

REGULACIÓN LEGAL DE LAS TÉCNICAS DE FERTILIZACIÓN ASISTIDA. NOCIONES FUNDANTES Y REQUERIMIENTOS JURÍDICOS. RELEVAMIENTO DE SU EFECTIVIDAD EN LA CIUDAD DE CÓRDOBA*

LEGAL REGULATION OF ASSISTED FERTILIZATION TECHNIQUES. FOUNDING NOTIONS AND LEGAL REQUIREMENTS. SURVEY OF THEIR EFFECTIVENESS IN THE CITY OF CORDOBA

*María Virginia Bertoldi de Fourcade** , Patricia Stein*** , Adriana Raffaeli**** ,
Andrea Fornagueira**** , Fernanda Palma***** , Soledad Viártola
Durán***** , María Beatriz Krede******

Resumen: Dentro del marco regulado legalmente, se procuró determinar si el reconocimiento de derechos reproductivos previsto en materia de técnicas de fertilización asistida es eficaz, es decir, si conforme la práctica y el criterio de sus operadores y beneficiarios, logra satisfacer

*Trabajo recibido el 13 de febrero de 2018 y aprobado para su publicación el 20 de marzo del mismo año.

**Abogada. Doctora en Derecho. Especialista en Educación Superior. Vocal de la Cámara de Familia de 1ª Nominación. Profesora Titular de la Cátedra “B” de la asignatura de Derecho Privado I de la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

*** Abogada. Especialista en Educación Superior. Profesora Adjunta de la asignatura Derecho Privado I de la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesora Adjunta de la asignatura Civil I en la Universidad Blas Pascal.

**** Abogada. Especialista en Educación Superior. Profesora Adjunta de la asignatura I.E.C.A. y Profesora Asistente en la asignatura Introducción al Derecho de la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesora Adjunta de la asignatura Introducción al Derecho en la Universidad Blas Pascal.

***** Abogada. Profesora Asistente por concurso de la asignatura Derecho Privado I de la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba (FD-UNC).

***** Abogada. Especialista en derecho judicial y de la judicatura (UCC). Profesora ayudante A, por concurso Derecho Privado I FD-UNC. Secretaria de primera instancia en la secretaria electoral.

***** Abogada. Prosecretaria letrada del Juzgado de primera instancia y 24 nominación en lo Civil y Comercial de la justicia de Córdoba.

***** Abogada. Especialista en Derecho de Familia (UNC). Profesora ayudante A por concurso Derecho Privado I (FD-UNC).

la finalidad que determinó la regulación normativa en nuestra ciudad. Se trabajó sobre el perfil de la Ley de Reproducción Médicamente Asistida, 26862 (2013), el decreto 956/2013, como así también la experiencia anticipada en la regulación cordobesa referida a la obra social oficial de la Provincia. Tales normas legitiman las técnicas que, con diversa complejidad, diseñan un marco mínimo para su aplicación y aseguran su cobertura por la seguridad social de la salud. De relevancia es que el derecho común, con la puesta en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (2015), reconoce como una de las formas de filiación a la proveniente de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA).

Palabras-clave: Reproducción humana asistida - Acceso a las prestaciones - Cobertura a los pacientes.

Abstract: Within the framework of legally regulated, we sought to determine whether the recognition of reproductive rights provided in techniques of assisted fertilization (TRHA) is effective; if, as practice and criteria of its operators and beneficiaries, is achieved to fulfill the purpose for which determined the normative regulation in our city. We worked on the profile of the law of medically assisted reproduction, 26862 (B.O. 06.26.13), decree 956/13 (B.O. 07.23.13), as well as the experience on the Cordoba regulation referred to the official social work in the province. These rules legitimate techniques that, with different complexity, design a minimum framework for application and ensure its coverage by social security's health. The common law, with the validity of the Civil and Commercial Code of the Nation, in August of the year 2015, recognized the techniques of assisted human reproduction (TRHA) as one of the kinds of filiation.

Keywords: Assisted Human Reproduction - Access to benefits - Coverage to patients.

Sumario: I. Introducción.- II. Objetivos perseguidos en la indagación.- III. Metodología. Diseño de la investigación. Dificultades encontradas.- IV. Marco teórico-legal.- V. Las TRHA bajo la mirada del derecho comparado.- VI. Ley 26862 de reproducción médicamente asistida.- VII. Técnicas de reproducción humana asistida en el Código unificado. Reflexiones acerca del embrión humano.- VIII. Cobertura de tratamientos de fertilización asistida en la Provincia de Córdoba.- IX. Respuestas del relevamiento de la eficacia de la legislación especial en la Ciudad de Córdoba.- X. Conclusiones generales de la indagación.- XI. Bibliografía.

I. Introducción

La imposibilidad o dificultad para lograr la gestación natural es un problema social y tanto la ciencia médica como la tecnología han desarrollado técnicas de reproducción humana asistida que posibilitan resultados positivos. Los procedimientos, de menor o mayor complejidad, se llevaban a cabo en centros asistenciales privados con altos costos.

Esta desigualdad ante derechos humanos fundamentales encerraba, además, riesgos para los pacientes al no existir control específico, y exponía a los profesionales a

ambigüedades en la legitimidad de las prácticas. Ello generó reclamos en tribunales ante la falta de cobertura de las obras sociales y prepagas y ausencia por parte del Estado.

Ante este escenario, se tornó imprescindible garantizar el ejercicio del derecho a la salud sexual y reproductiva de toda persona y se dictó la Ley de Reproducción Médicamente Asistida, 26862 (2013), y su reglamento, decreto 956/2013.

Tales normas contemplan prácticas de diversa complejidad, diseñan un marco mínimo para su aplicación y aseguran su cobertura por la seguridad social de la salud. Sin embargo, no comprende aspectos que parecen necesarios.

Resulta relevante destacar que a partir de la puesta en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (2015), se reconoce como una de las formas de filiación a la proveniente de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA).

Nuestro trabajo se centra, dado el reconocimiento jurídico de la cuestión, en verificar si tales prácticas han determinado cambios en las conductas sociales y en indagar la efectividad de la ley 26862 en los operadores y beneficiarios a nivel de prestadores nacionales y provinciales.

En la Provincia ya existía un programa que establece una cobertura más restringida de los tratamientos de reproducción asistida, a cargo de la Obra Social de la Provincia de Córdoba, APROSS (Administración Provincial del Seguro de Salud), pionera en incorporar dichos tratamientos para sus usuarios. A partir de 2010, se aprobó la ley 9695 de fertilización asistida y sólo sus afiliados reciben la cobertura para los tratamientos.

II. Objetivos perseguidos en la indagación

a) Objetivos generales

1. Analizar críticamente la ley 26862 de acceso integral y universal a la Reproducción Humana Asistida y su decreto reglamentario, y hacer las propuestas que resulten pertinentes a partir del relevamiento de los aspectos que los operadores de la salud estiman que debería contener una regulación.
2. Indagar si las líneas de acción previstas por el Estado nacional como garante de la cobertura en todo el territorio nacional son suficientes para garantizar el efectivo ejercicio de los derechos reconocidos en la ley 26862, como así también su grado de implementación en el ámbito de la ciudad de Córdoba.

b) Objetivos especiales

1. Releva la regulación legal que han tenido las técnicas de fertilización asistida en el derecho comparado, como así también los proyectos de ley que, en nuestro país, precedieron al dictado de la ley 26862.

2. Relevar jurisprudencia anterior y posterior a la sanción de la Ley de Fertilización Asistida.
3. Indagar si existe adhesión de la Provincia de Córdoba a la ley nacional y en su caso, las consecuencias de su inclusión o exclusión del sistema.
4. Identificar las políticas estatales que, en el plano provincial, se llevan a cabo y si aseguran el ejercicio de los derechos y garantías previstos por la ley nacional.
5. Analizar si existe coherencia entre los objetivos previstos legalmente a nivel nacional con lo que efectivamente ocurre en la ciudad de Córdoba, a partir del relevo de la cobertura que las obras sociales y prepagas existentes e instituciones de salud públicas y privadas, hacen de los tratamientos de fertilización asistida.
6. Determinar si es necesario modificar el curso de acción llevado a cabo para garantizar el cumplimiento de los preceptos legales.

