pleno ejercicio de sus derechos reproductivos a través de métodos naturales ni de técnicas de baja complejidad, manifestándose expresamente incluso en uno de los casos que luego de dos intentos fallidos de alta complejidad los profesionales de la medicina detectaron una insuficiencia ovárica irreversible que colocó a la paciente ante la necesidad de acceder a ovodonación. En este sentido, cabe considerar que se ha sostenido que "dichos tratamientos normalmente no producen resultados sino después del segundo o tercer intento" (47); asimismo, surge de los modelos de consentimientos informados unificados a partir de la implementación del CCiv.yCom., elaborados por la Comisión Asesora en Técnicas de Reproducción Humana Asistida (CATRHA) (48), que la probabilidad promedio de obtener un embarazo clínico en técnicas de alta complejidad es de un 25% por ciclo, sin perjuicio de que dicho porcentaje varía para cada caso en particular, dependiendo de los factores individuales de los/las pacientes, y pudiendo ser de 50% en pacientes menores de 35 años, de 15% en pacientes entre 40 y 42 años y menor al 2% a partir de los 43 años; no obstante, en el caso de personas receptoras de óvulos la tasa de embarazo es independiente de la edad y oscila entre 30% y 50% por ciclo de transferencias.

Claramente, no todos los casos son iguales y es por ello que, si bien el decreto no establece explícitamente la anualidad para los tratamientos de alta complejidad, frente a algunos supuestos específicos con diverso grado de complejidad las consecuencias de la postura interpretativa restringida aplicada con total rigidez pueden implicar vulneraciones al principio bioético de justicia y, en ese sentido, aflora el cuestionamiento por la razonabilidad de la reglamentación en el caso concreto (art. 28, CN). De ahí la necesidad de analizar críticamente esta rigidez, no porque no sea válida la fijación de un límite sino porque él puede no resultar acorde al bloque de constitucionalidad federal cuando se presume una igualdad formal que lesiona a la igualdad real o material en aquellos supuestos donde, por indicación médica, se requiere de un mayor número de intentos para alcanzar la integralidad (49). Esto tampoco implica caer en el otro extremo y obviar por completo todo límite, porque entonces estaríamos incurriendo por oposición en la misma abstracción que queríamos evitar y que también puede llevar a vulneraciones de derechos, como la salud y la integridad psicofísica de la paciente frente a este tipo de tratamientos invasivos practicados en forma ilimitada, donde debe ponerse de resalto la responsabilidad médica, así como también la sostenibilidad del sistema de cobertura en materia distributiva evaluada en concreto a la luz del principio de proporcionalidad. Por ello, una postura intermedia parece ser la que mejor

logra el equilibrio, ya que, sin dejar de preguntarse por el límite, también permite acceder a la flexibilidad necesaria que respete las garantías constitucionales.

Han dicho Herrera y Lamm 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. Cuando se trata de tratamientos de baja complejidad, se puede acceder hasta cuatro tratamientos anuales y cuando se trata de tratamientos de alta complejidad, hasta un máximo de tres tratamientos con intervalos mínimos de tres meses entre cada uno de ellos (...) Éstas 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" (50). En este sentido, no puede desconocerse el derecho humano al acceso integral e igualitario sin, a la vez, dejar de ser conscientes de la existencia de limitaciones concretas, siendo el Estado el responsable último y fundamental de la garantía de este equilibrio (51).

#### VI. A modo de breve cierre

El derecho, para ser aplicado, debe ser interpretado, puesto que el sistema jurídico es un sistema lingüístico y, como tal, resulta imposible obviar su interpretación. En el marco de esta lógica, he pretendido reflexionar acerca de la construcción de la normativa de cobertura integral de TRHA, puntualmente en el aspecto cuantitativo del acceso a los procedimientos de alta complejidad, a fin de intentar de-construirla y reconstruirla para poder exponer sus alternativas hermenéuticas, dentro del contexto de sus imbricaciones socio-jurídicas y a la luz de los principios, derechos y garantías reconocidos por el bloque de constitucionalidad federal.

No he pretendido en absoluto resolver el tema ni agotarlo, pero sí visibilizarlo, intentando analizar críticamente algunas de sus principales aristas con el propósito de acercar herramientas y, en definitiva, aportar con un granito de arena a la, siempre revisable, construcción colectiva de conocimientos y sentidos.

