



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

Resolución

Número:

Referencia: RESOLUCIÓN N° 00035/23 - ACTUACIÓN N° 4001/23 - [REDACTED] - sobre presunto incumplimiento del PMO / fertilización asistida - EX-2023-00032033- -DPN-RNA#DPN - FEDERADA SALUD.

VISTO el estado de la Actuación N° 4001/23 caratulada "[REDACTED] sobre presunto incumplimiento del PMO / fertilización asistida, EX-2023-00032033- -DPN-RNA#DPN; y,

CONSIDERANDO:

Que, el 25/04/2023 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 empresa "Mutual Federada 25 de junio Sociedad de Protección Recíproca" 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 una clínica de reproducción asistida (PROCREARTE) donde le indicaron que, 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, las interesadas consensuaron que, mientras la Sra. [REDACTED] aportaría los óvulos, la Sra. [REDACTED] gestaría el bebé.

Que, una vez acordado lo anterior, en abril de 2022 decidieron acudir a FEDERADA SALUD 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] y su pareja cursaron una carta documento exigiendo conocer los motivos por los cuales se le negaba la cobertura del tratamiento, recibiendo como respuesta que la mutual se ajustaba a lo establecido en la Ley N° 26.862, Decreto N° 956/13 y reglamentaciones posteriores, por lo que consideraban que la norma anteriormente mencionada no obliga a la empresa a brindar un tratamiento ICSI con método ROPA y, por tal motivo, si la pareja optaba por esa alternativa debían solventarla de su propio peculio.

Que, a partir de lo expuesto y advirtiendo que la postura de la Mutual 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. ██████████, el 25/04/2023, desde esta Defensoría se cursó un pedido de informes a la Mutual con el propósito de consultar si existían antecedentes de la interesada relacionados con la necesidad de realizarse un tratamiento de reproducción humana asistida en base a la técnica denominada Método R.O.P.A.

Que, a partir del pedido de informes anteriormente aludido, la Mutual respondió el 23/05/23 en los siguientes términos: "...dicho organismo resulta incompetente para entender en el presente reclamo y por lo cual solicitamos así se declare, a los fines de poner conocimiento de lo acontecido respecto de la pretensión de la actora se hace saber que se encuentra en trámite un expediente ante la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS DE SALUD DE LA NACIÓN que es quien SI resulta competente para entender en el presente reclamo y ello se hace bajo el número de expediente EX-2022-90856646-APN-GDYAISS#SSS. En este contexto, vuestra dependencia – si entiende que posee competencias- podrá solicitar a la autoridad de aplicación que informe nuestro descargo. Todo ello a los fines de evitar un sin número de reclamos por el mismo objeto en diferentes reparticiones, lo cual hace necesaria la conexidad de dichos reclamos cuando versan sobre el mismo objeto. podrá solicitar conforme le fuera informado a la denunciante en reiteradas oportunidades, la prestación requerida en su reclamo carece de recepción legal por la normativa legal de FERTILIDAD y por su parte, mi representada, le autorizó y puso a disposición la cobertura que legal tiene derecho y que médicamente corresponde en su caso. Es así que, mediante carta documento, se le informo que "Nos dirigimos a Uds. con motivo su carta documento de fecha 11 de julio, recepcionada en fecha 13 de julio del corriente año. Al respecto rechazamos la misma por improcedente y desajustada a los hechos y a derecho. Como Ud. conoce, su mutual cumplimenta rigurosamente la Ley No 26.862 su decreto reglamentario 953/2013 y reglamentaciones dictadas en consecuencia no existiendo arbitrariedad alguna imputable a esta entidad. La ley N°26.862 tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, y mediante su art. 8º prescribe que todo prestador de salud, posea la figura jurídica que posea, incorporará 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 (OMS) define como de reproducción médicamente asistida, sin que ello implique la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios.- El Decreto 953/2013 , reglamentario de la ley 26.682 prevé en su artículo 8º 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. Quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO), los procedimientos y las técnicas de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo para la reproducción médicamente asistida reguladas en el artículo 8º de la Ley No 26.862..." Asimismo establece que: "...La autoridad de aplicación podrá elaborar una norma de diagnóstico e indicaciones terapéuticas de medicamentos, procedimientos y técnicas de reproducción asistida para la cobertura por el Programa Médico Obligatorio". Le hacemos conocer que evaluados los antecedentes médicos presentados y de conformidad a la Guía sobre Fertilidad para Equipos de Atención Primaria de la Salud - Ministerio de Salud de la Nación se encuentra a su disposición la práctica de Inseminación Intrauterina (IIU) en nuestros prestadores contratados. En esta oportunidad cabe poner de relevancia que la Resolución 1-E/2017 del Ministerio de Salud de la Nación prevé en relación a los Tratamientos de Reproducción Médicamente Asistida con Técnicas de Alta Complejidad (TRHA/AC) los procedimientos médicos y etapas contemplados en su ANEXO I (GDE IF-2017-00032620-APN-DD#MS), con el alcance fijado en el ANEXO II (GDE IF- 2017-00033241-APN-DD#MS) y en el ANEXO III (GDE IF-2017-00033713-APN-DD#MS); en consecuencia la reglamentación de la Ley 26.862 invocada no prevé en modo alguno como obligación de esta entidad tratamiento ICSI con método ROPA (recepción de óvulos donados de la pareja y esperma donado); por lo expuesto si Ud. y su pareja optaran por la realización de una prestación superadora de la obligación legal de su mutual por los motivos jurídicos expuestos, las mayores erogaciones en que pudieran incurrir deberán solventarlas de su propio peculio. En caso de que Ud. se encuentre en disconformidad con lo resuelto por la auditoría médica, solicitamos tenga a bien remitir las razones científicas, jurídicas y médicas por las cuales Ud. se aparta de la cobertura otorgada por su mutual, a los fines de una nueva valoración de su pretensión...". Ahora bien, en primer lugar, la reclamante no acreditó los motivos científicos por los cuales correspondería apartarse de la solución legal prevista por el Art 8º de la Ley 26862 que impone la necesidad de tratamientos de baja complejidad previos a los de alta complejidad. En segundo lugar, tampoco ha probado que exista en la reclamante y su pareja alguno de los supuestos previstos en las guías del Ministerio para