III. Metodología. Diseño de la investigación. Dificultades encontradas

Se llevó a cabo un estudio descriptivo exploratorio relativo a la implementación de la ley 26862 en la ciudad de Córdoba.

Se relevó la cobertura que el Estado (nacional y provincial), las obras sociales y prepagas han proporcionado en esta ciudad desde la vigencia de la ley. Para ello se realizó un estudio de caso con una triangulación de técnicas, efectuándose un estudio cuantitativo y cualitativo.

En relación con el trabajo cuantitativo se utilizó la herramienta de la encuesta que fueron dirigidas a:

- a. Médicos directores de centros de salud privada que brindan el servicio de fertilización asistida.
- b. Médicos especialistas en fertilización asistida que forman parte de los equipos profesionales de los 5 centros de salud privada (1) habilitados en la ciudad de Córdoba para llevar a cabo estos tratamientos.
- c. Pacientes en tratamientos de fertilización asistida o que se sometieron a estas prácticas desde la vigencia de la ley 26862.
- d. Obras sociales y prepagas que deben dar la cobertura de tratamientos de fertilización asistida en los términos de la ley 26862 (se exceptuó de este grupo a la obra social de la Provincia de Córdoba -APROSS-, ante la cual se hicieron

(1) Los centros de salud en Córdoba son los siguientes: a. Fecundart; b. Cigor; c. IMG; d. Nascentis, y e. Origen Salud Reproductiva.

entrevistas en profundidad. Esta excepción se fundó en la diversa normativa que regula esta obra social) (2).

e. Entrevista en profundidad con expertos.

Las encuestas fueron procesadas con el programa informático SPSS (3). Cada uno de los grupos de sujetos referenciados en los párrafos anteriores dio lugar a una base de datos con las encuestas de sus integrantes. A los fines de efectuar el análisis de la cobertura brindada directamente por el Estado (nacional y provincial) se trabajó con el método interpretativo que deviene, fundamentalmente, de la realización de entrevistas en profundidad a informantes claves del Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba, y del Instituto Universitario de Medicina Reproductiva (IUMER) de la Universidad Nacional de Córdoba.

La selección de los informantes se llevó a cabo bajo las metodologías de casos políticamente importantes y conveniencia siguiendo las estrategias de selección de casos propuesta por Patton (4), en cuanto es un muestreo intencional.

Se intentó contactar con los profesionales responsables de las áreas de reproducción del Hospital Materno Provincial y del Hospital Materno Neonatal, sin que se obtuvieran las entrevistas deseadas.

Finalmente, cabe destacar que también se entrevistó en profundidad a un representante de la obra social provincial APROSS.

Se ha advertido además cierta reticencia en algunos operadores a brindar información debido a experiencias que describieron como negativas por ser aparentes antecedentes de reclamos posteriores lo que obstaculizó la obtención de respuestas o demoras en su obtención.

Es dable advertir que las conclusiones de la presente investigación revisten el carácter de hipótesis para ser contrastadas con posteriores estudios de casos.

Dificultades: El trabajo de campo se inició en abril de 2015 y se extendió hasta noviembre del mismo año. Este plazo se debió mayormente a reticencias iniciales de los centros de salud, y a la necesidad de comprender por parte de ellos, la rigurosidad y seriedad del trabajo, antes que a la cantidad de encuestados, ya que, al ser sólo 3 instituciones, sólo existen tres directores médicos, y cada centro cuenta con 3 a 5 médicos especialistas en tratamientos de fertilización asistida.

(2) La Administración Provincial de Seguro de Salud (APROSS) es una entidad autárquica con individualidad financiera, y es la obra social de la Provincia de Córdoba. En lo atinente a los tratamientos de fertilización asistida se rige por lo estatuido por la ley 9695.

(3) Para ello se contó con la colaboración de la Inv. Verónica Luetto.

(4) PATTON, M. *How to use qualitative methods in evaluation*, Capítulo 3, Sage, Newbury Park-California, 1988, pp. 51 y ss.

Las encuestas para médicos se dejaron en poder de los directores médicos de los centros de salud que accedieron a realizar las encuestas, y ellos los distribuyeron entre sus profesionales. Se desconoce el número de médicos con los que cuenta cada institución para la realización de tratamientos de fertilización asistida.

En Córdoba existen cinco centros médicos privados que llevan a cabo tratamientos de fertilización asistida. De estas cinco instituciones, sólo tres accedieron a realizar las encuestas, tanto para directores médicos, como para profesionales médicos y pacientes. Los centros médicos tanto públicos como privados que se negaron a participar de la encuesta, adujeron razones de confidencialidad, de preservación de sus pacientes y profesionales, y una de las instituciones de manera informal puso de relieve la necesidad de no brindar información que pudiera comprometer a las obras sociales y/o prepagas, y que culminara afectando la cobertura de los pacientes en el centro médico elegido.

Es necesario destacar que *ninguna* de las obras sociales y servicios médicos prepagos se prestó a la indagación. Algunas argumentaron la desconfianza y el temor de que la información recabada pueda ser utilizada para posteriores planteos judiciales, otras dilataron sistemáticamente el encuentro con la encuestadora.

IV. Marco teórico-legal

Nuestro sistema normativo es abierto, transnacional e internacional, y ha incorporado derechos y garantías individuales que se deben respetar en todos los niveles por su supremacía al estar consagrados en el bloque de constitucionalidad a partir de la incorporación de los tratados internacionales en el año 1994 (5).

Para la Organización Mundial de la Salud (OMS) la salud es “un estado general de bienestar físico, mental y social, y no mera ausencia de enfermedades o dolencias” y “la salud reproductiva es ese mismo estado general de bienestar, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo, sus funciones y procesos”. La Organización Panamericana de la Salud (1955), indicó que la salud sexual y reproductiva “se puede definir como la posibilidad del ser humano de tener relaciones sexuales gratificantes y enriquecedoras, sin coerción y sin temor de infección ni de embarazo no deseado, de poder regular la fecundidad sin riesgos de efectos secundarios desagradables o peligrosos; de tener un embarazo y parto seguros, y de tener y criar hijos saludables” (6).

(5) En este sentido, la Declaración Universal de Derechos Humanos, establece en su artículo 25.1: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure (...) la salud y el bienestar y en especial (...) la asistencia médica”. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 12.1 dispone: “derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.

(6) En el orden local, la Constitución Provincial dice en su artículo 19: “Todas las personas en la provincia gozan de los derechos y garantías siguientes: (...) inciso 1): “a la vida desde la concepción, a la salud, a la integridad psicofísica y moral y a la seguridad personal”; y en el artículo 59 determina que “la salud es un bien natural y social que genera en los habitantes de la provincia el derecho al más

Los conceptos más amplios incluyen, además de los aspectos psicosociales, la noción de que la salud sexual y reproductiva es una vivencia constitutiva del ser humano, que se desarrolla desde que nace hasta que muere y que forma parte no sólo de un proyecto personal, sino de uno de pareja y de familia.

Recién en el año 1994, la Conferencia Internacional de El Cairo trató el concepto de “Derechos Sexuales y Reproductivos” como integrante del plexo de “Derechos fundamentales”; es decir “Derechos Humanos”. El Programa de Acción que fijó dicha Conferencia sostiene que: “Esos derechos se basan en el reconocimiento de todas las parejas o individuos de decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos, y el momento de tenerlos, a disponer de la información y de los medios necesarios para ello, y el derecho a alcanzar el nivel más alto de salud sexual y reproductiva” (7).

Resulta innegable que la salud sexual y reproductiva integra el concepto de salud; siguiendo estos lineamientos, la *ley 26862 de Reproducción Médicamente Asistida (2013)* hace hincapié en el derecho que tienen todas las personas a reproducirse, a procrear responsablemente, a formar una familia. Es decir, se promueve un servicio de salud amplio e inclusivo para “todas las personas que habiten el suelo argentino”.

La temática que nos convoca afecta la salud física, psíquica y emocional de las personas, desde la perspectiva de la reproducción y comprende el derecho a formar una familia, sin distinción ni discriminación en cuanto a su modalidad. Esta ley marco reivindica los derechos constitucionalmente reconocidos.

Como paso previo a la consideración de la ley 26862 de Reproducción Médicamente Asistida, nos referimos al principio de existencia de la persona humana en el Código Civil y Comercial (CCyC).

