

\_\_\_\_\_ Salta, 02 de Noviembre de 2015.- \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ AUTOS Y VISTOS: Esta causa AFP – 126073/15 Seguida Contra:  
ACCION DE AMPARO PRESENTADO POR T. M. DEL V. EN CONTRA  
DEL INSTITUTO PROVINCIAL DE SALUD DE LA PROVINCIA DE  
SALTA - AMPAROS CONSTITUCIONALES, y \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ R E S U L T A N D O \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Que a fs. 02/12, el apoderado de la Sra. M. del V. T. interpone Acción de Amparo, en los términos del Art. 43 de la CN, y Art. 87 de la Constitución Provincial, en contra del Instituto Provincial de Salud de Salta, a fin de que dé cumplimiento a la Ley 26.862 de procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, y proceda a cubrir sin dilaciones y de modo integral el total (100 %) de los tres tratamientos anuales de fertilización asistida de alta complejidad con ovodonación y donación de esperma para su representada. La cobertura integral solicitada incluye el valor de las prestaciones del Centro Médico como toda la medicación necesaria para la obtención de ovocitos, gastos de estudio de aptitud de la donante y compensación económica, medicación de preparación de la mujer receptora y de sostén del embarazo en cada oportunidad. Así también, las congelaciones y transferencias de embriones que sean necesarias para cada tratamiento, como las muestras de semen donado que se requieran en cada oportunidad. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Asimismo, expone las razones de procedencia para interponer la acción de amparo y relata la sucesión de los hechos. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Refiere a que su representada es afiliada forzosa del IPS, por ser docente de la Escuela ...., para lo cual adjunta copia de carnet IPS y recibo de sueldo, obrante a fs 15/16 de autos. Expone que la actora tiene 51 años de edad, por lo que la realización del tratamiento en forma inmediata es imperiosa, ya que a mayor edad son mayores los riesgos y menor la posibilidad de éxito del tratamiento. Resalta que esperar a las resultas de un proceso ordinario acarrearía un grave perjuicio para la Sra. T. Expone que su poderdante comenzó a buscar embarazo a los 40 años, con quien fuera su pareja, mediante dos tratamientos de alta complejidad en el Centro Médico Mater con el Dr. F. B. En el año 2012 con una nueva pareja consulta en el Centro Médico SARESA al Dr. A. quien le explica que por su edad debía hacer una ovodonación, para lo que esperó a la sanción de la ley por no tener los medios para costear su tratamiento. Posteriormente rompió con su pareja.

Sin embargo, su deseo de ser madre es lo que la impulsa hoy a buscar un hijo, a pesar de no tener pareja, acudiendo al semen de un donante. El día 09 de abril de 2015, bajo el Expediente..., inicia los trámites en el IPS, donde verbalmente se le dice que si tendrá cobertura, que le darán turno para tratamiento en el mes de diciembre y que presente los estudios pertinentes. El día 07 de mayo del corriente reitera solicitud de cobertura por nota, acompañando estudios a la misma. La nota tiene sello fechador de junta médica y se agrega “documentación completa” (cuya copia obra a fs. 18 de autos) y verbalmente le manifiestan que todo tendrá cobertura. Con fecha 15 de mayo el IPS responde que la Junta Médica informa que “el tratamiento solicitado se encuentra justificado médicamente. La cobertura será del 80 % a cargo de la Obra Social, quedando el 20 % restante a cargo del afiliado. Deberá presentar pedidos médicos y pedidos de medicación para la fecha a programar por la Obra Social. También se hace constar que de acuerdo a normativas y acta acuerdo vigente solamente se reconoce los óvulos que provienen de bancos de gametos, por tal motivo nuestra obra social no reconoce la Ovodonación” (fs. 19). Asimismo, procede a explicar los cinco pasos que importan los tratamientos de alta complejidad, a saber: estimulación ovárica, punción de ovarios, fertilización de óvulos, cultivo de embriones y transferencias de embriones (se transfieren hasta dos embriones por vez). A la vez que, los embriones que no se transfieren se criopreservan, se descongelan y transfieren en el próximo ciclo de la mujer si los primeros no hubieran implantado. La fertilización se realiza mediante inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI) dentro del óvulo, que constituye una técnica de alta complejidad debido a que se realiza en laboratorio fuera del cuerpo de la mujer y utilizando instrumental de mayor tecnología. En relación a la ovodonación, expone que consiste en realizar la fecundación de un óvulo donado con semen de la pareja o del donante de la mujer receptora, para obtener embriones que se transferirán a ésta última, y así lograr su embarazo. En cuanto al procedimiento, describe que la obtención del óvulo donado se realiza por estimulación hormonal y punción de ovarios de la donante, en un centro inscripto en REFES como banco de gametos. Aporta copia de inscripción en REFES del Centro Médico SARESA como banco de gametos (cuya copia rola a fs. 24 y 25). La obtención del óvulo es igual tanto en las TRHA homologas (con gametos de la gestante) o heterólogas (con gametos de

