

TÍTULO:	La ley 26862 y el decreto 956/2013 sobre acceso integral a la reproducción médicamente asistida: cuestiones no resueltas
AUTOR/ES:	Lafferriere, Jorge Nicolás
PUBLICACIÓN:	Erreius on line
TOMO/BOLETÍN:	-
PÁGINA:	-
MES:	Agosto
AÑO:	2013

JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE[u](#)

LA LEY 26862 Y EL DECRETO 956/2013 SOBRE ACCESO INTEGRAL A LA REPRODUCCIÓN MÉDICAMENTE ASISTIDA: CUESTIONES NO RESUELTAS

El 5 de junio de 2013, el Congreso de la Nación Argentina sancionó la ley 26862 que garantiza el acceso integral a las técnicas de fecundación artificial. Por su parte, el 19 de julio de 2013, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el decreto 956/2013 reglamentando la citada ley. Los textos aprobados, focalizados únicamente en garantizar un acceso casi sin restricciones a estas técnicas y con amplia cobertura por parte del sistema de salud, tanto público como privado, plantean muchas dudas y vacíos.

En este comentario, nos proponemos considerar algunas de esas dudas y vacíos y nos remitimos a anteriores artículos en lo que concierne a los problemas de fondo que plantean estas biotecnologías y que conciernen a los valores humanos implicados en la transmisión de la vida humana y el respeto a cada ser humano desde la fecundación.

ERREIUS

1) EL OBJETO DE LA LEY

El artículo 1 de la ley dispone:

"Art. 1 - Objeto. La presente ley tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida."

Por su parte, el artículo 1 del decreto establece:

"Art. 1 - Objeto. Entiéndase que la garantía establecida por la ley 26862 tiene por objeto el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, como la posibilidad de acceder a dichos procedimientos y técnicas cualquiera sea la cobertura que posea el titular del derecho. A esos fines, los prestadores del servicio de salud de los ámbitos público, de la seguridad social y privado, deberán proveer sus prestaciones respectivas conforme la ley 26862, la presente reglamentación y demás normas complementarias que al efecto se dicten."

La ley genera aquí una cierta perplejidad, máxime si se tiene en cuenta el derrotero parlamentario de este tema. En efecto, desde que en 1978 nació la primera bebé por la fecundación in vitro, en todo el mundo se han debatido leyes sobre las técnicas, en algunos casos de formas muy restrictivas (Alemania), en otros casos en formas muy permisivas (Gran Bretaña o España), pero en todos los casos, estableciendo cuáles técnicas se podían realizar, con qué finalidades, quiénes eran beneficiarios, cuáles eran los límites, qué efectos jurídicos producían, qué sanciones se establecían para los que quebranten las reglas fijadas, etc.

Ahora en Argentina, sin seguir esta tendencia, apartándose de los muchos proyectos de ley presentados en el Congreso de la Nación durante más de 25 años y sin que exista una ley previa de regulación de las técnicas de fecundación artificial, la ley 26862 viene a "garantizar" el acceso integral a las técnicas. El problema es que a lo largo del articulado de la ley y también del decreto reglamentario nos encontramos con normas "regulatorias" de las técnicas, lo cual es bastante comprensible por las delicadas materias involucradas. Y ello puede conducir a concretas dudas interpretativas.

En efecto, el requisito de "consentimiento" del artículo 7, ¿se aplica solo a los que recurren a la técnica en el marco de una cobertura de salud o bien a todos los casos que se puedan dar, incluso por fuera de la cobertura de salud?

En el mismo sentido, encontramos que el artículo 8 del decreto reglamentario fija un máximo de "cuatro (4) tratamientos anuales con técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad, y hasta tres (3) tratamientos de reproducción médicamente asistida con técnicas de alta complejidad, con intervalos mínimos de tres (3) meses entre cada uno de ellos" y luego dispone que "se deberá comenzar con técnicas de baja complejidad como requisito previo al uso de las técnicas de mayor complejidad. A efectos de realizar las técnicas de mayor complejidad deberán cumplirse como mínimo tres (3) intentos previos con técnicas de baja complejidad, salvo que causas médicas debidamente documentadas justifiquen la utilización directa de técnicas

de mayor complejidad" (art. 8, D. 956/2013). Estos límites, ¿son regulatorios o son a los fines de la cobertura de salud?