La procreación era parte del mero orden biológico natural: concepción intrauterina, embarazo y nacimiento. Actualmente el panorama es mucho más complejo, pues la ciencia abrió la posibilidad de una fecundación extrauterina, y las respuestas jurídicas que se le den comprometen derechos fundamentales ligados al sistema de valores que imperan en la comunidad. El artículo 19 del CCyC establece: “*la existencia de la persona*

completo bienestar psicofísico, espiritual, ambiental y social. El gobierno de la provincia garantiza el derecho mediante acciones y prestaciones (...) establece, regula y fiscaliza el sistema de salud (...). El sistema de salud se basa en la universalidad de la cobertura, con acciones integrales de promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud (...). Asegura el acceso en todo el territorio provincial, al uso adecuado, igualitario y oportuno de las tecnologías de salud y recursos terapéuticos”.

(7) En la IV Conferencia Internacional sobre la Mujer (Beijing, 1995) se dijo que Salud Reproductiva es una “actividad encaminada al mejoramiento de la vida y de las relaciones personales”. Ya el Programa de Acción, adoptado en la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo de El Cairo (1994), establecía que “la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuando y con qué frecuencia (Cap. VII)”.

humana comienza con la concepción.” Como puede apreciarse, la norma no distingue si la concepción fue corpórea o extracorpórea.

A partir de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), se diferencian dos posturas respecto al principio de existencia de la persona humana. Una sostiene que la persona comienza a partir de la unión de los gametos femenino y masculino, sin diferenciar si se produce dentro o fuera del útero. La otra posición distingue según el modo de concebir, pues si es a través de una técnica de fertilización asistida, la existencia de la persona humana se inicia a partir de la anidación del embrión en el cuerpo de la mujer. Esta postura era la explicitada en el artículo 19 del Anteproyecto de Código Civil y Comercial del año 2012 que establecía que “la existencia de la persona humana, comienza con la concepción en el seno materno o desde la implantación del embrión en el útero femenino en el caso de la fertilización extracorpórea”.

La categorización jurídica del embrión no implantado es también divergente. Por nuestra parte no le asignamos la categoría de “persona”, pues compartimos la posición que sostiene que el embrión debe ser considerado “persona humana” desde el momento que logra la total individualidad de su dotación cromosómica humana; es decir, desde el momento de la anidación.

La importancia de los embriones *in vitro* se encuentra en su capacidad para que, una vez implantados en la mujer, continúen con su desarrollo y como resultado de ello, se produzca el nacimiento de hijos. Sostenemos que la anidación y la gestación son situaciones de las que no puede prescindirse para posibilitar el protagonismo que requiere la vida jurídica. De allí que la personificación a partir de la implantación establece una diferencia fundamental con el embrión no implantado que se mantiene fuera del útero y que, mientras perdure en tal situación, nunca podrá ser gestado ni, por lo tanto, nacer.

Esta significativa diferencia fue sostenida por Misyersky-Flah, al afirmar: “(...) *De ello se desprende que la diferenciación aquí realizada entre uno y otro embrión encuentra un punto de inflexión en la implantación en el útero. Antes de ese momento el embrión está ciertamente separado, existe en sí, no ha comenzado para él ese hecho medular de su literal incorporación al ‘otro’ que es el útero materno: ahí empezaría su constitutiva condición de ser-en-relación, rasgo humanizante de la vida. De ahí que no pueda igualarse el status tanto jurídico como moral de uno y otro*” (8).

De igual modo la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo: “(...) *la Corte entiende que el término ‘concepción’ no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene posibilidad alguna de supervivencia si la implantación no sucede*” (9). Como puede apreciarse, “la

(8) MINYERSKY, N. - FLAH, L. “El embrión, el feto y la vida humana”, La Ley, 6 de octubre de 2011.

(9) Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28/11/2012, “Artavia Murillo y otros (‘fecundación In Vitro’) c. Costa Rica”.

máxima instancia judicial de la región en materia de derechos humanos se ha expedido acerca de la naturaleza jurídica del embrión no implantado. Esto allana de manera considerable y esencial el camino interpretativo acerca de qué se entiende por concepción en el marco de las técnicas de reproducción asistida (...). En definitiva, para la Corte Interamericana, la existencia de la persona humana comienza con la implantación del embrión y, por ende, el embrión no implantado, no es persona humana” (10).

Se destaca que no considerar persona humana al embrión extracorpóreo no supone negarle la protección jurídica que merece. Consideramos que está fuera de discusión que existe en él vida humana; en efecto, nadie cuestiona que la vida y dignidad humana del embrión no implantado merecen respeto. A partir de ello y sosteniendo auténticos principios ético-jurídicos, se deben evitar los excesos, proscribiendo las prácticas que se consideran disvaliosas.

Resulta insuficiente e impreciso a los efectos de la reproducción humana asistida referirse sólo “a la concepción” como momento de comienzo de la existencia de la persona humana. Entendemos que la índole del bien, que merece un respeto superior a una cosa, pero que no se confunde con el concepto de persona, parece ser una respuesta acorde con la naturaleza y relaciones que nacen de la formación de los embriones extracorpóreos.

V. Las TRHA bajo la mirada del derecho comparado

A la sanción del Código Civil argentino y durante mucho tiempo después no se imaginó que la procreación (11) pudiera dissociarse de la relación sexual entre hombre y mujer. Sin embargo, como se señaló, la ciencia pone hoy al alcance de las parejas infecundas ciertas técnicas que permiten salvar los obstáculos que impiden la concepción mediante la cópula. Las causas que llevaron a la medicina a profundizar el estudio de la fecundidad humana fueron varias, pero fundamentalmente la de la esterilidad de la pareja fue la más importante. Desde el punto de vista médico, la esterilidad se define como “*la imposibilidad de lograr un embarazo después de un año de relaciones sexuales regulares, sin el uso de métodos anticonceptivos*” (12). El uso de técnicas de reproducción humana asistida se ha ido acrecentando en todo el mundo, pese a haber planteado interrogantes sobre sus prácticas y consecuencias. Estos recursos, al determinar la ruptura de la unión entre la relación sexual y el acto procreador, suscitaron cuestionamientos filosóficos, teológicos, morales, sociológicos y también al hombre

(10) HERRERA, M. “Comentario al artículo 19” en Código Civil y Comercial de la Nación comentado, p. 87, Dirección a cargo de Ricardo Lorenzetti, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, año 2014.

(11) Concebir es dar existencia a un nuevo ser mediante la unión de los gametos femenino (ovocito u óvulo) y masculino (espermatozoide).

(12) DEL CASTILLO, R. *Ginecología Básica: pautas diagnósticas y terapéuticas*, Cap. VIII, UNC, Spring, Córdoba, Argentina, p. 41.

del derecho (13), aunque la aplicación de las TRHA resulta una posible solución ante la esterilidad o la infertilidad humana.

Es importante revisar las principales tendencias legislativas existentes en la materia.

La procreación artificial es un procedimiento de manipulación mediante el cual, prescindiendo de la cópula natural (de allí la denominación artificial) se obtiene el mismo resultado; es decir, la generación de un nuevo ser viviente dentro de determinada especie. Lo propiamente artificial no es la procreación en sí, sino el modo de lograrla. En su sentido amplio, la expresión “inseminación artificial” comprende todas las formas no naturales de poner en conexión el espermatozoide y el ovocito para la fecundación, sea en el interior de la mujer o fuera de él. Por lo tanto, abarca: *a)* La inseminación artificial en sentido estricto, que se realiza dentro del cuerpo de la mujer y es la más antigua de las técnicas no naturales de reproducción humana: el semen es inoculado mediante jeringas o catéteres y depositado en el cuello vaginal o en las cercanías del óvulo femenino; y *b)* La fecundación *in vitro* (FIV) o concepción extracorporeal que se realiza fuera del cuerpo de la mujer: el huevo o cigoto formado en la cubeta debe alcanzar cierto estado de evolución para poder ser introducido en el útero de la mujer donde continuará su desarrollo hasta el nacimiento (14).

Sea por inseminación o por concepción extracorporeal, puede ser homóloga o heteróloga, según que los componentes genéticos se aporten desde la pareja o desde fuera de ella. Es homóloga cuando el óvulo y el espermatozoide provienen de la pareja. La técnica artificial utilizada sólo facilita el encuentro de los gametos, ya que ello no puede lograrse naturalmente. En la inseminación heteróloga se recurren a elementos genéticos de terceros. En este caso los dadores pueden ser determinados cuando productor y destinataria se conocen; o indeterminados, cuando el material proviene de un depósito o banco de espermia y la receptora ignora la identidad del dador.

