



DEFENSOR DEL PUEBLO
DE LA NACION
REPUBLICA ARGENTINA

BUENOS AIRES, 9 de diciembre de 2019

VISTO la **actuación N° 16646/19**, caratulada: “C, C, sobre fertilización asistida”; y

CONSIDERANDO:

Que la actuación del VISTO tiene como objeto el reclamo formalizado por CC, por su propio derecho y en representación de su pareja, MBCH, como consecuencia de las irregularidades que observa en la cobertura de un tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad por parte de la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (Ob.S.B.A).

Que la interesada se encuentra en pareja con MBCh, y al tratarse de una pareja del mismo sexo no pueden lograr la consecución de un embarazo por la vía natural.

Que con motivo de ello comenzaron a realizar diversas consultas con especialistas, quienes determinaron la necesidad de iniciar estudios clínicos que pudiesen establecer la viabilidad de comenzar un tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad.

Que los estudios arrojaron como resultado que los óvulos de la Sra. C no eran fértiles, mientras que los de la Sra. Ch, si lo eran. Por tal motivo decidieron que sea la interesada quien geste, mientras que su pareja aportaría los óvulos.

Que el procedimiento descrito anteriormente 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, y que la comunidad científica la ha denominado como “método R.O.P.A”.

Que el método R.O.P.A (por sus siglas: “*Recepción de Ovocitos de la Pareja*”) permite a una pareja igualitaria, formada, en el caso, por dos mujeres que desean ser madres, optar por una “**maternidad compartida**”, participando ambas



DEFENSOR DEL PUEBLO
DE LA NACION
REPUBLICA ARGENTINA

activamente de todo el proceso, aportando en la medida de sus posibilidades la mayor carga genética y emocional posible que las una con esa hija/o 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, e importante desde el punto de vista del reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos de las personas que deban recurrir a estas 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 tanto la interesada como su pareja, ambas usuarias de los servicios médico-asistenciales de la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires, presentaron el pedido de autorización del tratamiento pero nunca recibieron su autorización.

Que en atención a ello, las interesadas dieron intervención a esta INDH solicitando, el pasado 23/10/19, informes a la Obra Social, la que nada ha dicho pese haber transcurrido holgadamente el tiempo oportunamente otorgado.

Que haciendo un análisis del derecho interno, corresponde mencionar que en el año 2013 Argentina sancionó la Ley Nacional N° 26.862 con el propósito de establecer, a nivel nacional, un marco integral de acceso a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción medicamente asistida. En dicho sentido, su artículo 2° estableció que se debía entender como reproducción



**DEFENSOR DEL PUEBLO
DE LA NACION
REPUBLICA ARGENTINA**

medicamente asistida a “...los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo...”, aclarando, además, que “...quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones...”.

Que siguiendo con el análisis corresponde destacar el Art. 6, el que establece que serán funciones del Ministerio de Salud de la Nación (autoridad de aplicación de la ley) “...arbitrar las medidas necesarias para asegurar el derecho al acceso igualitario de todos los beneficiarios a las prácticas normadas...”. Asimismo aclara, en su Art. 8, que tanto el sector público de salud, como las obras sociales y empresas de medicina prepaga deberán incorporar como cobertura obligatoria para sus afiliados, beneficiarios y usuarios los procedimientos y técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como reproducción medicamente asistida.

Que la norma anteriormente referenciada se ha constituido como una de las más amplias de la región, reconociendo el derecho no sólo a parejas heterosexuales con problemas de fertilidad, como se había pensando en un principio¹, sino también extendiendo el derecho y las posibilidades a las parejas de igual sexo y a las personas solas con deseos de materializar su proyecto de parentalidad.

Que la norma en cuestión también ha estado en consonancia con los derechos preexistentes reconocidos por nuestra norma fundamental y los tratados internacionales de derechos humanos, en especial los relacionados con los derechos de todos los individuos a la paternidad / maternidad y a formar una familia.