donante) estimulación hormonal del ovario con medicación y luego punción de ovarios (en quirófano con anestesia). En un banco de gametos el óvulo donado puede encontrarse criopreservado o fresco. Sostiene que la utilización de óvulos frescos es la más conveniente por ser mas efectiva, porque no se pierden ovocitos con su congelación, se puede elegir una donante con mayor parecido físico a la receptora y es más económico, puesto que se ahorra el ciclo de congelación-descongelación de los óvulos donados. Sostiene que los costos de la ovodonación son similares a los del tratamiento con óvulos propios (homólogo), que la diferencia radica en agregar los costos de los estudios que debe hacerse a la donante para determinar si está en condiciones de donar. Asimismo, manifiesta que se debe entregar a la donante una pequeña compensación económica para cubrir los gastos de transporte y lucro cesante, y que dicha compensación no es una contraprestación. Resulta que la entrega de óvulos es un acto voluntario y gratuito, pero el IPS es reticente a autorizarla. Considera que la negativa de cobertura respecto a la medicación de estimulación ovárica en tratamientos de reproducción con gametos donados, importa una discriminación arbitraria e infundada por parte de la obra social, ya que sí se reconoce aquella cuando el tratamiento es con óvulos propios. Por otro lado, la donación de semen consiste en la entrega de distintas muestras de semen que serán utilizadas en el futuro para tratamientos de reproducción asistida. Es una acción gratuita, que se realiza de manera anónima, voluntaria y compartida. El costo de la muestra de semen se vincula a los estudios del donante, la criopreservación y el transporte de la muestra. Manifiesta que la Ley N° 26.862 de Reproducción Médicamente Asistida y su decreto reglamentario N° 956/13 contemplan la práctica requerida, que debe cubrirse de manera integral y que las obras sociales están obligadas a prestar cobertura. Asimismo que las técnicas de reproducción asistida que requieran gametos o embriones donados deberán provenir de bancos de gametos o embriones debidamente inscriptos en el Registro Federal de Establecimientos de Salud (ReFES), siendo que el Centro Médico SARESA se encuentra inscripto en el mencionado registro nacional, como banco de gametos. Párrafos seguidos hace referencia a los derechos que considera afectados tales como la libertad, vida, salud e igualdad. Menciona también, la normativa legal existente en el ámbito nacional e internacional sobre el derecho a la salud, la seguridad social y protección de la maternidad.-\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ A fs. 14/25 de autos ofrece pruebas y hace reserva del caso extraordinario Federal peticionando se acoja la acción impetrada. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ A fs. 31/35 contesta demanda la letrada apoderada del IPSS y solicita el rechazo de la demanda interpuesta en todas sus partes, niega los hechos alegados por la contraria, efectúa informe de los hechos. Expresa que el IPSS brinda cobertura al tratamiento de fertilización asistida en base a Acta Acuerdo firmada por el instituto y los centros de reproducción asistida de la provincia inscriptos en el ReFES, ello en cumplimiento de la Ley N° 26.862 y Decreto Reglamentario N° 956/2013. Que dicha Acta contempla diferentes módulos con sus valores, prácticas incluidas y excluidas, y la práctica de FIV – ICSI solicitada en autos es reconocida por el IPSS. Ésta Acta Acuerdo se celebró conforme Resolución N° 29 – D/14, por la que se incorporan al nomenclador del IPSS las prácticas correspondientes al tratamiento de fertilización médicamente asistida, con una cobertura del 80 % en el tratamiento y medicación, quedando el 20% restante a cargo del afiliado. Asimismo, sostiene que la amparista, en forma infundada y fuera de la normativa, incluye una compensación económica a la donante, lo que resulta contrario a lo establecido en el art. 17 del Código Civil y Comercial de la Nación que reza “los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y solo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales”, por lo que dicha compensación resulta contrario a derecho. Asimismo en relación a la edad de la amparista se pone en conocimiento del tribunal que el mismo letrado presentó amparo en otro tribunal aduciendo que la Sra. M. tiene 42 años y que las técnicas de fertilización asistida solo son aconsejables hasta los 50 años, ya que a mayor edad son mayores los riesgos para la salud de la madre gestante y del feto. \_

\_\_\_\_\_ Sin perjuicio de ello, el IPSS autorizó el pedido realizado por la amparista en el expediente administrativo... que se acompaña (en 54 fojas). Manifiesta que cuando se requieran gametos o embriones donados deberán provenir exclusivamente de los bancos inscriptos en el ReFES, y expresa que el pedido realizado por la amparista debe ajustarse a lo previsto en la Resolución N° 29-D/14 y al Acta Acuerdo celebrada con los centros de reproducción asistida inscriptos en el Registro único referido. Reflexiona

también sobre el derecho a la salud, el principio de solidaridad contributiva sobre el que se asienta el instituto de salud de salta y el derecho del afiliado a contratar un coseguro para que el mismo abone el porcentaje del 20 % que se encuentra a cargo del mismo. Por ultimo menciona la normativa vigente que rige el accionar del IPS, cita Jurisprudencia Nacional y Local, ofrece prueba y hace reserva de caso federal.- \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ A fs. 46/48 contesta traslado el Dr. M. A. V. del informe presentado por el IPSS y manifiesta que el Acta Acuerdo que acompaña el IPSS aprobada por Resolución 29/D14 no contempla el tratamiento con ovodonación, ya que reconoce el 80 % de solo una parte del tratamiento con ovodonación, el ICSI o FIV, pero no reconoce el valor del óvulo. Explica que los óvulos son provistos por establecimientos inscriptos en el ReFES, en el que SARESA se encuentra inscripto como banco de gametos, y que las mujeres donantes lo hacen a título gratuito, pero que la extracción y obtención de óvulos tiene un costo. Explica que, en primer lugar se estudia la salud física y psíquica de la mujer donante, luego se realiza la estimulación de sus ovarios por aproximadamente dos semanas con medicación que debe aplicarse diariamente, con controles ecográficos periódicos durante esta etapa. En un tercer momento se duerme a la mujer donante con anestesia general durante 15 a 20 minutos y se punzan sus ovarios para extraer óvulos. Luego debe guardar reposo hasta su próximo ciclo menstrual. Por ello considero que a la mujer donante le corresponde una módica compensación económica para resarcir los gastos de transporte y ausentismo laboral (\$ 3.000) que no pretende ser un pago. Que la entrega de óvulos no es una contraprestación, la que realiza a título gratuito, pero la extracción es mediante un procedimiento oneroso. El costo de la extracción de óvulos, resulta de sumar los procedimientos descriptos en tres momentos lo que el IPSS pretende no cubrir. Destaca que no existen bancos de gametos públicos en la ciudad y que si existieran deberían ser pagados por el Estado. Que el centro médico SARESA es un banco de gametos privado que no debe soportar el costo de la extracción y obtención de los óvulos. Tal costo debe ser soportado por las obras sociales. Continúa explicando los distintos pasos que se deben cumplir para llevar a cabo el tratamiento, ya que obtenidos los óvulos se deben unir con los espermatozoides para formar embriones, y recién en esta etapa de unión de gametos (FIV o ICSI) es que hay cobertura del Instituto de salud, en un 80 % desde éste paso N° 4. Asimismo, menciona que la Ley