acceder a los tratamientos de alta complejidad. Solamente han indicado que tienen deseos de someterse a un tratamiento de alta complejidad para efectuar conjuntamente con éste un método al que denomina ROPA, cuya cobertura no resulta obligatoria para mi mandante. O sea, que la única forma de realizarse la práctica ROPA no obligatoria para Federada, es hacerlo de manera inescindible con un tratamiento de alta complejidad y no porque científicamente le haya sido indicado aquel o sean infértiles; o no puedan concebir como pareja por vía de uno de baja complejidad. Además, de las probanzas arrojadas por la reclamante solo prueba su “deseo” de participar ambas del embarazo, cuestión que a todas luces se contraponen con el criterio de necesidad científica, patológica o de cualquier índole que haya tenido en miras el legislador al sancionar el Art 8º de la Ley 26.862 y prever el escalonamiento dispuesto, que destacamos, no fue cuestionado en su constitucionalidad por las partes. El Art 8º de la Ley 26.862 (Dto. Reg. 956/2013) establece 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...”. Sentado lo anterior, el Ministerio de Salud de la Nación publicó las guías de cobertura de fertilización asistida que determinan en cada caso la procedencia de los tratamientos y que obran glosadas a la causa. Así dispuso que para las INDICACIONES FIV (FECUNDACIÓN IN VITRO) deben existir: A) Obstrucción o ausencia de ambas trompas de Falopio. B) Endometriosis severa. C) Antecedentes de inseminaciones intrauterinas fallidas. F) Alteraciones de la ovulación que no pueden resolverse con otros tratamientos. G) Disminución de la reserva ovárica. En aquellos casos de INDICACIONES ICSI (MICROINYECCIÓN ESPERMÁTICA) debe acontecer: A) Frente a espermogramas muy alterados (que no es nuestro caso) y B) Fallas de fertilización en procedimientos previos. (que no acreditan de ninguna forma). En nuestro caso, las mismas guías prevén de forma expresa e inconfundible el tratamiento legalmente exigible y es coincidente con el autorizado por la mutual. Dispone que la Inseminación Intrauterina (IIU) Consiste en la colocación de espermatozoides previamente capacitados en la cavidad uterina mediante la utilización de una cánula con el fin de lograr un embarazo. Es un procedimiento sencillo que se realiza en el consultorio colocando un espejo e introduciendo a través del cuello del útero una cánula fina, a través de la que se depositan dentro del útero los espermatozoides seleccionados. La inseminación puede realizarse con el semen de la pareja (homóloga) o con semen de donante (heteróloga). Las indicaciones para realizar inseminación intrauterina son entre otras, el caso Mujeres sin pareja o con pareja del mismo sexo. Además, el método ROPA peticionado no tiene recepción legislativa. El Ministerio de Salud, en su carácter de Autoridad de Aplicación y de rectoría en la materia, fijó los criterios relativos a las técnicas y tratamientos referidos en el artículo 8º de la ley 26.862 mediante la Resolución 1 - E/2017. De tal manera, estableció en el artículo 1º de dicha resolución que: “Entiéndase que para cada uno del total de TRES (3) TRATAMIENTOS DE REPRODUCCIÓN MÉDICAMENTE ASISTIDA CON TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN MÉDICAMENTE ASISTIDA DE ALTA COMPLEJIDAD (TRHA/AC) a los cuales cada paciente tiene derecho, quedarán incluidos los procedimientos médicos y etapas contemplados en el ANEXO I (GDE IF-2017-00032620), con el alcance fijado en el ANEXO II (GDE IF2017- 00033241-APN-DDMS) y en el ANEXO III (GDE IF-2017- 00033713-APN-DDMS) los que forman parte integrante de la presente, a los efectos de lo dispuesto por el artículo 8º, tercer párrafo del Anexo al Decreto Reglamentario N° 956/13” y en ellos nada se expresa acerca del nombrado método; por lo que en consecuencia corresponde su rechazo como tratamiento legalmente exigible. No se ha acreditado ninguno de los supuestos científicos establecidos por el legislador y el Ministerio de Salud para que la reclamante y su pareja sean relevadas del imperativo legal y en consecuencia beneficiarias de un “per saltum” a tratamientos de alta complejidad. No son infértiles y el tratamiento de alta complejidad peticionado no se ha fundado en ninguna situación médica, solo en el deseo de ambas de participar del embarazo a través de un método denominado ROPA que no tiene recepción legal. En suma, siendo inescindible el tratamiento de alta complejidad con el método ROPA y dicho tratamiento se pretende al solo efecto de satisfacer deseos mediante una práctica excluida de la ley, el rechazo propinado por mi representada con sustento en la norma que regula el punto y en las Guías Ministeriales no puede constituir una conducta contraria al régimen legal, que genere un reproche constitucional grosero. A lo sumo puede ser una cuestión opinable, pero insusceptible de tramitar por esta vía. Por todo lo expuesto, el reclamo deberá ser rechazado- y así lo solicito expresamente...”.

