

Técnicas de reproducción medicamente asistida:

Cobertura de tratamientos de reproducción asistida de alta complejidad. Criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Por Juan Manuel Rivolta¹

VOCES: DERECHO A LA SALUD - LEY 26.862. ART. 8° DECRETO REGLAMENTARIO 956/2013 - SALUD REPRODUCTIVA –CASO “ARTAVIA MURILLO Y OTROS C/ COSTA RICA” Corte IDH - LÍMITE DE COBERTURA ANUAL – TRATAMIENTO - FERTILIDAD – ALTA COMPLEJIDAD – JURISPRUDENCIA

Resumen: El autor se propone analizar el alcance de la Ley de Reproducción Medicamente Asistida N° 26.862 y su Decreto Reglamentario N° 986/2013, en cuanto establece la cantidad de tratamiento médico-asistenciales de alta complejidad, y el criterio imperante sobre el tema de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

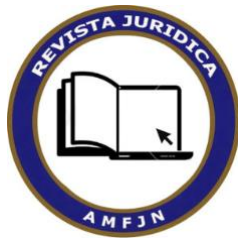
Sumario: I.- Introducción. El derecho a la salud y salud reproductiva. II.- Caso “*Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica*” de la CIDH. III.- Aspectos legislativos: Ley 26.862; Decreto Reglamentario 956/2013; Resolución 1-E/2017 del Ministerio de Salud de la Nación. IV.- Criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: Fallo “*Y., M. V. y otro c/ IOSE s/ amparo de salud*”. V. Conclusión.

I.- Introducción. El derecho a la salud y la salud reproductiva.

El derecho a la salud, en palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “es el primer derecho de la persona humana, que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional”², el cual tiene directa vinculación con las obligaciones asumidas

¹ Abogado; Empleado del Juzgado Civil, Comercial y Contencioso Administrativo N° 4 de La Plata.

² CSJN, Fallos: 310:112, “*Cisilotto, María del Carmen Baricalla de c. Estado Nacional*”, del 27/01/1987.



por el Estado Nacional en el marco de los Tratados Internacionales que conforman el Derecho Convencional³. Así, el derecho a la salud, entendido como un derecho personalísimo, resulta relevante para el ejercicio de otros derechos, siendo una condición necesaria para el disfrute de la vida y desarrollo personal de los individuos. Al respecto, se ha sostenido que “El derecho a la prevención de la salud como el de la vida (la calidad y dignidad de ella) son los más nuevos y definitorios de los derechos humanos”⁴.

Por su parte, la Organización Mundial de la Salud entiende a la salud reproductiva como el estado general de bienestar físico, mental y social, y no una mera ausencia de enfermedad o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos, teniendo presente que la imposibilidad de procrear es una deficiencia que puede afectar en forma real y efectiva la calidad de vida⁵. Ante tales lineamientos se ha sostenido que “el derecho a la salud incluye tanto a la salud reproductiva como a la atención sanitaria pertinente a dicho fin, lo que se encuentra en íntima relación al derecho humano de fundar una familia -entendida en sentido amplio- y al de su protección por parte de la sociedad y el Estado”⁶.

Con este marco, es relevante que los Estados adapten los servicios y derechos a las necesidades de las personas beneficiarias del sistema de salud, adquiriendo el acceso a la salud reproductiva, en la actualidad, una relevancia que amerita ser analizada con detenimiento.

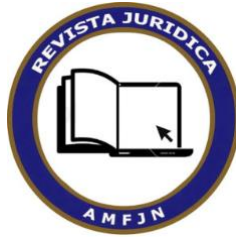
La República Argentina dictó la ley 26.862 de Reproducción Medicamente Asistida -decreto reglamentario 956/2013-, la cual tuvo por objeto “garantizar el acceso integral a

³ Cfr. art. 75 inc. 22 CN (ej. Declaración Universal de Derechos Humanos, dispone, artículo 25; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XI; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos refiere explícitamente, artículos 12.3, 18.3, 19.3.b., 21 y 22.2; Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-, artículos 12.3, 13.3, 15, 16.2 y 22.2; Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, artículo 10; entre otros).