26.862 no estipula límite de edad y que queda a criterio del médico tratante la salud y aptitud física de la receptora. También expone que la amparista no posee coseguro, cuyo pago es voluntario, y que dicha ley es de aplicación a todo el país, cualquiera sea la forma jurídica de la obra social o prepaga, las disposiciones son de orden público, y con cobertura del 100% de la totalidad del tratamiento de reproducción asistida. Concluye afirmando que sin ovodonación no hay tratamiento posible. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_Corrida vista al Ministerio Público, el Fiscal Penal N° 12 Dr. Federico Jovanovics Torino, emite dictamen favorable a la pretensión de los accionantes, entendiendo que la pretensión de la amparista se encuentra debidamente fundada en la Ley 26.862, en el derecho a la salud, derecho a la salud reproductiva, a la protección integral de la familia y en pactos internacionales que los receptan (fs. 44 de autos). \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_Asimismo, el Ministerio de Salud de la Nación, a través de la Dirección Nacional de Regulación Sanitaria y Calidad en Servicios de Salud, remitió listado de las instituciones inscriptas en el ReFES entre las que se encuentra el Centro Médico SARESA, y que el mismo dispone de banco de gametos (fs. 68/76). \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_Con fecha 29 de septiembre de 2015 se suspendió la audiencia fijada, por la incomparecencia de la apoderada del IPSS. Posteriormente, el día 01/10/2015 se celebra la misma. La Sra. M. del V. T. manifiesta que hizo tratamientos años atrás pero no dieron resultado, que no requiere donación de una persona específica. Seguidamente el Dr...., luego de explicar en que consiste el tratamiento de Fecundación in Vitro con donación de gametos, expresa que la probabilidad de la Sra. T. de lograr el embarazo estaría en un 60 % ya que la técnica de la ovodonación es la técnica mas exitosa que existe, las donantes son mujeres de 30 años; En relación a las condiciones de salud de la Sra. T. y los riesgos del embarazo manifiesta, que en una persona de mas de 45 años el embarazo es de riesgo, ya que la chance de embarazo es alta pero las probabilidades de tener complicaciones en él son mas frecuentes. La fecundación in Vitro se aconseja con ovodonación, hasta los 50 años, pero los límites no son taxativos, depende del estado de salud de la paciente. Expresa que la criopreservación de óvulos no es tan exitosa como la criopreservación de embriones, en la criopreservación de embriones la sobrevida es del 100% y en la de óvulos ronda el 70%. Respecto a la cuestión de la inscripción en el

ReFES, manifiesta que se encuentra inscripto como centro de reproducción asistida con Banco de Gametos, quien controla en Salta es la Oficina del Ministerio de Salud Provincial llamada PROFICSA que hace la visita técnica del laboratorio y manda la inscripción al Registro Federal de Establecimientos de Salud (ReFES), que es solo un registro. La sola habilitación en el ReFES es suficiente acreditación y también se debe estar acreditado por la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva, cosa que se cumple en SARESA. En cuanto al punto de la compensación económica a la donante, refiere que es una compensación y no un pago, porque es una donación, la persona dona sus óvulos y no hay un precio, sino que tiene que someterse a procedimiento de 10 días con inyecciones, concurrir a controles estrictos en cuanto a días y horarios que pueden interferir en su trabajo, así como someterse a una anestesia para poder obtener los óvulos; esa compensación económica tiene que ver con molestias a la persona y es un monto fijo que no es contraprestación, no hay discusión sobre su valor. Y manifiesta que es un gasto que alguien tiene que pagar, porque el banco selecciona a una persona que puede donar, le realiza estudios y después la estimulación y anestesia. Que no hay bancos públicos, y que si los hubiera el costo existiría también. En relación a la ovodonación expone que prefiere el uso de óvulos frescos, ya que tienen mayor tasa de éxito y es mas barato, ya que en caso contrario habría que sumar el costo de la vitrificación y de la criopreservación de óvulos, que sería mayor. En relación al riesgo de vida manifiesta que si hay riesgo ya que la Sra. T. tiene 50 años, y el riesgo está en relación a su edad, es un riesgo habitual en cualquier mujer de 50 años que se quede embarazada, y está relacionado a la hipertensión durante el embarazo y a la diabetes gestacional que hay mas probabilidad de desarrollar. La Sra. T. manifiesta que conoce y acepta los riesgos para su salud. Posteriormente, el Dr., en representación del IPSS, luego de explicar el procedimiento por el que se fija desde la obra social el valor de las prestaciones expresa, en relación a la compensación económica a la donante, que reconocer una compensación económica a la donante sería desnaturalizar la donación de un material genético, tanto la ley de fertilización asistida como el nuevo código civil entienden que la donación debe ser gratuita, los costos deben ser resarcidos pero no la compensación de una donación, ya que puede funcionar como una motivación al donante, no se debe desnaturalizar la cuestión de que la donación debe ser gratuita,

independientemente del carácter que se le dé a esa retribución; y que la discusión del costo se debe dar en la obra social. Que el Dr. ... agrega que hay un proyecto de Ley con media sanción de la Cámara de Diputados para regular las técnicas de reproducción asistida, faltando la sanción de la Cámara de Senadores. Asimismo asegura que debe existir un registro único de donantes para que una persona no vaya a un centro y después a otro a donar y viva de esto, si se tiene un control muy estricto de cuantas veces va a donar, porque esa es la única manera de que la compensación económica no se convierta en modo de vida de esas personas. A preguntas formuladas por S.S. en relación a cuantas veces puede la Sra. T. recibir ovodonación el Dr... responde que todas las que quiera o hasta que quede embarazada, porque en si el procedimiento no le provoca ningún riesgo, el riesgo es del embarazo y no del procedimiento. El Dr. ... sostiene, en relación a la cantidad de intentos de técnicas de alta complejidad, expresa que la jurisprudencia y la normativa son claras en cuanto al límite de tres intentos, no anuales sino de manera definitiva, que la interpretación del artículo en donde prevé la cantidad de intentos hace la diferenciación de alta y baja complejidad y la palabra anualmente es solamente empleada en relación a las técnicas de baja complejidad y teniendo en cuenta la doctrina de la Corte no se puede presumir la falta de previsión del legislador al redactar la norma, no se puede entender que se aplique la misma periodicidad a las técnicas de alta como de baja complejidad; es por ello que considera que esa omisión no es un simple descuido sino que el legislador lo tuvo en consideración. A éste punto discrepa la Dra. ... y manifiesta que es verdad que el artículo hace referencia a la anualidad de los tratamientos de baja complejidad, y no aclara los de alta complejidad, sostiene que la jurisprudencia está dividida, respecto a que son tres anuales y por otro lado que son tres tratamientos de por vida. \_\_\_\_\_

#### \_\_\_\_\_ C O N S I D E R A N D O \_\_\_\_\_

\_\_\_ Que por las razones esgrimidas por las partes y las pruebas aportadas, las presentes actuaciones se encuentran en estado de resolver. Que antes de adentrarnos a resolver el *thema decidendum*, primeramente consideraré lo relativo a la admisibilidad de la acción de Amparo. \_\_\_\_\_

#### \_\_\_ **I) PROCEDENCIA DE LA ACCION DE AMPARO**

\_\_\_ Que conforme al art. 87 de la Constitución de la Provincia de Salta, la acción de Amparo "*procede frente a cualquier decisión, acto u omisión*



*arbitrarios o ilegales de la autoridad, excepto la judicial, o de particulares, restrictivos o negatorios de las garantías y derechos subjetivos explícitos o implícitos de esta Constitución, tanto para el caso de una amenaza inminente cuanto en el de una lesión consumada, a los fines del cese de la Amenaza o del efecto consumado”.*\_\_\_\_\_

