



DR. MARCELO QUIROGA | Juez de 1^{ra} Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial, 7^{ma} Nominación, Rosario.

Noticias sobre la procreación asistida

Introducción

El presente trabajo se propone brindar un mínimo panorama sobre aspectos vinculados a la problemática de la procreación asistida con el objetivo de proveer algunos datos que puedan resultar de interés a la hora de encarar nuestras funciones como Magistrados y Funcionarios.

Se ha dicho que la infertilidad es la incapacidad de concebir un hijo en forma natural o de llevar un embarazo a término después de un año de vida sexual activa.

Tal afección ha sido uno de los mayores problemas sociales y médicos desde los albores de la humanidad por encontrarse directamente relacionada con la supervivencia de la especie.

En la antigüedad se la consideró un castigo divino, otras veces se atribuyó a factores meteorológicos y algunas civilizaciones, como los egipcios y los griegos, la consideraban una enfermedad.

La importancia que en todas las épocas ha tenido este tema -las parejas que en-

frentan problemas de fertilidad oscilan entre el 10% y el 20% de la población en edad reproductiva- ha llevado a los científicos a realizar innumerables estudios e investigaciones, desarrollando nuevas técnicas que han permitido obtener más y mejores opciones para enfrentarlo.

Además, la imposibilidad de procrear es una deficiencia que puede afectar en forma real y efectiva la calidad de vida comprometiendo la salud psicofísica de la pareja. Alguna autora dijo que quienes padecen este tipo de dolencias ven afectado su cuerpo, su psiquis y, en la mayoría de los casos, su alma.

Antecedentes

El primer antecedente de reproducción asistida se remonta al año 1790 donde consta el primer reporte sobre un nacimiento mediante inseminación artificial homóloga en Gran Bretaña.

En 1890 se tiene noticia del primer nacimiento, utilizando inseminación heteróloga en los Estados Unidos.

Pero el gran descubrimiento en técnicas de reproducción asistida se produce en 1978, cuando Patrick Steptoe y Robert G. Edwards dieron a conocer el nacimiento de la primera niña, nacida a través de la medicina reproductiva.

Fue Louise Brown, quien hoy, cumplidos ya sus 34 años, ha sido madre de modo natural. Brown fue mundialmente reconocida como la primera bebé de probeta de la historia de la humanidad.

Una década más tarde, Lanzendorf hizo público un novedoso sistema denominado ICSI (Intra Cytoplasmatic Semen Injection, en castellano: inyección espermática intracitoplasmática) mediante el cual nacieron nuevas esperanzas para muchos hombres cuyo daño espermático era tal que, antes de este descubrimiento sólo hubieran tenido el recurso de acudir a la donación de esperma para lograr la concepción. Hasta entonces, todos los métodos que ayudaban a conseguir un embarazo estaban dedicados al tratamiento sobre la mujer.

A partir de allí hubo enormes y sorpren-

dentes avances, sobre todo en lo que respecta al laboratorio de reproducción y a los medios de cultivo embrionario, que lograron aumentar sensiblemente las posibilidades de cada tratamiento.

Métodos

La reproducción asistida comprende un conjunto de técnicas y procedimientos mediante los cuales se brinda ayuda científica y asistencia al proceso por el cual se puede lograr el embarazo y que tienen como objetivo facilitar las condiciones para que se produzca la fecundación.

Las técnicas mediante las cuales se intenta ayudar a la unión de los gametos masculinos y femeninos y aumentar así las posibilidades de embarazo pueden diferenciarse entre las de baja complejidad y las de alta complejidad.

En las técnicas de baja complejidad -como la inseminación artificial- la fertilización se lleva a cabo en el ambiente natural (trompas de Falopio). El procedimiento consiste en inducir una estimulación leve

de la ovulación con medicación, la cual se va monitoreando por ecografía y eventualmente, dosajes hormonales. La muestra de espermatozoides, obtenida en la mañana del día de la ovulación se prepara y se inyecta más tarde ese mismo día. Si se lleva a cabo con el espermatozoide de la pareja de la mujer, se la conoce como inseminación homóloga y si el espermatozoide utilizado proviene de donantes anónimos, se la define como inseminación heteróloga.