Que surge así de los fundamentos del Decreto Reglamentario N° 956/13 que ha sido la voluntad del legislador poder ampliar los derechos, máxime en tiempos de cambios y de más inclusión en el ámbito social. En el marco de una

¹ Debate parlamentario Ley N° 26.862. Disponible en su versión digital: https://www.hcdn.gob.ar/secparl/dgral_info_parlamentaria/dip/debates/leyes_24001_27000.html



**DEFENSOR DEL PUEBLO
DE LA NACION
REPUBLICA ARGENTINA**

sociedad que evoluciona, aceptando la diferencia y la diversidad cultural y promoviendo de tal modo una sociedad más democrática y más justa.

Que en el sentido señalado corresponde hacer referencia a un principio constitucional que será clave para definir la postura de esta INDH a partir del caso planteado. Se trata del principio de “igualdad y no discriminación” que surge de los Art. 16, 37 y 75 Inc. 2, 19, 22 y 23 C.N. En ese sentido, especialmente interesa aquí detenernos en alguno de dichos artículos.

Que el Art. 16 C.N 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 el Art. 75 inc. 19 reza: “Corresponde al Congreso...*Proveer lo conducente al desarrollo humano...Sancionar leyes de organización...que aseguren...la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna...*”.

Que, por su parte, el Art. 75 inc. 23, expresamente indica que corresponde al Congreso: “...*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 este principio de igualdad y no discriminación también se desprende de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, 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



**DEFENSOR DEL PUEBLO
DE LA NACION
REPUBLICA ARGENTINA**

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, estableció que la igualdad ante la ley involucra la obligación del Estado de tratar igual a aquellas personas que se encuentren en idénticas circunstancias². En dicho sentido se entiende que la orientación sexual no es suficiente para justificar la restricción a un derecho, máxime cuando, como en el caso, el acceso a las técnicas comprende el derecho a formar una familia, el derecho de la salud, el derecho a la identidad, el derecho a la diversidad, etc.

Que aquí cabe realizar una aclaración de suma importancia, ya que cuando hablamos de “discriminación” no es solamente una distinción o diferencia, sino que implica un trato desfavorable a una persona por un motivo prohibido. En efecto, ciertos tratamientos diferenciados pueden ser legítimos. En este sentido, en ocasión de determinar los alcances de la Ley de Actos Discriminatorios (Ley N° 23.592), la CSJN sostuvo que “...ésta no sanciona toda discriminación, sino exclusivamente aquella que en forma arbitraria restrinja de algún modo o menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional³”.

Que no obstante lo dicho anteriormente, no podemos desatender el Art. 121 de la Constitución, el que establece que las provincias conservan el poder no delegado al Gobierno Federal, y la “salud” ha sido una de esas materias, por tal

² Fallo 16.118 - CSJN - Criminal c/ Olivar, Guillermo.

³ Fallo 314.1531 – CSJN - Comunidad Homosexual Argentina c/ Resolución Inspección General de Justicia s/ personas jurídicas.



DEFENSOR DEL PUEBLO
DE LA NACION
REPUBLICA ARGENTINA

motivo, y tratándose de una problemática que se origina a partir de la vulneración de los derechos sexuales y reproductivos por parte de una obra social provincial (Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires – ObsBa), corresponde, además, analizar la Constitución de dicha ciudad.

Que en línea con lo dicho, de su Art. 37 se desprende que: “...Se reconocen los derechos reproductivos y sexuales, libres de coerción y violencia, como derechos humanos básicos, especialmente a decidir responsablemente sobre la procreación, el número de hijos y el intervalo entre sus nacimientos. Se garantiza la igualdad de derechos y responsabilidades de mujeres y varones como progenitores y se promueve la protección integral de la familia...”.

Que como puede observarse, además de contrariar el orden constitucional nacional, la conducta de la Obra Social también desconoce el orden constitucional de la Ciudad.

Que no obstante lo dicho, la Ley N° 472 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que crea la Obra Social en cuestión, indica en su Art. 2° que la Obra Social se regirá, entre otras, por la Ley N° 153 de dicha Ciudad.

Que al verificar la Ley N° 153 de la Ciudad, se observa que entre los derechos reconocidos a las personas, su Art. 2 menciona: “...el respeto a la personalidad, dignidad e identidad individual y cultural...”. Así como también “...el ejercicio de los derechos reproductivos, incluyendo el acceso a la información, educación, métodos y prestaciones que los garanticen...”.