\_\_\_Que la procedencia del Amparo, tanto en la norma del art. 43 de la Constitución Nacional como en el art. 87 de la Constitución Provincial, son disposiciones operativas que no exigen para su admisibilidad la existencia ni agotamiento de las vías administrativas. Aunque la primera de las nombradas requiere la inexistencia de otro medio judicial más idóneo para su procedencia, este principio cedería ante la posibilidad de que la utilización de otra vía implicase alguna demora que neutralizara la garantía en juego.\_\_\_\_\_

\_\_\_Que la amplitud con la que recepta nuestra Constitución Provincial a la Acción de Amparo la coloca a la República entre las más garantistas y respetuosas de los derechos humanos.- \_\_\_\_\_

\_\_\_Que la Suprema Corte de Justicia ha dicho que la lesión de los derechos o garantías debe resultar del acto u omisión de la autoridad pública en forma clara e inequívoca, sin necesidad de un largo estudio de los hechos o de un amplio debate y prueba. También el más Alto Tribunal de la Ciudad de Buenos Aires sostuvo en Causa N° 843/01 *“Vera Miguel Ángel c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires- Amparo- Recurso de Queja por denegación de Recurso de inconstitucionalidad- publicado en la Ley que “la Acción de amparo es una acción principal, ni es subsidiaria, ni es heroica, ni es residual, ni es de excepción y solo cede ante la existencia de un medio exclusivamente judicial más idóneo, esto es más expedito y rápido”*.- \_\_\_\_\_

\_\_\_Que ante el cuestionamiento que hace la actora de una conducta omisiva de la demandada que le imposibilita ejercer su derecho a la salud, consistente en la negativa a brindarle cobertura integral para la realización de una fertilización mediante un tratamiento ICSI con donación de gametos masculinos y femeninos, y ante la inexistencia de una acción más expeditiva que la presente para darle solución al caso traído a conocimiento, el cual se debe resolver sin demora atento no solo la índole de la pretensión sino también por lo manifestado por el profesional médico citado respecto de la urgencia en atención a la edad de la Sra. T., concluyó, que la vía elegida reúne

los requisitos exigidos para la admisibilidad de la Acción intentada y en consecuencia es posible de lograr una decisión judicial. \_\_\_\_\_

## **II) HECHOS PROBADOS**

\_\_\_\_ Que surge de autos y de las probanzas arrimadas que antes de instar la presente acción, la accionante solicitó la cobertura médico asistencial para la realización de tratamiento de fertilización asistida, y adjunta estudios pertinentes ante la problemática de infertilidad que padece, recibiendo como respuesta de la Obra Social IPSS que el tratamiento se encuentra justificado médicamente, que la cobertura será del 80 % a cargo de la Obra Social y el 20% restante a cargo de la afiliada, y que no reconoce la ovodonación, que solo reconoce los óvulos que provienen del banco de gametos. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_ A fs. 20 de autos, obra reporte de historia clínica de la Sra. M. del V. T. donde registra infertilidad y que se recomienda fertilización in Vitro con óvulos donados, paciente de edad reproductiva avanzada, entre otros padecimientos de la misma, como así también constan distintos certificados del Dr... en los que se indica la realización de la Fertilización Asistida con ovodonación (fs. 23/23vta). En audiencia ante el tribunal el día 01/10/2015, la Sra. T. pone de manifiesto que hizo tratamientos años atrás pero no dieron resultado; también manifiesta que no tiene pareja (fs. 3vta de autos). Queda fuera de toda discusión la imposibilidad de procrear de manera natural de la Sra. T. y su afiliación a la Obra Social IPSS. También quedó probado, a través de la testimonial del Dr...., que la técnica de la ovodonación es la técnica más exitosa, ya que las donantes son mujeres jóvenes y que la probabilidad de lograr el embarazo es alta. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_ Ahora bien, a los fines de fundamentar la decisión a la que se arribará cabe preguntarse si existe normativa legal que apoye el derecho a la salud reproductiva y al progreso del disfrute científico, \_\_\_\_\_

## **III) MARCO NORMATIVO**

\_\_\_\_ Es sabido que en el ámbito Federal, a partir de la Reforma Constitucional de 1994 los derechos a la vida y a la salud se encuentran consagrados en la Carta Magna a través de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos que fueron incorporados en el Art. 75 inciso 22.- \_\_\_\_\_

\_\_\_\_ El artículo 25 inciso 1º y 3º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos dice “ *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 asistencia médica y los servicios sociales necesarios” ... “ Nada en la presente declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derechos alguno al Estado, a un grupo de personas, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los Derechos y libertades proclamados en esta Declaración”.-*

\_\_\_\_ En la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre se sostiene en su Art. XI: *“Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”.-*

\_\_\_\_ El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales llevado a cabo en San Salvador en su artículo 10 bajo el título “Derecho a la Salud” consagra: *“1) Toda persona tiene Derecho a la salud, entendida como el disfrute del mas alto nivel de bienestar físico, mental y social. 2) Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer a la salud como un bien publico y particularmente adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho...b) la extensión de los beneficios de los servicios de la salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado; ... f) la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de mas alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean mas vulnerables”.-*

\_\_\_\_ El Art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reza... *“1) Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del mas alto nivel posible de salud física y mental. 2) Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para... d) la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.-*

\_\_\_\_ La Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer reza en su Art. 12: *“Los Estados parte adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de*

*atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia”.-* \_\_\_\_\_

\_\_\_\_ En la Conferencia de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de Teherán en 1968 por primera vez se declaró que *“los padres tienen derecho a determinar libremente el número de hijos y los intervalos entre los nacimientos...”*.- \_\_\_\_\_

\_\_\_\_ En la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo celebrada en El Cairo, Egipto en 1994, por primera vez se definió a un grupo de derechos humanos como derechos reproductivos y se definió como *“un conjunto de derechos humanos que tienen que ver con la salud reproductiva y mas ampliamente con todos los derechos humanos que inciden en la reproducción humana, así como aquellos que afectan el binomio población - desarrollo sostenible”*. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_ El Art. 14 bis de la Constitución Nacional establece... *“la protección integral de la familia”*. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_ La ley N° 25.673 crea el programa Nacional de Salud Sexual y Procreación responsable y establece en su Art. 2° que uno de los objetivos de la misma es *“alcanzar para la población el nivel mas elevado de salud sexual y procreación responsable con el fin de que pueda adoptar decisiones libres de discriminación, coacciones o violencia”*, y en su Art. 3° afirma que la ley esta destinada a la población en general *“sin discriminación alguna”*. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_ La ley 26.485 de Protección Integral a las mujeres promulgada el 14 de Abril de 2009 de orden público y de aplicación en todo el territorio nacional que garantiza todos los derechos reconocidos por la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, al enumerar las formas de violencia establece en el art. 6: *“Modalidades. A los efectos de esta ley se entiende por modalidades las formas en que se manifiestan los distintos tipos de violencia contra las mujeres en diferentes ámbitos, quedando especialmente comprendidas las siguientes: ... d) violencia contra la libertad reproductiva: aquella que vulnera el derecho de las mujeres a decidir libre y responsablemente el número de embarazos o el intervalo entre los nacimientos, de conformidad con la ley 25.673 de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable”*. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_ En relación a la normativa local, Nuestra Constitución Provincial establece en su artículo 10 el Respeto y Protección de la Vida diciendo *“La*

