
**EL MÉTODO R.O.P.A.
LA MATERNIDAD COMPARTIDA PARA PAREJAS DE MUJERES EN TIEMPOS DE TÉCNICAS
DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA**

Fiorella BIANCHI y Maximiliano NITTO***

Fecha de recepción: 24 de octubre de 2019

Fecha de aprobación: 11 de noviembre de 2019

Resumen

En el presente artículo se analizará la técnica de reproducción humana asistida denominada “método R.O.P.A.”. Se comenzará por brindar una definición de dicha técnica, se explicarán los casos en los que puede ser utilizada y se analizarán los derechos sexuales y reproductivos en los que encuentra su fundamento. Posteriormente, se examinarán los tratados internacionales de Derechos Humanos, la normativa nacional y los derechos del colectivo

* Abogada por la Universidad de Buenos Aires (Argentina) con orientación en Derecho Privado. Graduada con Diploma de Honor. Diplomada y maestranda en Bioética por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO). Integrante del Observatorio de Salud de la Facultad de Derecho de la UBA. Miembro titular del Comité de Bioética Clínica del Hospital de Niños Ricardo Gutiérrez y del Comité de Ética en Investigación de la Fundación Sanatorio Güemes. Contacto: fiorella.bianchi.c@gmail.com

** Abogado por la Universidad de Buenos Aires (Argentina) con orientación en Derecho Privado. Magíster con título de honor en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica por la Universidad de Alcalá de Henares (España). Miembro del Instituto Latinoamericano del Ombudsman (ILO). Coordinador institucional del Observatorio de Salud de la Facultad de Derecho de la UBA. Contacto: maximilianonitto@gmail.com

LGTBI. Finalmente, se comentará una reciente sentencia del fuero Civil y Comercial Federal dictada en el marco de un amparo de salud.

Palabras clave

Método R.O.P.A. – técnicas de reproducción humana asistida – maternidad compartida – Derecho de la salud – derechos sexuales y reproductivos – LGTBI – pareja de mujeres – igualdad ante la ley – tutela antidiscriminatoria – matrimonio igualitario – amparos de salud - judicialización – obras sociales – empresas de medicina prepaga.

THE R.O.P.A. METHOD. SHARED MOTHERHOOD FOR WOMEN’S COUPLES IN TIMES OF HUMAN ASSISTED REPRODUCTION TECHNIQUES

Abstract

The present paper analyzes a human assisted reproduction technique named the “R.O.P.A. method”. We will begin by providing a definition of this specific technique, the cases in which it can be used, and the analysis of the sexual and reproductive rights related to its legal grounds. Subsequently, we will examine International Human Rights Treaties, national regulations and the LGTBI rights. Finally, we will comment a recent ruling issued by the Federal Civil and Commercial Court in this regard.

Keywords

The R.O.P.A. method - assisted human reproduction techniques - shared motherhood - health rights - sexual and reproductive rights - LGTBI - women’s couples - equality before the law - anti-discrimination guardianship - egalitarian marriage - judicial procedure - state healthcare - unions healthcare - private healthcare companies.

I. Introducción

I.A. Definiciones y consideraciones preliminares

Algunos años atrás habíamos advertido que la Argentina debía traer claridad sobre la postura adoptada frente a la técnica de reproducción humana asistida denominada “gestación por sustitución” (NITTO y BIANCHI; 2017). Allí reflexionábamos acerca de las dificultades que tienen las mujeres imposibilitadas de gestar, los hombres solteros y las parejas de hombres para ejercer su derecho a formar una familia de origen biológico sin la posibilidad de recurrir a una mujer gestante.

En esta oportunidad, analizaremos los derechos que les asisten a las parejas de mujeres para concretar un proyecto de parentalidad con material biológico propio.

El método R.O.P.A., por sus siglas “Recepción de Ovocitos de la Pareja”, es una técnica de reproducción humana asistida de alta complejidad que le permite a una pareja compuesta por mujeres llevar adelante una maternidad compartida, con la participación activa de ambas. Este método posibilita que una de las integrantes de la pareja sea la madre genética –es decir, la que aportará los óvulos– y la otra, la madre gestante –quien llevará adelante el embarazo–.

Dicho método adquiere especial relevancia en parejas de mujeres en las que una de ellas –por su edad o por condiciones de salud– no cuenta con óvulos fértiles y la otra sí, permitiendo que no sea necesario acudir a un donante de gametos femeninos. No obstante ello, este método también puede ser aplicado en parejas de mujeres que no se encuentran en esta condición pero que desean llevar a cabo una maternidad compartida.