⁴ MORELLO, Augusto M., “*Bioética y amparo*”, JA, 1994-III-8.

⁵ Consultado en www.who.int/es

⁶ Juzgado Civ. Com. y Cont. Administrativo Federal N° 4 de La Plata, expte. FLP 39673/2019 “R., A. c/ OSDE s/ amparo de salud”, sentencia del 05/08/2019 -consultado en www.scw.pjn.gov.ar-.



los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida”, regulando tanto los tratamientos de baja como de alta complejidad, imponiendo límites cualitativos y cuantitativos en ambos casos. Sin embargo, los agentes del servicio de salud -tanto obras sociales como empresas de medicina prepaga- en no pocos casos han puesto obstáculos a la cobertura de tratamiento requerida por sus afiliados/as.

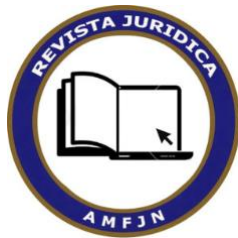
En la actualidad, si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación -como se expondrá en el presente trabajo- sentó su criterio sobre el tema, resulta de utilidad detallar la legislación imperante en la materia, así como la jurisprudencia más relevante tanto a nivel local como en el ámbito convencional.

III.- Caso “*Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica*” de la CIDH.

Realizando una breve síntesis del caso, cabe señalar que en 1997 el Poder Ejecutivo de Costa Rica reguló la práctica de la fecundación in vitro (FIV); posteriormente, en el año 2000, el decreto del Ejecutivo fue declarado inconstitucional por la Sala Constitucional de ese país. Dicho tribunal consideró que los embriones in vitro tienen derecho a la vida, y la FIV, de manera consciente y voluntaria, causa una elevada pérdida de embriones, incompatible con ese derecho a la vida, lo que generó la prohibición de la práctica.

Ya en el año 2001, un grupo de personas se presentó ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, quien sostuvo que la prohibición costarricense constituía una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada, a la vida familiar, al derecho a conformar una familia, y una violación al derecho de igualdad. Por lo tanto, recomendó a Costa Rica levantar la prohibición de la FIV y asegurar que la futura regulación sea acorde con la Convención, y, ante el incumplimiento de la recomendación, el 29/07/2011 se sometió el caso a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁷.

⁷ KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, “et al.”; *“Breve análisis de la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 28/11/2012”*; 06/02/2013; cita: MJ-MJN-68565-AR.



Así, con fecha 28/11/2012 la CIDH dictó sentencia condenando al Estado de Costa Rica. Allí, sentenció que el acceso a la reproducción humana asistida debe ser garantizado legalmente; sostuvo que prohibir la fertilización in vitro vulnera el derecho a la privacidad, a la libertad, a la integridad personal, a la no discriminación y el derecho a formar una familia⁸; y que los derechos reproductivos integran los derechos humanos en tanto hay un derecho a procrear y un derecho a no procrear.

Asimismo, la CIDH analizó el contenido del art. 4° de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual -en lo que interesa- establece que *“Derecho a la Vida... 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”*⁹. Al respecto, el Tribunal asimiló el término “concepción” a “anidación”, reconociendo que un óvulo fecundado da paso a una célula diferente, con la consecuente información genética suficiente para el posible desarrollo de un ser humano. Sin embargo, advirtió que si ese embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer, sus posibilidades de desarrollo son nulas, pues no recibe los nutrientes necesarios, ni está en un ambiente adecuado; así, “concepción” presupone la existencia dentro del cuerpo de una mujer. Finalmente, la Corte afirmó que el término “concepción” al que alude la Convención Americana se refiere al momento en que se produce la anidación, lo que resulta de suma importancia no sólo en el campo de la reproducción humana asistida, sino también en los derechos sexuales y reproductivos, ya que permite afirmar que dichos métodos no atentan contra el derecho a la vida¹⁰.

