

La cobertura de la criopreservación de embriones y las (sin)razones de la judicatura

Por Natalia de la Torre¹

1. Introducción

Un reciente fallo, 25/10/2016², de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de San Nicolás, Provincia de Buenos Aires, da cuenta, una vez más, de los obstáculos, trabas y (sin)razones que tienen que enfrentar los usuarios de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) a la hora de exigir el cumplimiento, en toda su extensión, de la Ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013.

En este escenario y pese a contar con una ley amplísima en materia de acceso integral a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, estableciendo la obligatoriedad de su cobertura y su consecuente inclusión en el Plan Médico Obligatorio, cada vez son más frecuentes los reclamos vía judicial por su no cumplimiento sobre la base de limitaciones interpretativas que realizan las obras sociales y/o empresas de medicinas prepagas de la ley de acceso a las TRHA.

Hermenéuticas disfrazadas la mayoría de las veces de falsos y “concienzudos” argumentos bioéticos³ que tiene por objeto lograr que los usuarios -ante el sentimiento de hastío y cansancio que producen estos reveses y negativas administrativas- desistan de su petición. En otras palabras, detrás de una lógica argumental de tinte bioético aparecen relucientes y poco ocultas las razones del mercado.

¿Cuáles son hoy los obstáculos o restricciones que con más frecuencia se vienen suscitando desde julio de 2013 a esta parte? Veamos. La negación de la cobertura de ovodonación alegando, entre otras razones, la falta de reglamentación adecuada⁴ y/o la supuesta violación al derecho a la identidad del niño/a⁵ que vaya a nacer por el uso de estas técnicas ante la falta de un registro de donantes; la negación de la cobertura de la criopreservación de embriones con motivos del supuesto estatus de persona del embrión no implantado; la discusión interpretativa en torno a la cantidad de tratamientos de alta complejidad que están obligados a cubrir los prestadores de salud⁶; qué debe entenderse por “tratamiento” ya que algunas empresas de medicina prepaga están considerando como 1 (un) tratamiento de alta complejidad, la transferencia de embriones previamente criopreservados o, incluso, la conformación del embrión cuando no hubo posibilidad médica de una primera transferencia; la pretensión de elegir médicos (centros de fertilidad)⁷ por fuera de la cartilla que ofrece la prepaga u obra social y la cobertura de tratamientos no expresamente previstos en la Ley 26.862, como el caso del Diagnóstico Genético Preimplantacional⁸.

2. Plataforma fáctica del fallo objeto del comentario

En el caso particular del fallo bajo análisis, el conflicto se suscita a raíz de un pedido de ampliación de la cobertura ya concedida por la obra social con anterioridad.

Se trata de una pareja de edad avanzada, mujer de 41 años de edad, que habiendo realizado tratamientos con gametos de ambos -TRHA homóloga- no alcanzaron resultados positivos, recomendándoles el tratamiento con ovodonación.

Ante el reclamo administrativo -carta documento dirigida a la obra social- y el silencio de la requerida, la pareja interpone un amparo con el fin de obtener la inmediata cobertura de tratamiento ICSI con donación de gametas femeninas, más cobertura íntegra de estudios médicos que al efecto se indiquen, previos al tratamiento y posteriores al eventual embarazo, controles médicos, ecográficos, transferencia de embriones, como así también descartables,

¹ Abogada y Profesora de Filosofía (UBA).

² Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de San Nicolás, 25/10/2016, “L. M. del P. y otro c/ Minist. De Salud I.O.M.A. | amparo”.

³ “La obra social se agravia de lo decidido con sustento en que la donación de gametos carece de reglamentación adecuada y que actualmente existe un proyecto de ley con media sanción destinado a regularla. Agrega que se trata de una situación que presenta numerosas cuestiones bioéticas y legales. Sostiene que la reglamentación no es una mera formalidad que tienda a demorar la puesta en vigencia de un tratamiento, sino que implica transparencia y el resguardo de los derechos de los peticionantes y de quien procuran engendrar” (Cámara Civil y Comercial Federal, Sala I, 29/03/2016, “C. A y otro c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ amparo de salud”, disponible en <https://dpicuatico.com/sitio/wp-content/uploads/2016/05/Jurisprudencia2-Familia-Nro-69-06.05.pdf>, compulsada el 16/12/2016).