La concepción extracorpórea permite, además, otras situaciones ya que el embrión fecundado *in vitro* puede ser depositado en la madre genética o biológica que es la que ha aportado el óvulo, o en otra mujer distinta, que es llamada madre sustituta o portadora.

Otro delicado tema, que también plantea problemas filosóficos, jurídicos, éticos y sociológicos, es la congelación de los embriones supernumerarios. Ante esta situación, se advierten algunas soluciones posibles: 1) Implantarlo en el útero materno; 2) la destrucción del embrión; 3) la experimentación y 4) la dación.

Dentro de las legislaciones extranjeras que regulan las técnicas de reproducción humana asistida se encuentra una dualidad de tendencias; una que favorece la tecnolo-

(13) LLOVERAS DE RESK, M E. - BERTOLDI DE FOURCADE, M. V. - BERGOGLIO, M. T. *Lecciones de Derecho Civil - Personas naturales y jurídicas*, Advocatus, Córdoba, Argentina, p. 69.

(14) *Ibíd*em, pp. 68-69.

gía por sobre los intereses de las personas involucradas (denominada permisiva) y otra que, por el contrario, parece considerar prevalentemente esos intereses y en especial, los del niño que será concebido y gestado (restrictiva). A continuación, intentaremos delinear las principales características de estas dos grandes tendencias (15).

Primera tendencia legislativa: Las leyes autorizan, expresa o implícitamente, la utilización de estas técnicas a cualquier usuario, ya sean parejas casadas, parejas no casadas, mujeres solas, mujeres viudas, etc. Se permiten sin restricciones las técnicas heterólogas, posibilitándose la dación de semen y óvulos. Se garantiza el anonimato al tercero que “done” gametos (semen u óvulos), negándole al niño el derecho a conocer su identidad. Se permite el desecho de embriones, como también su crioconservación, para facilitar una mayor eficacia de las técnicas de procreación humana asistida. La protección jurídica del embrión es retardada normalmente hasta transcurridas las dos semanas desde la fecundación, permitiéndose entonces la experimentación y la extracción de tejidos o células de embriones que no hayan superado esa etapa. En esta tendencia se enrolan la legislación española, la británica y la mexicana.

Segunda tendencia legislativa: Trata de mantener la familia biológica como institución favorecida por el derecho. Se propende a que el niño nazca en el seno de un hogar estable, reservando el derecho a utilizar estas técnicas a las parejas matrimoniales y heterosexuales que convivan establemente. Dificulta, e incluso prohíbe, la intervención de terceros aportantes de material genético, de manera de evitar la disociación de los vínculos de paternidad o maternidad. Garantiza, en caso de que se practique una técnica heteróloga, el derecho del concebido a conocer la identidad del progenitor biológico. Dentro de esta tendencia podemos mencionar a la legislación francesa, la italiana y la brasileña.

VI. Ley 26862 de reproducción médicamente asistida

La Ley de Reproducción Médicamente Asistida y su reglamentación legitiman y visibilizan prácticas y brindan un marco técnico y de seguridad social en materia de la salud reproductiva. La norma propugna lo siguiente:

- Fija como objetivo, garantizar el acceso a las técnicas de reproducción médicamente asistida, señala tales prácticas y deja abierta la posibilidad de inclusión de nuevas técnicas.
- Asegura el acceso igualitario, establece la necesidad de ser mayor de edad y estipula la prohibición de discriminar por cualquier motivo, incluso orientación sexual y estado civil del peticionante.

(15) SOLER, V. *Personas por nacer - Cuestiones jurídicas planteadas por los avances científicos*, trabajo inédito, pp. 7-8.

- Destaca la integralidad, lo que refleja el derecho de todas las personas a acceder a las THRA, incluyéndolas en el Programa Médico Obligatorio, sin limitaciones ni exclusiones.
- Aspira a la universalidad, que es entendida como el acceso a un derecho reconocido en el sentido más amplio; es una ley de igualdad, inclusiva de personas casadas, solteras, viudas y familias que aspiran a constituirse a partir del matrimonio igualitario o de una unión convivencial.

El decreto reglamentario 956/2013 esboza dos principios: el garantista y la integralidad de la reproducción médica asistida. La norma permite acceder a las TRHA tanto a las personas con cobertura social privada, como a quienes escogen los centros asistenciales de salud pública, sin diferenciaciones; y atiende a la interdisciplina para contar con el apoyo que permita ejercer el derecho a ser informado tanto en lo médico como en la salud psíquica, la perspectiva social y la que resultare menester a los fines de llevar adelante la práctica aconsejada.

Se distinguen las técnicas de alta y baja complejidad de modo meramente enunciativo. Son de baja complejidad “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”. Las de alta complejidad son “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”. En los procedimientos de alta o baja complejidad que lo requieran, la donación de gametos y/o embriones deberá estar incluida y ésta “nunca tendrá carácter lucrativo o comercial” (artículo 8°).

Además, la reglamentación establece una interesante articulación en redes de los organismos especializados en la materia y los programas nacionales involucrados (artículo 6°). El consentimiento informado, su alcance y tiempo de expresarlo se conjuga (artículo 7°) con la ley 26529 de los Derechos del Paciente y la 25326 de Protección de Datos Personales.

Se deja a salvo la tutela que dispensan las leyes citadas, cerrando cualquier interpretación que pretenda limitarla. Las prácticas referidas se enmarcan en el Programa Médico Obligatorio (PMO), garantía del derecho a la reproducción médica asistida.

Cuando la práctica requiera dación de gametos o embriones sólo deben provenir de bancos inscriptos por ante el Registro Federal de Establecimientos de Salud e instituye taxativamente la prohibición de cualquier finalidad lucrativa.

Recientemente se dictó el decreto 207/2016 (B.O. 04/01/2017), por el que se cubre hasta tres intentos de las técnicas de fertilización asistida de alta complejidad con

gametas propias o donadas y que cada ciclo incluye hasta tres transferencias de embriones, ya sea en fresco o con embriones criopreservados. Este punto es importante porque algunos financiadores consideraban la transferencia de embriones criopreservados como uno de los tres intentos que por ley corresponden, disminuyendo así las posibilidades de los pacientes.

A pesar de los avances en la materia, sin embargo, las normas referidas no se involucran en otras cuestiones tales como lo relativo a los dadores y sus derechos, la conservación de embriones, la posibilidad de fecundación *post mortem*, la dación de los embriones no implantados. Éstos y otros tópicos deberán ser materia de regulación especial como lo es “la protección del embrión no implantado (...)”, a tenor de lo dispuesto por la norma transitoria segunda de la ley 26994.

El último proyecto en la materia es el de fecha 14/06/2017, iniciado en la Cámara de Diputados de la Nación bajo el N° 3202-D-2017 y propone la sustitución de los artículos 558, 561, 562, 575 y 578 del CCyC. Dentro de los aspectos relevantes está el que reemplaza los términos “técnicas de reproducción asistida” por los de “voluntad procreacional”; además dispone que el consentimiento previo, informado y libre debe ser protocolizado por ante escribano público o por ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. La novedad más importante es que nuevamente se propone -al igual que en el Anteproyecto del Código Civil y Comercial- la incorporación, en el artículo 575, de la que ahora llaman “Gestación Solidaria”, que es definida como “*un tipo de técnica de reproducción médicamente asistida de alta complejidad, que consiste en el compromiso que asume una persona llamada ‘gestante’, de llevar a cabo la gestación a favor de una persona o personas, denominada/s ‘requirente/s’, sin que se produzca vínculo de filiación alguno con la ‘gestante’, sino únicamente y de pleno derecho con él/la o los/as ‘requirentes’*”.

VII. Técnicas de reproducción humana asistida en el Código unificado. Reflexiones acerca del embrión humano

La importancia de la recepción en el Código Civil y Comercial de las TRHA radica en que: a. Cambian el sistema filiatorio que era prevalecientemente biológico (salvo adopción); b. Afectan el sistema de organización del parentesco (no vínculo con dadores); c. Validan la autonomía de la voluntad sobre el aspecto genético (voluntad procreacional); d. Permiten poner el acento en la “parentalidad” por el género y no en el sexo (“matrimonio o unión igualitaria” de dos mujeres...).