Que, luego de verificados los extremos denunciados por la interesada y corroborada la postura restrictiva por parte de la Mutual, es que esta Defensoría debe expedirse sin más dilación, pues se advierte que la conducta discriminatoria del agente de salud provoca una afectación sobre los derechos sexuales y reproductivos de las interesadas que se ve agravada por el 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, la Mutual refiere que este organismo no es competente para entender en este reclamo por lo que solicita que se declare incompetente. Asimismo, indican que se encuentra en trámite un expediente ante la Superintendencia de Servicios de Salud quien, a su criterio, resultaría ser el organismo competente para entender en el presente.

Que, en primer lugar, es preciso aclarar que la competencia de esta Defensoría surge del artículo 17 de la Ley N° 24.284 en tanto establece “Quedan comprendidas dentro de la competencia de la Defensoría del Pueblo, las personas jurídicas públicas no estatales que ejerzan prerrogativas públicas y las privadas prestadoras de servicios públicos”.

Que, en línea con lo anterior y tal como surge de los considerandos de la Resolución SSSalud N° 1993/21, en el marco de la Ley N° 26.682, la MUTUAL FEDERADA 25 DE JUNIO SOCIEDAD DE PROTECCIÓN RECÍPROCA, se encuentra inscripta en el REGISTRO NACIONAL DE ENTIDADES DE MEDICINA PREPAGA bajo R.N.E.M.P. N° 3-1158-6 y, en ese sentido, el art. 2° de la Ley N° 26.682 establece que, empresas de medicina prepaga es: “...toda persona física o jurídica, cualquiera sea el tipo, figura jurídica y denominación que adopten cuyo objeto consista en brindar prestaciones de prevención, protección, tratamiento y rehabilitación de la salud humana a los usuarios...”. De allí que, mal puede desentenderse de los objetivos para los cuales fue creada y apartarse de las prerrogativas que el Estado Nacional le ha conferido al permitirle prestar un servicio público esencial como lo es la salud.

