



Defensoría del Pueblo de la Nación
1983/2023 - 40 AÑOS DE DEMOCRACIA

Resolución

Número: RESOL-2023-49-E-DPN-SECGRAL#DPN

CIUDAD DE BUENOS AIRES

Lunes 17 de Abril de 2023

Referencia: RESOLUCIÓN N° 00017/23 - ACTUACIÓN N° 11927/22 - [REDACTED] sobre presunto incumplimiento del PMO / fertilización asistida - EX-2022-00096674- -DPN-RNA#DPN - OSPSA.

VISTO el estado de la actuación N° 11927/22 caratulada "[REDACTED] sobre presunto incumplimiento del PMO - fertilización asistida", Expediente EX-2022-00096674- -DPN-RNA#DPN; y,

CONSIDERANDO:

Que, el 22/12/2022 se presentó la Sra. [REDACTED] por su propio derecho y en representación de su pareja, [REDACTED], quien recurrió a esta INDH para denunciar a la Obra Social del Personal de la Sanidad Argentina (OSPSA) con motivo de la falta de autorización de un tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad.

Que, tal como surge de la documentación presentada, se trata de una pareja del mismo sexo y con el deseo de formar una familia han recurrido a un médico especialista en reproducción asistida (Dra. [REDACTED]) quien indicó que, de acuerdo a los antecedentes clínicos de las interesadas y con el propósito de que el/la niño/a por nacer tenga la mayor carga genética de ambas progenitoras, debían acudir a una técnica de reproducción humana asistida de alta complejidad denominada "MÉTODO R.O.P.A."

Que, en virtud de lo expuesto, tomando en consideración que la Sra. [REDACTED] posee diagnóstico de baja reserva ovárica y antecedentes de extirpación de útero, consensuaron con su pareja, Sra. [REDACTED] que sería esta última quien gestaría el bebé mientras que la Sra. [REDACTED] aportaría los óvulos.

Que, una vez acordado lo anterior, en noviembre de 2022 decidieron acudir a la Obra Social de la Sra. [REDACTED] (Obra Social del Personal de la Sanidad Argentina – OSPSA) para que autorizara el tratamiento. Sin embargo, de manera informal recibieron como respuesta que el tratamiento no se encontraba autorizado.

Que, frente al panorama descrito la Sra. [REDACTED] cursó una carta documento a la obra social exigiendo conocer los motivos por los cuales se le negaba la cobertura de punción ovárica para extracción de ovocito y anestesia, recibiendo como respuesta que: "...La normativa vigente en materia de fertilización asistida (ley 26.862, decreto reglamentario 956/13 y resoluciones relacionadas) exige que los tratamientos de ovodonación deban necesariamente realizarse con gametos o embriones provenientes exclusivamente de bancos de gametos o embriones debidamente inscriptos en el Registro Federal de Establecimientos de Salud (ReFES), lo que en principio excluiría la donación directa de óvulos, tal como resulta de la consulta que se contesta. Con mayor razón en casos como el tratado, en el que de acuerdo con la información proporcionada, a la potencial donante de los óvulos se le ha extirpado el útero y se le ha diagnosticado baja reserva ovárica. No

existen pues razones médicas que justifiquen la realización en el caso de un procedimiento de fertilización asistida de alta complejidad como el propuesto, debiendo agregarse que el tratamiento -de autorizarse- debería ser cubierto por el IPROSS, organización médica a la que pertenece quien deberá llevar adelante el embarazo buscado. Se hace notar finalmente que en la normativa antes referida no se ha hallado mención alguna al denominado "Método ROPA"...

Que, a partir de lo expuesto y advirtiendo que la postura de la Obra Social era contraria a lo normado en la Ley N° 26.862, es que la interesada decidió presentarse ante esta INDH con el propósito de verificar si sus derechos sexuales y reproductivos estaban siendo vulnerados y, en su caso, que se arbitraran los medios adecuados para garantizar su pronto restablecimiento.

Que, en virtud de la presentación efectuada por la Sra. [REDACTED], el 03/01/2023, desde esta Defensoría se cursó un pedido de informes a la obra social con el propósito de consultar si existían antecedentes de la interesada relacionados con la necesidad de realizarse una punción ovárica, así como también los motivos por los cuales habría rechazado la técnica denominada Método R.O.P.A.