Finalmente, queremos expresar que se produjo un giro de hondas consecuencias en la perspectiva que debería primar en la legislación de este tipo. En efecto, los niños concebidos por estas técnicas, desde su fecundación, han quedado completamente relegados en la ley y el decreto, que solo se focaliza en los intereses y deseos de los adultos. Este giro adultocéntrico (Basset) no puede menos que producir grave daño a los derechos de los niños, que en justicia son merecedores de mayor respeto, tanto en lo que concierne al modo en que son concebidos como a su derecho a la vida, la integridad física, la identidad y los vínculos filiatorios.

2) LAS TÉCNICAS INCLUIDAS

La ley en el artículo 2 dispone:

"Art. 2 - Definición. A los efectos de la presente ley, se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones.

Podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación".

Por su parte, en el decreto 956/2013, se clasifican las técnicas según sean de baja o alta complejidad:

"Art. 2 - Definiciones. Se entiende por técnicas de reproducción médicamente asistida a todos los tratamientos o procedimientos para la consecución de un embarazo. Se consideran técnicas de baja complejidad a 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.

Se entiende por técnicas de alta complejidad a aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación in vitro; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos.

La Autoridad de Aplicación resolverá la inclusión de nuevos procedimientos y técnicas en la cobertura que explicita la ley 26862, siempre que tales procedimientos y técnicas hayan demostrado eficacia y seguridad con nivel de evidencia A, es decir, a través de ensayos clínicos aleatorizados y controlados, y luego de la evaluación técnica realizada por la Dirección Nacional de Regulación Sanitaria y Calidad de los Servicios de Salud, conforme las previsiones del Programa Nacional de Garantía de Calidad de la Atención Médica. Los mismos serán incorporados por normas complementarias dictadas por el Ministerio de Salud".

Sobre la complejidad de las técnicas: clasificar a las técnicas según su "complejidad" y asociar la alta o baja complejidad al lugar en que se produce la fecundación (las técnicas de baja complejidad son aquellas en las que la unión entre óvulo y espermatozoide se produce "en el interior del sistema reproductor femenino" y las de alta complejidad, "por fuera del sistema reproductor femenino") supone reconocer que no se está tratando con mero material biológico, sino que los embriones humanos son algo más que cosas cuya manipulación conlleva problemas que ameritan mayores recaudos. Ello también tendrá que ser considerado al momento de ponderar la responsabilidad de las personas intervinientes, sobre todo por el riesgo intrínseco que involucran estas técnicas de manipulación de vidas humanas.

Algunas dudas sobre las técnicas: se advierte que el decreto reglamentario no aclaró algunas dudas que surgen por las técnicas, entre ellas, cuántos óvulos se permitirá fecundar, cuántos embriones se admitirá que sean transferidos a la mujer, cómo se previenen los embarazos múltiples o cómo se evita la manipulación de embriones.

Tampoco se aclara si se admite el diagnóstico genético preimplantatorio, que es una técnica sumamente controvertida que conduce a nuevas formas de selección de la descendencia.

No parece haberse incluido el alquiler de vientres, pues no se lo ha mencionado de manera expresa en el decreto reglamentario.

La exigencia de que los procedimientos y técnicas cumplan con los requisitos del Programa Nacional de Garantía de la Calidad de la Asistencia Médica en términos de eficacia y seguridad debería generar un debate sobre cuándo son seguras estas técnicas, que generalmente involucran la pérdida de muchos embriones humanos.

3) LAS FINALIDADES DE LAS TÉCNICAS

El artículo 2 de la ley antes citado señala que las técnicas tienen por finalidad "la consecución de un embarazo". Se trata de una precisión importante, aunque insuficiente ante las complejas cuestiones que hoy se discuten en el mundo sobre las finalidades con las que se recurre a estas técnicas.

Como consecuencia de la finalidad expresada por el artículo 2, debe considerarse excluida la posibilidad de concebir embriones humanos con fines de experimentación, con fines industriales o comerciales. También debe excluirse la posibilidad de destruir embriones.