*vida desde su concepción, la dignidad y la integridad física y moral de las personas son intangibles. Su respeto y Protección es deber de todos y en especial de los poderes públicos”.*\_\_\_\_\_

\_\_\_\_En éste sentido, el Art. 16 reza “*Todos los habitantes gozan de los derechos y garantías consagrados por esta Constitución de conformidad con las leyes que reglamenten razonablemente su ejercicio. Los principios, declaraciones, derechos y garantías contenidos en ella no pueden ser alterados por disposición alguna. Tales enunciaciones no son negatorias de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen de la libertad, igualdad y dignidad de la persona humana, de los requerimientos de la justicia social, de los principios de la democracia social de derecho, de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno. Tales derechos tienen plena operatividad sin que su ejercicio pueda ser menoscabado por ausencia o insuficiencia de reglamentación”.*\_\_\_\_\_

\_\_\_\_El Art. 32 del Título I del Capítulo III “*Deberes y Derechos Sociales*” estipula expresamente el Reconocimiento y Protección de la Familia declarando que “*La familia es el núcleo primario y fundamental de la Sociedad. Los poderes públicos protegen y reconocen sus derechos para el cumplimiento de sus fines. La madre goza de especial protección y las condiciones laborales deben permitirle el cumplimiento de su esencial función familiar”.*\_\_\_\_\_

\_\_\_\_En el Título II “*de la seguridad Social y la salud*” establece en su Art. 38 que “*La seguridad social cubre las necesidades esenciales de las personas frente a las contingencias limitativas en su vida individual y social...*” y en su Art. 39 regula el seguro social declarando que “*...se extiende a toda la población y tiene el carácter de integral e irrenunciable, coordinándose la acción y legislación provincial con la nacional...*”. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_Expresa en su Art. 41 que “*La salud es un derecho inherente a la vida y su preservación es un deber de cada persona. Es un bien social. Compete al Estado el cuidado de la salud física, mental y social de las personas, y asegurar a todos la igualdad de prestaciones ante idénticas necesidades”.*- \_\_\_\_\_

\_\_\_\_El Art. 42 regula los Planes de Salud declarando que “*El Estado elabora el Plan de Salud Provincial con la participación de los sectores socialmente interesados contemplando la promoción, prevención, restauración y rehabilitación de la salud, estableciendo las prioridades con*

*un criterio de justicia social y utilización racional de los recursos ... El sistema de salud asegura el principio de libre elección del profesional*". \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Lo cierto es que - no obstante considerar la suscripta que los derechos sexuales y reproductivos de la mujer son derechos personalísimos-, en la Argentina, estos derechos hallan encuadre jurídico-normativo como "*derechos sociales de salud*", mostrando un avance del interés general sobre los intereses particulares. Obviamente que este encuadre encuentra sentido y significado en el devenir histórico en el cual el cuerpo de la mujer ha sido un espacio conflictivo objeto de apropiación social a tal punto que el orden político, sostenido social y culturalmente, ha producido una paradoja: el derecho a decidir ser madre fue convertido política y socialmente en un deber "*ser madre*".- \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ En 1978 La Organización Mundial de la Salud reconoce en Alma Ata la importancia de la planificación familiar vinculándola a un enfoque integral de la salud. A partir de ese momento surge el binomio salud- reproducción que va adquiriendo distintos matices y contenidos hasta que en 1988 se publica la primera definición de salud reproductiva formulada por el médico y funcionario de la OMS Mahamoud Fathalla. El Estado Argentino bregó por políticas promaternalistas para fundamentar decisiones públicas producidas en política de población.- \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ De la reseña normativa efectuada surge con claridad que en Argentina se concibe a la sexualidad y a la reproducción como derechos sociales de salud. El contenido de las normas prevé condiciones de salud pública para reproducir y no para no hacerlo, no resultando saludable en el ámbito público, por ahora la decisión de no reproducir. Se protege la salud sexual para procrear, o para hacerlo con racionalidad planificadora, sancionándose penalmente, la voluntad individual de no procrear, en caso de embarazos no deseados.- \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Como punto de partida, se advierte que los derechos implicados en la consideración y tratamiento, sexualidad y reproducción, no son definidos con claridad en los Tratados y/o Convenciones Internacionales incorporados a nuestro Orden Constitucional o en su propia letra, pero sí, la protección de éstos surge cuando se alude a facultades que atribuyen, cuando se parte de la enunciación de prácticas protegidas o bien beneficios que los Estados se comprometen a garantizar en el ámbito de la salud: el Estado Argentino se

compromete a: proteger la maternidad... incluyendo información y asesoramiento sobre planificación familiar; eliminar la discriminación contra la mujer en la atención médica a fin de asegurar el acceso a los servicios... que se refieren a la planificación de la familia; garantizar a las mujeres el derecho a adoptar decisiones reproductivas en condición de igualdad con los hombres; el derecho a la protección de la salud... en salvaguarda de la función reproductiva; etc. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_ La Doctrina no ha quedado fuera de estos postulados. Es en tal sentido que se afirma que en el desarrollo de los tratamientos médicos o en la producción de medicamentos o vacunas, ante cuadros concretos de enfermedades, la discrecionalidad del estado resulta claramente limitada (“El Derecho a la atención sanitaria como derecho exigible” por Víctor Abramovich y Christian Curtis- La Ley, 2001- D, 22). \_\_\_\_\_

\_\_\_\_ Tampoco ha quedado fuera la jurisprudencia, fallo L.M.L.C. y otro c/ IOMA s/ Amparo- Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N° 1 de La Plata- 14/10/04; fallo A.M.R. y otros c/ Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires – Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 6 de la Ciudad Autónoma de Bs. As.- 20/11/07) y el dictado por el Juzgado Federal en lo Civil y Comercial n° 11 – Dr. Carlos Héctor Álvarez – Agosto de 2008. \_\_\_\_\_

