

Perspectivas actuales del Derecho a la Salud

Doctrina

Coordinador: Martín Zambrano (h.)

Límites para acceder a la cobertura de técnicas de reproducción humana asistida reconocidos en el ámbito jurisprudencial y su constitucionalidad



María Mercedes Schinoni

Abogada (UB). Diplomada en Derecho de Familia (Univ. Austral). Escribiente de la Fiscalía General ante las Cámaras Nacionales de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal y en lo Contencioso Administrativo Federal.

Continúa en p. 2

La criopreservación de material genético para casos de oncofertilidad

Análisis del acto médico y su tratamiento a la luz del art. 26, Cód. Civ. y Com.



Sofía María Parra Senfet

Abogada en Cassagne Abogados. Especialista en Derecho de Familia. Profesora de Derecho de la Salud y de Derecho Internacional Público (UCA - Siglo 21).

Continúa en p. 4

El sistema de salud frente a los últimos decretos y resoluciones de la Superintendencia de Servicios de Salud



Anabella Spinelli

Abogada especialista en Salud. Asociada en Estudio Padilla, Silva & Asoc. Abogada "In House" OMINT. Profesora (UCA y Colegio Público de Abogados de la Capital Federal). Ha dictado diversos cursos de especialización en Derecho de Salud.

Continúa en p. 8

Reglamentación de diversos supuestos del contrato de servicios de empresa de medicina prepaga

Las innovaciones introducidas por la resolución 163/2018 (SSS)



Martín Zambrano (h.)

Especialista en Derecho a la Salud. Abogado fundador del Estudio Jurídico MZ Zambrano y Asociados.

Continúa en p. 10

La dignidad humana y el desafío de acceder a medicamentos no registrados ante la ANMAT que poseen respaldo científico



Natalia del Pilar Varela

Abogada, especialista en derecho de la salud y responsabilidad médica profesional. Titular del Estudio Jurídico Varela Abogados. Diplomada en Instituciones de derecho de la Salud (UCA)..



Erman Tejeda

Doctor en Derecho (*summa cum laude*). Abogado. Profesor Adjunto de la materia "Teoría del Derecho" (Univ. Austral).

Continúa en p. 13

SUMARIO: I. In-

CORREO ARGENTINO	FRANQUEO A PAGAR
CENTRAL B	CUENTA N° 10269F1

nados a los fines y, en consecuencia, decidir si es admisible la consiguiente restricción de los derechos individuales afectados **(33)**.

Sobre la constitucionalidad de esta norma se expidieron sendos tribunales del país.

Tribunales de Córdoba y Río Negro declararon la inconstitucionalidad de normas de idéntica naturaleza a la presente en la que se establecía un límite etario para acceder a la cobertura integral de este tipo de tratamientos, al considerar que resultaba una condición discriminatoria, en clara contradicción del plexo normativo constitucional que impera en nuestro país. En efecto, el tribunal de Córdoba ponderó la falta de idoneidad de meras estadísticas científicas para contrarrestar los extremos probatorios del caso concreto que daba cuenta de la posibilidad de éxito de lograr un embarazo y la necesidad de la actora de someterse a este tratamiento **(34)**. Por su parte, la magistrada de Río Negro expuso la especial protección que el Estado argentino adoptó para prevenir conductas discriminatorias contra la mujer, en este caso basada en una categoría como es la edad, impidiéndole su derecho a la reproducción, al proyecto de familia y descendencia **(35)**.

En sentido contrario, las Salas II y III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal han propiciado la constitucionalidad de la resolución 1044/2018 tras postular que el límite se funda en una justificación

objetiva y razonable del alcance del derecho reproductivo que se compromete a garantizar el Estado argentino **(36)**.

Sobre este aspecto corresponde recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en oportunidad de resolver el referido caso “Artavia Murillo y otros (Fecundación *in vitro*) vs. Costa Rica”, aclaró que “la Convención Americana no prohíbe todas las distinciones de trato [sino que] la Corte ha marcado la diferencia entre ‘distinciones’ y ‘discriminaciones’, de forma que las primeras constituyen diferencias compatibles con la Convención Americana por ser razonables y objetivas; mientras que las segundas constituyen diferencias arbitrarias que redundan en detrimento de los derechos humanos...” **(37)**. En ese sentido, al resolver el caso “Espinoza Gonzáles vs. Perú”, agregó que “una diferencia de trato es discriminatoria cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido...” **(38)**.

Partiendo de esa doctrina, las referidas Salas entendieron que la reglamentación cuestionada evidencia una justificación objetiva y razonable, que exterioriza los límites bioéticos que el Estado argentino reconoce en la garantía de medios para el desarrollo de la salud reproductiva en orden a los avances científicos.

Cabe ponderar que, mediante la reglamentación controvertida, la autoridad de aplicación no prohíbe a las personas que superen el límite de edad la realización de tales prácticas, incurriendo en injerencias arbitrarias a su vida familiar; sino que reconoce, en forma expresa, que el Estado argentino no garantizara su desarrollo —como máximo garante del derecho a la salud de toda su población—, al sopesar las contraindicaciones que tales tratamientos podrían implicarle a ese colectivo en particular. La norma en crisis no implica la prohibición de acceso a tales prácticas médicas, sino que resulta una demarcación de la obligación que el Estado argentino asume para garantizar el ejercicio de la salud reproductiva.

V. Conclusión

El avance de la ciencia desafia constantemente los conceptos establecidos en torno a la vida y a la reproducción. En estos términos, la realidad supera y cuestiona los límites bioéticos reconocidos en el plexo normativo imperante, exponiendo a los operadores judiciales a la tarea de examinar todas las aristas que implica obligar a un agente de seguro de salud a garantizar una práctica médica de este tipo. En esencia, el principal interrogante a resolver radica en determinar el alcance de su jurisdicción, al indagar si, en su rol de intérprete de la Constitución Nacional y las normas imperantes, debe expedirse sobre la cobertura de nuevas técnicas médicas de fertilización asis-

tida, a fin de delimitar el ejercicio del derecho reproductivo del accionante que promovió el caso en concreto, ante la omisión reglamentaria del Ministerio de Salud de la Nación; autoridad encargada de planificar el abordaje para garantizar el cumplimiento igualitario de esta prerrogativa.

Siendo así, el intérprete deberá asumir el caso desplegando una labor que no se limite a lo que dicen las normas en tensión, sino atendiendo a la finalidad. Desde esta visión, el juez emprenderá un análisis que abrirá el cauce al diálogo de fuentes **(39)**. Sin embargo, resulta tarea del Poder Legislativo argentino, como receptor de la voluntad popular, bregar por una regulación concreta y específica en relación con la protección del embrión criopreservado, ya que, como señala Agar: “Es mejor disponer de principios que cubran situaciones imposibles, que no tenerlos para situaciones que de un momento a otro se encuentren sobre nosotros” **(40)**.

También les corresponderá a los operadores judiciales examinar en el caso concreto la ponderación de intereses afectados y la razonabilidad que implica limitaciones como la impuesta respecto del rango etario para acceder a la cobertura de estas prácticas por su parte, como máximo garante del acceso a la atención de salud igualitaria para su sociedad.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/3032/2024

(33) CS, 22/06/1960, “Cine Callao”, Fallos: 247:121.
(34) TS Córdoba, Sala Elec. y Comp. Orig., “A. A. D. V. y otro c. Administración Provincial de Seguros de Salud - amparo (Ley 4915) - recurso de apelación”, 17/10/2019.
(35) Juz. Civ. Com. Min. y Suc. Cipolletti, “C. S. A. y otro c/ Instituto Provincial de Seguro de Salud (IPROSS) s/amparo”,

10/04/2024.
(36) CNFed. Civ. y Com., Sala II, “M. S. E. y otro c. OSDE s/sumarísimo de salud”, 07/06/2022, y, “M. M. G. c. OSDE s/amparo de salud”, 07/09/2020, y Sala III, “B. J. M. de L. c. Medicus SA s/sumarísimo de salud”, 14/06/2022.
(37) Ob. cit. 27, párr. 285.

(38) Corte IDH, “Espinoza Gonzáles vs. Perú”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 20 de noviembre de 2014, serie C n. 295, párr. 219.
(39) KRASNOW, A. N., “Derecho a la vida privada, a la libertad reproductiva y situación jurídica del embrión criopreservado: ¿cómo conciliar?”, TR LALEY AR/DOC/1628/2021.

(40) AGAR, Nicholas, “Liberal Eugenics. Public Affairs Quarterly”, 1998, vol. 12 [2], p. 139; citado por GONZÁLEZ MANGAÑA, I., “La cobertura del diagnóstico genético preimplantatorio. Una deuda pendiente a diez años de la entrada en vigencia de la ley 26.862”, TR LALEY AR/DOC/1415/2023.