En el Código Civil y Comercial en materia de relaciones familiares se distinguen tres tipos de filiación: por naturaleza, por TRHA y por adopción. Se prevé que las TRHA pueden practicarse con material de la propia pareja o con material genético de terceros. Cualquiera sea el caso, el artículo 562 CCyC establece que “*Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de*

los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos”.

Esta filiación deriva del consentimiento previo, libre e informado prestado de conformidad con la ley (artículo 575 CCyC), siendo por lo tanto la *“voluntad procreacional”* debidamente acreditada, la que constituye el elemento fundante de esta forma de filiación, sea que se emplee material genético de la pareja o de terceros. La voluntad de quienes quieren ser padre y madre es decisiva para la determinación de la maternidad y de la paternidad. Dicha voluntad procreacional debe ser actual, y necesita la renovación del consentimiento (previo, informado y libre) antes de cada práctica o procedimiento médico. El consentimiento informado (artículo 561 CCyC), deberá ser dado por escrito y protocolizado ante escribano público o certificado ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción; es revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona, como ocurriría en los supuestos de técnicas de baja complejidad como la inseminación artificial; o antes de la implantación del embrión, como sería en el caso de las prácticas de alta complejidad como la fecundación extracorpórea.

Si en la TRHA se ha empleado material genético de terceros, se preserva el anonimato de los dadores como regla, con supuestos excepcionales de flexibilización como los previstos en el artículo 564. Tal norma establece: *“A petición de las personas nacidas a través de las técnicas de reproducción humana asistida, puede: a. obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud; b. revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local”*. Por lo tanto, los casos en que puede revelarse la identidad de los dadores, pedido por la persona nacida por estas técnicas son: *a)* cuando se invoquen razones de salud, o *b)* por decisión judicial cuando se acrediten razones debidamente fundadas para ello.

Desde la aparición de las TRHA, las prácticas de crioconservación, y la experiencia con ovocitos y embriones, los estudiosos del derecho se plantearon establecer los alcances de las expresiones concepción, fecundación, embrión, anidación, etc., y sus consecuencias en el marco normativo.

La legislación dio respuesta a la necesidad de regular estas prácticas, pero sólo pretende dar posibilitar el “acceso” a las TRHA. Se regula la cobertura médica “como un medio necesario, pero no suficiente para el problema macro de la fertilidad”; visualiza la satisfacción del derecho humano a la procreación, al resguardo de “la salud” y la posibilidad de “planificar una familia”, pero deja fuera la situación de los embriones.

La ley 26994, que puso en vigencia el CCyC, en su artículo 9º, dispone normas transitorias y, en el segundo supuesto, establece que lo referente a los embriones no implantados será objeto de una ley especial. Se traslada el tratamiento al legislador

quien, por ley especial, deberá ocuparse de las consecuencias que estas técnicas generan en ese aspecto.

A partir de estas situaciones (v. gr., embriones supernumerarios, eventual manipulación) advertimos interrogantes que afectan la moral, lo médico y lo jurídico. Dentro de este último existen diversas tesis que separan las cuestiones de derecho y las morales; esa perspectiva permite encontrar respuesta a la no incursión jurídica de la problemática del embrión.

Las corrientes iusnaturalistas colocan al derecho en el ámbito de la moral, a través de sustentar sus dos grandes tesis: a) hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana; b) una norma no puede ser calificada de jurídica si contradice aquellos principios morales o de justicia. *A contrario sensu*, las corrientes positivistas, al menos los llamados *duros*, niegan “toda” conexión entre el derecho y la moral. Y es así como hay autores que expresan que el derecho no tiene que legislar al respecto de temas amparados en la moral individual. Al respecto parafraseamos un trabajo de Ferrajoli (16) quien sostiene que la separación del derecho y la moral tiene -según el autor- dos corolarios: el pluralismo moral y “el principio utilitarista de lesividad como criterio de justificación de lo que es punible”.

Partiendo de la tesis de la separación, se examinan los problemas en torno a las posibles manipulaciones del embrión (fecundación asistida o utilización de embriones para fines terapéuticos). Estas cuestiones son dos: la relativa al juicio moral respecto de aquellas manipulaciones, y el concerniente a “la justificación moral y política de su prohibición jurídica, cualquiera que sea el juicio moral sobre ellos”.

En los ámbitos meta-jurídico y meta-ético ambos problemas suelen identificarse con el relativo a la determinación de si el embrión es o no persona y siguiendo con el planteamiento de Ferrajoli, quien sostiene que “la cuestión de si el feto (como el embrión) es o no persona no es una cuestión científica o de hecho, al ser indecidible en el plano empírico; sino una cuestión moral que admite soluciones diversas y opinables, y que no puede ser resuelta por el derecho privilegiando una determinada tesis moral (...)”. Lo que el derecho puede hacer es establecer una convención en la que se abra la posibilidad de que cada uno pueda realizar sus propias opciones morales. Una convención que cumpliría con esta cualidad es la que establece que “el embrión es merecedor de tutela si y sólo si es pensado y querido por la madre como persona”. La calidad de “persona” sería decidida por la madre. Esta concepción moral de la persona puede muy bien no ser compartida, pues “en el terreno moral no existe posibilidad de acuerdo ni de compromiso”, sólo de tolerancia.

Finalmente, el autor concluye que respecto de las técnicas de reproducción asistida la intervención del derecho no está moralmente justificada “mientras que para la

(16) FERRAJOLI, L. “La cuestión del embrión entre derecho y moral” (trad. Perfecto Andrés Ibáñez), en: *Jueces para la Democracia*, N° 4, julio 2002, pp. 2-12.

utilización terapéutica de embriones no lo está si se comparte una ética laica y liberal". Entendemos que esta posición es la dominante en el ámbito de la filosofía del derecho y de los positivistas. La Corte Interamericana de Derechos Humanos entendió que el embrión no implantado no es persona humana. A continuación, se destacan algunos aspectos, del ya citado fallo de la CIDH "Artavia Murillo y Otros ['Fecundación In Vitro'] c. Costa Rica" (28/11/2012).

- El *embrión no puede ser entendido como persona* a efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, dado que *la "concepción" tiene lugar desde el momento en que aquél se implanta en el útero*, razón por la cual, antes de este evento no habría lugar a la aplicación de la norma.
- A efectos de la interpretación del término "concepción" -artículo 4 de la Convención Americana de los Derechos Humanos (CADH)- la prueba científica concuerda en *diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación, y sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe concepción*, pues, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un "ser humano", *lo cierto es que si el embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas, es decir, no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo.*
- Es posible concluir del empleo de las palabras "en general" del artículo 4 de la CADH, que la protección del *derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta*, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general.
- *El concepto de "persona" es un término jurídico que, a efectos de la interpretación del artículo 4.1 de la CADH, está anclado a las menciones que se hacen en el tratado respecto a la "concepción" y al "ser humano", términos cuyo alcance deben valorarse a partir de la literatura científica.*

No existe pronunciamiento concreto en la Corte Suprema de Justicia Argentina al respecto; puede entenderse que si lo dictaminado por la CIDH es de aplicación jerárquica superior en nuestro sistema jurídico frente a que aún no se ha legislado respecto de la situación del embrión no implantado.

Estimamos que más allá de las consideraciones científicas, la problemática del embrión y sus implicancias en las TRHA compromete a la ética individual y, como afirma Ferrajoli, la cuestión siempre encierra un dilema que se resuelve en virtud de la "tolerancia" respecto a la decisión de la persona.