III.- Aspectos legislativos: Ley 26.862; Decreto Reglamentario 956/2013; Resolución 1-E/2017 del Ministerio de Salud de la Nación.

III.1. Ley 26.862¹¹

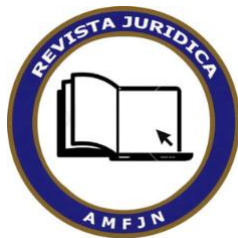
Ante el precedente jurisprudencial *“Artavia Murillo y otros”* de la CIDH, en el año 2013 la República Argentina dictó la Ley 23.862 de Acceso integral a los

⁸ CIDH, *“Artavia Murilo”*, consid. VIII.

⁹ CIDH, *“Artavia Murilo”*, consid. VIII., punto C).

¹⁰ KEMELMEJER de CARLUCCI y otras; ya cit.

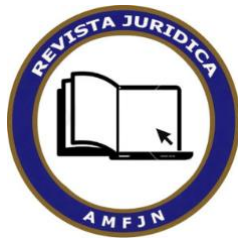
¹¹ B.O. 25/06/2013 -consultado en www.boletinoficial.gob.ar.



procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, la cual tuvo por objetivo “*garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida*” (art. 1°). Definió a la reproducción médicamente asistida como los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo, quedando comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones; aclarando que podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos, cuando sean autorizados por el Ministerio de Salud de la Nación en su carácter de autoridad de aplicación (art. 2°).

En su artículo 7° determinó a la población beneficiaria, disponiendo que tiene derecho a acceder a los mismos, toda persona mayor de edad que “... *haya explicitado su consentimiento informado*”, el cual puede ser revocado hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer.

A fin de garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, el art. 8° de dicho cuerpo normativo estableció que tanto el sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, las entidades de medicina prepaga, 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 la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas 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.*”. Asimismo, incluyó al Programa Médico Obligatorio (PMO) dichos 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.



Finalmente, el artículo 10° determinó que sus disposiciones “...son de orden público y de aplicación a todo el territorio de la república”.

III.2. Decreto 986/2013¹²

El Poder Ejecutivo Nacional reglamentó la citada norma a través del decreto 956/2016, disponiendo que los prestadores del servicio de salud de los ámbitos público, de la seguridad social y privados, deben brindar las prestaciones conforme lo normado en la ley 26.862, dicho decreto reglamentario, así como las demás normas complementarias que al efecto se dicten (art. 1°).

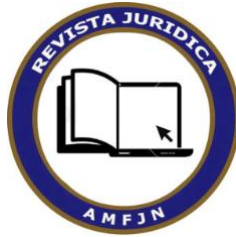
Definió a las técnicas de reproducción médicamente asistida “... a todos los tratamientos o procedimientos para la consecución de un embarazo” (art. 2°). Al respecto, realizó una diferenciación entre las técnicas de baja y alta complejidad, entendiendo a las primeras como aquellas que tienen por objeto “... la unión entre óvulo y espermatozoide en el interior del sistema reproductor femenino, lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación e inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen de la pareja o donante” (art. 2°, primer párrafo). Por su parte, definió a las técnicas de alta complejidad 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” (art. 2°, segundo párrafo); autorizando a la Autoridad de aplicación a incluir nuevas técnicas y procedimientos que hayan demostrado eficacia y seguridad.

En el marco descripto, el Ministerio de Salud de la Nación creó el Registro Federal de Establecimientos de Salud (ReFES)¹³, como registro único en el que deben estar inscriptos todos aquellos establecimientos sanitarios habilitados para realizar procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida (art. 4° ley 26.862 y 4° del decreto reglamentario).

Por su parte, el artículo 8° estableció que una persona podrá acceder a un máximo de cuatro (4) tratamientos anuales con técnicas de reproducción médicamente asistida de

¹² B.O. 19/07/2013 -consultado en www.boletinoficial.gob.ar.

¹³ Consultado en www.sisa.msal.gov.ar/sisadoc/docs/refes_intro.



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 -el subrayado es propio-. Dispuso, además, que a efectos de realizar 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*” (art. cit., cuarto párrafo).