Sofía María Parra Senfet

Viene de p. 1

I. Introducción

En los trabajos publicados anteriormente **(1)**, se advirtió que Argentina adoptó un sistema gradual respecto a la capacidad del menor de edad para realización de determinados actos **(2)**, aplicando el principio de autonomía progresiva. Primero, con la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño (CDN), que en su art. 5 dispone que los Estados deben respetar a los padres —o a quienes los sustituyan legítimamente— en el ejercicio de sus responsabilidades, señalando que estos deben dar al niño dirección y orientación teniendo en cuenta la evolución de sus facultades, en orden al ejercicio de sus derechos. Luego fue incorporado al Código Civil y Comercial, vigente desde agosto de 2015, en lo que concierne a la regulación de la responsabilidad parental, en estos términos: “la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos” **(3)**.

Por su parte, mencionamos que la temática de la salud sexual fue la primera en dónde se planteó la discusión acerca de la capacidad de los menores de edad para intervenir por sí mis-

SUMARIO: I. Introducción. — II. La criopreservación de material genético. Normativa y jurisprudencia argentina. — III. La criopreservación de material genético para casos de oncofertilidad. — IV. Conclusiones.

mos en temas médicos **(4)**. Al regular la mayor autonomía para la realización de ciertos actos referidos a la salud, el Código Civil y Comercial apeló a términos distintos como “tratamientos”, “acto médico” y “cuidado de su propio cuerpo”, así como también a conceptos jurídicos abiertos y flexibles **(5)** como tratamientos “invasivos”, “no invasivos” **(6)**, “comprometen su estado de salud” y “provocan un riesgo grave en su vida o integridad física”.

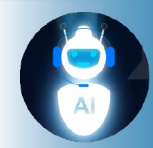
En tal sentido, el art. 26, en sus párrafos 4to y 5to, contempla, entre los actos permitidos por el ordenamiento jurídico, lo relativo a los tratamientos médicos a través de un régimen jurídico especial a partir de los 13 años, en consonancia con la postura adoptada por el Código Civil y Comercial que distingue la noción de niño (persona hasta los 13 años), del adolescente (de 13 a 18 años) **(7)**, diferenciando dos rangos etarios, 13 a 16 y 16 a 18: “(...) Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus pro-

genitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”.

Asimismo, que existen diversas interpretaciones del artículo 26 en el caso de los actos atinentes al derecho a la salud, incorporándolos en las categorías de tratamientos “invasivos” y “no invasivos”. Entre estos últimos se incluyeron **(8)**: vacunación, extracción de sangre y otros estudios no invasivos (ecografía, radiografía, etc.), testeo HIV sida, preservativos y anticonceptivos, sutura, colocación de yeso o bota por esguince o fractura, colocación de DIU, operación quirúrgica (tratamiento oncológico, operación riesgosa), actos no invasivos e invasivos de cuidado al propio cuerpo, operación mutilante (ejemplo: cambio de sexo), tratamientos integrales hormonales, bloqueadores hormonales, ligadura de trompas o vasectomía, cirugía estética no reparadora, cirugía estética reparadora, tatuaje/piercing, donación de sangre, interrupción del embarazo, ser donante de material genético, criopreservar material genético para casos de oncofertilidad, ser parte en investigaciones médicas, negativa a someterse a transfusión

Silvia, “El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas para su aplicación” [en línea]. 2015 [ref. de 23 de diciembre de 2023], p. 2. Disponible en <http://www.saij.gov.ar/principio-autonomiaprogresiva-codigo-civil-comercial-algunas-reglas-para-su-aplicacion-principioautonomia-progresiva-codigo-civil-comercial-algunas-reglas-para-su-aplicacionnv12411-2015-08-18/123456789-0abc-114-21ti-lpssedadevon>.

(6) Esta utilización del lenguaje es criticada por el autor Tobías, que hace foco en la distinción entre actos que comprometen la salud, ya que sostiene que cualquier tratamiento médico busca mejorar o preservar la salud y no comprometerla. Asimismo, señala la problemática que en-



LA LEY A.I.
(Análisis Inteligente)
by TR + Microsoft Copilot

¿Cuál es el tema jurídico debatido?

El acto médico de criopreservar material genético, que prevé la ley 26.862 de acceso integral a las técnicas de reproducción médicamente asistida, su normativa complementaria y proyectada, así como también la jurisprudencia y doctrina existente. Asimismo, un apartado a la oncofertilidad como disciplina novedosa en el ámbito de la salud reproductiva, y luego las proyecciones del art. 26 Cód. Civ. y Com. sobre la normativa especial.

(testigos de Jehová) o a intervenciones que pone en riesgo la vida, negativa a someterse a transfusión (testigos de Jehová) o a intervenciones que no ponen en riesgo la vida, ablación de órganos o materiales anatómicos en vida con fines de trasplante, implantación de médula ósea, ablación de órganos o materiales cadavéricos, directivas anticipadas, internación de personas menores de edad, tratamientos por adicciones,

cierra la expresión “invasivo”, en tanto no aclara si se refiera a lo corpóreo o también a lo psíquico. Ver TOBÍAS, José Washington, “Comentario a los artículos 1 a 103”. En: ALTERINI, Jorge Horacio, “Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético”. Buenos Aires: La Ley, 2019, 3ª ed., t. I, p. 283.

(7) Cód. Civ. y Com., art. 25: Menor de edad y adolescente. Menor de edad es la persona que no ha cumplido los dieciocho años. Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años.

(8) Enumeración extraída de la parte pertinente del cuadro sinóptico elaborado en KEMELMAJER de CARLUCCI, Aida - HERRERA, Marisa - LAMM, Eleonora - FERNÁNDEZ, Silvia, ob. cit., pp. 4-8.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)
(1) “Proyecciones del art. 26 del Cód. Civ. y Com. sobre leyes especiales en el ámbito de la salud”, Suplemento La Ley Derecho de la salud: diversas perspectivas y desafíos actuales. TR LALEY AR/DOC/830/2023 y “Análisis de las proyecciones del art. 26 del Código Civil y Comercial de la Nación sobre la ley 26.130 de Anticoncepción Quirúrgica”. TR LALEY AR/DOC/316/2024.
(2) HERRERA, Marisa, “Autonomía progresiva de niños y adolescentes y bioética: una intersección en (de/re)construcción”. Buenos Aires: Revista Pensar en Derecho. 2019, 14, p. 45. URL <http://hdl.handle.net/11336/163028>.
(3) Cód. Civ. y Com., art. 639, inc. b.

tratamientos psicofarmacológicos, utilización de camas solares.

Por su parte, trajimos a colación que el Ministerio de Salud, a través de un documento de acuerdos aprobado como Anexo I de la resolución 65/2015 (9), se pronunció sobre el criterio de “invasividad” utilizado por el art. 26, el cual debe leerse como tratamientos de “gravedad que impliquen riesgo para la vida o riesgo grave para la salud”. Argumentan que se colige a partir de su ubicación en un listado que no solo califica el término como “invasivo que comprometa el estado de salud” sino que además se lo asocia a tratamientos que “provocan un riesgo grave en su vida o integridad física”. Por tanto, es de comprensión del Ministerio que ampliar el tipo de tratamientos contemplados en la excepción a la presunción de la capacidad, es restrictivo del derecho a la salud integral e injustificado” (10). En ese orden opinamos que dichas clasificaciones deben existir siempre y cuando protejan los derechos personalísimos del adolescente, ya que creemos que todavía no posee la madurez suficiente para discernir, decidir y/o asumir las consecuencias de ciertos actos —entre los cuales pueden traerse los ya enumerados— y necesiten de la asistencia y contención de sus progenitores.

Por último señalamos que la doctrina advierte sobre el interrogante que surge en torno a cuál regulación cabría aplicar cuando se encontraran en pugna los supuestos del art. 26 y las leyes especiales, que regulan distintos aspectos de la salud y las decisiones sobre el propio cuerpo. En este sentido creemos que la autonomía progresiva en materia médica reconoce su límite en los supuestos específicos de la legislación especial. Por su parte, comulgamos con Lafferrière (11) que entiende que en este caso se aplicaría la cuestión de los conflictos entre la ley general y ley especial, y que, en tanto no sean derogadas, siguen rigiendo las normas de la legislación especial para los específicos casos allí tratados, ya que consideran situaciones particulares que fueron motivo de una regulación propia. Por último, auguramos que en los casos de contradicción se armonicen las legislaciones a favor del superior interés del menor de edad y su papel como individuo y miembro de una familia.

En línea con lo expuesto, en esta oportunidad nos abocaremos a analizar el acto médico de criopreservar material genético, que prevé la ley 26.862 (12) de acceso integral a las técnicas de reproducción médicamente asistida, su normativa complementaria y proyectada, así como también la jurisprudencia y doctrina existente. Asimismo, destinaremos un apartado a la oncofertilidad como disciplina novedosa en el ámbito de la salud reproductiva, para luego adentrarnos a las proyecciones del art. 26 Cód. Civ. y Com. sobre la normativa especial.

