

BUENOS AIRES, 3 de enero de 2019

VISTO la **actuación N° 13851/18**, caratulada: “V, MP, sobre fertilización asistida”; y

CONSIDERANDO:

Que la actuación del VISTO tiene como objeto el reclamo formalizado por MPV, por su propio derecho y en representación de su pareja, CC, 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 Personal de Farmacia (O.S.P.F.), al negar la cobertura de su tercer tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad.

Que en su presentación la interesada refiere que tanto ella como su pareja habían sido diagnosticados con esterilidad secundaria de SIETE (7) años de evolución, por lo que su médico tratante les indicó someterse a tratamientos de fertilización asistida de alta complejidad de manera progresiva.

Que, como consecuencia de lo dicho anteriormente, tanto en el año 2016 como 2018, los interesados se sometieron a DOS (2) tratamientos de alta complejidad con ovodonación y transferencia embrionaria, pero dada la baja calidad de los embriones generados, no fueron transferidos, cuestión que motivó el resultado “negativo” de ambos intentos.

Que por ello, y para lograr efectividad en la búsqueda del embarazo, su médico tratante le prescribió un nuevo tratamiento denominado “FIV-ICSI con ovodonación y banco de semen criopreservado”. Sin embargo, y pese a que la pareja solicitó a su obra social la autorización para acceder a su tercer y último tratamiento de conformidad con lo prescripto por la Ley Nacional N° 26.862, su agente de salud se lo negó aduciendo que la interesada había superado la edad permitida por la Resolución N° 1044/18 de la actual Secretaría de Gobierno de Salud de la Nación (ex Ministerio de Salud de la Nación).

Que con motivo de ello, los interesados recurrieron a esta Institución Nacional de Derechos Humanos, y a partir de su presentación se solicitaron informes a la Obra Social el pasado 13/12/18.

Que con fecha 18/12/18 el agente de salud respondió al requerimiento de esta Institución, indicando que: “...La Sra. V es afiliada titular a la Obra Social, mientras que el Sr. C reúne la condición de beneficiario familiar...”; “...Constan en los registros de la Obra Social 2 autorizaciones de Fertilización, uno el 22/10/16 y otro el 12/01/18, con ovodonación y transferencia de embriones los cuales no se implantaron...”; “...no se ha rechazado ninguna autorización de cobertura de Fertilización Asistida para la afiliada. Ante la solicitud del caso la Obra Social responde de acuerdo a lo que consignan las Disposiciones o Resoluciones emanadas de la Autoridad de Aplicación. En este caso se ha dictaminado según los términos de la Resolución N° 1044/18 del M.S (Boletín Oficial 5/6/2018) la cual, en su artículo 2, expresa: “Establécese que todo tratamiento de Reproducción Médicamente Asistida con óvulos donados, se realizará a mujer de hasta 51 años de edad al momento de acceso a dicho tratamiento”. A la fecha de la solicitud de marras la afiliada había superado dicho límite etario...”.

Que las afirmaciones que contiene el responde no condicen con la realidad y tampoco guardan correlación con el ordenamiento jurídico vigente.

Que por un lado, y como argumento principal para el rechazo de la postura restrictiva de la Obra Social, cabe destacar que la Sra. V nació el día 6 de marzo del año 1967. Ello implica que en la actualidad tiene 51 años y por tal motivo “**no**” supera el límite etario establecido por la Resolución N° 1044/18, tal como afirma el agente de salud.

Que independientemente de la aclaración realizada, tampoco podría restringirse el acceso al tercer y último tratamiento garantizado por la Ley Nacional N° 26.862, Decreto N° 956/13 y Resolución 1-E/2017, puesto que las normas son de aplicación para el futuro, salvo que prescriban su aplicación

retroactiva, no pudiendo afectar los derechos adquiridos cuando estos se encuentran amparados constitucionalmente.

Que el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, reconocidas por la Ley N° 26.862, se funda en los derechos a la dignidad, la libertad y a la igualdad de toda persona humana, conforme lo determina la Constitución Nacional y los fundamentos y principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Que en su calidad de autoridad de aplicación la Secretaría de Gobierno de Salud de la Nación (ex Ministerio de Salud de la Nación), el pasado mes de junio de 2018 dictó la Resolución N° 1044/18 mediante la cual estableció que todo tratamiento con óvulos propios se realizará a mujer de hasta 44 años de edad al momento de acceder a dicho tratamiento. En tanto se trate de mujeres que requieran de óvulos donados, el límite de edad será el de 51 años.