Que, transcurrido un tiempo prudencial sin respuesta del agente de salud es que el 15/03/23 se cursó un pedido de informes reiteratorio que fue contestado por el agente de salud en los siguientes términos: "...Puntualmente se hace referencia al tratamiento de fertilización asistida por el método ROPA, por el cual, y de acuerdo con los antecedentes existentes, la Srta. [REDACTED] aportaría los óvulos que, luego de ser fecundados, serían implantados en su pareja, [REDACTED]. Dando respuesta al pedido de información efectuado en la nota, se señala: 1) La Sra. [REDACTED] es, efectivamente, beneficiaria de esta OSPSA. Pertenece a la Delegación Regional Rio Negro de esta Obra Social, ya que tiene domicilio registrado en la localidad de Patagones, de la provincia de Rio Negro. 2) Se recibió de la beneficiaria [REDACTED] el pedido de autorización de una punción ovárica en el marco de un tratamiento de fertilización asistida por el denominado método ROPA, según fuera señalado en el segundo párrafo de la presente nota. 3) La razón por la que se denegó en su momento la autorización del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad requerido se explicó en nota de fecha 29/11/22 cursada a la Defensoría del Pueblo de Rio Negro: en dicha nota se señaló que la normativa vigente en materia de fertilización asistida (ley 26.862, decreto reglamentario 956/13 y resoluciones relacionadas) exige que los tratamientos de ovodonación deban necesariamente realizarse con gametos o embriones provenientes exclusivamente de bancos de gametos o embriones debidamente inscriptos en el Registro Federal de Establecimientos de Salud (ReFES), lo que en principio excluiría la donación directa de óvulos. De acuerdo con ello, la decisión de la Obra Social no fue sino el cumplimiento de la normativa vigente. 4) A mayor abundamiento, se señaló a la Defensoría del Pueblo de Rio Negro en la nota aludida, que en el caso no existían razones médicas que justifiquen la realización de un procedimiento de fertilización asistida de alta complejidad como el propuesto. Se hace notar finalmente a Vd. que en la normativa antes referida no se ha hallado mención alguna al denominado "Método ROPA" ni al proceso de "maternidad compartida". Es importante por último remarcar que en un caso similar al presente, se efectuó consulta puntual a la Superintendencia de Servicios de Salud (Autoridad de Aplicación del Sistema Nacional de Obras Sociales), habiendo dicho Organismo compartido el criterio de la Obra Social. Transcribo lo dictaminado: En virtud de ello, esta Gerencia de Asuntos Jurídicos entiende que en los tratamientos de fertilización médicamente asistida de alta complejidad que requieran donación de gametos, éstos 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..."

Que, luego de verificados los extremos denunciados por la interesada y corroborada la postura restrictiva por parte de la obra social, es que esta Defensoría debe expedirse sin más dilación, pues se advierte que la conducta del agente de salud provoca una afectación sobre los derechos sexuales y reproductivos de las interesadas que se ve agravada producto del paso del tiempo, pudiendo llegar a consecuencias irreversibles en su proyecto de parentalidad.

Que, previo a continuar con el desarrollo del presente pronunciamiento corresponde detenernos en el análisis de la respuesta brindada por el agente de salud.

Que, allí, la obra social refiere que la normativa vigente en la materia exige que los tratamientos de ovodonación deban necesariamente realizarse con gametos o embriones provenientes exclusivamente de

bancos de gametos o embriones debidamente inscriptos en el Registro Federal de Establecimientos de Salud (ReFES) y, según su propia interpretación, infieren que en razón de ello "...en principio excluiría la donación directa de óvulos...". Finalmente, indican que conforme lo manifestado la decisión de la Obra Social fue el cumplimiento de la normativa vigente.

Que, sobre este punto es importante mencionar que la actitud de la Obra Social representa una interpretación literal y restrictiva del decreto reglamentario N° 956/13, el que en su artículo 8° menciona que en los casos en los que se requieran gametos o embriones donados, los mismos deberán provenir de un banco debidamente inscripto. Sin embargo, dicha aclaración hace referencia a aquellas personas o parejas que deban recurrir a gametos o embriones de un tercero ajeno a su persona o a la pareja y no a los supuestos, como el que aquí se debate, donde los óvulos pueden ser obtenidos de una de las integrantes de la pareja.

