

## ANTE LA OBLIGACIÓN DE LAS OBRAS SOCIALES DE FACILITAR PROCREAR A LAS PERSONAS QUE BIOLÓGICAMENTE NO PUEDEN HACERLO

Autor: Canet, Julia\* - Mazzeo, Carina\*\*

Fecha: 16-02-2023

La Dra. Susana Gueiler, titular del Juzgado de 1ª. Instancia en lo Civil y Comercial de la 18ª Nom. De Rosario, resolvió hacer lugar a la acción de amparo interpuesta por una mujer afiliada de la obra social provincial (IAPOS), con el objeto de que dicha prestadora brinde cobertura al tratamiento de fertilización asistida que le permita ser madre .

La mujer, que conformó una familia monoparental, tuvo a la primera de sus hijas a través de un tratamiento que costó de su bolsillo debido a la negativa de la obra social. Posteriormente la amparista consiguió que la obra social le cubriera un segundo tratamiento, del que nació su segunda hija.

Más cuando solicitó la cobertura de un tercer tratamiento IAPOS le manifestó que su política institucional le impedía cubrir el tratamiento, ya que se «prioriza» la cobertura de prácticas de fertilización asistida para aquellas parejas que aún no tiene hijos.

Esto implicaba, a criterio de la amparista, una doble discriminación, ya que la mentada priorización estaría dirigida a parejas, y no a familia monoparentales, y además a aquellas que no tuvieron hijos, impidiendo así a quienes ya son madres completar su familia de acuerdo al propio plan de vida.

Así lo entendió la jueza interviniente, que hizo lugar a la acción y sostuvo: Trasciende como un inadmisibles límite a la reproducción humana asistida de los afiliados el fijar un tope al número de hijos que pueden concebir a través de estas técnicas, que de ningún modo puede mantenerse en el marco de un Estado Constitucional de Derecho que se edifica desde el principio ético jurídico de autonomía y dignidad personal, y máxime cuando la ley 26.862 introduce un deber positivo de actuación a cargo de la obra social, tendiente a que se facilite procrear a las personas que biológicamente no pueden hacerlo sin acudir al tratamiento. Si el Estado Federal ha establecido una obligación positiva, reconociendo a sus ciudadanos un derecho de neto contenido prestacional a cargo de los distintos agentes que integran el sistema de salud, la restricción defendida por el Instituto de Seguridad Social y Seguros y sus expresiones volcadas en la contestación de demanda acerca de que la familia de los demandantes ya está «constituida» con el nacimiento de su hija, y que éstos reclaman un trato de «privilegio», representan una intromisión ilegítima en el derecho de los afiliados a la planificación familiar y a la libertad de procreación, que protegen sus posibilidades de autodeterminación para que decidan, sin ninguna clase de interferencia estatal, todos los aspectos relacionados con la reproducción humana en la forma que les parezca y siempre que sus actos no afecten a terceros, incluyendo el número de hijos que procrearán y la opción sobre la fuente de la filiación, es decir, si la concepción será natural o mediante la utilización de técnicas de fertilización asistida». (Juzgado de Primera Instancia de Familia Nro. 3 de Rawson, Provincia del Chubut (JFamilia Chubut)(Nro3) Fecha: 11/05/2015 - «C. y otro c. Instituto de Seguridad Social y Seguros s/ amparo» La Ley Online; TR LALEY AR/JUR/17204/201).

En ese plano de las determinaciones autónomas de una persona vinculadas con el ejercicio de los derechos reproductivos, el bloque de constitucionalidad federal (art. 75, inc. 22 , Const. Nac.) reconoce claramente a través del art. 16, inc.«e», de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, que los Estados partes deberán

asegurar «en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre sus nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos». Se concluye entonces de lo aquí expuesto que el IAPOS ha incurrido en un acto de ilegitimidad manifiesta al instaurar, en perjuicio de los demandantes, un límite a su fecundidad por razones presupuestarias de la obra social, que no se condice con el conjunto de reglas, principios y valores que emergen de nuestro firmamento constitucional, vulnerando las directivas sentadas por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos sobre el debido respeto a la libertad reproductiva de las personas, y los preceptos de la ley 26.862 que, en calidad de medida de acción positiva (art. 75, inc. 23, Const. Nac.), garantizan el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida. Del escrito de responde surge que la demandada lleva adelante una política institucional consistente en denegar la cobertura integral de las técnicas de reproducción humana asistida a los afiliados que ya tienen un hijo, con el argumento de destinar los recursos económicos para cubrir esas mismas prestaciones con relación al resto de los afiliados que no tienen descendencia. Sin embargo, el ente autárquico no ha ofrecido ni producido ningún elemento hábil de convicción que demuestre, siquiera sumariamente, que el costo de la cobertura del tratamiento pretendido por los amparistas involucre una limitación a iguales prestaciones de otros afiliados a la obra social ni que genere un desfasaje económico que impida la prestación de servicios médicos de alguna naturaleza. Por otra parte la ley 26.862, de orden público, no autorizan que los agentes del sistema de salud que deben garantizar el acceso a los procedimientos y técnicas médico asistenciales de reproducción asistida, puedan invocar un desbalance económico para eludir el cumplimiento de tales obligaciones positivas ni a establecer limitaciones o requisitos que no surge de la norma, ordenando en virtud de ellos a la demandada IAPOS brindar cobertura integral del tratamiento de fertilización asistida a favor de su afiliada.

#### NOTAS

(\*) Julia Canet: Abogada. Posgrado de Especialización en Magistratura. Posgrado de Bioética Clínica y Social, UNESCO. Diplomada en Economía y Gestión de la Salud Aplicada a la Actividad Sanitaria Pública Privada y de la Economía Social, ISALUD. Presidente del Instituto de Derecho de la Salud y Bioética del Colegio de Abogados de Rosario (período 2015). Integrante del Programa de Previsión Social y Derecho de la Salud, Secretaría de Extensión Universitaria, UNR. Cofundadora y secretaria del Centro de Investigación de Derecho de la Salud (CIDS), UNR.

(\*\*) Carina Mazzeo: Abogada. Posgrado de Especialización en Magistratura. Posgrado en Bioética, UNESCO. Diplomada en Economía y Gestión de la Salud Aplicada a la Actividad Sanitaria Pública Privada y de la Economía Social, ISALUD. Vicepresidente del Instituto de Derecho de la Salud y Bioética del Colegio de Abogados de Rosario (período 2015). Cofundadora y secretaria del Centro de Investigación de Derecho de la Salud (CIDS), UNR. Integrante del Programa de Previsión Social y Derecho de la Salud, Secretaría de Extensión Universitaria, UNR.

ARTÍCULO PUBLICADO EN MICROJURIS ARGENTINA