Ratifica esta interpretación lo dispuesto por el artículo 8 del decreto 956/2013 cuando dispone que "en caso que en la técnica de reproducción médicamente asistida se requieran gametos o embriones donados, estos deberán provenir exclusivamente de los bancos de gametos o embriones debidamente inscriptos en el Registro Federal de Establecimientos de Salud (ReFES) de la Dirección Nacional de Regulación Sanitaria y Calidad en Servicios de Salud, dependiente del Ministerio de Salud. Si la donación se ha efectuado en un establecimiento diferente al de realización del tratamiento, el titular del derecho deberá presentar una declaración jurada original del establecimiento receptor del gameto o embrión en la cual conste el consentimiento debidamente prestado por el donante. La donación de gametos y/o embriones deberá estar incluida en cada procedimiento. La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial". De este texto se desprende la voluntad de un control estricto sobre la "donación" de embriones, lo que supone que todos ellos han de tener por destino "la consecución de un embarazo" (art. 2).

Ahora bien, dado que la ley admite la donación de gametos y de embriones, las técnicas permiten un mayor grado de manipulación del proceso de transmisión de la vida, a través de la selección de gametos y embriones. Así, entendemos que deberían excluirse de manera expresa en las normas de implementación las técnicas tendientes a fijarle las características genéticas al hijo, o que buscan un hijo que sea dador de tejidos para otro hermano vivo (bebé medicamento), o la selección del sexo del hijo.

4) LA AUTORIDAD DE APLICACIÓN Y EL REGISTRO

El artículo 3 de la ley dispone:

"Art. 3 - Autoridad de aplicación. Será la autoridad de aplicación de la presente ley el Ministerio de Salud de la Nación."

Por su parte, en el artículo 3 del decreto reglamentario se agrega:

Art. 3 - Autoridad de Aplicación. La Autoridad de Aplicación de la ley 26862 y de la presente Reglamentación es el Ministerio de Salud y la Superintendencia de Servicios de Salud, en lo que resulte materia de su competencia.

La Autoridad de Aplicación podrá coordinar con las autoridades sanitarias provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el desarrollo y aprobación de las normas de habilitación categorizante de los servicios de reproducción humana asistida."

En cuanto a las funciones de la autoridad de aplicación, dice el artículo 6 de la ley:

"Art. 6 - Funciones. El Ministerio de Salud de la Nación, sin perjuicio de sus funciones como autoridad de aplicación y para llevar a cabo el objeto de la presente, deberá:

- a) Arbitrar las medidas necesarias para asegurar el derecho al acceso igualitario de todos los beneficiarios a las prácticas normadas por la presente.*
- b) Publicar la lista de centros de referencia públicos y privados habilitados, distribuidos en todo el territorio nacional con miras a facilitar el acceso de la población a las mismas.*
- c) Efectuar campañas de información a fin de promover los cuidados de la fertilidad en mujeres y varones.*
- d) Propiciar la formación y capacitación continua de recursos humanos especializados en los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida."*

En la reglamentación, se precisa:

"Art. 6 - Funciones. El Ministerio de Salud, a los fines de cumplir con lo establecido por el artículo 6 de la ley 26862, deberá:

- a) Coordinar con las autoridades sanitarias de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la creación de servicios de reproducción médicamente asistida de distintas complejidades, según necesidades y existencia previa de los mencionados servicios en establecimientos sanitarios públicos de cada jurisdicción o a nivel regional, que cumplan con los requisitos generales de habilitación categorizante del Programa Nacional de Garantía de la Calidad de la Asistencia Médica.*
- b) Mantener en la página Web del Ministerio de Salud y en el Sistema Integrado de Información Sanitaria la lista actualizada de establecimientos sanitarios públicos y privados habilitados, distribuidos en todo el territorio nacional, para realizar procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida.*
- c) Realizar campañas de información a fin de promover los cuidados de la fertilidad en mujeres y varones a través del Programa de Salud Sexual y Procreación Responsable, dependiente de la Dirección de Medicina Comunitaria en la órbita de la Subsecretaría de Salud Comunitaria de la Secretaría de Promoción y Programas Sanitarios.*
- d) Promover conjuntamente con el Ministerio de Educación, la actualización del capital humano en la materia, involucrando a las universidades formadoras en ciencias de la salud."*