Que, sostener lo contrario nos conduciría a un resultado ilógico, obteniendo un embrión con material genético donado en desmedro del material genético de las progenitoras.

Que, el método R.O.P.A. (por sus siglas: "Recepción de Ovocitos de la Pareja"), se trata de una técnica de fertilización asistida de alta complejidad que se encuentra permitida por la norma que regula la materia, es decir por la Ley Nacional N° 26.862 y su decreto reglamentario N° 956/13.

Que, el método R.O.P.A. permite a una pareja igualitaria, formada, en el caso, por dos mujeres que desean ser madres, optar por una "maternidad compartida", participando ambas activamente de todo el proceso, aportando en la medida de sus posibilidades la mayor carga genética y emocional posible que las una con ese hijo/a por nacer.

Que, el método mencionado, junto con la inseminación artificial y la fecundación in vitro con semen de donante, es una de las alternativas que tienen las parejas de mujeres para lograr concretar la maternidad.

Que, para recurrir a esta técnica se debe realizar el tratamiento de fecundación in vitro (FIV), una técnica de alta complejidad mediante la cual se fecundan los óvulos obtenidos de una de las mujeres con los espermatozoides obtenidos de la muestra de semen del donante. En tal sentido el embrión resultante es transferido al útero de la mujer que no aportó los óvulos, logrando así que se concrete un embarazo en el que ambas integrantes de la pareja sean protagonistas.

Que, lo novedoso de este método y lo realmente importante desde el punto de vista del reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos de las personas que deban recurrir a este tipo de técnicas como única alternativa para lograr su proyecto de parentalidad es que, a diferencia de otros procedimientos, como las de "fecundación in vitro" o "inseminación artificial" convencionales, aquí ambas mujeres participan "activamente" del proceso.

Que, la solución propuesta por el "método ROPA", permite que ambas adopten un rol activo y determinante durante todo el proceso del embarazo, siendo una la madre biológica y la otra la madre gestante.

Que, sostener la interpretación hecha por la Obra Social implicaría recurrir a los óvulos de un banco de gametos aportados por una mujer desconocida y que el/la niño/a por nacer no posea ningún vínculo genético con sus verdaderas progenitoras, es decir, con quienes tuvieron la voluntad procreacional. De allí que esta INDH no advierte motivos válidos suficientes para acompañar esa postura, máxime existiendo evidencia científica y avances tecnológicos que permitirían lograr el tan ansiado y deseado proyecto de parentalidad de las interesadas.

Que, es decir, la norma contiene una serie de conjeturas que deben ser aprobadas por la interpretación. La postura negativa que sostiene la Obra Social no obra en la norma y la interpretación no lo puedo enmendar (ver Humberto Eco, "Los límites de la interpretación").

Que, profundizando un poco más en la letra de la norma (Ley N° 26.862) se observa que el art. 8° reza: "...El sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, 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...”.

Que, conforme la transcripción hecha y en contradicción con lo sostenido por la Obra Social en modo alguno la norma refiere que la inseminación debe ser hecha exclusivamente con gametos de un donante ajeno a la pareja. Por el contrario, la propia norma aclara que esa inseminación se hará con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no y, en ese caso, entonces sí se podrá recurrir a un donante. Con esto la norma prevé la posibilidad de que quien recurra a un tratamiento de reproducción asistida pueda no tener pareja o su pareja no tener material genético fértil y por ello habilitar la vía del banco de donantes. Sin embargo, no es lo que ocurre en el caso pues aquí sí existe una pareja que posee óvulos fértiles para ser inseminados por gametos masculinos en el cuerpo de la Sra. [REDACTED].

Que, a mayor abundamiento el art. 8º del Decreto Nº 956/13 en su parte pertinente reza: “...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...”.

Que, como se observa, la norma aludida aclara que, en caso de que la persona o la pareja deba acudir a un donante por no tener gametos o embriones propios, estos deberán provenir de un banco de donantes debidamente registrado. De allí que no se puede decir ni interpretar aquello que la norma no dice, máxime cuando ello implique la vulneración de derechos fundamentales. Y, ésta, es la única conjetura que en el caso el derecho aprueba.