III.3. Resolución 1-E/2017¹⁴

Ya en el año 2017 el Ministerio de Salud de la Nación, a través de los Anexos incorporados a la Resolución ministerial de referencia, determinó que se entiende por tratamientos de reproducción médicamente asistida con técnicas de reproducción médicamente asistida de alta complejidad (anexo I), y fijó el alcance de cada una de dichas prestaciones (anexo II).

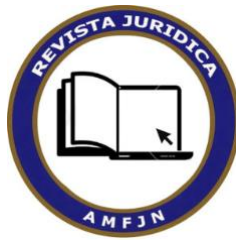
Además, estableció que los procedimientos incluidos en el anexo I, “... *se consideran complementarios de otros procedimientos tales como: la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de gametos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos...*” así como todo otro procedimiento y/o técnica a incluirse por esa autoridad (art. 3°).

IV.- Criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: Fallo “Y., M. V. y otro c/ IOSE s/ amparo de salud”¹⁵.

La cuestión relativa a la cobertura de las técnicas de reproducción médicamente asistida debió encontrarse solución en la normativa citada. Sin embargo, frente a la ley dictada por el Congreso de la Nación se suscitó una controversia relativa a la cantidad de tratamiento de alta complejidad que los agentes de la salud debían cubrir a sus afiliados; así, las obras sociales y las empresas de medicina prepaga, no en pocos casos, rechazaron los pedidos formulados por los beneficiarios alegando un límite cuantitativo

¹⁴ B.O. 02/01/2017 -consultado en www.boletinoficial.gob.ar-.

¹⁵ CSJN, expte. CCF 4612/2014, del 14/08/2018; Fallos: 341.929.



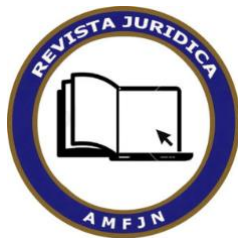
de los tratamientos de alta complejidad, considerando que los mismo son únicamente tres (3) de por vida.

Dicho planteo fue zanjado por el máximo Tribunal en el expediente “*Y., M. V. y otro c/ IOSE s/ amparo de salud*”¹⁶. En el mismo, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal confirmó la decisión de la instancia de grado, hizo lugar a la acción de amparo entablada por la actora pero limitó a tres la cobertura de los procedimientos fertilidad asistida de alta complejidad a cargo de la demandada IOSE (hoy IOSFA), con el argumento de que, la interpretación que proponía la actora de tres tratamiento anuales de alta complejidad, implicaba dar un alcance casi ilimitado a la obligación legal de la accionada, lo que resultaba incompatible con el texto del decreto 956/2013.

Concedido el recurso extraordinario, la CSJN al analizar el alcance de la norma en cuestión -ley 26.862-, hizo una interpretación amplia tanto de la ley como de su reglamentario, estableciendo que el límite de tratamientos de reproducción humana médicamente asistida de alta complejidad que establece el art. 8° del decreto 956/2013, es de tres tratamientos de alta complejidad “anuales” y no “de por vida”.

Para así decidir, luego de transcribir las partes pertinentes de la ley 26.862, la Corte expresó que *“Las expresiones transcriptas son suficientemente elocuentes acerca del amplio alcance que el legislador ha querido otorgar a la cobertura de las prestaciones que aseguren el pleno ejercicio del derecho a la salud reproductiva al que esta Corte ha reconocido carácter fundamental por su íntima vinculación con el derecho a la vida (Fallos: 329:2552; 333:690; 338:779, entre otros). El único límite que la ley impone al respecto se vincula con aquellos procedimientos o técnicas no especificados en el propio texto normativo (conf. doctrina de Fallos: 338:779) o con aquellos que no hubieran sido aprobados por la autoridad de aplicación (art. 2°, último párrafo de la ley).”* y que *“...frente a esa conceptualización, y por las razones que a continuación se expondrán, resulta inconveniente la interpretación que la cámara efectuó de las disposiciones reglamentarias sobre cuya base concluyó que el acceso a las técnicas de reproducción asistida de alta complejidad se restringe a tres intervenciones en total.*

¹⁶ Consultado en www.sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos.