II. La criopreservación de material genético. Normativa y jurisprudencia argentina

II.1. Regulación y características de la práctica

En Argentina, en el mes de junio de 2013 se sancionó la Ley Nacional 26.862, habiéndose incorporado los tratamientos de reproducción médicamente asistida en el Programa Médico Obligatorio (PMO) en los términos establecidos por la reglamentación y el mismo PMO.

La ley 26.862 de acceso integral a las técnicas de reproducción médicamente asistida a par-

tir del art. 2º de la ley 26.862 establece que “...se entiende por reproducción médicamente asistida a 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...”; y a su vez, por el art. 2º del decreto 956/2013, que dispone que “... se entiende por técnicas de alta complejidad... la criopreservación de ovocitos y embriones...”

Por su parte, el art. 8 señala: “...También quedan comprendidos en la cobertura prevista de este artículo, los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos, según la mejor tecnología disponible y habilitada a tal fin por la autoridad de aplicación, para aquellas personas, incluso menores de dieciocho [18] años que, aun no queriendo llevar adelante la inmediata consecución de un embarazo, por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas puedan ver comprometidas su capacidad de procrear en el futuro”.

Asimismo, el Ministerio de Salud ha dictado durante 2017 tres resoluciones administrativas sobre procreación artificial que avanzan sobre aspectos regulatorios de las técnicas (13) en el marco de la ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013 (14): la resolución 1-E/2017 (15), que define qué comprende un tratamiento de alta complejidad, cuántos tratamientos deben financiarse, cuándo se considera incompleto y qué abarca ese tratamiento de alta complejidad; la resolución 616-E/17 (16), que aprueba los formularios de consentimiento informado que se deben usar en tratamientos con técnicas de reproducción humana asistida y la resolución 679-E/17 (17), que creó el Comité Asesor Ad-Hoc del Programa Nacional de Reproducción Médicamente Asistida (PNRMA).

Así las cosas, la resolución 1-E/17 precisa el alcance de los tratamientos de alta complejidad referidos en el art. 8º, párr. 3º, del Anexo I al decreto reglamentario 956/2013. Para ello remite a un anexo en el cual describe cuáles son los procedimientos médicos y etapas incluidos en la cobertura (art. 1º). Se refieren aquí a las técnicas de fecundación in vitro (FIV) o de inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI), con ovocitos propios o donados. En tal sentido dispone que un tratamiento contempla la posibilidad de fecundar varios óvulos, la criopreservación de los embriones obtenidos y hasta tres transferencias de embriones. En todos los casos, se refiere a la cobertura de los tratamientos por las obras sociales y dispone que la ley alcanza a tres de esos tratamientos en total. Es decir, en total pueden financiarse hasta 9 transferencias de embriones. En el art. 2º de la resolución se establece el criterio para determinar si un tratamiento de alta complejidad se considera incompleto y cómo proceder.

En el art. 3º de la resolución 1-E/2017 se mencionan cuáles son los tratamientos considerados de alta complejidad y qué se consideren complementarios de otros procedimientos, tales como: la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de gametos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos; aquellos relativos al abordaje interdisciplinario previsto en el art. 8º de la ley 26.862, y todo otro procedimiento y técnica a incluirse en el futuro. Este artículo de la resolución 1-E/2017 remite a un Anexo III que describe los pasos del tratamiento de alta complejidad.

Época, año 13, Nº 16, ISBN 1510-3714, p. 91.

(12) Argentina. Ley 26.862. Boletín Oficial, 26 de junio de 2013.

(13) Para un análisis detallado de las resoluciones ver LAFFERRIÈRE, Jorge Nicolás, “Columna de Actualidad: El embrión postergado: regulaciones administrativas sobre procreación artificial en la Argentina” [en línea]. *Microjuris Argentina*. 2017 [ref. de 23 de diciembre de 2023]. Disponible en Web: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2017/06/29/columna-de-actualidad-el-embrión-postergado-regulaciones-administrativas-sobre-procreación-artificial-en-la-argentina/>.

Resulta pertinente traer a colación que la resolución 616-E/2017 incluye en 12 anexos los consentimientos informados redactados distinguiendo si se trata de una técnica de baja o alta complejidad, si hay gametos donados, si es una persona sola o una pareja, si hay consentimiento para la donación de esperma y óvulos y para la criopreservación de gametos y embriones. Este último punto es el que nos interesa para el presente trabajo, y está receptado expresamente en el Anexo II.6, el cual, si bien volveremos más adelante cuando tratemos el tema del consentimiento para llevar a cabo la práctica, nos brinda definiciones necesarias para comprender la complejidad del tratamiento.

En primer término define la criopreservación como metodología que permite conservar gametos a bajas temperaturas (menos 196 grados centígrados), en nitrógeno líquido, mediante protocolos de congelación lenta o rápida (vitrificación) y/o cualquier otra técnica aprobada por el Ministerio de Salud, la cual quedará automáticamente subsumida en esta definición. Posteriormente, señala que se entiende por gameto/s entiéndase a la/s célula/s masculinas o femeninas, —espermatozoide y óvulo/ovocitos respectivamente—, responsables de la reproducción. Asimismo, describe que establecimiento sanitario es el centro de salud o consultorio médico destinados a realizar procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida de conformidad con lo previsto en la resolución 1305/2015 (18), sustitutivas y/o modificatorias del Ministerio de Salud, inscripto debidamente en el Registro Federal de Establecimientos de Salud (ReFes) (19), conforme lo establece la legislación vigente.

A continuación, dispone que el objetivo de la criopreservación es preservar la viabilidad futura de las gametas masculinas o femeninas y/o tejidos reproductivos, frente a adversas situaciones médicas. En tal sentido advierte que las particularidades de la técnica son que es una metodología de laboratorio que se puede aplicar a embriones, ovocitos, espermatozoides y tejido reproductivo y que precisa del trabajo de profesionales especializados (personal técnico capacitado) con alto entrenamiento y que se realiza en un laboratorio de alta complejidad.

En cuanto a las etapas del procedimiento, señala que aquellos/as pacientes que realicen criopreservación de gametos, por normativa de los organismos de acreditación internacional, requiere de estudios infectológicos a la fecha del procedimiento: serología para VIH, Hepatitis B y C, citomegalovirus y la prueba serológica para la sífilis.

Metodológicamente la criopreservación de gametos es una técnica de laboratorio en la cual se aplican diferentes protocolos de congelamiento celular lento o rápido (también llamado vitrificación). Esta última es como se conoce a la técnica de congelación ultrarrápida de ovocitos, que permite posponer la capacidad reproductiva de la mujer el tiempo que se desee y por diferentes razones (20), preservando su fertilidad con las mismas posibilidades que en el momento en que se vitrificaron.

Esta clínica señala que la principal ventaja de la vitrificación de ovocitos respecto a la congelación tradicional es que no se forman cristales de hielo que dañen al óvulo y alrededor del

(14) Argentina. Decreto reglamentario 956/2013. Boletín Oficial, 23 de julio de 2013.

(15) Ministerio de Salud de la Nación Argentina. Resolución 1-E/2017. Boletín Oficial, 4 de enero de 2017.

(16) Ministerio de Salud de la Nación Argentina. Resolución 616-E/2017. Boletín Oficial, 26 de enero de 2017.

(17) Ministerio de Salud de la Nación Argentina. Resolución 679-E/2017. Boletín Oficial, 8 de junio de 2017.

(18) Ministerio de Salud de la Nación Argentina. Resolución 1305/2015. Boletín Oficial, 31 de septiembre de 2015.

(19) El REFES incluye a todos los establecimientos sanitarios del país del sector público y privado, con y sin in-

97% sobreviven al proceso. Además se obtienen los mismos resultados clínicos que con los ovocitos en fresco.

Por su parte, el Ministerio Salud en el Anexo referido informa que los beneficios de estas técnicas es mantener gametos a muy bajas temperaturas conservando su viabilidad o potencialidad de generar embarazos, aumentar la efectividad de tratamientos y preservar la fertilidad.

En cuanto a sus riesgos generales, advierte sobre la no supervivencia de los gametos en el descongelamiento, accidentes mecánicos por falla de materiales, siniestros o catástrofes naturales. En la actualidad hay muchos niños nacidos luego de la transferencia de embriones producto de gametos congelados y no se ha observado aumento de malformaciones si se lo compara con la población general (4-8%). Se conoce que en el proceso de congelamiento/descongelamiento existe el riesgo de que los gametos no sean viables, existiendo por lo tanto la posibilidad de cancelar el tratamiento. A su vez, admite la posibilidad de existencia de riesgos personales/personalizados debido a las características médicas, psicológicas y sociales de este caso particular.