Que, como se viene diciendo, se trata de una pareja de mujeres que sólo requiere gametos masculinos pues los gametos femeninos están disponibles y son los de la Sra. [REDACTED]. Por lo tanto, lo que aquí las interesadas reclaman es que se autorice la extracción de óvulos de la interesada para ser inseminados con gametos masculinos proveniente de un banco de donantes debidamente registrado e implantados en el útero de la Sra. [REDACTED].

Que, sobre este punto vale traer a colación el principio de legalidad que emana del art. 19 de nuestra Constitución Nacional a partir del cual se sientan las bases que determinan que ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe. De allí, entonces, que no existiendo prohibición expresa de la norma sobre el método R.O.P.A., la Obra Social carece de toda autoridad para imponer una prohibición que no ha sido prevista por el legislador.

Que, la Obra Social también refiere en su respuesta que en el caso no existían razones médicas que justifiquen la realización de un procedimiento de fertilización asistida de alta complejidad como el propuesto. Sin embargo, el agente de salud parece olvidar que, conforme la normativa vigente en la materia (Ley Nº 26.862 y Decreto Nº 956/13), para acceder a un tratamiento de reproducción humana asistida no se requiere una causal médica que así lo amerite pues contemplar ello implicaría entender la reproducción asistida como la solución a una enfermedad y desconocer así lo derechos sexuales y reproductivos de las personas solas, las parejas de hombres o las parejas de mujeres quienes, incluso siendo fértiles, requieren necesariamente de asistencia científica para poder procrear de manera biológica.

Que, con el propósito de indagar sobre el espíritu de la norma corresponde adentrarnos a analizar el debate parlamentario que en el año 2012 se dio de manera previa a la sanción de la Ley Nº 26.862. En dicho

sentido vale destacar la voz de la Diputada Chieno quien decía: "...en este dictamen ponemos en debate, en primer término, el objeto que marca esta norma, que está definido de la siguiente forma: garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico asistenciales de reproducción médicamente asistida. Esta definición excede ampliamente el concepto economicista de la mera cobertura, o el antiguo concepto reduccionista que lleva a la infertilidad a ser exclusivamente sinónimo de la palabra "enfermedad" (...) Todas estas personas podrán seguir siendo beneficiarias, y en ellas se podrá incluir tanto a las personas que tienen alguna patología como a las que no tienen ninguna patología pero que, por su decisión de vida, necesitan de la ciencia para poder concretar su anhelo de ser padres o madres..."

Que, en línea con lo anterior, la Diputada Storani decía: "...En ese mismo sentido, hemos resuelto no considerar la infertilidad como una enfermedad, ya que apuntamos a ampliar derechos, sin discriminación alguna, a todos quienes conforman nuestra sociedad..."

Que, por su parte, la Diputada Iturraspe decía: "...Legislar sobre derechos sexuales y reproductivos involucra varias dimensiones: en términos de derechos civiles, el reconocimiento de la igualdad de derechos y la no discriminación por orientación o identidad sexual; en términos de derechos sociales, el derecho a la salud requiere avanzar en la desmercantilización de ésta, contraponer el negocio de la enfermedad y de los cuerpos mismos de las personas al derecho de poder decidir y elegir de acuerdo con las necesidades y deseos..."

Que, como ha podido ser ilustrado con las transcripciones realizadas precedentemente, debe quedar claro que el derecho que concede la Ley Nº 26.862 a los habitantes de nuestro país en modo alguno debe quedar circunscripto a una concepción del uso de técnicas de reproducción asistida como una solución a una enfermedad pues ello, como ya se ha dicho, provocaría la exclusión de estas posibilidades a un grupo considerable de personas que forman parte de nuestra sociedad.

Que, lo dicho precedentemente no es menor pues, más allá de la ilegalidad antes apuntada, de adoptar la interpretación hecha por la obra social se incurriría en la vulneración de uno de los principios trascendentales en materia de derechos humanos, este es el principio de igualdad y no discriminación receptado en nuestra Constitución Nacional a través de los arts. 16, 37 y 75 Inc.2, 19, 22 y 23.