En las técnicas de alta complejidad la fertilización se produce fuera del cuerpo (en el vidrio). La técnica original se denomina FIV y en la misma, la fertilización del óvulo por el espermatozoide se produce en un medio artificial como lo es el laboratorio, pero el proceso de fertilización es totalmente natural ya que se colocan un promedio de 200.000 espermatozoides alrededor del óvulo, el que será penetrado naturalmente por uno de ellos y así se formarán los embriones que serán transferidos a la cavidad uterina por medio de diferentes tipos de catéteres mediante un procedimiento sencillo e incruento.

Cuando la muestra espermática es muy

pobre y se sospecha que es poco posible que los espermatozoides puedan fertilizar solos o que éstos debían obtenerse por cirugía de testículo o punción de epidídimo, se utiliza la técnica ICSI mediante la que se inyecta un espermatozoide en cada ovocito, lo que favorece el proceso de fertilización.

La tasa de nacimientos derivadas de la FIV es de aproximadamente un 15% para cada ciclo de tratamiento, porcentaje que no difiere en demasía de lo observado en parejas fértiles normales.

Estadísticamente la técnica ICSI cuenta con una probabilidad de éxito que oscila entre un 20% y un 40% por cada ciclo de tratamiento, lo que lleva a una tasa acumulativa de embarazo de aproximadamente el 60% después de cuatro intentos realizados. (cfr. «Los resultados de alta complejidad del IFER. La visión desde el laboratorio», publicado en revista SA-MER -Soc. de Medicina Reproductiva-, 2008, vol 2. n2).

Tanto la FIV como el ICSI comparten los mismos pasos. La única diferencia está

en la etapa del laboratorio, donde en el primer caso se deja que los espermatozoides fertilicen solos y en el segundo se inyectan los espermatozoides directamente en los ovocitos.

Conjuntamente con el ICSI surgió la técnica de la criopreservación que permitió solucionar uno de los mayores riesgos en las técnicas de reproducción asistida como es el de los embarazos múltiples. Con esta herramienta se pudo limitar el número de embriones a transferir y se evitó descartar material invaluable como embriones u ovocitos que podrán ser utilizados en otros intentos.

Además, con la criopreservación tanto de embriones, de semen -como recientemente- de óvulos, tejido ovárico y tejido testicular, se logra proteger la fertilidad de aquellas personas que deben someterse a tratamientos de enfermedades como el cáncer, que pueden dañar la fertilidad y que hoy presentan una buena tasa de supervivencia. Estos pacientes pueden utilizar la criopreservación preventiva de gametos antes de someterse a tratamientos potencialmente esterilizantes, para que en

su debido momento puedan usarse técnicas de fertilización asistida.

Cuando uno de los integrantes de la pareja carece de la posibilidad de lograr el embarazo con sus óvulos y esperma, se puede recurrir a la donación de gametos. La donación de esperma es conocida desde antaño (al menos desde 1890) y puede ser utilizada con técnicas de baja complejidad.

Por el contrario, la donación de óvulos (ovodonación) recién fue posible con la aparición de la técnica de fertilización in vitro y es utilizada en mujeres sin función ovárica o con función ovárica insuficiente, o en casos de riesgo de enfermedades genéticamente transmisibles.

Cuando la mujer produce óvulos normalmente pero resulta incapaz de llevar el embarazo a término, se recurre a una tercera persona a quien se denomina «madre gestante», mujer que gesta un embrión no ligado a ella genéticamente. Caso distinto al de la madre subrogada, supuesto de mujeres que carecen de útero y ovarios o existen posibilidades de transmitir alguna enfermedad o defecto

genético a su descendencia, donde con el semen de la pareja se insemina artificialmente a la madre subrogada quien lleva a término el embarazo y luego entrega el niño a los padres que lo deseaban.