II.2. Casos de criopreservación por diferimiento de la maternidad

Es práctica corriente que los Agente del Seguro de Salud reciban solicitudes de cobertura de criopreservación de material genético —en la mayoría, ovocitos—, y sus Asesorías Médicas evalúen los casos resolviendo otorgar o no coberturas, dependiendo de cuál es el diagnóstico que aqueja al paciente, atento a que no cualquier patología dañe los gametos y, en consecuencia, compromete la capacidad reproductiva a futuro. De lo contrario, se estaría haciendo una interpretación extremadamente amplia de la norma brindándole la facultad de “programar” un embarazo para más adelante con cualquier razón médica, lo que podría no ocurrir nunca, con los gastos que ello conlleve no solo para los *agentes del seguro de salud*, sino para el *sistema de salud* en su conjunto.

En ese orden de ideas, la jurisprudencia se ha pronunciado concediendo o denegando la cobertura de la criopreservación ovocitaria, en virtud de los distintos diagnósticos que presentan afiliadas que inician amparos de salud para obtener dicho tratamiento.

A modo de ejemplo, en un caso en el cual la afiliada presentada diagnóstico de “falla ovárica precoz”, el Juzgado Civil y Comercial Federal Nº9 (21) consideró que se encontraba acreditada la verosimilitud del derecho para el dictado de una medida cautelar, con base en el relato efectuado en el escrito de inicio y documentación agregada, afiliación a la Obra Social demandada, y que su médico le había recomendado la práctica cuya cobertura exigía. Asimismo agregó que podría verse comprometido el derecho a la salud de la actora, y el derecho a la paternidad/maternidad y a formar una familia, debiendo adoptar el concepto amplio que sobre ésta trae el art. VI de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el sentido es independiente del derecho al matrimonio; o sea, el derecho a fundar una familia no requiere la existencia de un matrimonio previo. En este de orden de ideas, añadió que no podía pasarse por alto que la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación, que se encuentran funcionando en cada una de las jurisdicciones provinciales según la reglamentación vigente en ellas. Este registro fue creado por la Resolución Ministerial 1070/2009 del Ministerio de Salud de la Nación y cuenta con la aprobación del Consejo Federal de Salud.

(20) Centro de Fertilidad IVI España. “Vitrificación de ovocitos” [en línea] [ref. de 17 de diciembre de 2023] Disponible en Web: <https://ivi.es/tratamientos-reproduccion-asistida/vitrificación-de-ovocitos/>.

(21) JFed. Civ. y Com. Nº9, Expte.: 13.147/2023, “R., D. S. c. OSDE s/amparo de salud”, 12/10/2023.

(9) Ministerio de Salud de la Nación Argentina. Resolución 65/2015 Anexo I Documento de acuerdos Mesa de Trabajo: Nuevo Código Civil y Comercial Lectura desde los Derechos Sexuales y los Derechos Reproductivos [en línea] 10, 18 y 23 de noviembre de 2015 [ref. de 23 de diciembre de 2023]. Disponible en Web: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/255000-259999/257649/norma.htm>.

(10) *Ibidem*, p. 6.

(11) LAFFERRIÈRE, Jorge Nicolás. “¿Solos con su cuerpo? Capacidad de los adolescentes para actos médicos en Argentina”, *Revista de Derecho* (UCUDAL), Uruguay, 2017, 2da.

minación contra la Mujer ha establecido que los Estados partes deben adoptar las medidas apropiadas para eliminar la discriminación de la mujer en la esfera de la atención médica, a fin de asegurar el acceso a servicios relativos a la planificación familiar, así como también ha reconocido el derecho de la mujer de decidir el número y el espaciamiento de los hijos que tiene, lo que implica, como es obvio, elegir la oportunidad en la cual los tendrá.

Respecto al peligro en la demora recordó que en los casos en que se cuestionan decisiones relacionadas con la salud de las personas resulta suficiente para tenerlo por acreditado la incertidumbre y la preocupación que ellas generan, de modo que la medida sea necesaria para disipar un temor de daño inminente, acreditado o presunto. En este sentido, *prima facie* la imposibilidad de procrear es una limitación que puede afectar de manera real y efectiva la calidad de vida y la salud psíquica de una persona; sobre todo cuando cabe ponderar un diagnóstico de baja reserva ovárica.

Por último, señaló que el art. 8° de la de la ley 26.862 es la norma que justifica la procedencia de la cobertura.

En otro caso, una paciente con diagnóstico de “a) Obesidad mórbida (IMC 40) en su tratamiento actual con medidas higiénico dietética y futura cirugía bariátrica; b) Factor Tubárico Bilateral (cotte negativa bilateral); c) Factor Masculino y d) Hipotiroidismo”, solicitó conservar los óvulos, alegando que no podía quedar embarazada de forma natural y que tales diagnósticos atentaban contra la posibilidad futura de procrear. En particular, que contaba con fecha probable de realización de la Cirugía Bariátrica en marzo de 2023 y por tanto su médico le recomendó el no embarazo por un periodo de 12 meses del postoperatorio (22). En virtud de lo expuesto, el Juzgado Civil y Comercial Federal N°7, estimó como apropiado que la amparista recibiera el tratamiento que demandaba, en función al prieto ámbito cognoscitivo propio de la instancia cautelar, que aparecía como verosímil el derecho invocado por la peticionante a la cobertura de la intervención a la que se debía someter. Ello así, en la medida en que la criopreservación se encontraba consagrada en la normativa que regula la fertilización asistida, y que a partir del art. 2° de la ley 26.862, el art. 2° del decreto 956/2013, y el art. 8° de la ley citada.

Con relación al peligro en la demora, añadió que este tenía suficiente grado de credibilidad en la etapa inicial del proceso de acuerdo con la documentación anexada, considerando el grave daño a la salud que le podría irrogar a la amparista permanecer en las condiciones en que actualmente se encontraba hasta obtener una sentencia definitiva.

Sin embargo, la jurisprudencia del fuero también rechazó las solicitudes de medidas cautelares en casos donde se acreditó que la paciente no se encontraba afectada en la actualidad por una patología cuyo tratamiento pudiera comprometer su capacidad reproductiva a futuro:

Afiliada con trastornos obsesivo-compulsivos: “En las condiciones descriptas no se verifica, a mi criterio, el requisito de verosimilitud del derecho exigido para el dictado de la medida que se trata, —entendida como la mera posibilidad de que éste exista— habida cuenta que el Cuerpo Médico Forense al dictaminar, dejó en claro que ninguna de las dos medicaciones administradas —risperidona y sertralina— a la amparista para tratar su enfermedad

(trastorno obsesivo compulsivo), produce alteración de la capacidad reproductiva o problemas de fertilidad en la mujer” (23).

Afiliadas con baja reserva ovárica: en este caso el Juzgado Civil y Comercial Federal N°7 rechazó una medida cautelar teniendo en cuenta el dictamen del organismo en estos términos: “...con la documentación acompañada e informe del Cuerpo Médico Forense de fs. 148/155, se concluye que no existen constancias de que la actora haya efectuado consultas médicas por infertilidad, que no se corresponde a un tratamiento de urgencia y que el pedido guarda relación con una maternidad diferida voluntaria y, por ende, el tratamiento se circunscribe a la preservación de la fertilidad. En esas condiciones, estimo que no se encuentran acreditados los presupuestos de la verosimilitud del derecho y peligro en la demora, sin perjuicio de lo que se decida en el fondo del asunto. En consecuencia, corresponde desestimar la medida cautelar peticionada (24). En igual sentido, sostuvo el Juzgado Federal N°1 de Rosario: “...En este orden de ideas, entiendo no se ha configurado el peligro en la demora, requisito que se vincula necesariamente con la gravedad o irreparabilidad del daño que pueda sufrir la amparista si espera la tramitación del juicio. Si bien surge de los certificados médicos la “baja reserva ovárica”, ello entiendo no es indicador *per se* de una imperiosa urgencia en el tratamiento. El anticipo de agotamiento de reserva ovárica (fs. 23) no refiere a tiempos de alguna exactitud o pronóstico que resulten incompatibles con el breve tiempo procesal del proceso como el que nos ocupa” (25).

Recientemente, se resolvió: “Sentado lo anterior y analizando las constancias arrimadas a autos y teniendo en cuenta lo dictaminado por el Cuerpo Médico Forense en el sentido que la amparista “no presenta en la actualidad, de lo que se desprende de las constancias y certificados de autos, una enfermedad que comprometa su capacidad reproductiva a futuro más allá de la edad, si difiere la búsqueda de embarazo”, se concluye que no se encuentra acreditada en autos la verosimilitud del derecho invocada (...) no aportan elementos suficientes que permitan, este estado del proceso, tener por acreditados los presupuestos necesarios para el dictado de una medida como la requerida (medida innovativa), debiendo lo peticionado ser materia de debate y objeto de prueba en autos. Al respecto cabe destacar que el Cuerpo Médico Forense dictaminó que: “no hay constancias de diagnóstico de falla ovárica (ej.: estudios hormonales) ni estudios realizados en los que se constate que la cirugía que se le ha realizado ha disminuido su fertilidad” e indicó que: “De las constancias surge que presenta ovario derecho indemne y parte del ovario izquierdo presente. No se puede evaluar la funcionalidad en cuanto a la respuesta folicular en este estudio ya que fue realizado durante la administración de anticoncepción hormonal” (26).