Que, el art. 16 de la Norma Fundamental expresamente 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..."

Que, en el sentido indicado el art. 75 inc. 19 dice que corresponde al Congreso: "...Proveer lo conducente al desarrollo humano (...) Sancionar leyes de organización (...) que aseguren (...) la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna...". Mientras que, de especial trascendencia, los incisos 22 y 23 del mencionado art. 75 C.N, por un lado, incorporan los tratados internacionales de derechos humanos que seguidamente se desarrollarán 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..."

Que, finalmente este principio de igualdad y no discriminación también se desprende de los tratados internacionales de DDHH, en especial surge de: 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).

Que, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) se ha pronunciado en numerosas oportunidades sobre el alcance del artículo 16 de la Constitución. Así, tiene establecido que la igualdad ante la ley involucra

la obligación del Estado de tratar igual a aquellas personas que se encuentren en idénticas circunstancias.

Que, a esta altura del análisis, corresponde hacer algunas aclaraciones pertinentes acerca de los alcances de la problemática planteada y de los derechos afectados, los que permitirán determinar la forma en la que esta INDH se pronunciará en lo sucesivo.

Que, en dicho sentido es importante destacar que la Ley N° 23.661 instituyó el Sistema Nacional de Seguro de Salud con los alcances de un seguro social, a efectos de asegurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica.

Que, con tal finalidad, dicho seguro ha sido organizado dentro del marco de una concepción integradora del sector sanitario, en el que la autoridad pública reafirme su papel de conducción general del sistema.

Que, asimismo su objetivo fundamental es el de proveer, mediante acciones positivas, el otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones eliminando toda forma de discriminación.

Que, a su vez, dicho cuerpo normativo aclara que se consideran agentes del seguro a las obras sociales nacionales, cualquiera sea su naturaleza o denominación, las obras sociales de otras jurisdicciones y demás entidades que adhieran al sistema que se constituye.

Que, en el sentido señalado cabe precisar que la Obra Social del Personal de la Sanidad Argentina (OSPSA) es uno de los agentes del seguro de salud comprendido en el art.1° de la Ley N° 23.660 y en el art. 2° de la Ley N° 23.661, y como tal, debe adecuar su conducta a los postulados de las leyes anteriormente mencionadas.

Que, en línea con lo dicho, el art. 3° de la Ley N° 23.660 establece que las obras sociales deben destinar sus recursos en forma prioritaria a brindar prestaciones de salud.

Que, más precisamente el art. 5° de la Ley N° 23.660 estableció que, como mínimo, las obras sociales deben destinar el 80% de sus recursos brutos a prestaciones de salud.

Que, esta Defensoría, como única Institución Nacional de Derechos Humanos reconocida por las Naciones Unidas con el máximo estatus dentro de esta categoría -estatus "A"-, tiene la misión de analizar la presente problemática velando porque las personas, independientemente de su género, su edad, su nivel socio-económico y el tipo de cobertura de salud que posean tengan un acceso adecuado al sistema de salud y ello implica, entre otras cosas, que en situaciones como las descriptas y existiendo una norma específica de acceso a las técnicas de reproducción asistida -Ley N° 26.862-, quien desee concretar un proyecto de parentalidad en forma solitaria o con pareja de igual o distinto sexo, pueda obtener el acompañamiento correspondiente para que ese derecho se pueda concretar y no se vea obstaculizado.

Que, por lo hasta aquí expuesto se puede advertir que la conducta de OSPSA de negar la cobertura de un tratamiento de reproducción asistida por cuestiones de género, se constituye en una práctica restrictiva frente a un supuesto de políticas públicas claras de promoción de la salud sexual y reproductiva en los términos de la Ley N° 23.660, 23.661 y 26.862 que, a su vez, se muestra manifiestamente arbitraria conforme art. 43 de la Constitución Nacional y admite poner en funcionamiento la protección que ha creado nuestra norma fundamental a través de su art. 86.

Que, OSPSA podría haber modificado su actitud frente al pedido de informes de esta Defensoría en donde se recordó la vigencia de la normativa que contempla la cobertura de los tratamientos de reproducción asistida. Sin embargo, la obra social optó por sostener su postura arbitraria y contraria a derecho.