(\*) Abogada UBA. Becaria doctoral CONICET. Doctoranda en Derecho, UBA. Docente UNICEN. Integrante del proyecto UBACyT 2013-2016 "Hacia una ley especial sobre técnicas de reproducción humana asistida. Bioética, derechos humanos y familias", código 20020120200106BA.

(1) Sin perjuicio de ello, algunas provincias habían sancionado con anterioridad algunas legislaciones sobre TRHA que regían en el ámbito de sus jurisdicciones, también en materia de cobertura médica, como Buenos Aires, Córdoba y Santa Cruz.

(2) Art. 2º, ley 26.862: "Definición. A los efectos de la presente ley, se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones. Podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación".

(3) Herrera, Marisa - Lamm, Eleonora, "Cobertura médica de las técnicas de reproducción asistida. Reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia", LL 2013-D-1037, cita online: AR/DOC/2899/2013.

(4) Arts. 560 a 564, CCiv.yCom.

(5) Ver Herrera, Marisa, "La lógica del Código Civil y Comercial de la Nación en materia de familia. Reformar para transformar", Revista Infojus, Buenos Aires, 2014, Id SAIJ: DACF140902, disponible en [www.saij.gob.ar/marisa-herrera-logica-codigo-civil-comercial-nacion-materia-familia-reformar-para-transformar-dacf140902-2014](http://www.saij.gob.ar/marisa-herrera-logica-codigo-civil-comercial-nacion-materia-familia-reformar-para-transformar-dacf140902-2014) (compulsado el 15/6/2016).

(6) Este aspecto fue destacado por Krasnow al sostener que "puede percibirse la afinidad que guarda la ley 26862 con lo dispuesto en el Proyecto (de CCiv.yCom.) en materia de TRHA. Esto nos lleva a sostener que el legislador se sirvió como fuente no de una norma vigente, sino de una aspiración de norma que logra captar la realidad en sintonía con la visión constitucionalizada que hoy se sigue en el marco del derecho privado" (Krasnow, Adriana N., "Técnicas de reproducción humana asistida. La ley 26.862 y el Proyecto de Código", LL 2013-E-023, cita online: AR/DOC/3322/2013).

(7) Las TRHA, al permitir deslindar la sexualidad de la reproducción, no sólo se convirtieron en una alternativa para sortear los obstáculos de la infertilidad médica sino también de la infertilidad estructural, permitiendo la conformación de organizaciones familiares plurales y diversas como los proyectos homoparentales y monoparentales.

(8) Actualmente se encuentra para su tratamiento en senadores un proyecto de ley (nro. de expte. 4058-D-2014) que cuenta con media sanción de la Cámara de Diputados de la Nación.

(9) Por ejemplo: la protección legal del embrión no implantado o in vitro (conforme a la disposición transitoria segunda, art. 9º, ley 26.994 de aprobación del CCiv.yCom.), el destino de los embriones y gametos crioconservados, la regulación del registro de donantes, el sistema de conservación y acceso a la información, la tipificación de infracciones administrativas para los centros de salud y sus correlativas sanciones, la adopción de garantías que permitan asegurar eventuales responsabilidades civiles, entre otros aspectos.

(10) Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora, "Cobertura médica...", cit.

(11) El artículo en comentario específicamente se refiere al "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".

(12) Es decir, si se trata de un año contado a partir del primero de los procedimientos que se realiza o un año calendario.

(13) Inyección intracitoplasmática de un espermatozoide.

(14) Haciendo alusión expresa a preceptos contenidos en instrumentos internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional, a la jurisprudencia de la Corte IDH y a doctrina en la materia.

(15) Citando a la Corte IDH, el juzgado considera que la infertilidad es "una limitación funcional; siendo así, las personas con infertilidad deben estar protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, que incluyen el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva. Dicha condición demanda una atención especial para que se desarrolle la autonomía reproductiva".

(16) Fertilización in vitro.

(17) Sentencia del 28/11/2012, disponible: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf).

(18) Ver: Facio, Alda, Los derechos reproductivos son derechos humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2008, disponible en: [www.corteidh.or.cr/tablas/24841.pdf](http://www.corteidh.or.cr/tablas/24841.pdf) (compulsado el 15/6/2016).

(19) Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de DESC.

(20) Committee on Economic, Social and Cultural Rights, United Nations, general comment 22 "on the right to sexual and reproductive health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)", 2 May 2016, E/C.12/GC/22. Disponible en: [www.documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/089/32/PDF/G1608932.pdf?OpenElement](http://www.documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/089/32/PDF/G1608932.pdf?OpenElement).