Convalidar tal inteligencia importaría admitir la validez de una reglamentación que conspira contra los propósitos establecidos en la propia ley reglamentada al punto de desnaturalizar el derecho que ella consagra y que, como se ha mencionado líneas más arriba, tienen carácter fundamental.”.

En idéntica sintonía agregó que *“El art. 8° del decreto 956/2013 prescribe -en lo pertinente- que “...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 ...” “Como surge de su texto, la única precisión que establece la norma reglamentaria con respecto a las técnicas de alta complejidades que una persona puede acceder a un máximo de “tres”. El decreto no especifica si se trata de tres en total o de tres en un determinado lapso temporal. Pero la lectura completa del precepto posibilita despejar esa incógnita pues permite comprender que ese límite de “tres” intervenciones ha sido establecido en relación con el período anual que explícitamente fue previsto para la cobertura de las técnicas de baja complejidad mencionadas en el primer tramo (en este caso cuatro). La norma ha sido diseñada en un único párrafo u oración por lo que la ausencia de referencia temporal en el caso de las técnicas de reproducción asistida de alta complejidad es solo producto de la utilización de un giro o recurso idiomático para evitar una innecesaria repetición de la palabra “anual”. ”¹⁷*

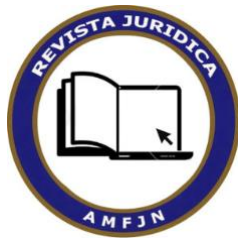
El criterio expuesto fue mantenido en el tiempo por el alto Tribunal en los expedientes FCB 53356/2018/CS1¹⁸; CSJ 2262/2017/CS1¹⁹; FMP 20270/2016/1/CS1²⁰; entre varios otros más.

¹⁷ En igual sentido, CNACCF en pleno, en autos *“G., C. y otro c. Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ amparo de salud”*, del 28/08/2018.

¹⁸ CSJN; *“P. L., S. c/ APROSS y otro s/ amparo ley 16.986”*, sent. del 12/03/2019.

¹⁹ CSJN; *“S., A. M. y otro c/ Swiss Medical S.A. s/ medida cautelar innovativa”*, del 17/11/2019.

²⁰ CSJN; *“R., M. C. y otro c/ Swiss Medical S.A. s/ amparo contra actos de particulares”*, sent. del 18/02/2020.



V.- Conclusión.

Luego de realizar un sucinto repaso de la legislación imperante en la materia, así como del criterio esgrimido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, puede aseverarse que el límite de cobertura de tres tratamientos de reproducción humana médicamente asistida de alta complejidad, de por vida, conspira contra los propósitos establecidos en la ley 26.862, hasta el punto de desnaturalizar el derecho integral que el legislador allí consagró.

A ello, puede agregarse que la cobertura y asistencia integral de la salud reproductiva, expresada en la normativa que rige la materia, se encuadra dentro de la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos -de índole convencional²¹- que realizó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “*Artavia Murillo y otros*”, constituyendo una política pública de nuestro país que, como tal, no pudiendo ser dejada de lado por el Poder Ejecutivo Nacional, desde que “... resulta obligación impostergable de la autoridad pública emprender, en ese campo, acciones positivas dirigidas a promover y facilitar el acceso efectivo a los servicios médicos y de rehabilitación”²².

Finalmente, agrego que el tema es cuestión presenta otras aristas importantes a tener en consideración, como ser, a modo de ejemplificación, la cobertura de vitrificación o congelamiento de óvulos para tratamientos reproductivos futuros, la criopreservación de embriones, o la cobertura del diagnóstico genético preimplantacional (DGPI); temas estos de íntima relación y vínculo con las cuestiones de bioética que rozan la materia.

²¹ Art. 75 inc, 22 de la Constitución Nacional.

²² Cfr. CNCCF, Sala I, causas 4108 del 19/08/2004 y 6511/03 del 17/03/2005.