Que, sobre este último aspecto es dable recordar la importancia y necesidad de que la Defensoría del Pueblo de la Nación intervenga con sus señalamientos cuando advierta que cualquier persona física o jurídica, pública o privada que preste un servicio público esencial, como lo es la salud, tenga un comportamiento contrario a derecho y ponga en riesgo el respeto por los derechos humanos de los habitantes.

Que, por imperio constitucional, es misión de esta INDH la protección, promoción y defensa de los derechos humanos de todos los habitantes de la nación, por lo que nada puede inducir a pensar que ese deber se encuentra circunscripto o delimitado por interpretaciones restrictivas. Caso contrario se desnaturalizaría la función del Defensor del Pueblo de la Nación y se caería en el riesgo de proteger a un sector de la población, dejando a su suerte a otro sector de acuerdo a su lugar de residencia o la persona que ha vulnerado sus derechos fundamentales.

Que, finalmente lo que se busca proteger es el derecho a la salud de una persona y para ello es indispensable conocer los alcances que dicho concepto tiene y cuál es su paraguas protector dentro del ordenamiento jurídico.

Que, en la problemática que aquí se plantea se encuentra comprometido el derecho a la salud sexual y reproductiva de una persona que posee reconocimiento en la Constitución Nacional y los pertinentes Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados a ella, de modo que la presente cuestión debe ser analizada y resuelta teniendo en cuenta tanto el derecho interno como el derecho convencional.

Que, en ese sentido, cabe resaltar que la Organización Panamericana de la Salud en la Constitución de la Organización Mundial de la Salud definió: "la salud es un estado completo de bienestar físico, mental, y social".

Que, tanto en el ámbito nacional, como en el internacional, la salud ha sido reconocida como un derecho humano, inherente a la dignidad humana, de forma tal que este bienestar físico, mental y social que pueda alcanzar el ser humano, constituye un derecho fundamental. La dignidad es el fundamento de los derechos de los pacientes y del derecho a la salud.

Que, la Constitución Nacional reconoce este derecho fundamental en su art. 42, estableciendo que: "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho (...) a la protección de su salud". Se infiere, además, este derecho del art. 33, y como corolario indispensable del derecho a la vida, que resulta base de todos los demás.

Que, adicionalmente, cabe destacar que el derecho a la salud goza en la actualidad de jerarquía constitucional en los términos del artículo 75 inciso 22, específicamente a través del artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que establece que: "...Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para (...) la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad...".

Que, merece ponerse de resalto, además, que la obligación de garantizar el derecho a la salud ha sido –en subsidio– asumida por el Estado argentino para con sus habitantes y, en este contexto, no puede dejar de mencionarse que a las normas indicadas en el párrafo que antecede debe interpretárselas conjuntamente con lo establecido en el inciso 23 del artículo 75 de la CN., que hace especial referencia a la necesidad de adoptar –como competencia del Congreso de la Nación– "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".

Que, del plexo normativo descripto surge con claridad la efectiva protección que deben tener estos derechos fundamentales de la persona, que implican no sólo la ausencia de daño a la salud por parte de terceros, sino también la obligación de quienes se encuentran compelidos a ello -y con especialísimo énfasis los agentes del servicio de salud- de tomar acciones positivas en su resguardo.

Que, por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos, establece en su art. 25.1 que "...Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial (...) la asistencia médica y los servicios sociales necesarios...".

Que, cabe recordar, también, lo expresado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso

"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", respecto del derecho a la salud como presupuesto esencial del inalienable derecho a la vida: "...el Tribunal ha considerado que el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional..." (Fallos: 302:1284; 310:1112).

Que, la Corte Suprema de Justicia de la Nación también ha dicho que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente– su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos 316: 479, votos concurrentes).

Que, como es conocido, los tratados de derechos humanos se aplican en las condiciones de su vigencia, es decir, que deben aplicarse internamente según las interpretaciones que de ellos realizan los organismos internacionales y la jurisprudencia internacional.

Que, por ello resulta relevante mencionar que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, órgano encargado de supervisar la aplicación del PIDESC, ha interpretado que "...El derecho a la salud sexual y reproductiva forma parte integrante del derecho de todos al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental..." (Observación N° 22) y 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 familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección..." (Observación N° 14), por lo que "...Es necesario eliminar todos los obstáculos al acceso (...) a servicios, bienes, educación e información integrales en materia de salud sexual y reproductiva..." (Observación N° 22).