(21) Ferrajoli, Luigi, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal (1989), 7ª ed., trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantero Bandrés, Trotta, Madrid, 2005, p. 363.

(22) Ver Herrera, Marisa - De la Torre, Natalia - Bladilo, Agustina, "Cubrir y descubrir la lógica de la doctrina jurisprudencial en materia de técnicas de reproducción asistida", Suplemento JA 2013-II, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2013, cita online: AP/DOC/521/2013; Medina, Graciela, "Tratamientos de fertilización asistida. Visión jurisprudencial", RDFyP, año II, nro. 4, y Ronconi, Liliana, "¿Debe el Estado satisfacer los tratamientos de reproducción asistida? Un análisis a la luz del principio de proporcionalidad", LL, Supl. Const. 2010-D-901, cita online: AR/DOC/2171/2010.

(23) Corte Sup., Fallos 324:754 ("Hospital Británico") y 324:677 ("Etcheverry"). Ver Ronconi, Liliana, "¿Debe el Estado...?", cit.

(24) En consecuencia, se entendió que eran más costosos per se y que, por ende, las obligaciones estatales en relación a ellos deberían ser distintas. Tensión contradictoria que llevó a que en el seno de las Naciones Unidas, en 1966, se dictaran dos Pactos: uno para cada "tipo" de derechos.

(25) Ver: Abramovich, Víctor - Courtis, Christian, Los derechos sociales como derechos exigibles, Trotta, Madrid, 2004; Abramovich, Víctor - Courtis, Christian, El umbral de la ciudadanía: el significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional, Del Puerto, Buenos Aires, 2006; Abramovich, Víctor - Pautassi, Laura (comps.), La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos, Del Puerto, Buenos Aires, 2009.

(26) Abramovich, Víctor - Courtis, Christian, El umbral..., cit., p. 48.