El método R.O.P.A. es similar a una fecundación in vitro convencional; requiere la estimulación ovárica de la mujer que aporta sus ovocitos y una vez que se han extraído los óvulos, se realiza la inseminación con semen de un donante anónimo, formando un embrión que luego será transferido dentro de la cavidad uterina. Sin embargo, la diferencia con una fecundación in vitro convencional radica en que, en lugar de implantarse el embrión en la mujer que aportó los óvulos, será su pareja femenina quien lo recibirá y gestará. De esta manera, las dos mujeres pueden participar activamente del embarazo.

I.B. Derecho a la salud, derechos sexuales y reproductivos

La Organización Mundial de la Salud (la “OMS”) ha definido a la salud como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o

enfermedades”.¹ Tanto en el ámbito nacional como internacional, la salud ha sido reconocida como un derecho humano, inherente a la dignidad,² de forma tal que este bienestar físico, mental y social constituye un derecho fundamental del ser humano.

La Constitución Nacional reconoce el derecho a la salud en su artículo 42, estableciendo que: “*Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho (...) a la protección de su salud*”. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por su parte, ha sostenido que el derecho a la salud constituye un presupuesto esencial del inalienable derecho a la vida, destacando la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas.³ Podemos decir, entonces, que emerge una suerte de trinomio indisoluble entre el derecho a la salud, el derecho a la vida y a la dignidad humana.

Adicionalmente, de forma adyacente a los derechos mencionados, debemos tener en consideración a los derechos sexuales y reproductivos, entre los cuales se encuentra el derecho a la planificación familiar.⁴ Así, en el plano internacional, la Conferencia de Población y Desarrollo de El Cairo⁵ constituyó un punto de inflexión histórico en el avance de los

¹ Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (Official Records of the World Health Organization, N° 2, p. 100), en vigor desde el 7 de abril de 1948. Dicha definición no ha sido modificada desde 1948.

² Coincidiendo con LAMM (2017), la dignidad es la “fuente”, el fundamento, el sustrato, en el que se asientan y de la que derivan todos los derechos humanos.

³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/ Recurso de Hecho”, 24/10/2000; Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley N° 16.986”, 01/06/2000.

⁴ La Organización Mundial de la Salud define a la planificación familiar como “*un modo de pensar y vivir adoptado voluntariamente por individuos y parejas, que se basa en conocimientos, actitudes y decisiones tomadas con sentido de responsabilidad, con el objeto de promover la salud y el bienestar de la familia y contribuir así en forma eficaz al desarrollo del país*”.

⁵ Conferencia de Población y Desarrollo de Naciones Unidas, llevada a cabo en El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994.

derechos sexuales y reproductivos de las personas. Retomando la definición de “salud” brindada por la OMS, el Programa de Acción de dicha Conferencia define a la salud reproductiva como “un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos”.⁶ Allí se explica que “la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia”.⁷

Por su parte, la reforma constitucional de 1994 incorporó el artículo 75 inciso 22 a la norma suprema, reconociéndose –a través de los tratados internacionales de Derechos Humanos– el derecho a la salud sexual y el derecho a la salud reproductiva como dos derechos humanos, distintos entre sí, pero que a su vez no pueden ser inescindibles.

De esta forma, la regla de supremacía constitucional y convencional establecida en los artículos 31 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional fue el primer eslabón en el reconocimiento del derecho a gozar de una sexualidad libre, sin coacción, discriminación ni violencia alguna, a elegir entre tener o no hijos/as, cuándo y cómo hacerlo. Cabe resaltar que tanto el derecho a la salud sexual como los derechos reproductivos son una parte fundamental del derecho a la salud, siendo –además– inescindibles de otros derechos humanos, tales como el derecho a la dignidad.

La atención de la salud reproductiva incluye el acceso a métodos, técnicas y servicios que contribuyan a la salud y al bienestar reproductivo, evitando y resolviendo los obstáculos que los individuos o las parejas pudieran tener para llevar a cabo su proyecto autorreferencial de vida. Los derechos reproductivos aseguran la posibilidad de tomar decisiones libres y responsables para llevar a cabo un proyecto de familia, y de optar por recurrir a métodos de fertilización asistida ante la imposibilidad de lograr un embarazo. En este sentido, la atención de la salud reproductiva y el cumplimiento de esos derechos incluyen el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida.