Que no obstante el análisis del derecho interno, como INDH corresponde también verificar el derecho internacional de los derechos humanos.

Que a partir de ello corresponde mencionar que nuestra Constitución Nacional, a través de su Art. 75 inc. 22, ha incorporado al derecho interno los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.



**DEFENSOR DEL PUEBLO
DE LA NACION
REPUBLICA ARGENTINA**

Que al verificar cada uno de los tratados, se puede advertir que su incorporación ha permitido un reconocimiento expreso y profundo del Derecho a la Salud, dentro del cual se encuentran los derechos sexuales y reproductivos.

Que, de la **Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer**, se desprende la importancia de la maternidad como función social (art. 5.b) y las medidas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica (Art. 12). Asimismo de su artículo 16 surge el reconocimiento más importante en materia de planificación familiar: los Estados partes adoptarán 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, asegurarán, 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 los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos.

Que de la **Convención Americana sobre Derechos Humanos**, pueden observarse numerosos artículos que consagran el respeto de los derechos de las personas en igualdad de condiciones, entre ellos el artículo 11 establece que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada y familiar; y el artículo 17, referido a la protección de la familia, que reconoce en los apartados 1 y 2 que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. Bajo este fundamento.

Que en este último sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha expresado, en el precedente “Artavia Murillo”, que 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.

Que la **Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y Protocolo de San Salvador** hacen mención a que los Estados deben garantizar el



**DEFENSOR DEL PUEBLO
DE LA NACION
REPUBLICA ARGENTINA**

derecho a toda persona de gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico –artículo 14, apartado “b” del 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”** 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” (Art. 4, apartados a, b, c, e y f).

Que la **Declaración Universal de Derechos Humanos** en su artículo 12 reza: “*Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia (...) Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques*”.

Que el **Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales** indica que “*Los Estados Partes reconocen el derecho de toda persona a: b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones*” (Art. 15.b).

Que el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** en su artículo 23.1 establece: “*La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado*”.

Que, finalmente cabe destacar también a **La Conferencia de Población y Desarrollo de El Cairo (1994)** que constituyó un punto de inflexión histórico en el avance de los derechos sexuales y los derechos reproductivos de las personas. Así, El Programa de Acción definió a la salud reproductiva como “*...un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o*



DEFENSOR DEL PUEBLO
DE LA NACION
REPUBLICA ARGENTINA

dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos...”; “...en consecuencia, 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, cuando y con qué frecuencia...”.

Que en línea con lo anterior, la **Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer de la ONU** estableció que la atención de la salud reproductiva incluye el acceso a *“métodos, técnicas y servicios que contribuyan a la salud y al bienestar reproductivo al evitar y resolver los problemas relacionados”*.

Que los derechos reproductivos aseguran la posibilidad de tomar decisiones libres y responsables para la conformación de una familia y de recurrir a métodos para superar el obstáculo de 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.

Que en su último pronunciamiento, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Observación General N° 22⁴ CDESC de mayo 2016) reconoció el cumplimiento del derecho a la salud sexual y a la salud reproductiva de las mujeres como presupuesto primordial para el logro del cumplimiento de todos sus otros derechos humanos, principalmente su derecho a la autonomía. Afirmó que el derecho de las mujeres a la salud sexual y reproductiva es indispensable para su autonomía y su derecho a tomar decisiones significativas respecto de su vida y su salud.

Que, Argentina adoptó el Consenso de Montevideo para dar seguimiento al Programa de Acción de El Cairo después de 2014, reafirmando su compromiso en promover, proteger y garantizar la salud y los derechos sexuales y los derechos reproductivos para contribuir a la plena realización de las personas y a la justicia social en una sociedad libre de toda forma de discriminación y violencia,

⁴<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmIBEDzFEovLCuW1a0Szab0oXTdlmnsJZZVQfQejF41Tob4CvijeTiAP6sU9x9eXO0nzmOMzdytOOLx69nViOTIV6OoUoPTgA4cV57WrxAyF98jHu%2B0%2F2kHqqr>.