⁴ Cámara Civil y Comercial Federal, Sala II, 28/06/2016, “U.S.C. c/ Medicus SA y otro s/ amparo de salud”, publicado el 20/07/2016, eDial AA9825.

⁵ Cámara Civil y Comercial Federal, Sala I, 29/03/2016, “C. A y otro c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ amparo de salud”, op. cit.

⁶ Para profundizar sobre este debate y los distintos criterios jurisprudenciales se recomienda compulsar: Salituri, Martina, “La pregunta por el límite en materia de cobertura integral de técnicas de reproducción humana asistida. Una ocasión para el análisis”, Cita Online: AP/DOC/885/2016.

⁷ Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario, Sala Segunda, Mendoza, 11/02/2014, “M., L. vs. Omint S.A. s. Acción de amparo”, Rubinzal Oline RC J 4063/14 y Cámara Civil y Comercial Federal, Sala III, 22/04/2014, “G. C. I. M. y otro c/ Osde s/ sumarísimo”, publicado el 23/06/2014, eDial AA87D7.

⁸ CSJN, 1/09/2015, “L.E.H. Y otros el O.S.E.P. si amparo”, AR/JUR/28879/2015.

anestesia, medicación, honorarios médicos y/o cualquier otro emolumento que se origine en el procedimiento, todo ello hasta que ocurra el efectivo embarazo, *más cobertura de gastos de criopreservación de embriones*.

La jueza de primera instancia rechaza la demanda por no encontrarse culminado el reclamo administrativo. No obstante, pese al rechazo, la jueza ordena a la obra social dictar de inmediato un acto administrativo, *“evitando en cuanto fuere posible todo proceder burocrático que pueda contribuir a tornar en ideales los derechos que detentan los administrados”*.

Los actores apelan este decisorio y, llegado el caso a la alzada, la cuestión a decidir se ciñe exclusivamente en el tema de la cobertura de los embriones criopreservados. ¿La razón de este único “*thema decidendum*”? La petición de cobertura de los estudios y la prestación de la fertilización in vitro con ovodonación devinieron abstractas por la autorización de la obra social de fecha anterior al decisorio de la Cámara.

3. La cobertura de la criopreservación de embriones y los fundamentos de la sentencia

Si bien la Alzada acepta la vía de amparo intentada, dando acogida a la petición de cobertura de la criopreservación de embriones -solución que compartimos-, interesa traer a colación los argumentos esgrimidos en la sentencia o lo que denominamos las (sin)razones de la judicatura.

Cabe aclarar, que los argumentos que enseguida expondremos sólo reflejan el voto de una de las Magistradas. Los otros dos Magistrados si bien no desdicen sus razones, no las hacen propias, limitándose a sostener que la pretensión actoral debe admitirse, *“por cuanto no ha habido una negativa expresa del Instituto, aún subsidiaria, en el momento procesal oportuno”*.

Veamos las razones de la Jueza.

- **Las observaciones/preocupaciones sobre las “razones” de los usuarios de TRHA**

“Es preocupante que, bajo el reclamo del derecho a la vida, de tener un hijo, de formar una familia, otros resulten negados, y es el de la vida misma de los embriones. Quienes acuden a estas técnicas tienen como objetivo lograr el embarazo y el nacimiento vivo de un ser. Los sobrantes embrionarios no son una preocupación, sólo su conservación, y a mi modesto entender, “por si requieren de otras prácticas” en caso de no llegar con embarazo a término y nacimiento vivo, cuando en el mejor de los casos decidiesen optar sumar intentos de otros hijos”.

¿Es función de la judicatura reprochar los “incentivos” u “objetivos” que tienen o han tenido en miras los usuarios de TRHA? ¿No sería ello una intromisión indebida a la vida privada y familiar? Creemos que las razones o motivaciones de los usuarios, cualesquiera sean ellas, están exentas de la autoridad de los magistrados.