⁶ Informe de la Conferencia de Población y Desarrollo de Naciones Unidas, llevada a cabo en El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994. Disponible en [https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/icpd_spa.pdf].

⁷ Informe de la Conferencia de Población y Desarrollo de Naciones Unidas, op. cit.

II. Marco normativo. Tratados internacionales de Derechos Humanos y normativa nacional

II.A. Tratados Internacionales de Derechos Humanos

Como fuera explicado en el apartado anterior, al ser los derechos sexuales y reproductivos parte del bloque de derechos sociales que consagra la Constitución Nacional, el Estado argentino tiene la obligación internacional (artículo 31, Constitución Nacional; artículo 29, Convención de Viena sobre el cumplimiento de tratados internacionales y, artículo 28, Convención Interamericana de Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica–) de:

a. Garantizar el derecho a la planificación familiar receptado en el artículo 12.1 de la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. En especial, el Estado debe allanar el camino para que –como en estos casos– las parejas de mujeres puedan conocer sus derechos y ejercer la maternidad de la forma que crean más conveniente, optando por el método de fertilidad que mejor se adecúe a sus necesidades. De dicha convención surge, también, la importancia de la maternidad como función social (artículo 5 inc. b) y el rol del Estado en la adopción de medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares, y en particular, promover condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, otorgándoles los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, el intervalo entre los nacimientos, y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos (artículo 16).

b. Respetar los derechos de las personas en igualdad de condiciones. Así, del artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se desprende que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada y familiar, y que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques (artículo 12 Declaración Universal de Derechos Humanos). En este último sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en el precedente “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”, de fecha 25/11/2012, de la siguiente manera: “... el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho a acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho (...) este derecho es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad (...) la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos...”.

c. Garantizar el derecho a toda persona de gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico (artículo 14 inc. “b” del protocolo de San Salvador y artículo XIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre).

d. Reconocer que toda mujer tiene derecho al goce, ejercicio y protección de todos los derechos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: a. el derecho a que se respete su vida; b. el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; c. el derecho a la libertad y a la seguridad personales; e. el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia; y, f. el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley (artículo 4, apartados a, b, c, e y f de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem do Pará”).

Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 17 establece que la protección a la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y, en consecuencia, debe ser preservada por la sociedad y por el Estado.

En consonancia con ello, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre menciona en su artículo VI que toda persona tiene derecho a constituir una familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella. Concordantemente, el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos determina que los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia.

Así, podemos afirmar que el derecho a constituir una familia debe considerarse y aplicarse a la luz del quinto párrafo de la Observación General Nro. 19 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que prevé: *“El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos. Cuando los Estados Partes adopten políticas de planificación de la familia, éstas han de ser compatibles con las disposiciones del Pacto y sobre todo no deben ser ni discriminatorias ni obligatorias...”*.

II. B. Normativa nacional

Ahora bien, en cuanto a la normativa nacional, en el año 2002 se sancionó la ley 25.673 que creó el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable con el propósito de que, entre otras cuestiones, la población alcance el nivel más elevado posible de salud sexual y procreación responsable, permitiendo la adopción de decisiones libres de discriminación, coacción y violencia.

En forma concordante con lo allí establecido, en el año 2013, en nuestro país se sancionó la ley 26.862 referida a los tratamientos de reproducción humana asistida (los “TRHA”), con el objetivo principal de garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida a toda persona mayor de edad que habite el suelo argentino. De acuerdo con dicha ley, debe entenderse 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.

Sumado a ello, la citada ley 26.862 expresamente prevé en su artículo 8 que los diversos prestatarios de servicios de salud –sector público, obras sociales, empresas de medicina prepaga, entre otras– “... 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”.

Tal como se puede apreciar, la Ley de Acceso Integral a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida fue sancionada con una mirada amplia y contemplativa de los derechos de los individuos, sin realizar ningún tipo de distinción o discriminación relacionada con el género, la orientación sexual o el estado civil de la persona o pareja.⁸

En el mismo año se sancionó el decreto 953/2013, reglamentario de la ley 26.862, cuyo artículo 2 definió que: “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

⁸ Esto último, en consonancia con lo establecido en la ley 26.618 del año 2010, que consagró el matrimonio civil e igualitario entre personas del mismo sexo. Este aspecto será retomado y profundizado en el apartado 4 del presente artículo.