La principal función de la autoridad de aplicación se vincula con el registro y la fijación de requisitos de habilitación. Al respecto, el decreto 956/2013 viene a precisar que se aplicarán las normas de habilitación

categorizante del Programa Nacional de Garantía de la Calidad de la Asistencia Médica. En este sentido, encontramos el artículo 4 de la ley que dispone:

"Art. 4 - Registro. Créase, en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación, un registro único en el que deben estar inscriptos todos aquellos establecimientos sanitarios habilitados para realizar procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida. Quedan incluidos los establecimientos médicos donde funcionen bancos receptores de gametos y/o embriones."

Por su parte, en el decreto reglamentario se precisa:

"Art. 4 - Registro. El registro único de establecimientos sanitarios habilitados para realizar procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida y los bancos de gametos y/o embriones funcionará en el ámbito del Registro Federal de Establecimientos de Salud (ReFES) en la Dirección Nacional de Regulación Sanitaria y Calidad en Servicios de Salud, dependiente de la Subsecretaría de Políticas, Regulación y Fiscalización de la Secretaría de Políticas, Regulación e Institutos del Ministerio de Salud. Las autoridades sanitarias de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires serán las responsables de registrar los establecimientos que hayan habilitado a tal fin, conforme a las normas de habilitación categorizante que se hubieran aprobado."

En cuanto a los requisitos, la ley en el artículo 5 dispone:

"Art. 5 - Requisitos. Los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida solo pueden realizarse en los establecimientos sanitarios habilitados que cumplan con los requisitos que determine la autoridad de aplicación."

Por su parte, en el decreto reglamentario se establece:

"Art. 5 - Requisitos. La Autoridad de Aplicación deberá establecer los requisitos de habilitación de los establecimientos sanitarios destinados para realizar procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, en el marco de la normativa de habilitación categorizante del Programa Nacional de Garantía de la Calidad de la Asistencia Médica."

La habilitación sanitaria del servicio y de los establecimientos será otorgada por la autoridad jurisdiccional competente."

Del juego de estos artículos, se puede concluir:

- Estamos ante un delicado equilibrio entre la autoridad nacional y las autoridades de cada provincia y la Ciudad de Buenos Aires, pues la fijación de los requisitos surge del Programa Nacional de Garantía de la Calidad de la Asistencia Médica, mientras que la habilitación corresponde a cada autoridad jurisdiccional. En una materia tan delicada, puede generarse un complejo entramado de responsabilidades.

- No se ha dicho nada sobre la función de llevar registro de las tasas de éxito y fracasos y los otros aspectos de su funcionamiento. Son temas decisivos en punto a la información con la que deben contar las personas al momento de la toma de decisiones y eventualmente para la determinación de las responsabilidades de los intervinientes. En Estados Unidos, la problemática de cómo se mide el éxito de una técnica es central y ha generado un mecanismo nacional de recolección de información que debe ser pública y difundida desde el Centro para el Control de las Enfermedades.

- Se ha delegado al Programa Nacional de Garantía de la Calidad de la Asistencia Médica la determinación de los requisitos de las técnicas, en lo que constituye una delegación de poder de policía en una instancia impropia, dado que están en juego derechos de suma relevancia, como el derecho a la vida, la salud y la identidad de los niños concebidos por estas técnicas, principales involucrados en la ley que comentamos.

5) LOS BENEFICIARIOS

La ley en el artículo 7 dispone:

"Art. 7 - Beneficiarios. Tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer."

Por su parte, en el decreto 956/2013 se sostiene:

"Art. 7 - Beneficiarios. El consentimiento informado deberá ser prestado por la persona que requiera la aplicación de técnicas de reproducción médicamente asistida, antes del inicio de cada una de ellas. El consentimiento informado y su revocación deben documentarse en la historia clínica con la firma del titular del derecho expresando su manifestación de voluntad. Se aplican, en lo pertinente, las leyes 26529 de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud y 25326 de protección de los datos personales."