En otro caso se sostuvo: “Así entonces, en este estado larval del proceso, la decisión respecto de la cobertura solicitada por la vía precautoria luce como no exigible jurídicamente a la demandada sin la debida sustanciación. Ello desde que, en decisiones como la que nos ocupa —de naturaleza estrictamente técnica y, por lo tanto, ajena al conocimiento normal de la jueza—, el dictamen emitido por el Cuerpo Médico Forense cobra importante valor probatorio (...) Y, al respecto, dicho cuerpo colegiado ha ilustrado que “atento a lo mencionado en las Consideraciones Médico Legales y a los antecedentes de la paciente, consideramos que el Tratamiento Reproductivo de Alta Complejidad de vitrificación de ovocitos, y la medicación

solicitada, no resultan urgentes, procedentes ni necesarios, para el estado de salud referido de la paciente. Asimismo, y como se expuso, la disminución de la reserva ovárica que presenta (...), según la documental médica aportada, es una situación diferente de la Falla ovárica prematura. No se acreditaron en autos, otros antecedentes personales ni familiares, por lo que consideramos que el estudio genético para diagnosticar de Fragilidad del X no resulta urgente, procedente ni necesario, para el estado de salud referido en las constancias obrantes en autos de la paciente”. Lo anterior lleva a concluir que no se encuentra acreditada la apariencia o verosimilitud en el derecho invocado por la demandante ni el peligro en la demora, desde que no se infiere que exista un daño inminente que se pueda prevenir o una amenaza de daño concreto que se pueda conjurar. En suma, no encontrándose acreditados los presupuestos habilitantes para su dictado, se impone rechazar la pretensión cautelar formulada” (27), resolución que fue confirmada por la Sala II de la Cámara Civil y Comercial Federal el 16 de mayo de 2023 (28).

Por último, cabe hacer mención a un caso en el marco de un amparo judicial contra una obra social, donde se solicitó la cobertura del tratamiento de acopio de ovocitos con técnica de criopreservación, incluyendo la estimulación ovárica y extracción ovocitaria, así como la medicación necesaria para ello, a realizarse en el Centro Médico Procrearte. Sin embargo, la afiliada en cuestión presentaba imposibilidad anatómica de llevar adelante un embarazo por carecer de útero, haciendo suponer que podría tener como finalidad una gestación subrogada, lo que en nuestro país no se encuentra actualmente regulada, sin perjuicio de los fallos que la han convalidado luego del inicio de acciones filiatoria, medidas autosatisfactivas, impugnación de maternidad, etc.

En atención a estos antecedentes, el Juzgado Civil y Comercial Federal N°2 resolvió rechazar la medida cautelar peticionada, considerando además que “... no puede —en este estado larval del proceso— admitirse la cobertura del acopio de ovocitos reclamado sin la “gestación por sustitución” para la consecución de un embarazo (art. 2 de la ley 26.862). Si bien es cierto que la regulación deja abierta la posibilidad de incluir en la nómina de prestaciones que tienen por finalidad posibilitar la concepción a los “nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos” (art. 2°), el propio texto legal determina que esa alternativa solo es viable “cuando [tales procedimientos] sean autorizados por la autoridad de aplicación” —el Ministerio de Salud de la Nación—, situación en la que no se encuentra, en principio, lo aquí reclamado (29).

III. La criopreservación de material genético para casos de oncofertilidad

En 2006, la doctora Teresa K. Woodruff (30), del Departamento de Obstetricia y Ginecología en la Universidad Northwestern, acuñó el término “oncofertilidad” para referirse al nuevo campo de la medicina que conecta la oncología con la salud reproductiva.

Previo a estos adelantos de la ciencia, ante casos de cáncer en niños o adultos, el eje estaba en atender el cáncer para evitar que avance, sin medir las consecuencias y la calidad de vida futura de quienes lo padecían. Hoy la aparición de nuevas drogas y la curación de muchos cánceres pediátricos que antes eran mortales, como la leucemia, algunos linfomas, los neuroblastomas o ciertos sarcomas, requiere anticiparse e intentar preservar la fertilidad de quienes lo padecen.

ción fue confirmada por la Sala II de la CNFed. Civ. y Com. en fecha 15/03/2021.

(30) La doctora Woodruff es fundadora y directora del Oncofertility Consortium (Consorcio de Oncofertilidad), una red interdisciplinaria que se concentra en temas de atención médica y calidad de vida de los pacientes jóvenes con cáncer, en especial, los que se relacionan con la fertilidad después del cáncer

(31) PORROCHE-ESCUADERO, Ana, “Oncofertilidad. Más

El Dr. Jacques Donnez, científico belga, fue el primero en realizar un trasplante de tejido ovárico y pionero en la crioconservación de ese tejido. Asimismo logró observar y fotografiar por primera vez el proceso de ovulación de una mujer, entre otras de las muchas contribuciones que realizó a la salud reproductiva.

Él y la Dra. Marie-Madeleine Dolmans trabajaron en el proyecto científico en el que, por primera vez en la historia de la medicina, una mujer dio a luz un bebé luego de quedar embarazada tras un trasplante de tejidos de ovarios congelados. Los tejidos de uno de los ovarios de la paciente estuvieron congelados durante cinco años para protegerlos de la quimioterapia a que fue sometida por un cáncer. Se trataba de una mujer que tenía 25 años cuando le fueron extirpados los ovarios en 1997 antes de ser sometida a la quimioterapia por un linfoma de Hodgkin. Cinco años más tarde, esos tejidos fueron descongelados e implantados nuevamente a la mujer cuando manifestó que deseaba tener un hijo, y concebirlo de manera natural.

A partir de entonces se han reportado otros casos de autotrasplantes exitosos y, a pesar de esto, varias técnicas empleadas causan pérdida considerable de folículos y presentan riesgo de reintroducir células cancerosas en pacientes supuestamente curadas, debido quizá a la prevalencia de la utilización de medios 2D. Por lo que la seguridad dependiente de células foliculares autotrasplantadas se halla todavía en entredicho y de aquí la necesidad de dar beligerancia a otras técnicas como las de medios tridimensionales o 3D.

No obstante, lo expuesto, Porroche-Escudero (31) advierte sobre los problemas que puede originar la oncofertilidad:

1) La promesa de que la oncofertilidad “restaure” la maternidad justifica la urgencia de los profesionales para que las mujeres se sometan a tratamientos para preservar la fertilidad. Algunos estudios demuestran que hasta dos tercios de las mujeres jóvenes diagnosticadas con cáncer fueron aconsejadas para que sometiesen a tratamientos de fertilidad antes de comenzar los tratamientos oncológicos. La falta sistemática de información sobre otras opciones envía el mensaje de que “preservar la maternidad es la mejor de las opciones” lo cual contribuye a reforzar la ideología de que la maternidad biológica es superior a otros modelos de maternidad. Este tipo de información sesgada no amplía las opciones de las mujeres, sino que las limita.

2) La promesa de que los tratamientos pueden devolver la fertilidad puede crear expectativas poco realistas que tienen un gran impacto psicológico. Ello en tanto, las tecnologías reproductivas no son tan sencillas ni seguras como se presentan. La gran mayoría de mujeres tienen que someterse a varias rondas de tratamientos antes de quedarse embarazadas. Algunas mujeres nunca lo consiguen. De aquellas que consiguen concebir no todas llegan a dar a luz a un bebé vivo. Se estima que hasta un 70% de las fertilizaciones *in vitro* no consiguen acabar en parto. La falta de información que infla las expectativas puede tener efectos devastadores en el bienestar psicológico de las mujeres.

3) Actualmente no se sabe con certeza si los tratamientos de la oncofertilidad pueden incrementar el riesgo de cáncer. Recientemente un estudio publicado en el JAMA (32) no encontró que la FIV incrementa el riesgo de cáncer para el conjunto de la población de las

allá de la maternidad biológica” [en línea]. Barcelona: MYS: Mujer y Salud. Revista de Comunicación Interactiva, 42, [ref. de 20 de diciembre 2023], p. 36. Disponible en Web: https://matriz.net/mys42/img/Mujeres-y-Salud-42.pdf.

(32) Van den BELT - DUSEBOUT, Alexandra W., et al. “Ovarian stimulation for *in vitro* fertilization and long-term risk of breast cancer”, *Journal of the American Medical Association (JAMA)*, 2016, pp. 300-312, DOI: 10.1001/jama.2016.9389.

(22) JFed. Civ. y Com. N°7, Expte.: 103/2023, “M., M. V. c. Osen y otro s/amparo de Salud”, 06/03/2023.

(23) JFed. Civ. y Com. N°5, Expte.: 519.282/2019, “V., J. I. c. OSDE s/sumarísimo de salud”, 26/09/2020.