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”.

Ahora bien, el método R.O.P.A. es una técnica de reproducción asistida de alta complejidad, debido a que el óvulo de la mujer aportante será unido con los gametos masculinos de un donante por fuera del aparato reproductor femenino para, una vez fecundado el óvulo, ser transferido a la otra integrante de la pareja.

Sentado lo anterior podemos verificar cómo la normativa,⁹ si bien no hace expresa alusión al método R.O.P.A., prevé la posibilidad de que una técnica así pueda ser utilizada. Ello debido a que el decreto reglamentario menciona: i) por un lado, que las técnicas de fertilización asistida de alta complejidad, tales como la fertilización in vitro, quedan comprendidas dentro de la cobertura integral y obligatoria; ii) por el otro, que dichas técnicas pueden realizarse con gametos del cónyuge, de la pareja conviviente o de un donante; y (iii) finalmente, que no se podrán introducir requisitos o limitaciones que excluyan individuos por su orientación sexual o estado civil.

Con la sanción de dicha normativa, nuestro país ha consagrado el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida como un derecho humano, cuyo principal fundamento radica en los derechos de toda persona a su dignidad, libertad e igualdad. De esta manera, podríamos decir que se ha saldado una deuda que Argentina mantenía con sus habitantes respecto de sus derechos sexuales y reproductivos, principalmente con todas aquellas personas que por motivos económicos, de género u orientación sexual se veían impedidos y obstaculizados en concretar su proyecto de parentalidad.

⁹ Tanto la ley 26.862 como su decreto reglamentario.

III. Los derechos de las personas LGBTI. Principios de igualdad y no discriminación

Desde hace algunos años el colectivo LGBTI¹⁰ ha comenzado a vivenciar un avance positivo en el reconocimiento de sus derechos en general y, en particular, de sus derechos relacionados con la salud. Pese a ello, y si bien ha existido un gran progreso, aún queda mucho camino por recorrer.

Tal como hemos desarrollado en el apartado anterior, Argentina es un país que ha avanzado positivamente en la ampliación y reconocimiento de los derechos de las personas que integran este colectivo históricamente relegado y marginado. Sin embargo, en materia de derechos sexuales y reproductivos aún existen algunos obstáculos que debemos resolver para lograr que nuestro país garantice los derechos de todos sus habitantes en igualdad de condiciones y oportunidades.

De acuerdo con DÍAZ LAFUENTE (2016), son tres las causas de persecución y marginación de esta comunidad. La primera es la organización social patriarcal. La gran mayoría de las personas adultas crecimos y hemos sido educadas en sociedades donde se imponían estereotipos de género y una conducta guiada por patrones culturales y sociales con un claro predominio del varón por sobre la mujer. En segunda instancia, la configuración jerárquica y binaria del género, y finalmente el patrón heteronormativo de las relaciones afectivo-sexuales.

Todo ello ha confluído, seguramente, para que aún sea un desafío y una cuenta pendiente lograr que los tomadores de decisiones –entre ellos los gerenciosos y financiadores de la salud– reconozcan los derechos en igualdad de condiciones sin distinción de género y sexualidad (hombres, mujeres, parejas heterosexuales, parejas homosexuales, etc).

Esto último surge de manifiesto cuando las parejas de hombres o mujeres desean ejercer los derechos –especialmente el derecho a la salud y los derechos sexuales y reproductivos– que las leyes les reconocen y se encuentran con tomadores de decisiones que

¹⁰ Sigla que se utiliza para denominar al colectivo “lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales”.

aplican una interpretación restrictiva de lo previsto en la norma, generando –en definitiva– una discriminación implícita por razones de género, sexo, orientación sexual y/o estado civil.

Sobre este último aspecto haremos alusión seguidamente cuando, al comentar el fallo “R. P., N. E., c/ OSADRA y otro s/ amparo de salud” analicemos la interpretación parcial y restrictiva que la obra social y la prepaga han hecho de los derechos que la ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013 les otorgan a toda persona mayor de edad que habite el suelo argentino.

Como se ha mencionado anteriormente, nuestro país posee algunas leyes de avanzada y ha sido pionera en la región latinoamericana en cuanto al reconocimiento y equiparación de derechos para la comunidad LGTBI. Sin embargo, aún resta que la sociedad en su conjunto acepte, reconozca y garantice que los derechos receptados en la normativa se hagan efectivos. Se trata de un cambio social de aceptación hacia lo diverso y de lo diferente respecto de lo históricamente aceptado.