VIII. Cobertura de tratamientos de fertilización asistida en la Provincia de Córdoba

Por resolución 0178/09 se incorporó la cobertura del tratamiento de fertilización asistida al menú prestacional de la Administración Provincial del Seguro de Salud (APROSS). Diversas son las normas de cobertura para tratamientos de fertilización asistida:

a) Criterios de inclusión

Los destinatarios de esta cobertura, deberán acreditar las siguientes condiciones: parejas convivientes, con incapacidad para tener un hijo vivo que no toman medidas anticonceptivas, con infertilidad médicamente diagnosticada; ambos integrantes de la pareja deben ser afiliados al APROSS; los dos miembros de la pareja deben estar vivos, dar su consentimiento y ser mayores de edad; las indicaciones en mujeres mayores de 37 años y hasta los 41 años, serán evaluadas por un comité de expertos para determinar las posibilidades de éxito y los riesgos; según los resultados de este análisis, se resolverá la cobertura o no y en qué condiciones. Como puede apreciarse, es requisito para poder acceder a esta práctica la infertilidad de alguno de los integrantes de la pareja, los que deben ser afiliados del APROSS. No se admite la fertilización *post mortem* y se fija un límite en la edad de la mujer que es de 41 años.

b) Exclusiones

No tendrán cobertura quienes presenten alguna de las siguientes condiciones: *a)* enfermedad crónica en la mujer que pueda agravarse con un embarazo; *b)* enfermedad de transmisión vertical aguda de alguno de los integrantes de la pareja; *c)* hijos biológicos de la mujer; y *d)* mujeres mayores de 41 años. Tampoco serán cubiertos por APROSS, los siguientes procedimientos: las indicaciones de donación de gametos (óvulos, espermatozoides) y de embriones; inseminación con semen heterólogo; la criopreservación de óvulo y semen; y la utilización de útero de otra persona. Los interesados deben presentar un formulario confeccionado por el director del centro que llevará a cabo el tratamiento, firmado por los dos miembros de la pareja y la indicación médica con el tipo de tratamiento a realizar, como así también diversos estudios previos. Se cubren tres intentos siendo en el primero y el segundo de ellos, el 20% del costo a cargo del afiliado y en el tercer intento el 50% es a su cargo. Todo nuevo intento será evaluado por la auditoría médica previa a su autorización.

c) Tratamientos cubiertos por APROSS

Inducción a la ovulación; inseminación artificial intrauterina con semen del cónyuge (IAC); fertilización "in vitro" (FIV); Inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI). Teniendo en cuenta las estadísticas conocidas de los porcentajes de éxitos y fracasos de estos tratamientos, APROSS cubrirá: inducción a la ovulación: la medicación específica comprendida según protocolo al 100%, para un máximo de tres intentos. En inseminación artificial cubrirá el procedimiento y la medicación específica hasta dos intentos por año, para un máximo de tres intentos. El procedimiento y la medicación

específica hasta tres intentos FIV o ICSI, estableciéndose un máximo de dos intentos por año y hasta tres totales.

d) Prestadores

APROSS reconocerá dichos tratamientos, únicamente en los prestadores acreditados y contratados. No se efectuarán reintegros ni reconocimiento alguno, cuando los tratamientos fueren realizados con prestadores fuera de la cartilla de APROSS.

e) Diferencias entre la regulación de APROSS y la ley 26862(17)

APROSS	LEY 26862
Límite de edad de la mujer: 41 años. Entre los 37 y 41 años las indicaciones son evaluadas por un comité de expertos.	No establece límite de edad (según reglamentación).
Infertilidad médicamente diagnosticada.	Se exige sólo la mayoría de edad de los usuarios.
Ambos integrantes deben estar afiliados al APROSS.	No establece este límite.
No regula la situación de menores de 18 años con compromiso de capacidad futura de procrear.	Regula la situación de menores de 18 años con compromiso de capacidad futura de procrear.
No cubre tratamientos para mujeres que tengan hijos biológicos.	No establece este límite.
Cubre únicamente la fertilización homóloga (utilización de gametos propios de cada integrante de la pareja).	Abarca tanto la fertilización homóloga como la heteróloga.
Cobertura con coseguro de tres tratamientos: 20% en los dos primeros intentos, 50% en el tercer intento.	Cobertura integral e interdisciplinaria. Cuatro tratamientos anuales de baja complejidad y tres de alta complejidad.

IX. Respuestas del relevamiento de la eficacia de la legislación especial en la Ciudad de Córdoba

a) Informes de Pacientes

Las encuestas fueron puestas a disposición de los pacientes a través de las secretarías de tres centros de salud que brindan servicios de tratamientos de fertilización asistida, entre los meses de junio a septiembre de 2015. Cabe destacar, como ya se señaló, que la cobertura que brinda la obra social provincial (APROSS) tiene restricciones que no existen en la ley nacional, sin embargo, la única paciente encuestada cuya cobertura provenía de obra social negó haberse visto afectada por estas limitaciones; razón por

(17) Cuadro elaborado con la colaboración de Verónica Luetto.

la cual, no pudo llevarse a cabo un análisis particular de la situación de los pacientes que recurren a técnicas de fertilización asistida con la cobertura de esta obra social. Se encuestaron un total de 18 pacientes, todos de nacionalidad argentina y de sexo femenino. La mayoría de las pacientes encuestadas (15 de ellas) tienen una edad de entre 35 y 44 años, y todas realizaron sus tratamientos con cobertura de la obra social.

b) Informes de Directores Médicos de Centros o Áreas de tratamientos de fertilización asistida

En Córdoba existen cinco centros médicos privados que llevan a cabo tratamientos de fertilización asistida. De estas cinco instituciones (18), sólo tres accedieron a realizar las encuestas, tanto para directores médicos, como para profesionales médicos y pacientes.

Los centros médicos que se negaron a participar de la encuesta (19) adujeron razones de confidencialidad, de preservación de sus pacientes y profesionales, y una de las instituciones de manera informal puso de relieve la necesidad de no brindar información que pudiera comprometer a las obras sociales y/o prepagas, y que culminara afectando la cobertura de los pacientes en el centro médico elegido.

El trabajo de campo se inició en abril de 2015 y se extendió hasta noviembre del mismo año. Este plazo se debió mayormente a reticencias iniciales de los centros de salud, y a la necesidad de comprender por parte de los mismos la rigurosidad y seriedad del trabajo antes que a la cantidad de encuestados, ya que al ser sólo tres instituciones existen sólo tres directores médicos, y cada centro cuenta con tres a cinco médicos especialistas en tratamientos de fertilización asistida.

Los centros de salud encuestados son de diversos tamaños, en cuanto a factores edilicios y cantidad de profesionales dedicados a los tratamientos de fertilización asistida. Así, uno de los centros realiza hasta 200 tratamientos anuales, otro entre 400 y 600 tratamientos y finalmente, el último más de 600 tratamientos anuales.

c) Informes de Médicos de Centros de Salud de Reproducción Asistida

Se encuestaron diez médicos de tres centros de salud dedicados a fertilización asistida (20), de los cuales siete tienen más de 16 años de experiencia en la materia, y tres de entre 6 y 10 años de experiencia.

(18) Los centros de salud en Córdoba son los siguientes: a. Fecundart; b. Cigor; c. IMG; d. Nascentis y e. Origen Salud Reproductiva.

(19) En este punto, cabe destacar que se encontraron los mismos obstáculos y/o reticencias en las instituciones públicas que efectúan tratamientos de fertilización asistida.

(20) Las encuestas para médicos se dejaron en poder de los directores médicos de los centros de salud que accedieron a realizar las encuestas, y ellos las distribuyeron entre sus profesionales. Se desconoce el número de médicos con los que cuenta cada institución para la realización de tratamientos de fertilización asistida.

Los médicos encuestados en su mayoría realizan entre 51 y 100 tratamientos de fertilización asistida (seis encuestados) por año. Los otros cuatro encuestados realizan hasta 50 tratamientos por año.

Los encuestados han coincidido en que han aumentado la cantidad de tratamientos desde el año 2013 (siete encuestados pusieron de relieve este aumento), y se indicó como la principal causa de este aumento a la mayor accesibilidad para los pacientes a partir de la cobertura económica de la obra social o prepaga (seis encuestados indicaron esta causa como razón del aumento), es decir, por influencia de la ley 26862. En este punto cabe destacar la coincidencia que existe entre la opinión de los directores médicos y el *staff* de médicos encuestados.

d) Entrevistas en profundidad. Informe sobre cobertura por parte de los Estados nacional y provincial

El informe relativo a la cobertura por parte del Estado nacional y provincial, se elabora a partir de la entrevista a dos informantes claves: el director del Instituto Universitario de Medicina Reproductiva (IUMER) dependiente de la Universidad Nacional de Córdoba, y la referente del Programa Provincial Maternidad y Paternidad responsable del Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba.