(24) JFed. Civ. y Com. N°3, Expte.: 2979/2015, “O., A. J. c. OSDE y otro s/amparo de salud”, 29/02/2016.

(25) JFed. N°1 Rosario, Expte.: 44.245/2016, “G., A. B. c. OSDE s/amparo contra actos de particulares”, 15/12/2016.

(26) JFed. Civ. y Com. N°1, Expte.: 3574/2022, “R., M. S. c. OSDE s/amparo de salud, 19/05/2022.

(27) JFed. Civ. y Com. N°9, Expte.: 18.701/2022, S., M. G. c. OSDE s/amparo de salud, 29/12/2022.

(28) CNFed. Civ. y Com., Sala II, “S., M. G. c. OSDE s/amparo de salud, 16/05/2023.

(29) JFed. Civ. y Com. N°2, Expte.: 4747/2020, “A., R. M. c. OSDE y otro s/amparo de salud, 24/11/2020. Dicha resoluc-

mujeres. Sin embargo, este estudio no detalla si esta conclusión se podría extrapolar a aquellas mujeres que habían sido diagnosticadas con cánceres hormonodependientes y se someten a tratamientos de FIV. Esta omisión es importante, porque numerosos tipos de cáncer de mama, ovario y útero dependen de las hormonas (particularmente el estrógeno) para crecer. Si algunos tumores se alimentan las hormonas femeninas, no es una locura que hipoteticemos que la estrogenización agresiva del cuerpo/ovarios durante los tratamientos de fertilidad incremente el riesgo de que el cáncer vuelva. Dada esta incertidumbre en torno a la seguridad de la oncofertilidad parece aconsejable estudiar los riesgos y los efectos a largo plazo antes de prescribir su uso indiscriminadamente.

4) Las tecnologías reproductivas son agresivas y hay evidencia contundente de que causan efectos secundarios importantes como dolor, problemas de visión, vértigo, coágulos de sangre, y en algunas ocasiones ruptura de los ovarios. También se asocian con partos múltiples, prematuros y con riesgo ligero de tener anomalías en los cromosomas. Dada la evidencia de daño no es de extrañar que la *Society of Obstetricians and Gynecologists* de Canadá aconseje que se informe a las parejas de todos los riesgos asociados con los tratamientos (33).

A la incertidumbre en torno a los FIV en general, y a la oncofertilidad en particular, suma dos preguntas que no tienen respuesta: una, ¿cuántos ciclos de FIV son seguros para aquellas mujeres que tienen un historial de diagnóstico de cáncer? Y dos, si los tratamientos para la infertilidad son potencialmente peligrosos para la salud y, además, existen alternativas seguras a la maternidad biológica, ¿no deberíamos adoptar el principio de precaución y asumir que los tratamientos de oncofertilidad son peligrosos hasta que se demuestre que son seguros?

En consecuencia, Porroche-Escudero (34) sostiene que es importante reencuadrar la oncofertilidad, no solo enfocándose en proteger la maternidad biológica, sino que acuñando el término “justicia reproductiva”, y promoviendo que se redefinan estrategias de acción.

Por último, mencionamos que, en Argentina, el Proyecto de Ley Integral de Técnicas de Reproducción Humana Médicamente Asistida (TRHA) (35), haciéndose eco de los avances en medicina y producto de una concientización global, contempla expresamente la preservación de la fertilidad por causas médicas que puede ser por razones de enfermedades oncológicas u otro tipo de padecimientos que comprometen la capacidad reproductiva.

Entre los fundamentos sostiene que la conservación potencial de la capacidad biológica de procrear es fundamental para no sufrir limitaciones en la libertad del individuo de llevar a término su proyecto de vida. Esta libertad está considerada socialmente un valor digno de protección, y su ejercicio permite al paciente, si así lo desea, tener acceso a su propia descendencia, como primer núcleo que conforma la familia.

En este punto, el proyecto regula un aspecto introducido por la ley 26.862, aunque extendiendo la cobertura a la preservación de la

fertilidad por causas sociales, sobre la base del principio de igualdad y no discriminación (36).

III.1. La oncofertilidad y los menores de edad

La oncofertilidad es una práctica relativamente nueva y poco conocida. Así en los Estados Unidos, de un total aproximado de diez millones de sobrevivientes de cáncer, el 5% tiene entre 20 y 40 años y 12.400 son niños y adolescentes. Asimismo, sólo el 8% recupera la fertilidad luego de 5 años de terminado su tratamiento, y un 14 % a los 10 años de finalizar el tratamiento.

No obstante, solo el 50% de los oncólogos dan información a sus pacientes sobre las consecuencias en la fertilidad de los tratamientos para el cáncer, y menos del 25% derivan a sus pacientes a un centro de medicina reproductiva para su asesoramiento. En Argentina se estima que la cantidad de sobrevivientes es cercana a las 500.000 personas, de los cuales aproximadamente 1000 son niños y adolescentes (37).

La posibilidad de preservar la fertilidad ya es un hecho, pero es necesario hablar claramente con los padres del tema, con el fin de evitar crear falsas expectativas y comprender el real alcance del proceso. Desde hace años se trabaja en forma interdisciplinaria con buenas perspectivas para que la preservación de la fertilidad constituya un campo de beneficios para la salud humana y reproductiva (38).

En este punto resulta ejemplificador el proyecto de ley presentado por el Sr. Diputado Juan Manuel López, juntamente con la Sociedad Argentina para la Preservación de la Fertilidad y a su Presidente María Itatí Albamonte, mediante el cual propone la creación Banco Nacional de Guarda de Tejido Germinal y Gametos de Niñas, Niños y Adolescentes menores de 18 años, a los efectos de preservar su fertilidad en etapa adulta, ante un eventual daño colateral por tratamientos para determinadas patologías oncológicas, metabólicas, autoinmunes u otras (39).

Los niños pueden tener patologías oncológicas en las mismas partes del cuerpo que los adultos, pero existen diferencias. El cáncer infantil es una patología poco frecuente. Según el Registro Oncopediátrico Hospitalario Argentino (ROHA), entre el 2000-2016 se registraron 129,9 casos anuales por 1.000.000 de niños y se mantuvo estable a lo largo del período. Los cánceres de la niñez pueden ocurrir repentinamente, sin síntomas precoces, pero como contrapartida tienen un índice de curación elevado, siendo que la posibilidad de supervivencia puede llegar hasta más del 80%. El cáncer infantil presenta características propias definidas, cada una con un nombre, un tratamiento y un pronóstico muy específico. Asimismo, también existen otras patologías distintas a las oncológicas pero que debido a los tratamientos que requieren para su curación, pueden generar dificultades respecto de la fertilidad futura de los menores de edad que los reciben.

Por tal motivo, para el proyecto resulta indispensable proteger la fertilidad de niños y adolescentes que presentan alguna patología oncológica u otra enfermedad y deban someterse a tratamientos que puedan afectar su capacidad reproductiva. Los ovarios y los tes-

tículos, que están expuestos tanto a los efectos citotóxicos de las drogas quimioterápicas u otras, como a los daños inducidos por métodos físicos como la radioterapia, sufren un daño irreversible conllevando en muchas ocasiones a la esterilidad del individuo. Las gónadas son muy sensibles a estos tratamientos, que generalmente producen daños colaterales, como la destrucción del tejido germinal por apoptosis, ocasionando la pérdida de la función endocrina y reproductiva.

La criopreservación de óvulos, semen o tejido germinal de ovarios o testículos, son técnicas que pueden ser utilizadas para preservar la fertilidad futura en pacientes con cáncer u otras patologías que por sus tratamientos puedan ocasionar un daño en el sistema reproductivo del paciente.

El ROHA brinda la información estadística necesaria para poder implementar políticas sanitarias específicas acordes a la realidad nacional. El proyecto advierte que todos los datos presentados son respecto al cáncer infantil, pero no en todos los casos será indicada la preservación de la fertilidad mediante congelamiento de tejido ovárico o congelamiento de semen. Dicha indicación dependerá de la evaluación en conjunto del paciente por parte del equipo médico tratante. Asimismo, la aceptación de realizar o no el congelamiento dependerá en última instancia del paciente y/o tutor.

En estas circunstancias, la propuesta tiene por objeto la generación de un banco, de carácter público y nacional (art. 9 Ley 26.862), que brinde los servicios de congelamiento de tejido ovárico y semen para niños y adolescentes que por indicación médica deban preservar su fertilidad por poseer alguna patología que implique la realización de un tratamiento que ocasione daño en sus gónadas. Seguidamente, detallan el equipamiento de laboratorio y los insumos necesarios para la congelación de tejidos ovárico y de semen acorde la demanda posible que surge de las estadísticas mencionadas previamente, cuyo presupuesto aproximado detallado (cuyo total ronda los U\$S 40.000.-) que estiman sería lo necesario para poder montar el banco propuesto, siendo que este laboratorio puede ser instalado en un edificio actual vinculado a servicios sanitarios (laboratorio, hospital, etc.), haciendo la salvedad de que los valores son montos aproximados dependiendo de la marca y/o modelo disponible en el mercado.