La igualdad es un derecho y un principio que debe regir en toda sociedad, pues lo contrario implicaría formar parte de una comunidad regida bajo parámetros impuestos por un grupo determinado que detenta el poder de manera ocasional o habitual. En dicho sentido, nuestra norma fundamental es clara y marca el camino a seguir. El principio de igualdad y no discriminación surge de dicho cuerpo normativo y se refleja especialmente en los artículos 16, 75 inc. 19, 22 y 23. Así, el artículo 16 indica que: “*La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley...*”.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado en numerosas oportunidades¹¹ acerca del alcance del artículo 16 de la Constitución Nacional, estableciendo que la igualdad ante la ley involucra la obligación del Estado de tratar igual a aquellas personas que se encuentren en idénticas circunstancias. Se entiende, entonces, que la orientación sexual no es causal para justificar la restricción a un derecho, máxime cuando, como en el caso, el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida comprende el derecho a formar una familia, los derechos sexuales y reproductivos, el derecho de la salud, a la identidad, a la diversidad, a la dignidad, entre otros.

¹¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Criminal c/ Olivar, Guillermo”, 01/05/1875.

El artículo 75 inc. 19 de la citada norma reza: “Proveer lo conducente al desarrollo humano... Sancionar leyes de organización... que aseguren... la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna...”. Adicionalmente, los incisos 22 y 23 del mencionado artículo 75, por un lado incorporan los tratados internacionales de Derechos Humanos y, por el otro, establecen la obligación de “... Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad...”.

Como hemos expuesto anteriormente, el principio de igualdad y no discriminación tiene –a su vez– basamento en los tratados internacionales de Derechos Humanos, con especial relevancia en: la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 2), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (artículo 2), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) (artículos 1, 13.5, 17.4 y 24), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (artículos 2 .1, 3, 20.2, 23.4, 24.1, 26), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) (artículos 2.2 y 3); la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) (artículo 2); la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) (artículos 3.b, 4.1.b, 5, 6, 7 y 12); la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (CERD) (artículos 2 y ss.), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) (artículos 2 y ss.) y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (artículo 1.1).

IV. Fallo “R. P., N. E., c/ OSADRA y otro s/ amparo de salud”¹²

IV.A. Hechos

El caso comentado encuentra origen en la demanda de amparo promovida por R. P., N. E., y su pareja, contra la Obra Social de Árbitros Deportivos de la República Argentina y

¹² Sentencia de Primera Instancia: Juzgado Civil y Comercial Federal Nro. 9, Secretaría 18, “R. P., N. E., c/ OSADRA y otro s/ amparo de salud”, 21/11/2019. Sentencia firme de Cámara: Cámara Civil y Comercial Federal, Sala I, “R. P., N. E., c/ OSADRA y otro s/ amparo de salud”, 14/02/2020.

Medicus S.A. de Asistencia Médica y Científica, con el objeto de obtener la cobertura integral del tratamiento de fertilización asistida denominado “método R.O.P.A.”.

Allí, la accionante relató que se encontraba en pareja desde hacía cinco años con una persona de su mismo sexo, y que ambas tenían intenciones de formar una familia. Sin embargo, se encontraban impedidas de lograr este deseo puesto que, por su edad, una de ellas ya no contaba con óvulos fértiles. No obstante ello, explicó que su pareja S., F. N. sí estaba en condiciones de aportarlos y que podía ser realizado a través del método R.O.P.A.

A raíz de lo dicho, la médica recomendó dicho tratamiento, que consiste en la fecundación de uno de los óvulos obtenidos de una de las mujeres con espermatozoides provenientes de una muestra de semen de un donante para, finalmente, transferir el embrión resultante al útero de la mujer de la pareja que no aportó óvulos.

Luego de interponer numerosos reclamos ante la obra social y la prepaga –habiendo obtenido en todos ellos respuesta negativa expresa de las demandadas– y agotada toda vía administrativa, las accionantes debieron recurrir a la acción de amparo.

