

BUENOS AIRES, 17 de mayo de 2019

VISTO la **actuación Nº 08580/19**, caratulada: “E, ML, sobre fertilización asistida”; y

CONSIDERANDO:

Que la actuación del VISTO tiene como objeto el reclamo formalizado por MLE, por su propio derecho y en representación de su pareja, HGN, quienes recurren a esta Institución Nacional de Derechos Humanos a partir de advertir la vulneración de sus derechos sexuales y reproductivos por parte de la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, al negar la cobertura de los tratamientos de reproducción humana asistida que necesitan para la consecución de un embarazo.

Que en su presentación la interesada acompaña sus antecedentes clínicos y los de su pareja, los que pueden resumirse de la siguiente manera: “...*la Sra. E de treinta y ocho años de edad presenta antecedentes de concepción natural de su primer hijo (actualmente tiene nueve años de edad) y esterilidad secundaria desde el 2016 por salpingectomía izquierda producto de un embarazo ectópico. Asimismo su pareja, de sexo masculino y cuarenta años de edad, presenta diagnóstico de astenozoospermia y oligozoospermia...*”.

Que de acuerdo con el diagnóstico transcrito su médica tratante indicó un tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad denominado “*Fertilización Asistida In Vitro*”, para lograr un embarazo de manera asistida y segura.

Que a partir de lo indicado, la interesada se apersonó ante su Obra Social y solicitó la cobertura de los tratamientos. Sin embargo la misma fue denegada argumentado que su pareja no era beneficiario de dicha obra social.

Que como consecuencia de ello y advirtiendo que sus derechos sexuales y reproductivos estaban siendo vulnerados, es que recurrió a esta INDH para presentar la denuncia que motivó la presente investigación.

Que a partir de dicha presentación, se solicitaron informes a la Obra Social en cuestión, los que fueron respondidos en los siguientes términos: “...*dicha institución no tiene competencia para requerir información del Poder Judicial de la Nación, conforme Art. 2 de la Ley 31 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Sin perjuicio de ello se le informa que el trámite ya tiene resolución administrativa, que fuera comunicada a la afiliada el día 15/02/2019 en el cual se le notificó que “para recibir las prestaciones de fertilización asistida, ambos integrantes de la pareja deben ser beneficiarios de esta Obra Social (Art. 8º de la Ley 26.862). Cumplido ese requisito, las prestaciones se autorizan para los centros de Medicina Reproductiva y Fertilización Asistida contratados por la OSPJN... Asimismo hay que dejar asentado que la patología que determina la realización de un tratamiento de alta complejidad es por factor masculino, quien tiene su propia obra Social – OSPE...”*”.

Que en primer término cabe mencionar que la respuesta carece de veracidad puesto que del Art. 8º de la Ley Nacional Nº 26.862 no se desprende que ambos integrantes de la pareja deban ser beneficiarios de la Obra Social para poder gozar del derecho que les asiste en cuanto al acceso de los derechos sexuales y reproductivos reconocidos en dicha norma legal. Por el contrario, dicho artículo aclara que “...**no se podrán introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios...**”. Esto significa, entre otras cosas, que los argumentos vertidos por la Obra Social no sólo son falaces, sino que, además, atentan contra el espíritu de la norma, restringiendo el derecho al acceso a las técnicas y procedimientos para lograr la consecución de un embarazo por la vía asistida.

Que en dicho sentido es importante resaltar que para la consecución de un embarazo, tanto por la vía natural como por la vía asistida, se requiere de DOS (2) personas, sean estas pareja (como en el caso aquí planteado) o no. Este último caso se da con una persona sin pareja que recurre a un donante. Pero como se advierte, tanto en uno u otro, existe la interacción de al menos DOS (2) personas. Es por este motivo que cuando alguno de los integrantes de la pareja presenta signos de esterilidad o tiene alguna dificultad que contribuye al impedimento de lograr un embarazo, en verdad no se trata del causante de dicha frustración, por el contrario, contribuye al impedimento de dicho embarazo porque el mismo es producto de la interacción indispensable de un hombre y una mujer.

Que de acuerdo con lo dicho precedentemente, el embarazo es un **proceso biológico** que requiere de la participación de un hombre y una mujer en forma conjunta o separada, pero que nunca podrá ser desentendida una de otra. Por lo tanto, las dificultades o inconvenientes físicas que pueda tener uno, indefectiblemente afectan al objeto de dicha unión y frustran el embarazo. En tal sentido, cuando hablamos de las causas que dieron origen a la frustración del embarazo, no debemos circunscribirlo a una lógica individual, es decir, a causa de uno u otro. Más bien se trata de una dificultad de la pareja en su concepción general, quien no puede lograr un embarazo.