Respecto a la normativa vigente, la regla general de la ley 26.862 que dispone el acceso a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida incorporada en el art. 7, señala que los beneficiarios deben ser personas mayores de edad.

La única disposición que menciona a las personas menores de edad es el art. 8 mencionado anteriormente: “..También quedan comprendidos en la cobertura prevista de este artículo, los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos, según la mejor tecnología disponible y habilitada a tal fin por la autoridad de aplicación, para aquellas personas, incluso menores de dieciocho [18] años que, aun no queriendo llevar adelante la inmediata consecuencia de un embarazo, por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervencio-

nes quirúrgicas puedan ver comprometidas su capacidad de procrear en el futuro”.

En cuanto al consentimiento, si fuera menor de 13 años, conforme la ley de derechos del paciente y decreto 1089/2012, necesitará el de uno de los representantes legales e información a la persona según edad y grado de madurez). Por su parte, si fuera mayor de 13 años consideramos que al encuadrarse dentro de un tratamiento invasivo y dado que el artículo no contempla el mecanismo específico para la toma de esta decisión por parte de menores de 18 años, sería de aplicación el art. 26, 4to párrafo. Es decir, que al ser un tratamiento invasivo que compromete su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores, siendo que el conflicto entre ambos se resolverá teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias o no del acto médico. A partir de los 16 años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo; y podría tomar por sí mismo la decisión de criopreservar material genético.

Este mismo razonamiento utiliza el proyecto de creación del Banco, en su art. 15 (40).

Entre las normas vigentes en la actualidad que especifican algunos puntos sobre el acceso a esta técnica, encontramos la Ley Nacional de Oncopediatría 27.674, que crea el *Régimen de Protección Integral de Niño, Niña y Adolescente con Cáncer*, con el objetivo de reducir la morbilidad y garantizarles sus derechos. La norma, que tiene como autoridad de aplicación al Instituto Nacional del Cáncer dependiente del Ministerio de Salud, alcanza a todos aquellos pacientes hasta los 18 años inclusive, con residencia permanente en el país, que padezcan cáncer y que estén inscriptos en el Sistema del ROHA (41).

Entre los derechos que se reconocen están: a recibir información sobre su enfermedad y su tratamiento, de una forma que pueda comprenderla con facilidad y pudiendo tomar decisiones, con la asistencia de sus progenitores cuando fuera necesario; y al consentimiento informado, conforme a lo establecido en el art. 26 del Cód. Civ. y Com.

Con relación a este último, resulta relevante traer nuevamente a colación la resolución 616-E/2017, Anexo II.6 (42), titulado “Consentimiento informado: procedimiento médico de criopreservación y almacenamiento de gametos y/o tejidos reproductivos para casos de posible pérdida de capacidad procreacional (por problemas de salud, tratamientos o intervenciones quirúrgicas)”.

Dicho formulario, luego de solicitar datos identificatorios, detalla información médica sobre el procedimiento médico de criopreservación de gametos y/o tejidos reproductivos y señala sendas definiciones relevantes al acto médico. Seguidamente, reseña otros apartados con las siguientes cuestiones: objetivo, particularidades de la técnica, etapas del procedimiento, beneficios, riesgos generales, riesgos personales/personalizados, estadísticas de efectividad e información obtenida. Este último apartado enumera una suerte de de-

cente con Cáncer [en línea] [ref. 19 de diciembre 2023]. Disponible en Web: <https://aonorte.gob.ar/wp-content/uploads/2023/07/ley-de-oncopediatria-web-wp-.pdf>. Esta y otras normas de la disciplina de oncopediatría están tratadas con mayor profundidad en los trabajos de investigación elaborados en el marco del Proyecto IUS “El derecho argentino ante la vulnerabilidad del paciente terminal”, de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina dirigido por el Dr. Jorge Nicolás Lafférière.

(42) Ministerio de Salud de la Nación Argentina. Resolución 616 E/2017, Anexo II.6 [en línea] [ref. de 19 de diciembre 2023]. Disponible en Web: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/275000-279999/275222/res616-II-6.pdf>.

(33) OKUN, Nanette, et al. “Pregnancy outcomes after assisted human reproduction”, *Journal of Obstetrics and Gynaecology*. 2014, pp. 64-83, DOI: 10.1016/S1701-2163(15)30685-X. PMID: 24444289.

(34) PORROCHE-ESCUADERO, Ana., ob. cit., p. 37.

(35) Cámara de Diputados de la Nación Argentina., Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina. Proyecto de Ley integral de técnicas de reproducción humana médicamente asistida (TRHA) [en línea] [ref. de 17 de diciembre 2023] pp. 51-52. Disponible en Web: http://www.samer.org.ar/pdf/PROYECTO_LEY_ESPECIAL_E_INTEGRAL_DE_TRHA.pdf.

(36) *Ibidem*, p. 52.

(37) *Ibidem*, p. 51.

(38) Diario *Clarín* [en línea], Argentina, Sección Buena

Vida/Salud. “Oncofertilidad, una disciplina que abre nuevas posibilidades” [ref. de 17 de diciembre 2023]. Disponible en Web: https://www.clarin.com/salud/oncofertilidad_0_Blo-Q97zsvQx.html.

(39) Cámara de Diputados de la Nación Argentina. Proyecto 1868-D-2022 “Creación del Banco Nacional de Guarda de Tejido Germinal y Gametos de Niñas, Niños y Adolescentes Menores de 18 Años” [en línea] [ref. 23 de diciembre 2023]. Disponible en Web: <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2022/PDF2022/TP2022/1868-D-2022.pdf>. Este proyecto se encuentra en giro a la Comisión de Acción social y salud pública de la Cámara de Diputados.

(40) Artículo 15.- Capacidad para dar el consentimiento informado Cuando el titular del material gené-

claraciones que el paciente realiza en base a la comunicación recibida. Por último, incluye los aspectos legales de la práctica sobre el objeto de la criopreservación y la posibilidad de revocar el consentimiento notificando de manera fehaciente y por escrito al centro médico.

IV. Conclusiones

En la introducción al presente trabajo afirmamos que la autonomía progresiva en materia médica reconoce su límite en los supuestos específicos de la legislación especial. En tal sentido sostuvimos que, en los casos de conflictos entre la ley general y ley especial, en tanto estas últimas no sean derogadas, siguen rigiendo de por ser la legislación especial para los específicos casos allí tratados, ya que consideran situaciones particulares que fueron motivo de una regulación propia.

Hemos visto también que la regla general del art. 7º de la ley 26.862 señala que los beneficiarios del acceso a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida deben ser personas mayores de edad. Sin embargo, el art. 8º añade que quedarán comprendidos en la cobertura los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos para aquellas personas aun siendo menores de 18 años que, no queriendo llevar adelante la inmediata consecu-

ción de un embarazo, por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas puedan ver comprometidas su capacidad de procrear en el futuro. Asimismo, en el único momento que se menciona a la participación del representante legal es el formulario de consentimiento informado del Anexo II.6., pero no aclara si se presenta en lugar del menor de edad o bien, solo asistiendo al mismo en la decisión.

En virtud de lo expuesto, creemos que, en este caso en lugar del principio de ley especial sobre ley general, regirá el de ley posterior sobre ley anterior. Ello dado que la ley general y posterior —art. 26 Cód. Civ. y Com.— prevé mecanismos específicos para la toma de esta decisión por parte de menores de 18 años, que vendría a suplir la ausencia de regulación en este aspecto que carece la ley especial y anterior —ley 26.862, decreto reglamentario 956/2013 y resoluciones administrativas como la 1-E/2017—.

En consecuencia, en cuanto al consentimiento para tomar la decisión de someterse al acto médico planteado en el presente trabajo, creemos, al haber estudiado, que, por las implicancias que conlleva la criopreservación de material genético, configura un tratamiento invasivo que compromete su estado de salud

y, por lo tanto, para los pacientes menores de 18 años, sería de aplicación el art. 26 Cód. Civ. y Com. Así las cosas, si es menor de 13 años, resultará necesario que se obtenga el consentimiento de, al menos, uno de los representantes legales y se le brinde información adaptada según su edad y grado de madurez. Si fuera adolescente entre 13 y 16 años, debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores. Y a partir de los 16 años que es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo, podría tomar la decisión por él mismo.