- (27) Ronconi, Liliana, "¿Debe el Estado...?", cit.
- (28) Ronconi, Liliana, "¿Debe el Estado...?", cit.
- (29) Ronconi, Liliana, "¿Debe el Estado...?", cit.
- (30) Ver: Webb, María S., "Límites en la cobertura de la medicina reproductiva", DFyP 2013 (enero-febrero), p. 177, cita online: AR/DOC/5611/2012.
- (31) Ronconi, Liliana, "¿Debe el Estado...?", cit., con cita a Bernal Pulido, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, 3ª ed., CEPC, Madrid, 2007, ps. 70 y 81.
- (32) Estas tres posturas han sido señaladas por Natalia de la Torre en su trabajo titulado "Jurisprudencia nacional en materia de cobertura de tratamientos de alta complejidad", en Garay, O. (coord.), Diccionario enciclopédico de la legislación sanitaria, en prensa.
- (33) Conf. Bariffi, Francisco - Pelle, Walter D., "Fertilización asistida y abuso del derecho", DFyP 2016 (marzo), p. 153, cita online: AR/DOC/381/2016.
- (34) Grosman L., Escasez e igualdad, Librería, Buenos Aires, 2008, p. 105.
- (35) C. Fed. Salta, Secretaría Civil, 15/10/2015, "G., G. A. v. Swiss Medical S.A s/amparo ley 16.986". Disponible en: [www.cij.gov.ar/sentencias.html](http://www.cij.gov.ar/sentencias.html).
- (36) C. Fed. Rosario, sala A, 22/12/2014, "S. B. G. y otro v. OSDE y otro s/leyes especiales". Disponible en: [www.cij.gov.ar/sentencias.html](http://www.cij.gov.ar/sentencias.html).
- (37) Tribunal de Juicio Salta, sala 5ª, 2/11/2015, "T. M. del V. en contra del Instituto Provincial de Salud de la Provincia de Salta", AP AR/JUR/42757/2015.
- (38) Corte Sup., 13/7/2007, "Mazzeo, Julio L. y otros s/rec. de casación e inconstitucionalidad" (M. 2333. XLII. y otros); Corte Sup., 27/11/2012, "Rodríguez Pereyra, Jorge y otro v. Ejército Argentino" (Fallos 335:2333); Corte Sup., 3/5/2005, "Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus" (V. 856. XXXVIII); Corte Sup., 7/4/1995, "Gioldi" (Fallos 318:514); Corte Sup., 12/9/1996, "Bramajo" (Fallos 319:1840); Corte Sup., "Carranza Latrubesse" (C. 568. XLIV y C. 594. XLIV); entre otros.
- (39) C. Civ. Com. Minas Paz y Trib. Mendoza, sala 2ª, 23/10/2013, "I. F. L. y otros v. Swiss Medical S.A s/acción de amparo". Disponible en: [www.cij.gov.ar/sentencias.html](http://www.cij.gov.ar/sentencias.html).
- (40) Ronconi, Liliana, "¿Debe el Estado...?", cit.
- (41) Garay, Oscar E. - Jaimarena Brion, Guillermo, "Consensos científicos y derecho a la salud", DFyP, LL 2016-A-193, cita online: AR/DOC/4059/2015.
- (42) Juzg. Familia n. 1, Secretaría n. 1, Esquel, Chubut, "P., E. I. v. Swiss Medical S.A s/amparo", 12/2015, fallo en comentario.
- (43) Juzg. Familia n. 1, Secretaría n. 1, Esquel, Chubut, "P., E. I. v. Swiss Medical S.A s/amparo", 12/2015, fallo en comentario.
- (44) C. 2ª Civ. Com. Minas Paz y Trib. Mendoza, 11/2/2014, "M. L. v. OMINT S.A s/acción amparo", Microjuris, MJ-JU-M-84342-AR.
- (45) Plovanich, María Cristina, "La incidencia de las normas de derechos humanos en la interpretación de cuestiones de salud reproductiva", DFyP 2014 (junio), p. 245, cita online: AR/DOC/1526/2014.
- (46) Como ser: C. Civ., Com. y Lab. Rafaela, 9/5/2015, "S. A. F. y o. v. OSDE s/amparo", y C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 2ª, 15/9/2015, "M. S. s/O.S.D.E. Binario s/amparo de salud". Disponible en: [www.cij.gov.ar/sentencias.html](http://www.cij.gov.ar/sentencias.html).
- (47) Ronconi, Liliana, "¿Debe el Estado...?", cit.
- (48) Disponibles en: [www.samer.org.ar/consentimientos.asp](http://www.samer.org.ar/consentimientos.asp) (compulsado el 20/6/2016).
- (49) "De la lectura del artículo se desprende una distinción entre el primer supuesto, referido a las técnicas de baja complejidad, las que deben ser autorizadas en un número de cuatro intentos anuales, del segundo, atinente a las técnicas de alta complejidad, en relación al cual alude al término 'hasta tres intentos', estableciendo un intervalo mínimo de tres meses entre cada uno de ellos, por lo que de una interpretación literal del decreto surge que el límite para las técnicas de alta complejidad es de tres intentos en total. Ahora bien, la reglamentación en análisis debe interpretarse sistemáticamente con lo que establecen las normas superiores que regulan la materia, en particular, los tratados internacionales que se refieren a los derechos reproductivos y a la protección integral de la familia, de jerarquía constitucional en virtud de lo dispuesto por el art. 75, inc. 22, de la

Constitución Nacional, los preceptos constitucionales y la ley 26.862, y es obligación de los jueces respetar el principio de supremacía constitucional (art. 31 de la Constitución Nacional), de modo que si el caso exigiese un número mayor de tratamientos que los que literalmente establece el decreto reglamentario, no puede quedar limitado de manera definitiva a lo que allí se dispone. En suma, corresponde dejar establecido que el Instituto Provincial de Salud de Salta deberá brindar la cobertura de tres tratamientos de fertilización, con intervalos de tres meses como mínimo entre cada uno de ellos, y en su caso, si se requiriese nuevos tratamientos, quedarán sujetos al informe que brinden los médicos de la accionante sobre la necesidad de efectuarlos y la posibilidad de un resultado favorable que los justifique, sin perjuicio de las facultades de control, auditoría o dirección que le corresponde a la obra social" (el destacado me pertenece). Corte Just. Salta, 18/4/2016, "D., M. B. v. Instituto Provincial de Salud de Salta (I.P.S.) - amparo - recurso de apelación" (t. 204:865/882), consid. 3 del voto de la mayoría.

(50) Herrera, Marisa - Lamm, Eleonora, "Cobertura médica...", cit.

(51) Ver Berger, Sabrina M., "Recientes modificaciones a la Ley de Fertilización Asistida", DFyP 2015 (octubre), p. 177, cita online: AR/DOC/3168/2015.