#### \_\_\_\_ **IV) OTRAS CONSIDERACIONES**

\_\_\_\_ La Organización Mundial de la Salud define a la salud como “el estado general de bienestar físico, psíquico y social”. En consecuencia cuando un órgano, un aparato, un sistema, etc. de nuestro cuerpo humano, no cumple con su función determinada; Cuando por su disfunción se rompe el bienestar y equilibrio físico, psíquico y social, la persona humana está enferma y apta para hacer valer sus derechos a la salud.- “*El disfrute del mas alto nivel posible de salud es de los derechos fundamentales de cualquier ser humano sin distinción de raza, religión, creencia política, ideológica y condición social y económica*” (Expresión extraída de la Constitución de la OMS en 1946).- \_\_\_\_\_

\_\_\_\_ En relación a la condición de infertilidad, traigo a colación un fallo en el que surge de manera clara el concepto, a saber: “*La infertilidad es la incapacidad de embarazarse a pesar de haberlo tratado durante un año sin utilizar métodos anticonceptivos. Es el funcionamiento anormal del sistema reproductivo que priva a las personas de todas las razas y niveles*”

*socioeconómicos de crear una familia. La infertilidad importa una enfermedad, La infertilidad puede originar angustia, depresión, ansiedad... que contaminan la vida de relación de la pareja que advierte con desasosiego la imposibilidad de procrear e integrar su núcleo familiar con su descendencia. Es una alteración del ciclo natural y como tal merece ser tratada, en la medida que existen modernamente técnicas médicas que pueden intentar lograr el añorado embarazo para dar a luz otro ser...” “Negarle ese derecho a la pareja, amén de cercenar el abanico de derechos enumerados, importa una discriminación para quien padece esta enfermedad.” (A.M.R. y otros c/ Obra Social de la Ciudad de Bs. As. – La Ley 2008-A, 148 IMP 2008-1,96).- \_\_\_\_\_*

\_\_\_\_\_ Es necesario recordar que las Obras Sociales son entes de la seguridad social a cuyo cargo se encuentra la administración de las prestaciones prioritariamente médico asistenciales, para la cobertura de las contingencias vinculadas a la salud y a las que puedan adicionar otras prestaciones de carácter social. Las Obras Sociales deben entender que sobre sus intereses económicos están las necesidades de sus afiliados.- \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Lo cierto es que la salud no puede ser tomada como una mercancía. La solidaridad que configura el sentido de las obras sociales importa la colaboración de todos los miembros que la integran para combatir las contingencias que afectan a cada uno de sus integrantes necesitados. Se ha considerado que *“la sociedad debe estar obligada no solo por imperativos morales sino por la imposición legal a contribuir en la medida de sus posibilidades al sostenimiento del bienestar común que se retrovierte a la comunidad”* (Considerando VII del Punto 5 de la Declaración Iberoamericana de Seguridad Social- V Congreso Iberoamericano de Seguridad Social). Por lo que, no obstante no exista la posibilidad de acceder a algún beneficio, existe igualmente la obligación de efectuar los aportes para proveer al financiamiento del sistema, el que debe extender su protección a todos los necesitados, sin discriminación. Hay que entender que *“una valoración solidarista comprende y acepta que la salud que se protege no es únicamente individual y subjetiva de una persona determinada, sino la que reviste naturaleza y calidad de bien colectivo socialmente comprometido en su pluri-individualidad”* (A.M.R. y otro c/ Obra Social de la Ciudad de Bs. As. – Fallo precitado). Las pautas que brinda El Pacto de Derechos Económicos, Sociales



y culturales cuando estipula “*el derecho a disfrutar del progreso científico en el área de la reproducción humana*”, es de ineludible cumplimiento. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ En fin, como surge de esta reseña, es indiscutible que los derechos a la salud, a la procreación, a la familia, a la seguridad social, a la aplicación de los avances tecnológicos y científicos reciben suficiente cobijo en todo el plexo normativo, supranacional y local, previo al dictado de la Ley Nacional 26.862 y su Decreto Reglamentario N° 956/2013. Previo referirme a dichos plexos normativos, cabe considerar el Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA), revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS) Traducido y Publicado por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida y la Organización Mundial de la Salud en el año 2.010. El objetivo de éste glosario es estandarizar y compartir procedimientos entre los distintos países y regiones, tener una nomenclatura común, así lo expresan bajo el título objetivo: “...desarrollar un glosario con definiciones aceptadas internacionalmente e ir continuamente actualizando las definiciones, para uniformar y armonizar la colección de datos, y para ayudar en el control de la disponibilidad, la eficacia y la seguridad de las técnicas de reproducción asistida (TRA) que se practican en todo el mundo...”. Setenta y dos profesionales del mundo se reunieron en Ginebra en la Sede de la OMS en 2.008 logrando consenso sobre 87 términos ampliando el glosario del ICMART. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Cabe destacar la importancia de la labor desplegada, toda vez que se definieron una gran cantidad de términos y expresiones, que echan luz a la materia específica de reproducción asistida. Así destaco algunos de ellos de importancia al caso que nos ocupa, definiendo la **Inyección Intracitoplasmática de Espermatozoide (ICSI)** como “*procedimiento mediante el cual un solo espermatozoide es inyectado en le citoplasma de un ovocito*”; **Reproducción Medicamente Asistida (RMA)** como “*reproducción lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación, técnicas de reproducción asistida (TRA), inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen del esposo/pareja o un donante.*”; y las **Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)** indicando: “*todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de*

*espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye, pero no está limitado sólo a, la fecundación in Vitro y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero subrogado. TRA no incluye inseminación asistida (inseminación artificial) usando espermatozoides ni de la pareja ni de un donante.”* Es por ello que la resolvente destaca la labor desarrollada internacionalmente en ésta temática tan importante, por resultar de relevancia para la cuestión, ya que posibilita contar con definiciones para cada uno de los términos, procedimientos y expresiones médicas específicas, para su reconocimiento, comprensión y utilización correcta de ellos. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ La relevancia de éste glosario se ve plasmada también en la propia Ley Nacional de Reproducción Médicamente Asistida N° 26.862, que se analizará en forma separada seguidamente, ya que en su art. 8 al referirse a la cobertura que debe brindarse al afiliado dice textualmente: “cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y **los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como reproducción médicamente asistida...**”. Hace lo suyo el Decreto Reglamentario N° 956/2013, que en sus considerandos refiere: “que la ley de marras sigue lo prescripto científicamente por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en orden a la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas de reproducción médicamente asistida”. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Por tanto no cabe lugar a dudas, que el Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida realizado por el ICMART y la Organización Mundial de la Salud ha sido el basamento científico sobre el que se asienta el reciente dispositivo argentino sobre la materia. \_\_\_\_\_

#### \_\_\_\_\_ **V) LEY N° 26.862 Y DECRETO REGLAMENTARIO 956/2013**

\_\_\_\_\_ A partir de la sanción de la Ley Nacional N° 26.862 y su decreto reglamentario la cuestión del acceso a las Técnicas de Reproducción Médicamente Asistida ha quedado zanjada en gran medida. Al respecto paso a considerar los distintos puntos que se plantean en autos: \_\_\_\_\_