Estando la cobertura de la criopreservación de embriones prevista expresamente en el artículo 2 del decreto reglamentario 956/2016⁹, esta sola razón bastaba para condenar a la obra social a cubrir el procedimiento.

- **La confusión o no distinción entre el alcance de una declaración interpretativa y una reserva en el ámbito internacional**

“Para la República Argentina se entiende por niño “todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad. Ello, en virtud de la ratificación de la Convención de los derechos del niño por medio de la Ley 23.849, y de las diversas reservas y declaraciones interpretativas que efectuara como firmante, entre las que se encontraba qué se entiende por niño, reconociéndose al niño como persona desde su concepción, y esto se halla en consonancia con el art. 19 CCCN”.

Ante esta afirmación, en primer lugar, cabe traer a colación, lo que sostuvo la Corte Federal respecto de la distinción entre reserva y declaración en el resonado, aún incumplido en muchos aspectos, caso F.A.L., *“Por otra parte, el artículo 2º de la ley 23.849, en cuanto estipula que el artículo 1º de la Convención “debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de la concepción”, no constituye una reserva que, en los términos del artículo 2º de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, altere el alcance con que la Convención sobre los Derechos del Niño rige en los términos del artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional. Esto porque, como surge del texto mismo de la ley, mientras que el Estado Argentino efectuó una reserva con relación a la aplicación del artículo 21 de la Convención, respecto del artículo 1º se limitó a plasmar una declaración interpretativa (ver al respecto, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1999, Volumen II,*

⁹ *“...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”*.

A/CN.4/SER.A/1999/Add.1, Parte 2, Directrices aprobadas por la Comisión en su período de sesiones N° 51 —1.2; 1.3—).¹⁰

En segundo lugar, la aseveración sin más de que esa interpretación -que el embrión no implantado es persona- estaría en consonancia con el artículo 19 del Código Civil y Comercial no es más que un argumento elíptico en relación al debate sobre la interpretación, que entendemos correcta, del término “concepción” a la luz de la cláusula transitoria tercera que manda a proteger el embrión no implantado en una ley especial, los artículos 20, 21 y 560 del propio texto civil y comercial y, por supuesto la interpretación sostenida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir del caso “Artavia Murillo y otros c. Costa Rica” del 28/11/2012 y 26/02/2016.

- **La criopreservación encuadrada, erróneamente, en un supuesto de alteración genética**

“Entiendo que una pauta más a considerar, es el art. 57 del CCCN, que en el capítulo de los derechos personalísimos, considera que al embrión humano le es reconocido en su dignidad de persona al prohibir las alteraciones genéticas que se transmitan a la descendencia, no distinguiendo entre embrión implantado y no implantado, por lo que debe ampliarse a todo embrión”.

La prohibición estipulada en el art. 57 no se relaciona en ningún sentido con el supuesto controvertido en el fallo bajo análisis: cobertura de criopreservación de embriones. El artículo 57 citado, *“contempla exclusivamente a las intervenciones que alteran el genoma del cigoto o del embrión temprano y están destinadas a producir mutaciones que se transmitirán a la descendencia”.*¹¹

Nuevamente era la remisión a la Ley 26.862 y su decreto reglamentario la que brindada la solución al caso concreto.

4. Breves palabras finales

La manera más eficaz de valladar este tipo de (sin)razones es seguir trabajando, en el año legislativo 2017 y los años venideros que sean necesarios -esperemos que no muchos-, por la sanción de una ley especial en materia de Técnicas de Reproducción Humana Asistida que resuelva, de una vez por todas, qué puede hacerse y qué no con los embriones in vitro.

¹⁰ CSHN, 13/03/2012, “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva”, AP/JUR/55/2012.

¹¹ Lamm, Eleonora, Comentario al artículo 57, en *Código Civil y Comercial Comentado*, Herrera, Marisa; Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián (directores), Inojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, Tomo I, p. 139.