En los casos de técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad el consentimiento es revocable en cualquier momento del tratamiento, o hasta antes del inicio de la inseminación. En los casos de técnicas de reproducción médicamente asistida de alta complejidad, el consentimiento es revocable hasta antes de la implantación del embrión."

Finalmente no se ha puesto ningún requisito de diagnóstico médico para acceder a las técnicas. Sin embargo, en el artículo 8 del decreto 956/2013 se aclara que "no se considerará como situación de

preexistencia, en los términos del artículo 10 de la ley 26682, la condición de infertilidad o la imposibilidad de concebir un embarazo". Aquí queda en evidencia que la ley está pensada para personas con dificultades para concebir, pero en su redacción no pone ningún límite y se convierte en una ley que legitima el puro deseo reproductivo de personas que pueden ser perfectamente fértiles y fecundas. Nada impide que una mujer sola, fértil, recurra a las técnicas para tener un hijo por mero deseo reproductivo, hijo que jamás tendrá padre.

Tampoco se dice nada sobre los problemas vinculados con la fecundación post-mortem, ni se aclara si la "muerte" de la persona importa la revocación del consentimiento.

El consentimiento se regula por las reglas generales de la ley 26529 de derechos del paciente, pero no se tuvieron en cuenta las particularidades de implicadas en las técnicas de fecundación artificial. Así, nos preguntamos si formará parte de la información para el consentimiento dar cuenta de la existencia de la posibilidad de adopción, las causas reales de la infertilidad o esterilidad, las tasas de éxito del centro.

En definitiva, la norma sobre beneficiarios deja en evidencia el enfoque adultocéntrico de la ley y su postergación de toda consideración del derecho del niño a la identidad y al respeto de no ser considerado como cosa a merced de los deseos de los adultos.

6) LA DONACIÓN DE GAMETOS

La posibilidad de "donación" de gametos está incluida en los artículos 2, 4 y 8 de la ley 26862. Por su parte, el decreto reglamentario agrega disposiciones que parecen regular algo más la donación de gametos:

"Art. 8 - En caso que en la técnica de reproducción médicamente asistida se requieran gametos o embriones donados, estos deberán provenir exclusivamente de los bancos de gametos o embriones debidamente inscriptos en el Registro Federal de Establecimientos de Salud (ReFES) de la Dirección Nacional de Regulación Sanitaria y Calidad en Servicios de Salud, dependiente del Ministerio de Salud.

Si la donación se ha efectuado en un establecimiento diferente al de realización del tratamiento, el titular del derecho deberá presentar una declaración jurada original del establecimiento receptor del gameto o embrión en la cual conste el consentimiento debidamente prestado por el donante.

La donación de gametos y/o embriones deberá estar incluida en cada procedimiento. La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial."

Las normas citadas dejan abiertas múltiples dudas sobre esta "donación" de gametos. Veamos:

- No se dice nada sobre límites a la cantidad de hijos concebidos por dador de gametos. Se conocen en el mundo varios casos de cientos de hijos por dador de gametos, lo que luego genera múltiples problemas de identidad entre los hijos así concebidos. Incluso hay casos en que el médico recurre a sus propios gametos.
- Se presupone un "consentimiento" del donante (art. 8, D. 956/2013), pero no se dispone cómo es el contenido de ese consentimiento ni cuáles son sus efectos jurídicos.
- No se dice nada sobre límites a la donación de gametos para concebir hijos en los casos en que existen impedimentos matrimoniales, como por ejemplo en caso que un padre quiera concebir con los gametos de su hija o una mujer concebir con gametos de su propia madre.
- Surgen dudas sobre la celebración del contrato de donación de gametos: ¿entre quiénes se celebra, cuál es el rol de los bancos de gametos y embriones, cuál es el rol de los médicos, cómo se instrumenta la donación y cuáles son sus efectos jurídicos?
- No queda claro que la donación de gametos sea necesariamente anónima. Pareciera que no debe ser considerada así, pues se debe dejar registro del consentimiento del "donante", lo que significa que debe poder ser identificado. Además, no se modifican las normas sobre filiación y por tanto la identidad de los donantes debe ser preservada para el futuro y para conocimiento del niño, por imperio del derecho a la identidad.
- No hay criterios sobre la selección de los gametos y ello despierta dudas en el futuro sobre la posibilidad de que se pretenda recurrir a las técnicas para obtener un hijo con características genéticas deseadas, para mejora de la raza u otras motivaciones eugenéticas.