DEFENSOR DEL PUEBLO
DE LA NACION
REPUBLICA ARGENTINA

comprometiéndose, entre otras cosas, a adoptar medidas en pos de garantizar el acceso universal a servicios de salud sexual y salud reproductiva de calidad, tomando en consideración las necesidades específicas de hombres y mujeres, adolescentes y jóvenes, personas LGBT (lesbianas, gays, bisexuales, trans), personas mayores y personas con discapacidad, prestando particular atención a personas en condición de vulnerabilidad y personas que viven en zonas rurales y remotas y promoviendo la participación ciudadana en el seguimiento de los compromisos.

Que un enfoque de la salud sexual y de la salud reproductiva basado en los derechos humanos debe ofrecer estrategias que permitan reducir las desigualdades en el acceso, las prácticas discriminatorias y las relaciones de poder injustas que suelen ser aspectos centrales de la inequidad en salud.

Que la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos no está destinada solamente a servir de complemento a la parte dogmática de la Constitución sino que, necesariamente, implica condicionar el ejercicio de todo el poder público al pleno respeto y garantía de estos instrumentos. Dada la jerarquía constitucional otorgada a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, su violación constituye no sólo un supuesto de responsabilidad internacional del Estado sino, también, la violación de la Constitución misma.

Que en dicho sentido, siguiendo el trámite de actuaciones con similar objeto, vale aclarar que lo que esta INDH busca es el respeto a los valores jurídicos, cuya transgresión tornan injustos los actos de quienes prestan y brindan 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 justicia”, por lo que mal podemos alejarnos de ese norte.

Que esto último no es menor, puesto que el caso aquí planteado presenta una particularidad especial. Se trata de una pareja de mujeres que por motivos de



**DEFENSOR DEL PUEBLO
DE LA NACION
REPUBLICA ARGENTINA**

salud ha decidido que, mientras una aportaría los óvulos, la otra aportaría el cuerpo para gestar.

Que al respecto es interesante mencionar que los derechos sexuales y reproductivos de la pareja se encontrarían garantizados en tanto y en cuanto los avances científicos, las técnicas propuestas y las particularidades físicas de cada una de las interesadas contribuyan a lograr el objetivo último que se han propuesto al momento de formar una familia, esto es, que la niña/o por nacer pueda disponer de la mayor carga genética posible de ambas progenitoras.

Que en tal sentido, y como ocurre en el presente caso, si una de las integrantes de la pareja carece de óvulos fértiles pero puede poner el cuerpo para gestar el embrión, no se advierten motivos válidos para negar esta posibilidad.

Que el acceso al tratamiento requerido es un derecho fundamental y, como tal, requiere de una tutela inmediata que sobrepase cualquier velo formal que la retarde, máxime cuando la demora conduce directamente a la frustración del derecho.

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



**DEFENSOR DEL PUEBLO
DE LA NACION
REPUBLICA ARGENTINA**

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 a la señora Presidente de la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires que en el más breve plazo posible disponga las gestiones necesarias a fin de autorizar el tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad para la CC y MBCh, con óvulos propios de esta última.

ARTICULO 2º: Poner en conocimiento de la presente RECOMENDACIÓN al Jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

ARTICULO 3º: Poner en conocimiento de la presente RECOMENDACIÓN al Interventor del Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI), para que tome la intervención que considere pertinente.

ARTICULO 4º: Poner en conocimiento de la presente RECOMENDACIÓN a la Federación Argentina LGBT (Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans).

ARTÍCULO 5º: Poner en conocimiento de la presente RECOMENDACIÓN al Programa Nacional de Fertilización Asistida, para que se expida acerca de las consideraciones que en su caso correspondan respecto del método R.O.P.A.

ARTICULO 6º.- Las recomendaciones que la presente resolución contiene deberán responderse dentro del plazo de 30 (TREINTA) días hábiles desde su recepción.

ARTICULO 7º: Regístrese, notifíquese en los términos del 28 de la ley 24.284 y resérvese.

RESOLUCIÓN Nº 00134/2019