Que, en razón de lo anterior, vale la pena mencionar que la Defensoría del Pueblo de la Nación es la única Institución Nacional de Derechos Humanos de Argentina que ha sido reconocida por las Naciones Unidas con el máximo estatus dentro de esta categoría -Estatus A-.

Que, en dicho sentido la Asamblea General de la ONU en 1993 mediante Resolución A/RES/48/134 ha reconocido los “Principios de París” que fija los estándares en las que las INDH deben ejercer su función. En especial, respecto de las competencias y atribuciones, se establece que las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos disponen del mandato más amplio posible.

Que, en esa misma dirección la “Declaración de Marrakech” ha dicho que: “...Los Estados cargan con la responsabilidad primordial y tienen la obligación de respetar, proteger, promover y cumplir con todos los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas, incluyendo el ejercicio de la diligencia debida con respecto a la protección contra toda vulneración cometida por agentes no estatales. Los estados también tienen la obligación de progresar en la implementación de estos protocolos de derechos humanos e informar acerca del progreso alcanzado a nivel nacional e internacional...”.

Que, dicha Declaración refiere también que se debe generar conciencia en los actores privados acerca de su responsabilidad a la hora de respetar a los defensores de los derechos humanos y aconsejarles acerca de las medidas necesarias para garantizar que cumplan con dicha responsabilidad.

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 (art. 86), 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 conjetura que el texto constitucional aprueba y la función de la Defensoría del Pueblo de la Nación, con riesgo de proteger a un sector de la población dejando a su suerte a otro sector de acuerdo al lugar de residencia o de las características subjetivas, etc., de la persona que ha sido objeto de vulneración de sus derechos fundamentales.

Que, hechas las aclaraciones introductorias acerca de la competencia e importancia que tiene esta INDH con

sus señalamientos, corresponde entrar de lleno en el análisis de la conducta de la prepaga que ha sido detallada en su responde.

Que, la Mutual refiere que la prestación requerida por la interesada carece de recepción por la normativa en fertilidad y, por tal motivo, habría ofrecido la cobertura que legal y médicamente corresponde en su caso. Para sostener ello citó el art. 8º de la Ley Nº 26.862 y Decreto Nº 956/13, haciendo especial mención al procedimiento por medio del cual la pareja debería comenzar, es decir por tratamientos de baja complejidad para luego pasar a tratamientos de alta complejidad. En este sentido indicaron que, al evaluar la Guía sobre Fertilidad para equipos de Atención Primaria de la Salud del Ministerio de Salud de la Nación, ponen a disposición de las interesadas la práctica de Inseminación Intrauterina (IIU) en sus prestadores contratados, no encontrándose obligados a brindar un tratamiento ICSI con método ROPA.

Que, sobre este punto es importante mencionar que la actitud de la Mutual constituye una interpretación literal y restrictiva del Decreto Reglamentario Nº 956/13 pues, el método ROPA, como su nombre lo indica, es un método que forma parte de un tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad y como tal, y en razón de lo dispuesto por la Ley Nº 26.862, tiene cobertura del 100% por parte de los agentes del Sistema Nacional del Seguro de Salud.

Que, la interpretación de las normas implica analizar su significado y alcance para determinar cómo deben aplicarse en casos específicos y para ello resulta, como buena técnica, la lectura de los debates parlamentarios que sirvieron de base a la sanción de una norma, hecho que más adelante se traerá a consideración.

Que, finalmente, sobre este punto cabe decir que la interpretación de las normas es importante porque ayuda a adaptarlas a situaciones específicas y a garantizar la plena vigencia del derecho.

Que, además de la importancia y necesidad de interpretar las normas, debemos decir que las leyes también deben ser justas. La justicia es un principio fundamental en cualquier sistema normativo; es más, es la pauta de interpretación auténtica de todo nuestro sistema jurídico: "afianzar la justicia" (preámbulo constitucional)

Que, a partir de la posición adoptada por la Mutual, se advierte que seguir la línea interpretativa propuesta por el agente de salud conduciría a fomentar una distinción y discriminación injustificada sobre un colectivo de personas que verían cercenados sus derechos sexuales y reproductivos por el mero hecho de querer formar una familia biológica con una persona de igual sexo (homoparental); pues ¿cuál sería el argumento entre cubrir un tratamiento de reproducción humana asistida de alta complejidad para una pareja heteroparental que por sus antecedentes clínicos ya se conoce que no requerirán tratamientos de baja complejidad, y lo que aquí se pide donde también se conoce que los tratamientos de baja complejidad no serán efectivos al fin legítimo que las interesadas poseen, es decir, lograr concebir un embarazo donde ambas progenitoras sean participes activas de la concepción de ese/a niño/a por nacer?