7) LOS EMBRIONES CRIOCONSERVADOS Y SU DERECHO A LA VIDA

Las técnicas que la ley llama "*de alta complejidad*" generan el problema de la concepción de seres humanos fuera del seno materno. Así, esos embriones concebidos extracorpóreamente pueden ser inmediatamente transferidos o bien quedar fuera de la transferencia, ya sea por exceder el número que puede recibir una mujer o bien por algún mecanismo de selección. Es habitual que se fecunde un alto número de óvulos, lo que supone la concepción de un alto número de embriones fuera del cuerpo de la mujer. Dado que no todos esos embriones serán transferidos, surge el problema de su "conservación".

La ley se refiere a los embriones en el artículo 2, cuando habla de la posibilidad de su "donación" como una de las técnicas incluidas para la consecución de un embarazo, y en el artículo 4 cuando se refiere a los "bancos de embriones" que deben ser registrados.

Por su parte, el decreto reglamentario se refiere a los embriones en el artículo 2 referido a las técnicas: *"Se entiende por técnicas de alta complejidad a aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación in vitro; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos"*. También en el artículo 4 referido a los "bancos de embriones" y en el artículo 8 sobre la cobertura de salud. Justamente en este artículo 8, el decreto se refiere a la exigencia de que los "embriones donados", provengan *"exclusivamente de los bancos de gametos o embriones debidamente inscriptos en el Registro Federal de Establecimientos de Salud (ReFES) de la Dirección Nacional de Regulación Sanitaria y Calidad en Servicios de Salud, dependiente del Ministerio de Salud"*. Luego precisa que *"si la donación se ha efectuado en un establecimiento diferente al de realización del tratamiento, el titular del derecho deberá presentar una declaración jurada original del establecimiento receptor del gameto o embrión en la cual conste el consentimiento debidamente prestado por el donante. La donación de gametos y/o embriones deberá estar incluida en cada procedimiento. La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial"*.

Nuevamente la ley y su decreto reglamentario nos dejan con más dudas que certezas. Veamos:

- La gran cuestión no resuelta es qué es un embrión para la ley. En efecto, para la tradición jurídica argentina mayoritaria, incluso legislativa y judicial, el embrión humano siempre ha sido considerado como persona. Ahora se habla de "donar" embriones, lo que claramente es improcedente si se trata de personas. La donación refiere a "cosas". Pero el embrión no es "cosa".
- Supongamos por un instante que la ley y el decreto quieren considerar al embrión como una "cosa". Ello despierta no pocos problemas jurídicos e interpretativos, no solo desde la justicia intrínseca debida al embrión (todo ser humano es persona), sino también desde el régimen jurídico aplicable. ¿Se rige por los derechos reales y es un condominio entre los padres? Es una cosa sometida al comercio? Si no está en el comercio, tampoco se la puede donar. Si se mueren los padres, ¿los embriones-cosas forman parte de la masa hereditaria? En realidad, también cabe afirmar que los embriones son herederos de sus padres.
- La ley contempla la posibilidad de criopreservación de embriones. Esos embriones congelados deberán tener necesariamente un destino de embarazo, como establece el artículo 2 de la ley. No hay normas sobre qué sucede con las diferencias de acuerdo entre los padres. Tampoco se dice nada sobre el tiempo de criopreservación.
- La revocación del consentimiento antes de la implantación (art. 7), ¿deja a los embriones en manos del dueño del banco de embriones? ¿Quién decide la "donación" de embriones y con qué criterios?
- La destrucción de embriones parece excluida por la finalidad prevista en el artículo 2, en el sentido de que toda técnica tiene por finalidad la consecución de un embarazo. Entonces, habría que considerar la responsabilidad de los bancos de embriones por destrucción de los mismos. Ello también abre la pregunta sobre la forma en que serán asegurados esos embriones y en qué carácter serán asegurados: ¿como personas o como cosas?
- Se excluye la compra de embriones humanos. También debería excluirse la posibilidad de importación y exportación de embriones humanos.