Estos datos se complementan con la información oficial publicada por el Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba.

d.1) Cobertura brindada por el Estado Nacional: El Instituto Universitario de Medicina Reproductiva (IUMER) tiene como función principal, de acuerdo a su director médico, “brindar asistencia en tratamientos de infertilidad, sobre todo de alta complejidad, a parejas que no tienen obra social”. Se trata de una institución dedicada específicamente a los tratamientos de fertilización asistida de alta complejidad (FIV e ICSI). Está compuesto actualmente por once profesionales médicos, de las siguientes especialidades: un ecografista, una médica bióloga encargada del laboratorio, un médico encargado de la parte de estetoscopia, y los restantes ocho profesionales son médicos ginecólogos.

d.2) Cobertura brindada por el Estado Provincial: Los hospitales públicos de la Provincia de Córdoba sólo llevan a cabo procedimientos de baja complejidad relacionados con la fertilización asistida, sin embargo, la entrevistada manifestó que el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable del Ministerio de la Nación es el que impulsa esta política pública y que todavía se está a la espera de que llegue la medicación a tales fines. Aclara en particular, que dicho plan hasta ahora se ha vinculado con la anticoncepción. Y hace alusión al avance que ha implicado la ligadura tubaria, y su acceso a una amplia población (21).

(21) En el Hospital Materno Provincial desde el año 2003 hasta el año 2015 se llevaron a cabo 1475 ligaduras tubarias (http://maternidadprovincial.com/salud_sexual_reproductiva.html).

X. Conclusiones generales de la indagación

Nuestro trabajo se ha centrado, a partir del reconocimiento jurídico de la problemática, en verificar si el marco teórico en el que se desenvuelven tales prácticas ha determinado cambios en las conductas sociales y en indagar la efectividad de las propuestas legislativas y su recepción entre los operadores y beneficiarios a nivel de prestadores nacionales y provinciales. Coinciden los médicos y los directores de los Centros de Salud en el incremento de tratamientos desde el año 2013 por influencia de la ley 26862.

A continuación, se presentan estas conclusiones que son abiertas y provisionales pues del material obtenido en la investigación pueden traspolarse muchos más resultados y deducciones aplicables a la verificación de la eficacia de la regulación vigente y de sus carencias desde la perspectiva de sus beneficiarios y operadores. Ello ha de ser útil al poder político para comprometerse en programas que acerquen la realidad al ciudadano y al legislador, de modo que pueda percibir de la realidad expuesta, las necesidades aún pendientes de respuesta adecuada.

a) Marco jurídico

Se ha concluido que el sistema diseñado por el legislador argentino es uno de los más amplios al favorecer el acceso a las diversas técnicas y apoyos anteriores y posteriores a todas las personas, sin distinciones de estado civil o género.

Esta perspectiva fue anticipada por la labor de la doctrina y la jurisprudencia antes y después de las regulaciones normativas.

Las deficiencias que se señalan a la regulación actual están siendo abordadas en proyectos legislativos, sobre todo en el último ya señalado.

b) Opinión de pacientes

La totalidad de las pacientes de las 18 encuestadas -fueron mujeres en su totalidad- manifestaron estar satisfechas con la información recibida por el centro de salud, que fue objetiva y clara, y también con el trato recibido por la institución médica.

Señalaron que la especialización de los profesionales y la cobertura de los tratamientos por la obra social determinan la elección del centro, destacando la importancia de la libre decisión.

Las pacientes relevadas contaron entre 35 y 44 años: la búsqueda de la maternidad oscilaba entre dos y más de cinco años.

Quienes se sometieron a técnicas de baja complejidad, tuvieron más cantidad de tratamientos; la ley exige un mínimo de tres para acceder a los de alta complejidad (FIV/ICSI). Esta exigencia es considerada de diversas maneras por las pacientes. Se

señaló que, en general las obras sociales, cubren los tratamientos, pero cuando no lo hacen en su totalidad, la falta de cobertura se vincula a los medicamentos; los trámites previos a la obtención de cobertura son valorados como negativos asumiéndose que producen estrés y ansiedad. Dos pacientes debieron recurrir a un trámite judicial para ser autorizadas a llevar a cabo los tratamientos.

En cuanto a la regulación legal, este universo señala como deficiencia la falta de regulación específica relativa a la crioconservación de embriones, y a la donación tanto de gametos como de embriones.

c) Centros Médicos. Caracteres. Opinión de directores

De los tres centros de salud encuestados sólo uno cuenta con banco de gametos y de embriones. Este centro explicó que los requisitos exigidos por la autoridad de control para poder contar con estos bancos surgen de la resolución 25 del Ministerio de Salud.

En relación con los requisitos que deben cumplir las instituciones médicas para brindar el servicio de tratamientos de fertilización asistida además de los habituales, se señaló la guía de la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva (SAMER) y la guía de la Red Latinoamericana de Medicina Reproductiva, aunque no hubo coincidencia en relación al aumento de requerimientos después de la ley 26862.

Con relación a los médicos se señaló que no existe una residencia específica sobre la materia, pero se requiere experiencia de cinco años para llevarlas a cabo de manera autónoma, de acuerdo a la guía de la SAMER.

Un centro médico de fertilización asistida necesita médicos entrenados en fertilidad y endocrinología de la reproducción; médicos ecografistas (aun entrenado en ginecología); con experiencia en cirugía ginecológica convencional y laparoscópica, y con experiencia en andrología. Además, con un laboratorio de embriología, un especialista en biología y en bioquímica.

Deben elevarse informes explicitados por la SAMER a la autoridad sanitaria (tratamientos realizados de baja y alta complejidad, tasa de fertilización, de embarazos y embarazos múltiples; tasa de abortos espontáneos; embarazos ectópicos y otras complicaciones; cantidad de embriones transferidos por ciclo y por pareja; cantidad de embriones transferidos en total). También partos pre-término y la cantidad y tipo de gametos conservados.

La autoridad de aplicación no ha confeccionado una lista de medicamentos para la cobertura por el PMO, ni un protocolo de procedimientos y técnicas de reproducción asistida para la cobertura por el PMO.

Respecto de los embriones en general se entiende que no tiene el estatus de persona; que debería determinarse el destino si no quieren utilizarse; qué debe hacerse con ellos si el paciente no quiere utilizarlos.

Dos de los directores médicos han entendido que debe contemplarse la subrogancia uterina pues puede ser su única oportunidad en parejas homosexuales por lo que se requiere una ley que regule las prácticas de fertilidad con exhaustividad, especialmente quién y cómo.

d) Opinión de Médicos de Centros de Salud que realizan TRHA

Realizan entre 50 y 100 tratamientos de fertilización asistida por año.

Según expresaron los profesionales, quienes más recurren a las TRHA son parejas heterosexuales y la edad de las mujeres es de entre 36 años y 40 años. Las causas de infertilidad son, en orden de frecuencia e importancia: femeninas, masculinas, mixtas y desconocidas.

La totalidad de los directores médicos y de los médicos tratantes han indicado la edad avanzada de la paciente como causa de infertilidad femenina y que la principal causa de infertilidad masculina es el varicocele.

En relación a las técnicas más utilizadas se dividen entre inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI) y fecundación *in vitro* (FIV); la inseminación artificial es la tercera técnica más utilizada, en coincidencia con los directores médicos, y finalmente, la inducción a la ovulación. En la tasa de embarazo, no hay total coincidencia; se señala que también depende de la cantidad de embriones transferidos y de la edad de las mujeres (mayores de 40 años con óvulos propios: entre 0-10% y aumenta a más del 41% con óvulos donados). En la tasa de embarazos múltiples también difieren (más del 16% o del 6 al 10%).

Todos los médicos coincidieron en que más del 81% de sus pacientes se atiende con cobertura de obra social o prepaga. Las complicaciones resultarían ser las propias de un embarazo, sin importar si se gestó naturalmente o por una técnica de fertilización asistida.

En referencia a los temores de los pacientes se han mencionado: el impacto emocional durante el tratamiento; que se desgaste la pareja; no lograr embarazarse y tener niños con problemas.

Se coincide en que los reclamos para la cobertura de las obras sociales y prepagas se vinculan a la no cobertura del 100% de los medicamentos, o por la edad avanzada del paciente, o de técnica o procedimiento enunciado específicamente en la ley o en relación al centro médico elegido por el paciente y, en algún caso, no se daba cobertura al diagnóstico pre implantatorio. Estos datos son similares a los señalados por los directores médicos.