Por otro lado, es importante destacar como señaló el proyecto de creación del Banco Nacional de Guarda de Tejido Germinal y Gametos de Niñas, Niños y Adolescentes menores de 18 años, que no en todos los casos será indicada la preservación de la fertilidad la criopreservación de material genético, sino que dependerá de la evaluación en conjunto del paciente por parte del equipo médico tratante y, especialmente, la aceptación de realizar o no la práctica por parte —como dicen los fundamentos— del paciente y/o tutor. A ello sumamos, que es necesaria una regulación específica acerca de la cobertura de la criopreservación de material genético, ya que no cualquier patología compromete la capacidad reproductiva a futuro. En tal sentido, en caso de que existieran discrepancias entre

los médicos tratantes y las Asesorías Médicas de los Agentes del Seguro de Salud, ya sea la Superintendencia de Servicios de Salud en instancia administrativa o los jueces que reciban los amparos judiciales, deberán analizar cada caso concreto evitando hacer una interpretación amplia de la norma, ya que de lo contrario, bastaría alegar cualquier diagnóstico de salud para justificar una cobertura que puede ser ilimitada en el tiempo, con los gastos que ello conlleva para el Sistema de Salud.

Por último, y no menos importante, si bien destacamos las bondades de la oncofertilidad que expusimos en el trabajo, también advertimos sobre los riesgos que pueden presentarse en el mediano y largo plazo, al ser una especialidad médica en desarrollo, y señalamos el rol fundamental de los profesionales de la salud en brindar la información en forma clara y completa, a fin de tomar la decisión que más se ajuste a las características particulares del paciente. En ese orden, resulta relevante que se trabaje en políticas públicas que no se limiten a la conservación potencial de la capacidad biológica por todos los medios, sino que también promuevan otras opciones legítimas y saludables como la adopción.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/3033/2024

Anabella Spinelli

Viene de p. 1

I. Introducción

En el marco de un reordenamiento del sistema de salud, dispuesto por el Poder Ejecutivo Nacional desde diciembre de 2023, a lo largo del último año se han promulgado numerosas normativas que modificaron el sistema de salud, tal como estuvo estructurado en los últimos años. En ese sentido, a través de distintos decretos y resoluciones de la Superintendencia de Servicios de Salud (SSS) se ha intentado brindar un marco jurídico a la desregulación del sistema establecida por el Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023, denominado “Bases para la Reconstrucción de la Economía Argentina”.

Resulta importante, entonces, realizar un detalle cronológico de la normativa promulgada durante el último año, para luego analizar en particular aquellas que modifican la estructura del sistema:

- En fecha 21 de diciembre de 2023, se publicó el Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023 que instituyó principalmente la desregulación del sistema de salud. Entre otras disposiciones, liberó restricciones a los valores de las cuotas de las empresas de medicina prepaga (EMP), aumentando la competitividad y reformando las leyes 23.660, 23.661 y 26.682. Ello así, toda vez que incorporó a todas las entidades EMP bajo el ámbito de aplicación de la Ley 23.660.

- En fecha 20 de febrero de 2024, se publicó el decreto 170/2024, que reglamenta la desregulación del sistema de salud dispuesta por el Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023. El objetivo principal fue determinar que los beneficiarios del sistema de salud tengan la posibilidad de optar libremente entre obras sociales y EMP, sin obligación de permanecer un año en la obra social de su actividad al ingresar a un nuevo empleo y encontrarse afiliado a una EMP.

- En fecha 20 de febrero de 2024, se publicó el dec. 171/2024 que estableció que las EMP que pretendieran ser elegibles para el ejercicio del derecho de la libre elección del agente del segu-

SUMARIO: I. Introducción. — II. Breve reseña sobre obras sociales y empresas de medicina prepaga. — III. Análisis de las recientes normas publicadas que modifican el régimen de salud. — IV. Palabras finales.

ro de salud, previsto en el dec. 504/1998, deberán solicitar la inscripción en el Registro Nacional de Agentes de Seguro (RNAS). Asimismo, limitó la posibilidad de que las EMP pudieran aplicar aumentos segmentados a sus afiliados.

- En fecha 20 de febrero de 2024, se publicó el dec. 172/2024 que estableció que los Agentes del Seguro de Salud podrán celebrar convenios con los efectores del subsistema público.

- En fecha 24 de junio de 2024, se publicó la resolución 1926/2024 que dejó sin efecto los aranceles vigentes en concepto de coseguros establecidos para las prestaciones médico-asistenciales contempladas en el Programa Médico Obligatorio (PMO) y sus normas complementarias, que no se encontraren exentas conforme el marco normativo vigente. Los coseguros podrán ser fijados libremente por parte de las entidades comprendidas en el art. 1º de la ley 23.660 en concordancia con las disposiciones legales y reglamentarias aplicables

- En fecha 24 de junio de 2024, se publicó la resolución 1959/2024 que ordenó la creación del Registro Nacional de Plataformas Digitales Sanitarias.

- En fecha 3 de septiembre de 2024, a través de la resolución 2155/2024, se establecieron ciertas modificaciones a la ley 26.682. La presente Resolución otorgó a las EMP la facultad de aplicar de manera variable aumentos en las cuotas de los planes de cobertura, conforme las condiciones del plan (por ejemplo, con o sin copagos) y las regiones o zonas donde se brinda la atención médico asistencial. Asimismo, obligó a comunicar los aumentos de cuotas a sus afiliados dentro de un plazo de cinco [5] días posteriores a la publicación del último IPC informado por el INDEC. Por último, también ordenó proporcionar a los afiliados un desglose de manera clara y sin tecnicismos, detallando los conceptos facturados mensualmente.

- En fecha 3 de octubre de 2024, se publicó la resolución 3284/2024, en virtud de la cual las EMP deberán obligatoriamente inscribirse en el Registra Nacional de Agentes de Salud (RNAS), antes del 1 de diciembre de 2024, determinando de esta forma el fin de la desregulación de las obras sociales.

- En fecha 21 de octubre de 2024, se publicó la resolución 4912/2024, que crea una Guía de Buenas Prácticas para el Cumplimiento Eficiente de Mandas Judiciales.

- En fecha 28 de octubre de 2024, se publicó la resolución 3934/2024, estableciendo nuevos lineamientos para planes de salud de las obras sociales y EMP, con requisitos específicos sobre la presentación de cartillas de prestadores, condiciones de acceso y cobertura.

II. Breve reseña sobre obras sociales y empresas de medicina prepaga

Las obras sociales y las EMP son las instituciones que se encuentran dentro del ámbito de regulación y control de la SSS. Los mencionados decretos y resoluciones repercutieron fuertemente en el ámbito de su funcionamiento.

Las obras sociales se diferencian de las EMP, pues resultan entidades financiadas mediante el aporte y contribución obligatoria de trabajadores y empleadores, teniendo como finalidad la administración de las prestaciones que cubren contingencias relacionadas con la salud y servicios sociales a los usuarios.

Por su parte, se considera EMP a aquellas entidades cuyo objeto consista en brindar prestaciones de salud a los usuarios, a través de una modalidad de asociación voluntaria mediante un sistema de pagos de adhesión, ya sea en efectores propios o a través de terceros vinculados o contratados de manera individual o corporativa. Quedan incluidas también las cooperativas, mutuales, asociaciones civiles y fundaciones cuyo objeto total o parcial consista en brindar prestaciones de salud.

Cabe recordar que el marco normativo que regula las obras sociales se encuentra establecido por la ley 23.661, promulgada en el año 1988. La mencionada Ley establece los lineamientos a través de los cuales deben funcionar las obras sociales, y las obligaciones a su cargo, definiendo un sistema de aseguramiento de salud solidario, con el objetivo de brindar cobertura médica integral a los trabajadores y su grupo familiar.



¿Cuál es el tema jurídico debatido?

Las recientes normativas que modifican el sistema de salud en Argentina, destacando los cambios en la regulación de obras sociales y empresas de medicina prepaga (EMP). El Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023 estableció la desregulación del sistema de salud, permitiendo mayor competitividad y modificando varias leyes relacionadas con obras sociales y EMP.

Aquellos afiliados a las obras sociales contaban con la posibilidad de contratar planes supradadores de EMP derivando sus aportes.

Por su parte, la ley 26.682 sancionada en el año 2011, establece el régimen de regulación para las EMP, definiendo las condiciones en las que pueden ofrecer sus planes y los procedimientos de control.

El Poder Ejecutivo entiende que uno de los motivos que produce la crisis del sistema de salud se vincula con la intermediación de terceros, lo cual genera que los fondos destinados a la salud se vean reducidos, afectando la calidad de los servicios brindados por las obras sociales. Por otro lado, tal como se encontraba estructurado el sistema, los trabajadores perdían transparencia en el proceso, ya que no siempre sabían con claridad cuánto de su aporte realmente se destinaba a la obra social por la que habían optado.

Con los cambios propuestos por el Poder Ejecutivo, la renovación del sistema de derivación directa de aportes garantiza que la totalidad de los fondos se destinen a la obra social seleccionada por el trabajador, reforzando el sistema de salud solidario establecido por la ley 23.661. Además, optimiza la gestión de los recursos, permitiendo a las obras sociales invertir de manera más eficiente en la mejora de sus servicios, con los consiguientes beneficios para sus afiliados. La eliminación de interme-