La medicina reproductiva continúa trabajando para aumentar las probabilidades de éxito de los tratamientos y reducir los riesgos de embarazo múltiple, llegando incluso a transferir un único embrión de buena calidad y hasta un máximo de dos embriones (co-cultivo de los embriones agregando células endometriales; estudios de los mecanismos de implantación; etc.).

La Argentina, por su parte, tiene una larga y exitosa trayectoria en el uso de tratamientos de fertilización asistida.

Los doctores Roberto Nicholson, Nicolás Neuspiller, Roberto Coco y Santiago Brugo Olmedo trajeron la fertilización in vitro a nuestro país. Este último recordaba en un periódico nacional que «en 1985 realizamos el primer ciclo de pacientes. Increíblemente, la primera, una mujer tucumana que llevaba diez años intentando concebir un bebé, se embarazó

en ese primer intento y tuvo mellizos en 1986» («La Nación» del 5.10.2010)

Existen actualmente dieciocho centros acreditados para el desarrollo de técnicas de reproducción asistida. La acreditación la realiza el Capítulo de Fertilización Asistida de SAEF (Sociedad Argentina de Esterilidad y Fertilidad). Esto significa que en ellos se han evaluado la idoneidad profesional, los métodos utilizados y los procedimientos de fertilización, el laboratorio, medios de cultivo utilizados, resultados, registro de historias clínicas y validación de resultados, entre otros. Estos centros se ubican básicamente en la ciudad de Buenos Aires, Rosario y Córdoba.

Panorama legal

Es sabido que las técnicas de reproducción humana asistida han dado lugar a cuestionamientos basados en razones de tipo ético, religioso, entre otras, alegándose que tal técnica disocia la sexualidad de la reproducción; la concepción de la filiación; las nociones de padres biológicos y padres legales, y mixtura la identi-

dad biológica, cuestiones fundamentales para otorgar protección al concebido, aunque nuevas tendencias otorgan dicha protección a las células embrionarias en sí mismas por ser las que llevan ínsita la posible vida humana, no obstante que la ley argentina hable solamente de concepción y seno materno.

Sin embargo, no puede soslayarse que tales técnicas no se encuentran prohibidas y, de hecho, se practican cotidianamente desde hace unos 25 años en nuestro país.

Es por eso que a nivel nacional se cuentan más de treinta proyectos de ley elaborados con un amplio y prologando trabajo parlamentario, no habiéndose logrado hasta el presente promulgar una ley con alcance nacional que regule la materia.

Interesa destacar que el Proyecto de ley de Unificación de los Códigos Civil y Comercial, enviado al Congreso recientemente por el Poder Ejecutivo nacional, incluye un capítulo referido a la fertiliza-

ción asistida. Así, el artículo 19 establece que «la existencia de la persona humana comienza con la concepción en la mujer, o con la implantación del embrión en ella en los casos de técnicas de reproducción humana asistida, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado».

Contiene también un capítulo dedicado a «Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida», consagrando tres tipos de filiación: por naturaleza, por el uso de las técnicas de reproducción asistida y por adopción.

Establece, en lo que es de interés para este artículo, que las personas que se someten a este tipo de técnicas o tratamientos deben prestar consentimiento previo, informado y libre, el cual debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos, debe protocolizarse ante escribano público e inscribirse en el Registro Civil inmediatamente que el niño nace y es revocable mientras no se haya producido la concepción o implantación en la mujer.

Tal consentimiento fija la voluntad procreacional con independencia de quien haya aportado los gametos y determina la filiación.

Regula la gestación por sustitución, exigiendo la homologación del consentimiento por autoridad judicial. Se trata de un proceso con reglas propias que culmina con una decisión judicial de autorización. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de filiación por la naturaleza. También prevé el supuesto de filiación post mortem en las técnicas de reproducción humana asistida, estableciendo como regla la prohibición. Permite, sin embargo, una manifestación de voluntad, en el sentido de que en caso de fallecimiento se acepta que el material reproductor sea inseminado dentro del año siguiente al deceso.