\_\_\_ **a) REGISTRO:** en virtud de lo dispuesto por el artículo 4 de la Ley referida, se crea un Registro único, donde deberán estar inscriptos todos aquellos establecimientos sanitarios habilitados para realizar procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, estando incluidos los bancos receptores de gametos y/ o embriones. El art. 4 del decreto que reglamenta la ley establece que el registro único funcionara en el ámbito del Registro Federal de Establecimientos de Salud (ReFES) del Ministerio de Salud. Asimismo establece que “Las autoridades sanitarias de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires serán las responsables de registrar los establecimientos que hayan habilitado a tal fin...”. En relación al caso concreto, el Centro Médico SARESA se encuentra inscripto en el ReFES, (constancia de fs. 72/75) sujeto a fiscalización de PROFICCSSA dependiente del Ministerio de Salud de la Provincia de Salta. Así también, lo expuso el Dr... en la testimonial obrante a fs. 78/83 de autos, en tanto que SARESA se encuentra inscripto como Centro de Reproducción Asistida con Banco de Gametos y que quien controla en salta es PROFICCSSA del Ministerio de Salud de la Provincia. Asimismo manifiesta que se requiere estar habilitado por el ReFES y por la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva, contando con ambas acreditaciones. \_\_\_\_\_

\_\_\_ **b) BENEFICIARIOS:** La Ley en su art. 7 establece que tienen derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad que haya explicitado su consentimiento informado. Se encuentra acreditada en autos la edad de 51 años de la Sra. M. del V. T. (fs. 14) como así también, su consentimiento de someterse al tratamiento, tal como lo expresara en plenario del día 1/10/2015, también consta el consentimiento informado firmado por la Sra. T. y el Dr... en expediente N.... del IPSS a fs.9/17.\_

\_\_\_ **c) COBERTURA; 1) OVODONACIÓN:** La norma, en el art. 8 instituye: “*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...".* Teniendo en cuenta el tratamiento que solicita la amparista requiere de ovodonación, para ello debemos tener en cuenta los procedimientos y técnicas que la OMS define como Reproducción Médicamente Asistida, tal como lo prevé el artículo transcrito, por lo que pasaré a su análisis, ya que el Glosario de terminología en técnicas de reproducción Asistida (TRA) de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y el Internacional Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) define las **Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)** como *“todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye, pero no está limitado sólo a, la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero surrogado. TRA no incluye inseminación asistida (inseminación artificial) usando espermatozoides ni de la pareja ni de un donante”*. Por tanto, debe considerarse que dentro de las previsiones del art. 8 de la Ley 26.862 se encuentra incluida la **criopreservación de ovocitos y embriones**, y la **donación de ovocitos y embriones**. En este mismo sentido, el Decreto Nacional 956/2013, Reglamentario de la ley analizada, en su artículo 2 titulado “definiciones”, segundo párrafo afirma: *“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”.* Por lo que no cabe lugar a duda que dicha práctica se encuentra contemplada dentro de las técnicas de reproducción médicamente asistida de alta complejidad referidas en la Ley Nacional y su Decreto Reglamentario. Cabe resaltar que el tratamiento de Alta Complejidad requiere de cinco pasos o etapas: Estimulación Ovárica, punción de ovarios, fertilización de óvulos, cultivo de embriones y transferencia de los mismos, y que la fecundación se realiza mediante inyección intracitoplasmática de espermatozoide en el citoplasma de un ovocito (ICSI). Asimismo, que el tratamiento a realizarle a la afiliada, para el caso que pudiera extraerse ovocitos de ella, es casi idéntico al que correspondería en caso que sean gametos provenientes de una donante, a lo que sólo se le agregaría el costo de los estudios de rigor previos a la donación; por ello, puede afirmarse que tampoco generaría mayores costos a la obra social que el que se pondera para el caso de extracción de ovocitos a la propia afiliada, solo en una mínima expresión, a mas que la Ley Nacional y su decreto reglamentario han dejado zanjada la cuestión, ordenando la cobertura tanto cuando los gametos provienen de la misma afiliada/paciente como cuando lo son de un donante. Es por ello que entiende la suscripta que dicho procedimiento debe ser cubierto en forma integral por la Obra Social. 2) CANTIDAD DE TRATAMIENTOS: El art. 8 del Decreto Reglamentario de la ley aludida, establece: *“Cobertura. Quedan obligados a brindar cobertura en los términos de la presente reglamentación y sus normas complementarias los Agentes del Sistema Nacional del Seguro de Salud enmarcados en las Leyes N° 23.660 y N° 23.661, las Entidades de Medicina Prepaga (Ley N° 26.682), el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (Ley N° 19.032), la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, el Instituto de Obra Social de las Fuerzas Armadas, las Obras Sociales Universitarias (Ley N° 24.741), y todos aquellos agentes que brinden servicios médico asistenciales independientemente de la forma jurídica que posean. 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. 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. Quedan incluidos en el PROGRAMA MEDICO OBLIGATORIO (PMO), los procedimientos y las técnicas de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo para la reproducción médicamente asistida reguladas en el artículo 8° de la Ley N° 26.862. No se considerará como situación de preexistencia, en los términos del artículo 10 de la Ley N° 26.682, la condición de infertilidad o la imposibilidad de concebir un embarazo. En caso que en la técnica de reproducción médicamente asistida se requieran gametos o embriones donados, estos deberán provenir exclusivamente de los bancos de gametos o embriones debidamente inscriptos en el REGISTRO FEDERAL DE ESTABLECIMIENTOS DE SALUD (ReFES) de la DIRECCION NACIONAL DE REGULACION SANITARIA Y CALIDAD EN SERVICIOS DE SALUD, dependiente del MINISTERIO DE SALUD. Si la donación se ha efectuado en un establecimiento diferente al de realización del tratamiento, el titular del derecho deberá presentar una declaración jurada original del establecimiento receptor del gameto o embrión en la cual conste el consentimiento debidamente prestado por el donante. La donación de gametos y/o embriones deberá estar incluida en cada procedimiento. La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. La autoridad de aplicación podrá elaborar una norma de diagnóstico e indicaciones terapéuticas de medicamentos, procedimientos y técnicas de reproducción asistida para la cobertura por el Programa Médico Obligatorio, sin que ello implique demora en la aplicación inmediata de las garantías que establece la Ley N° 26.862 de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. La ausencia del dictado de tal norma no implicará dilación alguna en la aplicación inmediata de las mencionadas garantías.”*