8) LA COBERTURA POR EL SISTEMA DE SALUD

El objetivo central de la ley es brindar cobertura por el sistema de salud a las técnicas de fecundación artificial. Ello surge de manera clara del artículo 8 de la ley 26862:

"Art. 8 - Cobertura. El sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23660 y 23661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean, incorporarán como prestaciones obligatorias y a brindar a sus afiliados o beneficiarios la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación. Quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO) estos procedimientos, así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad de aplicación, la cual no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios."

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

Por su parte, el decreto reglamentario dispone:

"Art. 8 - Cobertura. Quedan obligados a brindar cobertura en los términos de la presente reglamentación y sus normas complementarias los Agentes del Sistema Nacional del Seguro de Salud enmarcados en las leyes 23660 y 23661, las entidades de medicina prepaga (L. 26682), el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (L. 19032), la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, el Instituto de Obra Social de las Fuerzas Armadas, las Obras Sociales Universitarias (L. 24741), y todos aquellos agentes que brinden servicios médico asistenciales independientemente de la forma jurídica que posean.

El sistema de Salud Público cubrirá a todo argentino y a todo habitante que tenga residencia definitiva otorgada por autoridad competente, y que no posea otra cobertura de salud.

En los términos que marca la L. 26862, una persona podrá acceder a un máximo de cuatro (4) tratamientos anuales con técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad, y hasta tres (3) tratamientos de reproducción médicamente asistida con técnicas de alta complejidad, con intervalos mínimos de tres (3) meses entre cada uno de ellos.

Se deberá comenzar con técnicas de baja complejidad como requisito previo al uso de las técnicas de mayor complejidad. A efectos de realizar las técnicas de mayor complejidad deberán cumplirse como mínimo tres (3) intentos previos con técnicas de baja complejidad, salvo que causas médicas debidamente documentadas justifiquen la utilización directa de técnicas de mayor complejidad.

Quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO) los procedimientos y las técnicas de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo para la reproducción médicamente asistida reguladas en el artículo 8 de la ley 26862.

No se considerará como situación de preexistencia, en los términos del artículo 10 de la ley 26682, la condición de infertilidad o la imposibilidad de concebir un embarazo.

En caso que en la técnica de reproducción médicamente asistida se requieran gametos o embriones donados, estos deberán provenir exclusivamente de los bancos de gametos o embriones debidamente inscriptos en el Registro Federal de Establecimientos de Salud (ReFES) de la Dirección Nacional de Regulación Sanitaria y Calidad en Servicios de Salud, dependiente del Ministerio de Salud.

Si la donación se ha efectuado en un establecimiento diferente al de realización del tratamiento, el titular del derecho deberá presentar una declaración jurada original del establecimiento receptor del gameto o embrión en la cual conste el consentimiento debidamente prestado por el donante.

La donación de gametos y/o embriones deberá estar incluida en cada procedimiento. La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial.

La autoridad de aplicación podrá elaborar una norma de diagnóstico e indicaciones terapéuticas de medicamentos, procedimientos y técnicas de reproducción asistida para la cobertura por el Programa Médico Obligatorio, sin que ello implique demora en la aplicación inmediata de las garantías que establece la ley 26862 de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. La ausencia del dictado de tal norma no implicará dilación alguna en la aplicación inmediata de las mencionadas garantías."