IV.B. Argumentos de las accionadas

Por su parte, los argumentos centrales de las accionadas para fundamentar la negativa a cubrir el método R.O.P.A. fueron:

a. Que las usuarias, al momento de ingresar a la prepaga, firmaron un contrato privado en el que se establecieron numerosos límites a la cobertura, entre ellos, los relativos a las técnicas de reproducción asistida. Adicionalmente, explicaron que brindan la cobertura establecida en el Programa Médico Obligatorio (el “PMO”), pero que las prestaciones exigidas por la parte actora están excluidas de dicho ámbito.

b. Que la donación de óvulos debía provenir exclusivamente de un banco de gametos o embriones debidamente inscriptos en el Registro Federal de Establecimiento de Salud (el “ReFES”) dependiente del Ministerio de Salud –y, por lo tanto, no podía ser “donado” por una de las integrantes de la pareja–.

Obsérvese que, de esta manera, las demandadas aplicaban una interpretación literal, restrictiva y parcial de un artículo del decreto reglamentario 953/2013 –que no guarda relación con la letra y el espíritu vertido en dicha norma ni en la ley 26.862– estableciendo la exigencia irrisoria e irracional de tener que recurrir a una donación anónima aun teniendo los gametos disponibles dentro de la propia pareja.

Cabe destacar, nuevamente, que de acuerdo con el artículo 8 de la ley 26.862 la cobertura integral de las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante. De allí surge de manifiesto que la donación de gametos es la última ratio, es decir, a la que se debe recurrir cuando en la pareja no hay gametos fértiles o de buen material genético.

Ahora bien, respecto al argumento brindado por las demandadas, resta analizar que la orientación sexual no debería ser un impedimento para que un matrimonio compuesto por dos mujeres pueda cumplir su deseo de llevar adelante activamente un embarazo y un proyecto de familia. El método R.O.P.A. no puede ser considerado como una “donación de gametos” sino como un tratamiento en el cual un miembro de la pareja está compartiendo sus gametos con el otro, al igual que ocurre en un matrimonio heterosexual en el que el hombre comparte su esperma con su mujer. Hacer una diferenciación en este caso implica un acto discriminatorio contrario a la igualdad establecida en la ley 26.618¹³ y en el Código Civil y Comercial de la Nación que en el artículo 402 establece: *“Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo”*.

En coincidencia con ello, es de especial aplicación el artículo 42 de la ley 26.618 que expresamente indica: *“Todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo como al constituido por DOS (2) personas de distinto sexo. Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones. Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por DOS (2) personas de distinto sexo”*.

¹³ Comúnmente denominada como “Ley de Matrimonio Igualitario”

IV.C. Fundamentos de la sentencia

Finalmente, con fecha 21 de noviembre de 2019, el Juzgado Civil y Comercial Federal N° 9, Secretaría 18, hizo lugar a la acción de amparo promovida por las actoras.¹⁴ Para decidir en ese sentido, la jueza consideró:

Que tanto la ley 26.862 como su decreto reglamentario 956/2013 garantizan el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, de alta y baja complejidad, incluyan o no la donación de gametos, con el deber de incorporar como prestaciones obligatorias la cobertura integral de los medicamentos, terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida y que la autoridad de aplicación, al establecer criterios y modalidades de cobertura, no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios.

Que la resolución 1-E/2017 del Ministerio de Salud define el alcance de los tratamientos de alta complejidad referidos en el artículo 8, párrafo tercero del Anexo I al decreto reglamentario 956/2013 e incluye, las técnicas con ovocitos donados, la estimulación ovárica de la donante y la aspiración ovocitaria bajo control ecográfico, así como la estimulación endometrial receptora.

Que, por ese motivo, *“es dable concluir que si la cobertura de la estimulación ovárica y de la aspiración de ovocitos, así como de la estimulación endometrial de la receptora está contemplada en el caso de tratamientos con óvulos donados, no resulta razonable que no lo esté cuando los óvulos pertenecen a un integrante de la pareja que realiza conjuntamente el tratamiento de fertilización (cfr. CNCCFed. Sala I, causa 1574/19 del 28.05.19)”*.¹⁵

Finalmente, para hacer lugar a la acción, consideró que los términos del contrato con la empresa de medicina prepaga, que excluye todo lo relativo a la infertilidad y fecundación

¹⁴ Pronunciamiento luego confirmado por la Sala I de la Cámara Civil y Comercial Federal, con fecha 14/02/2020.

¹⁵ Juzgado Civil y Comercial Federal Nro. 9, Secretaría 18, “R. P., N. E., c/ OSADRA y otro s/ amparo de salud”, 21/11/2019.

asistida, no puede constituir un obstáculo para acceder a las técnicas de reproducción asistida tal como han sido previstas por las normas que regulan la materia.