En caso de reproducción asistida con gametos de un tercero se garantiza el derecho a la información de las personas nacidas a través de estas técnicas, previa evaluación de la autoridad judicial, fijando como regla el anonimato

con algunas excepciones. Prescribe que en estos casos no se generará vínculo alguno con los terceros dadores de los gametos, salvo a los fines de impedimentos matrimoniales.

La voluntad procreacional es el elemento central y fundante para la determinación de la filiación cuando se ha producido por técnicas de reproducción humana asistida con total independencia de si el material genético pertenece a las personas que tienen voluntad de ser padres o madres.

También es importante señalar que en el mes de junio del corriente año, la Cámara de Diputados de la Nación dio media sanción al proyecto de ley que incluye en el Plan Médico Obligatorio los tratamientos y procedimientos de fertilización asistida.

En nuestra provincia merece destacarse que, durante este mes de julio, la Cámara de Senadores dio media sanción a un proyecto de ley que va en sintonía con el aprobado por los diputados nacionales. Entre los puntos más salientes se regis-

tran: reconocimiento de la infertilidad como enfermedad; cobertura asistencial integral de las prácticas médicas a través de las técnicas de fertilización en consonancia con lo establecido por la OMS; incorporación de la cobertura médico-asistencial integral de tales tratamientos al Programa de Prestaciones, a cargo del Instituto Autárquico de Obra Social (I.A.P.O.S.) y, además, dentro de las prestaciones de las Obras Sociales y de Medicina Prepaga con actuación en el ámbito de la Provincia de Santa Fe y establece como objetivos regular, controlar y supervisar los centros médicos que realicen diagnósticos y tratamientos de la infertilidad y los procedimientos de fertilización asistida,

A la par, el Poder Ejecutivo provincial promovió la realización de este tipo de prácticas en establecimientos públicos dentro del marco presupuestario disponible. Así puede recordarse que a fines de 2011, el Ministro de Salud de la provincia, anunció que se comenzarían a realizar tratamientos de inseminación artificial en el Hospital Centenario de Rosario. El programa de atención pública

está destinado a los afiliados al I.A.P.O.S. y a quienes no tengan cobertura de una Obra Social o Prepaga.

En la Provincia de Buenos Aires está vigente la ley 14.208 y sus decretos reglamentarios 2980/10 y 564, en cuya fuente han abrevado los senadores santafesinos para elaborar el proyecto a que antes se ha hecho referencia. Dichas normas consideran a la infertilidad como enfermedad y disponen su cobertura por parte del I.O.M.A., Obras Sociales y empresas de Medicina Prepaga que actúan en el ámbito de la provincia.

Igualmente se encuentra legislada la materia en otras provincias tales como Río Negro, mediante Ley 4557 (23.7.2010) que reconoce el derecho a la descendencia como parte de los derechos sexuales y reproductivos y por lo tanto, reconocidos como derechos personalísimos, e incorpora los tratamientos de fertilización asistida en las prestaciones del Instituto Provincial de Seguro de Salud.

La ley 9695 de la Provincia de Córdoba (19.11.2009) incorpora la cobertura de

tratamientos de fertilización asistida a fin de promover el desarrollo familiar, por parte de la Administración Provincial del Seguro de Salud.

Panorama jurisprudencial

En el ámbito de los Tribunales -tanto nacionales como locales- las disputas han provenido, principalmente, de la resistencia de las Obras Sociales y empresas de Medicina Prepaga en costear los tratamientos y han sido canalizadas generalmente a través de recursos de amparo o medidas cautelares.