Consecuentemente con lo instituido por el artículo transcrito, entiende la resolvente que el decreto es claro en cuanto a diferenciar tratamientos de baja complejidad y tratamientos de alta complejidad; y en relación a ellos estipula que los de baja complejidad corresponde la cobertura de cuatro tratamientos anuales mientras que al referirse a los de alta complejidad prevé tres, sin hacer mención a su anualidad. El texto legal permite vislumbrar que la omisión de dicha expresión 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. Es conocida ampliamente la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto entiende que no puede presumirse falta de previsión ni de consecuencia en la tarea del legislador, y

que 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. Cabe destacar que existe un proyecto de Ley Provincial, que cuenta con media sanción de la Cámara de Diputados (Cámara de origen Expte N° 91-31.927/13) y que se encuentra en la Cámara de Senadores para su tratamiento, el que establece que en su art. 5 que “*las personas podrán 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 técnica de alta complejidad en total, con intervalos mínimos de tres (3) meses entre cada una de ellos*”. El artículo transcrito establece que los tratamientos de alta complejidad son tres en total, por lo que no deja lugar a interpretaciones diferentes, aludiendo a los de baja complejidad como anuales. Este proyecto se analiza en forma referencial, ya que no se ha convertido aún en Ley, al solo efecto de analizar y considerar la interpretación que efectúa el legislador provincial del art. 8 del Decreto Reglamentario de la Ley Nacional de Reproducción Médicamente Asistida, que coincide con la interpretación que efectúa la resolvente del artículo de marras. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_ **VI) COSTOS Y GASTOS DE OVODONACIÓN:** Para analizar la cuestión corresponde exponer en primer lugar el penúltimo párrafo del art. 8 del Decreto Reglamentario referido por cuanto establece “la donación de gametos y/o embriones deberá estar incluida en cada procedimiento. La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial”. Entiendo que debe diferenciarse lo que son los gastos y costos de los análisis de pre admisibilidad para ser donante de un centro de salud como SARESA y los estudios, y medicación que debe instrumentarse para lograr la estimulación ovárica, de lo que sería una compensación económica a la donante por los inconvenientes que le genera a la donante someterse a éste procedimiento como así también el lucro cesante. Al respecto considera ésta Vocal que no corresponde conceder ningún tipo de compensación por una actividad que el propio decreto que reglamenta la ley establece como gratuito y **nunca** lucrativo o comercial. En este sentido el nuevo **Código Civil y Comercial Argentino** vigente, en su artículo 17, al referirse a los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes, instituye que no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social, previendo que sólo pueden ser disponibles por

su titular siempre que se respete alguno de esos valores. El nuevo código reafirma lo sustentado por la propia ley nacional y su reglamentación en cuanto prohíbe la comercialización de elementos orgánicos o partes del cuerpo del ser humano. Es decir no se puede pretender, en el caso que nos ocupa, compensar económicamente a la donante por todas las molestias o padecimientos que podría sufrir por realizar un acto que es absolutamente gratuito, fundado en la solidaridad humana y que podría ser interpretado como un pago o contraprestación por el material orgánico (ovocitos) que entrega. Si debe ser cubierto económicamente todo lo que implica gastos, costos, estudios y el acto de extracción de ovocitos, para que puedan ser utilizados por la mujer receptora (Sra. T.) pero ninguna compensación económica corresponde a la donante por su acto voluntario y gratuito de entregar material genético proveniente de su cuerpo. \_\_\_\_\_

#### *Derecho a la Información*

\_\_\_\_ No puede ésta vocal dejar de hacer mención al derecho a la información del niño/a nacido por técnicas de reproducción asistida, toda vez que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación lo regula en sus arts. 563 y 564, bajo el título reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida, Capítulo 2. Es así que, por un lado nos encontramos con el derecho que tienen las personas nacidas por éstos procedimientos a conocer los datos del donante; y por el otro, con el correlativo deber del centro de salud interviniente de registrar dicha información, que está conformada por los datos médicos, relevantes para de salud, y los datos de identidad del donante; éstos últimos serán revelados en caso que la autoridad judicial interviniente lo considere, por razones debidamente fundadas, y en todos los casos a pedido de la persona nacida bajo éstos métodos de reproducción. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_ Por todo lo expuesto precedentemente, es que decidirá hacer lugar a la Acción de Amparo impetrada acogiendo la pretensión de la accionante, ordenando a la Obra Social IPSS a Autorizar, Garantizar y Cubrir todos los gastos y estudios que demande tres tratamientos de Fertilización ICSI en total, con donación de gametos masculinos y femeninos, al que se someterá la Sra. M. del V. T., debiendo ser realizados por el Dr.... y en el establecimiento SARESA, y en caso de obtener resultado negativo en el primer intento, brindarle igual cobertura para otra Fertilización ICSI de las mismas



características, y de fracasar éste segundo intento, la cobertura se extenderá a un tercer intento, finalmente. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_ En consecuencia y de conformidad a los hechos y derecho señalados: \_\_\_\_

\_\_\_\_ **RESUELVO** \_\_\_\_\_

\_\_\_\_ **I) HACER LUGAR A LA ACCIÓN DE AMPARO** impetrada por el Dr... en representación de la Sra. M. del V. T., en contra de la Obra Social IPSS por lo expuesto en los considerandos, y **CONDENAR AL INSTITUTO PROVINCIAL DE SALUD DE SALTA** a brindar cobertura integral (100%) por los costos y gastos que demande la realización de TRES Tratamientos de Fertilización Médicamente Asistida de Alta Complejidad en total, o hasta lograr el embarazo si esto sucediera antes, con donación de ovocitos y espermatozoides, que deberá practicarse a la Sra. M. del V. T. por el Dr... en el establecimiento SARESA. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_ **II) HACER LUGAR PARCIALMENTE** a lo solicitado por la amparista para la donante de ovocitos, debiendo la obra social cubrir los estudios; costos y gastos necesarios para la obtención de dicho material genético, no correspondiendo el pago de Compensación Económica para la donante, en virtud a los padecimientos inherentes al acto de donación y por el lucro cesante, al ser éste un acto voluntario y gratuito, de conformidad a lo establecido por el art. 8 penúltimo párrafo del Decreto Nacional N° 956/2013 Reglamentario de la Ley N° 26.862 y art. 17 del C.C.yC. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_ **III) PROHIBIR** toda manipulación o práctica de embriones que exceda lo absolutamente indispensable para la realización del tratamiento de Fertilización ICSI en los términos del punto I y II de la presente.- \_\_\_\_\_

\_\_\_\_ **IV) CONDENAR EN COSTAS** a la demandada de conformidad a las resultas del proceso. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_ **V) NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, PROTOCOLÍCESE,** una vez firme **ARCHÍVESE.** \_\_\_\_\_