V. Conclusión

A lo largo del presente artículo hemos analizado los avances que nuestro país ha llevado adelante promoviendo la ampliación de derechos, generando espacios de inclusión y aceptando las diferencias y la diversidad. No obstante, y si bien la normativa analizada es un gran punto de partida, aún queda mucho camino por recorrer.

El método R.O.P.A., en definitiva, no es más que una alternativa dentro de las diversas técnicas de reproducción humana asistida que las parejas de mujeres pueden utilizar para concretar su proyecto de parentalidad. Sin embargo, el desconocimiento y la falta de contemplación de este colectivo por parte de la sociedad, en más de una ocasión, termina traduciéndose en la vulneración de sus derechos fundamentales.

De allí nuestra necesidad de reflexionar acerca de esta temática y analizar cómo la redacción y la interpretación de los textos legales –especialmente en relación a determinados colectivos de personas– genera, o profundiza, una situación de vulnerabilidad a causa del género, la orientación sexual, el estado civil o la capacidad económica.

Así, debemos tomar conciencia de que los destinatarios de las normas –en el caso que comentamos, los financiadores del sistema de salud– no deben realizar una interpretación restringida y limitada cuando, en verdad, el legislador no tuvo esa intención. Por el contrario, tener en miras a una sociedad en constante evolución implica que todos podamos comprender que no debe existir discriminación en el goce y ejercicio de los derechos. A menos, claro está, que exista expresa limitación por parte del legislador y, de ser así, deberá estar debidamente fundada y justificada en valores supremos que sean coincidentes con los que emanan de nuestra norma fundamental y los tratados internacionales de Derechos Humanos.

En este último sentido, es necesario recordar que subsiste cierto nivel de violencia institucional contra la comunidad LGTBI en la Argentina. Es responsabilidad de todos promover su erradicación. Acerca de este asunto, el experto independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o

identidad de género del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas¹⁶ ha recomendado a los Estados que promulguen leyes contra la discriminación que: i) expresamente incluyan entre los motivos prohibidos a la orientación sexual y la identidad de género, y ii) formulen políticas y programas específicos para poner fin a la espiral de discriminación y exclusión de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero y de género no conforme, entre otros.

Debemos destacar que cuando hablamos de violencia institucional no sólo nos referimos a la que emana de los organismos o dependencias públicas del Estado, sino que incluimos, también, a las empresas o instituciones privadas que, en ejercicio de su actividad y por diversos motivos, realizan interpretaciones erróneas y restrictivas de las normas, obstaculizando el goce y ejercicio de los derechos que le asisten a las personas que –de algún modo– se encuentran vinculados a ellas.

En especial, y como ha sucedido en el fallo que comentamos anteriormente, las obras sociales y empresas de medicina prepaga –como prestadoras de un servicio público esencial, como lo es la salud– deben abstenerse de anteponer intereses propios, criterios restrictivos basados en el desconocimiento de la igualdad de sus beneficiarios o usuarios, o motivaciones económicas, pues ello implicaría una práctica violatoria de los derechos humanos en general y del derecho a la salud en particular.

Bibliografía

BACCINO G., BUENAVENTURA COROLEU L., y otros (2014) *Reproducción Humana Asistida. Aspectos jurídicos, sociales y psicológicos*. Valencia, Tirant lo Blanch.

DIAZ LAFUENTE, J. (2016) *Asilo y refugio por motivos de orientación sexual e identidad de género*. Madrid, Congreso de los Diputados, p.30 y ss.

¹⁶ Asamblea General de Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. 14/05/2019, A/HRC/41/45.

FERNÁNDEZ RUIZ-GALVEZ, E. Y PEYRÓ GARIBO A., P.(Coords) (2016) *El futuro de los Derechos Humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch.

LAMM, E., (2017) “La dignidad humana”, Diccionario Enciclopédico de la Legislación Sanitaria Argentina, consultado en [<http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/la-dignidad-humana>] el 2/03/2020.

NITTO, M. y BIANCHI F., (2017) “Gestación por sustitución: las graves implicancias de la ausencia de regulación de una práctica instaurada en la realidad argentina”, *En Letra Civil y Comercial*, año 2, número 3, pp. 75-94.

PORTILLA, M., FRANCISCO, J., y otros (2019) *La protección de los derechos fundamentales de personas LGTBI*. Valencia, Tirant lo Blanch.