Para oponerse a su cobertura se ha argumentado principalmente que la infertilidad no se trataría de una enfermedad, que las Obras Sociales y empresas de medicina no se encuentran obligadas a la cobertura de los tratamientos por no estar contenidos en el P.M.O. o esquemas prestacionales; por insumir importes significativos que ponen en riesgo la cobertura del resto de sus beneficiarios; porque no se verifica un supuesto de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta

(requisito habilitante del amparo) al no existir legislación que obligue esa cobertura, la que, además, por la magnitud de los costos y problemas éticos involucrados, resultaría indispensable.

Precisamente la línea argumental que tiene que ver con el aspecto económico adquiere singular importancia habida cuenta el elevado costo de las prácticas médicas y terapéuticas, en especial los de alta complejidad, a lo que se añade que, generalmente deben realizarse más de un intento para conseguir el embarazo.

De los casos registrados se desprende que el criterio mayoritario se inclina por imponer a Obras Sociales y empresas de medicina la cobertura de estos tratamientos

Los principales argumentos para arribar a tal solución pueden sintetizarse así:

-La infertilidad es una enfermedad (la Organización Mundial de la Salud define a la salud como «un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades»).

-La negativa de cobertura por parte de Obras Sociales y empresas de medicina afecta derechos fundamentales como el derecho a la salud, específicamente a la salud reproductiva, y al de formar una familia.

-Las prestaciones establecidas en el Plan Médico Obligatorio consituyen un piso mínimo que las Obras Sociales deben garantizar, pero tendrá que ser actualizado periódicamente receptando los avances de la ciencia respecto del descubrimiento de distintas patologías y la forma de tratarlas, curarlas o atenuarlas.

-Hay un derecho inalienable a la reproducción, que tiene soporte en el derecho constitucional a constituir una familia. Al hablar de familia es inevitable la asociación natural que se hace con el derecho a reproducirse que tiene el hombre. La protección a la familia supone el derecho a la procreación.

Fuera del ámbito de la cobertura asistencial de los tratamientos, los Tribunales capitalinos debieron resolver un caso en el que una mujer, cuya relación matrimo-

nial había terminado y se encontraba en trámite su divorcio, pretendió utilizar unos embriones criopreservados que se habían obtenido durante el matrimonio. Ante la oposición del ex-marido, la mujer acudió a la Justicia, la que le otorgó la razón sobre la base de dos argumentos, a saber:

-la protección de los embriones al otorgarles el estatus de persona por nacer;
-el consentimiento del ex-marido al aceptar la paternidad biológica desde el momento en que accedió al tratamiento de fertilización asistida.

Conclusión

Como ocurrió con otros avances de la medicina (medicamentos para el tratamiento del HIV, cirugía bariátrica, etc), son los tribunales los que, determinados por las circunstancias, van marcando el camino en materia de procreación asistida.

No parecería convalidable el que, existiendo la posibilidad concreta de lograr el embarazo y así formar una familia, puedan esgrimirse motivos jurídicos, económicos e inclusive éticos para impe-

dirlo, sino a riesgo de lesionar derechos del más alto raigambre.

Sin embargo, tampoco parece convalidable que ese debate jurídico, económico y ético que involucra la problemática examinada, quede exclusivamente en manos de los jueces. Más allá de que se compartan las decisiones individuales que se han adoptado en orden a la obligación de cobertura por las Obras Sociales, se considera que no es el Poder Judicial el ámbito para aquel debate.

Es que aspectos tales como quiénes pueden acceder a estos tratamientos, con qué cobertura asistencial contarán, el control y la regulación sanitaria de los institutos y personal médico que ofrece estos servicios, regulación de la paternidad y maternidad para los nacimientos logrados con el uso de estas técnicas, la regulación del destino y conservación de los embriones criopreservados, la implantación o inseminación post-mortem, la donación de gametos y el eventual derecho a la información del niño, entre otros, reclaman urgente regulación por conducto de los órganos constituciona-

les encargados de la tarea legaferante.

Ese parece ser, por fin, el camino que se ha tomado con los citados proyectos de unificación de la legislación civil y comercial y con el aprobado por la Cámara de Diputados de la Nación sobre la incorporación en el Plan Médico Obligatorio ■