También coinciden en los estudios diagnósticos que se realizan y en las coberturas de las obras sociales y prepagas.

Los médicos han señalado que la autoridad sanitaria no ha confeccionado un protocolo de procedimientos y técnicas de reproducción asistida. Sin embargo, han indicado que existen códigos o reglamentos científico-médicos internacionales y nacionales que regulan las técnicas.

Hubo coincidencias en que debe existir un límite de edad para acceder a estas técnicas.

En referencia a la exigencia de la ley de efectuar tres tratamientos de baja complejidad para acceder a uno de alta complejidad, hubo disparidad entendiéndose que a veces es necesario o que lo es en la mayoría de los casos.

También la mayoría opina que debe limitarse a un número determinado los embriones en cada paciente y la cantidad de años de criopreservación. Se estima necesaria una reforma legislativa o de políticas públicas.

e) Cobertura brindada por el Estado nacional

En el Instituto Universitario de Medicina Reproductiva (IUMER) pueden llevarse a cabo “casi todos los estudios de rutina que se necesitan para evaluar a una pareja estéril”.

Se realizan investigaciones con subsidios de CONICET y organismos de investigación locales, provinciales y nacionales. Comenzó a funcionar en julio de 2015, y estima que “para marzo-abril” del año 2016 se estarían llevando a cabo “tratamientos con donación de óvulos y espermatozoides”.

Ya se llevaron a cabo 15 tratamientos de alta complejidad.

Los pacientes no necesitan derivación de otra institución, sólo tienen que certificar a través del ANSeS que no tienen cobertura de obra social y provienen de la ciudad, de esta u otras provincias.

La edad de las pacientes que mayormente concurren al IUMER es similar a la indicada por los médicos de instituciones privadas, y se coincide en la trascendencia de la edad avanzada de las pacientes.

f) Cobertura brindada por la Provincia de Córdoba

El servicio de Salud Sexual y Reproductiva del Hospital Materno Provincial atiende a pacientes desde los 19 años de edad en adelante.

En este servicio se asesora sobre los métodos anticonceptivos disponibles, y se sugiere el más adecuado para el paciente, previo a la realización de una Consejería de Salud Sexual y Reproductiva, a cargo del Servicio Social y Salud Mental del mencionado nosocomio.

La entrevistada explica que existe una distancia temporal entre la sanción de una ley y su efectividad en la realidad, “ya que cada proceso lleva su tiempo, y hacen falta recursos, lo que dificulta su puesta en práctica”.

En los hospitales públicos provinciales sitos en la ciudad de Córdoba se llevan a cabo, como se mencionó anteriormente, tratamientos de baja complejidad.

Se realizan en la Maternidad Provincial (22) (Hospital Materno Provincial Dr. Raúl Felipe Lucini), y en menor medida, en el Hospital Materno Neonatal.

Finalmente, cabe mencionar que no se contaba con estadísticas de los hospitales públicos sobre los tratamientos de fertilización asistida, y que la entrevistada no tenía opinión alguna relativa a la ley 26862, y que desconocía si la Provincia de Córdoba analizaba adherirse a esta ley o no.

Corolario

En definitiva, estimamos que el sistema previsto en la ley 26862 de acceso integral y universal a la Reproducción Humana Asistida, su decreto reglamentario y el decreto 207/2016, es uno de los más amplios para favorecer la utilización de las diversas técnicas y apoyos anteriores y posteriores a todas las personas, sin distinciones de estado civil, edad o género, y las deficiencias que se señalan -tanto de nuestra parte como las expuestas por los encuestados y entrevistados- están siendo abordadas en diferentes proyectos legislativos, el último de junio del año 2017.

XI. Bibliografía

BERTOLDI DE FOURCADE, M. V. - RAFFAELI, A. - STEIN, P. - FORNAGUEIRA, A. “El ejercicio de los Derechos Sexuales y Reproductivos. ¿Una cuestión de hecho o de derecho?”; *Anuario XI 2008*, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, La Ley, Buenos Aires, 2009.

BERTOLDI DE FOURCADE, M. V. - RAFFAELI, A. - STEIN, P. Ponencia: “Algunas pautas para una regulación integral de la reproducción humana asistida”, presentada en las *XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, septiembre de 2013.

BORDA, G. A. *Tratado de Derecho Civil, Parte General, I*, Perrot, Buenos Aires, 1996.

BUERES, A. - HIGHTON, E. I. *Código Civil y Normas Complementarias*, Tomo I A, Hammurabi, Buenos Aires, 2003.

CHIAPERO, S. M. *Maternidad Subrogada*, Astrea, Buenos Aires, 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 28/11/2012, “Artavia Murillo y otros (‘Fecundación in vitro’) c. Costa Rica”.

(22) Los datos proporcionados por el servicio de salud sexual y reproductiva de este hospital no hacen referencia a tratamientos de fertilización asistida. Ver http://maternidadprovincial.com/salud_sexual_reproductiva.html.

- DEL CASTILLO, R. *Ginecología Básica: Pautas diagnósticas y terapéuticas*, UNC, Spring, Córdoba, Argentina.
- FAMÁ, M. V. “Incidencia de la ley 26862 sobre el acceso integral a las técnicas de reproducción asistida en el Derecho de Familia y de las Personas”, DFyP, 2013 (agosto).
- FERNÁNDEZ, M. “Hasta ahora, sólo tratamientos simples”, en *La Voz del Interior*, 05/07/2014.
- FERRAJOLI, L. “La cuestión del embrión entre derecho y moral” (trad. Perfecto Andrés Ibáñez), *Jueces para la Democracia*, N° 4, julio de 2002.
- GARAY, O. E. “Cobertura, igualdad e inclusión en la Ley de Fertilización Humana Asistida”, *La Ley*, 01/07/2013.
- GONZÁLEZ MAGAÑA, I. “La cobertura de las técnicas de reproducción asistida en la ley 26.862. Un reconocimiento necesario”, DFyP, 2013 (agosto).
- HERRERA, M. “La Ley de cobertura médica para los tratamientos de Reproducción asistida. Saldando deudas”, *La Ley*, 10/06/2013.
- HERRERA, M. “Comentario al artículo 19”, en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, dirección a cargo de Ricardo Lorenzetti, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. - HERRERA, M. - LAMM, E. “Filiación derivada de la reproducción humana asistida. Derecho a conocer los orígenes, a la información y al vínculo jurídico”, *La Ley*, 09/10/2012, 1.
- LLANOS, C. *Fecundación artificial: de medicina a industria*, publicado en *página Web*; www.aceb.org/es.htm, 15/02/2006.
- LLOVERAS DE RESK, M. E. - BERTOLDI DE FOURCADE, M. E. - BERGOGLIO, M. T. *Lecciones de Derecho Civil - Personas naturales y jurídicas*, Advocatus, Córdoba, Argentina.
- MEDINA, G. - GONZÁLEZ MAGAÑA, I. “La Ley Nacional sobre fertilización asistida. Análisis doctrinario y jurisprudencial entre su texto y el antecedente de la ley 14208 de la Provincia de Buenos Aires”, *La Ley*, 2013-C, DFYP, 2013 (julio).
- MINYERSKY, N. - FLAH, L. “El embrión, el feto y la vida humana”, *La Ley*, 6 de octubre de 2011.
- MOISSET DE ESPANÉS, L. *Codificación Civil y Derecho Comparado*, Zavallía, Buenos Aires, 1994.
- NOBILI, A. J. “Fertilización asistida. Una ley madre de derechos en gestación”, *La Ley*, 2013-E, 06/09/2013.
- PATTON, M. *How to use qualitative methods in evaluation*, Sage, Newbury Park, California, 1988.
- SAMBRIZZI, E. A. “La Ley de fertilización asistida recientemente sancionada”, DFyP, 2013 (agosto).
- SOLER, S. V. *Personas por nacer. Cuestiones jurídicas planteadas por los avances científicos*, Trabajo inédito.
- www.bioeticaweb.com/content/view/4681/790.
- <http://ivi.es/blog-biologiaivi/articletype/articleview/articleid/8912/reproduccion-asistida-en-el-reino-unidoresumen-de-la-legislacion-vigente.aspx>.
- <http://www.lavoz.com.ar/ciudadanos/hasta-ahora-solo-tratamientos-simples>.
- http://maternidadprovincial.com/salud_sexual_reproductiva.html.