Ya nos hemos referido en este comentario a algunos pasajes de estos artículos. Aquí señalamos lo siguiente:

- Resulta paradójico que se incluyan las técnicas en el Programa Médico Obligatorio, cuando en realidad no están destinadas a curar la infertilidad o esterilidad y además se ha legislado para que cualquier persona, padezca o no infertilidad, pueda recurrir a las mismas. Ello genera una distorsión no solo en las finalidades del Programa Médico Obligatorio, sino también en la justicia social que obliga a muchas personas a financiar procedimientos que no solo no son médicamente requeridos, sino que además conllevan profundas violaciones al derecho a la vida y a la identidad.
- No se ha contemplado la posibilidad de objeción de conciencia por parte de los médicos intervinientes y por las instituciones de salud que encuentren conflictivo cubrir estos servicios por incompatibilidad con sus ideales y finalidades propias.
- Los sistemas de salud, incluyendo al Estado, ¿quedan a cargo de los embriones en caso que los beneficiarios revoquen su consentimiento?

9) EL DERECHO A LA IDENTIDAD Y LA FILIACIÓN

A lo largo de este comentario hemos presentado las problemáticas que supone la admisión de la donación de gametos y de embriones, sobre todo en función del derecho a la identidad de los hijos así concebidos. Entendemos que es una grave injusticia la admisión de esas posibilidades, que es tachable de inconstitucional, por esa causal. Aquí formulamos algunas inquietudes adicionales:

- Cabe preguntarse cómo se compatibiliza la posibilidad de donación de gametos y de embriones con el régimen de filiación vigente en el Código Civil, que no ha sido modificado y que rige en nuestro país. Asistimos una vez más a una legislación que no solo tiene mala técnica legislativa, sino que elude cuestiones centrales, para imponer por la vía de los hechos consumados cambios profundos que afectan derechos fundamentales como el derecho a la identidad.

- Como hemos dicho, no surge de la ley ni del decreto si la donación de gametos o de embriones necesariamente es anónima. Pareciera que no. Así, nos preguntamos si en caso de una mujer sola que recurrió a las técnicas en los términos del artículo 7 de la ley, podrá en el futuro el padre genético reconocer a ese hijo. ¿Podrá el hijo reclamar la filiación de su padre genético? Adviértase que está en juego no solo la identidad, sino también los derechos fundamentales vinculados con los alimentos o la sucesión.
- En el mismo sentido, podría suceder que un padre genético quiera tener vínculos con sus hijos biológicos, que a su vez ya tengan dos padres para la ley. ¿Qué sucederá en tales casos?
- No se dispuso nada sobre el inexcusable deber de informarle al niño que fue concebido por donación de gametos o embriones. Es una grave omisión que tiende a limitar mínimamente los graves daños que produce la donación de gametos o embriones.

10) SÍNTESIS FINAL

En síntesis, entendemos que las técnicas de fecundación artificial suponen una vulneración a los siguientes derechos fundamentales de las personas concebidas por estas técnicas:

- a) se violenta el derecho a la vida, por la destrucción de embriones humanos por los riesgos intrínsecos de las técnicas o por la deliberada muerte de los mismos.
- b) se violenta el derecho a la igualdad, cuando se seleccionan embriones a los fines de su transferencia, ya sea por características morfológicas o genéticas.
- c) se violenta el derecho a la identidad, cuando se admite la donación de gametos o embriones.

En última instancia, creemos que estas técnicas alteran la lógica intrínseca de la transmisión de la vida humana. Así, en lugar de la gratuidad propia de la unión de varón y mujer que se donan mutuamente y como fruto de esa unión el hijo es un don, las técnicas introducen una lógica de producción que tiende a considerar al hijo como producto de un procedimiento controlado y manipulado, que se agrava en los casos que se busca elegir los gametos y los embriones.

La enunciación de estas dudas quiere poner en evidencia todas las complejas problemáticas que se esconden detrás de las técnicas de fecundación artificial y que el legislador y el Poder Ejecutivo han ignorado por completo, actuando con una liviandad en la aprobación de las técnicas que redundará en consecuencias para los seres humanos concebidos por ellas y también para las personas que participan de estos experimentos biotecnológicos que no respetan los valores humanos implicados en la transmisión de la vida.

Nota

[1:] Abogado, Doctor en Ciencias Jurídicas, Profesor Titular UCA, Profesor Adjunto UBA, Director de Investigación Jurídica Aplicada de la Facultad de Derecho de la UCA, Director del Centro de Bioética, Persona y Familia (www.centrodebioetica.org)