Que, además de lo anterior, surge de diversos instrumentos internacionales de derechos humanos el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos de las personas, de allí que, en modo alguno, estos pueden ser cercenados o limitados por interpretaciones restrictivas.

Que, al respecto y tomando en consideración las especiales circunstancias que contempla el presente caso, corresponde referirnos a la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer de donde se desprende la importancia de la maternidad como función social (art. 5 inc. b); así como la necesidad de adoptar medidas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica, inclusive los que refieran a la planificación de la familia (art. 12 inc.1). Asimismo, surge de su art. 16 el reconocimiento más importante en materia de planificación familiar ya que insta a los Estados a que adopten todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, las condiciones de igualdad entre hombres y mujeres y los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos.

Que, por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra el respeto de los derechos de las personas en igualdad de condiciones; entre ellos, el art. 11 establece que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada y familiar.

Que, en este último sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se ha pronunciado en el precedente "Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica" 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". Así, la Corte IDH sigue diciendo que: "...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..."

Que, en otro orden de ideas, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y el Protocolo de San Salvador hacen mención a que los Estados deben garantizar el derecho a toda persona de gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico (art. 14 inc. "b" protocolo de San Salvador y artículo XIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre).

Que, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belem do Pará": en su art. 4º, apartados a, b, c, e y f, establece que: "...Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, 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..."

Que, la Declaración Universal de Derechos Humanos indica en su artículo 12 que nadie debe ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia y que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

Que, la intención de recurrir a esta Defensoría como afiliada de una obra social radica en la necesidad de ejercer sus derechos sexuales y reproductivos en igualdad de condiciones que el resto de los habitantes de conformidad con las normas vigentes en la materia.

Que, como se ha dicho anteriormente es misión de esta INDH perseguir el respeto de los valores jurídicos, cuya transgresión tornarían injustos los actos de la administración pública o de los particulares que prestan servicios públicos esenciales, y de los derechos humanos consagrados en nuestra Constitución Nacional a través del artículo 75 inc. 22. Repárese que es pauta de interpretación auténtica –preámbulo constitucional-: "afianzar la justicia", por lo que mal podemos alejarnos de ese norte.

Que, cabe a la DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE LA NACIÓN contribuir a preservar los derechos reconocidos a los habitantes y, en su calidad de colaborador, proceder a formalizar los señalamientos 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 notificación del 25 de agosto de 2015, que ratifica las mismas facultades y atribuciones otorgadas al Secretario General en la persona del Subsecretario General, para el supuesto de licencia o ausencia del primero.

Por ello;

EL SUBSECRETARIO GENERAL A/C

DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE LA NACIÓN

RESUELVE:

ARTÍCULO 1º.- RECOMENDAR a la Obra Social del Personal de la Sanidad Argentina (OSPSA) que en el más breve plazo posible cumpla con lo establecido en la Ley Nacional N° 26.862 garantizando a [REDACTED] y su pareja, [REDACTED], la cobertura integral del tratamiento de fertilización asistida denominado Método R.O.P.A.

ARTÍCULO 2º.- RECOMENDAR al Ministerio de Salud de la Nación que, en su calidad de autoridad de aplicación de la Ley N° 26.862, dicte el acto administrativo correspondiente a fin de clarificar que el Método R.O.P.A es una de las técnicas de reproducción humana asistida de alta complejidad reconocida por la normativa vigente en la materia.

ARTÍCULO 3º.- Poner en conocimiento a la Superintendente de Servicios de Salud.

ARTÍCULO 4º.- Las recomendaciones que la presente resolución contiene deberán responderse dentro del plazo de QUINCE (15) días hábiles desde su recepción.

ARTÍCULO 5º.- Regístrese, notifíquese en los términos del artículo 28 de la Ley N° 24.284, comuníquese a la interesada y resérvese.

RESOLUCIÓN N° 00017/23.

Juan José BÖCKEL
Subsecretario General AC
DEFENSORIA DEL PUEBLO DE LA NACION
Gestión Documental Electrónica