Que pese a las aclaraciones vertidas, es importante destacar, además, que en el caso no existe una causa masculina que determina la frustración del embarazo. Por el contrario, y tal como fuera transcripto precedentemente, se desprende de los informes médicos acompañados a la denuncia, que tanto la interesada como su pareja presentan diversas dificultades que contribuyen a la frustración de una concepción por la vía natural.

Que en otro orden de ideas se advierte que la problemática se encuentra dada porque los integrantes de la pareja poseen diversa cobertura. En

dicho sentido aquí nos encontramos, por un lado, con la cobertura de la interesada a través de la Obra Social del Poder Judicial de la Nación y por el otro con la cobertura de su pareja, quien posee la Obra Social de Petroleros (OSPE). Sin embargo de la norma vigente no se desprende que deba existir unificación de coberturas para que uno u otro agente de salud brinden las prestaciones correspondientes, cuestión que en este supuesto no es posible, pues la OSPJN no integra el sistema regulado por las leyes 23.660 y 23.661.

Que no obstante lo anterior, lo que no deja lugar a dudas es que de ninguna manera es el beneficiario quien deba soportar las restricciones de sus derechos por la forma en la que la obra social interpreta la norma.

Que en el sentido señalado serán los agentes de salud quienes deban ponerse de acuerdo para brindar la cobertura de manera equitativa, hecho que excede la situación de los beneficiarios, quienes cumplen con sus obligaciones y tienen derecho a recibir y solicitar los tratamientos, medicamentos y procedimientos garantizados por Ley.

Que mantenerse en la postura actual llevaría a la conclusión de que el paciente debería judicializar la cobertura de una prestación que se encuentra garantizada íntegramente por la ley aplicable, ventilando en los tribunales cuestiones que nunca debieron haber salido de la esfera de relaciones dadas entre el financiador, los prestadores de salud y el paciente.

Que siguiendo con el análisis de la problemática planteada vale la pena traer a consideración el rol que en este tipo de disyuntivas puede jugar la Superintendencia de Servicios de Salud (SSSalud), que en su calidad de órgano de control de las Obras Sociales y Empresas de Medicina Prepaga, ha dictado la Resolución N° 1709/2014, cuyo ANEXO I establece que “...**Sólo se dará curso a las solicitudes de reintegro presentadas por los Agentes del Seguro que**

tengan por beneficiario a la mujer receptora o potencial receptora de los embriones, debiendo ser personas mayores de edad en los términos que determina la Ley N° 26.862...”.

Que si bien es cierto que la Obra Social del Poder Judicial no integra el conjunto de Obras Sociales Nacionales reconocidas en las Leyes N° 23.660 y 23.661, beneficiarias de los reintegros del Sistema Único de Reintegros (S.U.R), no es menos cierto que, si la interesada y su pareja desearan canalizar su tratamiento a partir de la cobertura brindada por la Obra Social de Petroleros, esta última no podría reclamar el reintegro de la prestación de conformidad con la Res. N° 1709/14, puesto que dentro de su padrón de beneficiarios no se encuentra la interesada.

Que no obstante lo informado precedentemente y dado que la competencia de esta INDH ha sido objetada por la Obra Social del Poder Judicial, cabe al respecto hacer algunas manifestaciones aclaratorias en tal sentido.

Que en primer lugar es importante recordar que el Defensor del Pueblo de la Nación como única Institución Nacional de Derechos Humanos con status clase “A” reconocida por Naciones Unidas, es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actúa con plena autonomía funcional y sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su reconocimiento se encuentra plasmado en el Art. 86 de la Constitución Nacional y su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados por la Constitución.

Así, la actuación del Defensor, entonces, debe extenderse a todos aquellos, incluso empresa y particulares, que brinden o presten servicios esencialmente públicos, que afecten o puedan afectar los derechos fundamentales. En este caso, el Derecho de la Salud, reconocido de manera directa a través del art. 42 de la Constitución Nacional y de manera indirecta a través del Art. 75 inc. 22, al

incorporar a nuestro ordenamiento interno los tratados internacionales de Derechos Humanos, en especial, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Máxime cuando la fuente de interpretación auténtica de la C.N – su preámbulo- tiende a afianzar la justicia y el derecho.