Que en el caso que aquí se debate no sólo no debe aplicarse la resolución N° 1044/18 por encontrarse la interesada dentro del margen etario fijado por la norma, sino que además la misma no es de aplicación para aquellas mujeres que habían iniciado su proceso de embarazo con anterioridad al dictado de la Resolución.

Que en el presente caso, la interesada comenzó con el primer tratamiento de alta complejidad cuando tenía 49 años y la norma se dictó durante el curso del proceso iniciado en el año 2016, por lo que de modo alguno podría cercenarse su derecho a completar dicho proceso, el que culmina con el acceso a su tercer tratamiento de alta complejidad con ovodonación y banco de semen criopreservado, en un todo de acuerdo con lo estipulado por la propia autoridad de aplicación en su resolución N° 1-E/2017.

Que es importante destacar que tanto la concepción como el embarazo, sea por la vía natural o por la vía asistida, es el resultado de un

“**proceso**”, el que por la vía natural implica mantener relaciones sexuales mientras que, por la vía asistida, implica o puede implicar, uno o varios tratamientos, los que incluyen o pueden incluir la toma de medicación para la estimulación ovárica, la inseminación de gametos masculinos o la implantación de un embrión, entre otros.

Que en sintonía con la apreciación anteriormente expresada, el Decreto N° 956/13, define en su artículo 2° las técnicas de reproducción humana asistida como: “...**todos los tratamientos o procedimientos para la consecución de un embarazo...**”.

Que, surge del artículo 8° del mencionado decreto que se deberá comenzar con técnicas de baja complejidad como requisito previo al uso de las técnicas de mayor complejidad. A efectos de realizar las técnicas de mayor complejidad deberán cumplirse como mínimo TRES (3) intentos previos con técnicas de baja complejidad, salvo que causas médicas debidamente documentadas justifiquen la utilización directa de técnicas de mayor complejidad.

Que lo dicho refleja que el embarazo de una mujer a través de las TRHA surge como consecuencia de un “**proceso**”, que va transitando por diferentes etapas de manera gradual, en donde existirán casos en que el embarazo se producirá en los primeros intentos con técnicas de baja complejidad, y otros más dificultosos en los que el embarazo se producirá con las técnicas de alta complejidad, siendo una posibilidad que nunca se produzca el tan ansiado y deseado embarazo.

Que respecto de la interpretación de la Resolución N° 1044/18, y al encontrarse en juego los derechos sexuales y reproductivos de la interesada y su pareja, se debe hacer referencia al principio de “**progresividad**” que surge del artículo 2.1 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y al de “**seguridad jurídica**” que se desprende del artículo 28 de la

Constitución Nacional, en su faceta de protección de la confianza (*los ciudadanos planifican su vida pensando en unas prestaciones en principio inmodificables*), y la concepción del Estado Social que sostiene que las necesidades básicas evolucionan y que existe una obligación permanente de los poderes públicos de atender a dicha evolución.

Que si bien la Resolución en cuestión es constitucional y no representa una regresión propiamente dicha, a partir de considerar que su dictado se funda en los reportes y estadísticas de sociedades científicas de acreditado prestigio tanto nacionales como internacionales, donde no sólo se demuestra la baja tasa de embarazo con Técnicas de Reproducción Humana Asistida a partir de determinada edad, sino que además no se descarta la posibilidad de que la mujer desarrolle alguna enfermedad producto de su embarazo tardío.

Que esta Institución Nacional de Derechos Humanos concuerda con la lógica de revisar el contenido de las normas y de modificarlas cuando se tenga en mira la justicia distributiva, la salud pública y principalmente la integridad psico-física de la persona, quienes en casos como el aquí planteado se exponen de manera considerable en su salud reproductiva, hecho que ha provocado que los expertos sean contestes en limitar el acceso a los tratamientos, no sólo por cuestiones probabilísticas, sino también atendiendo a los riesgos propios de la práctica pasada determinada edad.

Que todo lo expuesto lleva a considerar que el caso planteado no forma parte de aquellos para los cuales fue diseñada la norma, y que por tal motivo la Obra Social excedería su competencia forzando una interpretación que restringiría y cercenaría los derechos sexuales y reproductivos de la interesada y su pareja.

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

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

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 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 Personal de Farmacia – O.S.P.F. que, en el más breve plazo posible, realice las gestiones pertinentes a fin de autorizar el tercer y último tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad que le corresponde a la Sra. MPV y su pareja, el Sr. CC, como beneficiarios de vuestra cobertura médica.

ARTICULO 2º: Poner en conocimiento de la presente recomendación a la Superintendencia de Servicios de Salud (SSSalud), en su calidad de órgano de control de las obras sociales y empresas de medicina prepaga, para que tomen la intervención que estime corresponder.

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 **00003/2019**