Que en tal sentido vale destacar que la salud sexual y reproductiva es una parte fundamental del derecho a la salud y por consiguiente, los Estados deben asegurar que este aspecto del derecho se haga plenamente efectivo.

Que el derecho a la salud reproductiva ocupa un lugar destacado en el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y Desarrollo de 1994, la Plataforma de Acción de Beijing de 1995 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible, que afirman el derecho de la mujer a controlar todos los aspectos de su salud, a respetar su autonomía e integridad física y a decidir de forma libre todo lo relativo a su sexualidad y reproducción.

Que la Observación General N° 14 de Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales desarrolla el concepto de salud reproductiva y afirma que la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección y a los servicios de atención de la salud pertinentes que, por ejemplo, permitirán a la mujer pasar sin peligros las etapas de embarazo y parto. La salud sexual es un estado de bienestar físico, emocional, mental y social relacionado con la sexualidad, y no simplemente la ausencia de afecciones, disfunciones o enfermedades

Que a fin de colaborar con la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y con las propias autoridades públicas de nuestro país, el Defensor del Pueblo de la República Argentina, en su calidad de INDH, implementa desde el 30

de diciembre de 2015, el “**Programa de Seguimiento y Evaluación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Agenda 2030**”.

Que en el marco de un enfoque multidimensional para la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible:¹ se ha señalado que los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) dan forma concreta al desafío de transitar desde un enfoque basado en el crecimiento económico y el ingreso hacia un enfoque integral que incluya las múltiples dimensiones que influyen en el progreso de las personas.

Que esta Agenda se construyó sobre tres pilares; la **universalidad**, es decir que se proponen objetivos y metas idénticos para todos los gobiernos y actores; la **integración**, que supone las dimensiones sociales, económicas y ambientales a lo largo de la Agenda y la tercera **que nadie quede atrás**, ningún objetivo será logrado a menos que se cumpla para todas las personas.

Que cabe al DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA NACIÓN contribuir a preservar los derechos reconocidos a los ciudadanos y, en su calidad de colaborador crítico, proceder a formalizar los señalamientos necesarios, de modo que las autoridades puedan corregir las situaciones disfuncionales que se advirtieren.

Que la presente se dicta de conformidad con lo establecido por el artículo 86 de la Constitución Nacional y el 28 de la ley N° 24.284, modificada por la ley N° 24.379, la autorización conferida por los Señores Presidentes de los bloques mayoritarios del H. Senado de la Nación, como de la Comisión Bicameral Permanente de la Defensoría del Pueblo, ratificada por su resolución 0001/2014 de fecha 23 de abril de 2014, y la nota de fecha 25 de agosto de 2015 del Sr. Presidente de la Comisión Bicameral Permanente de la Defensoría del Pueblo, que

¹ Informe Regional sobre Desarrollo Humano para América Latina y el Caribe. Progreso Multidimensional: Bienestar más allá del Ingreso.

ratifica las mismas facultades y atribuciones otorgadas al Secretario General en la persona del Subsecretario, para el supuesto de licencia o ausencia del primero.

Por ello,

EL SEÑOR SUBSECRETARIO GENERAL
DEL DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA NACIÓN
RESUELVE:

ARTICULO 1º: RECOMENDAR al Presidente de la Obra Social del Poder Judicial de la Nación que, en el más breve plazo posible, realice las gestiones pertinentes a fin de autorizar los tratamientos de reproducción humana asistida que le corresponden a MLE.

ARTICULO 2º: RECOMENDAR al Superintendente de Servicios de Salud, que realice las gestiones pertinentes a fin de adecuar la Res. 1709/14, o encausar su interpretación a derecho para que los agentes de seguros de salud reconocidos en las Leyes Nº 23.660 y 23.661 puedan percibir el reintegro correspondiente del Sistema Único de Reintegros, independientemente de si tengan como beneficiaria a la mujer o no.

ARTÍCULO 3º: Poner en conocimiento de la presente recomendación al Coordinador del Programa de Fertilización Asistida de la Secretaría de Gobierno de Salud de la Nación.

ARTICULO 4º: Las recomendaciones que la presente resolución contiene deberán responderse dentro del plazo de 30 (TREINTA) días hábiles desde su recepción.

ARTICULO 5º: Regístrese, notifíquese en los términos del 28 de la ley 24.284 y resérvese.

RESOLUCIÓN Nº 00050/2019