Que, además de lo dicho, corresponde mencionar que en ningún apartado del Decreto Nº 956/13 se expresa que es condición sine qua non que todas las personas o parejas deben comenzar y transitar los tratamientos de fertilización asistida con técnicas de baja complejidad cuando el criterio médico disponga lo contrario. Ello quedará a criterio del profesional tratante quien, evaluada la situación clínica, la edad de la mujer y el contexto imperante, determinará si las técnicas de baja complejidad son las apropiadas o no. Hecho que, nuevamente, aparece en el presente caso donde, claramente las interesadas necesitan directamente técnicas de alta complejidad.

Que, específicamente las interesadas requieren una técnica de alta complejidad bajo un método específico (Método ROPA) que les permite ser participes activas a ambas integrantes de la pareja.

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 Nº 26.862 y su decreto reglamentario Nº 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. De allí que no existen motivos válidos para acompañar la postura de la Mutual, 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 el texto normativo por vía de interpretación. La postura negativa que sostiene la Mutual no obra en la norma y la interpretación no lo puede 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, 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, la Mutual 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, restando importancia así al deseo de las interesadas y sus derechos sexuales y reproductivos que son, en definitiva, preexistentes a cualquier condición de salud. Asimismo, indican que el método ROPA no tiene recepción legal y que, en caso de así quererlo, al considerar que dicho método es una prestación superada, son las interesadas quienes deberán abonarlo de su propio peculio. Sin embargo, el agente de salud parece olvidar

que, conforme la normativa vigente en la materia (Ley N° 26.862 y Decreto N° 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 los 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, como ha sido señalado presentemente sobre la importancia de la interpretación de las normas y con el propósito de indagar sobre el espíritu de la misma corresponde adentrarnos a analizar el debate parlamentario que en el año 2012 se dio de manera previa a la sanción de la Ley N° 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 N° 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 Mutual 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 prepagas, 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 Mutual Federada 25 de Junio SPR 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° 26.682, y como tal, debe adecuar su conducta a los postulados de las leyes anteriormente mencionadas.

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 descritas 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 la Mutual 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° 26.682, 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, la Mutual 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, optó por sostener su postura arbitraria y contraria a derecho.

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, asimismo, es ampliamente aceptado que el respeto de los derechos humanos no es solo una obligación que compete a los Estados. También es una norma de conducta mundial aplicable a todas las empresas en todas las situaciones sin importar su tamaño, el origen de sus capitales, el lugar donde se desarrollan y la actividad que realizan.

Que, a tal fin, por Resolución N° 17/04 del 16/06/11 el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas aprobó un instrumento internacional de derechos humanos denominado Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos que se ha estructurado bajo las premisas “Proteger, Respetar y Remediar”.

Que, como se ha dicho precedentemente, estos Principios están distribuidos en tres grandes pilares: el deber del Estado de proteger los derechos humanos, la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos y el acceso a los mecanismos de remediación y/o reparación.

Que, dentro de los principios fundacionales este documento establece que las empresas deben respetar los derechos humanos consagrados en el derecho convencional y ello implica una responsabilidad adicional a la de cumplir las leyes y normas nacionales.

Que, dentro del pilar que interesa aquí destacar -La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos-, corresponde hacer mención a aquellos principios que especialmente se han vulnerado en la presente actuación.

Que, en dicho sentido las empresas deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación (Principio 11).

Que, a su vez, según el Principio 13 “la responsabilidad de respetar los derechos humanos exige que las empresas(...) eviten que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos y hagan frente a esas consecuencias cuando se produzcan”. En este sentido, la falta de cumplimiento del marco jurídico anteriormente descrito por parte de la Mutual Federada 25 de Junio SPR, que amenaza con afectar el derecho a la salud de la interesada, se torna una conducta contraria a las interpretaciones que surgen del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Que, por lo hasta aquí expuesto se ha podido evidenciar que la necesidad de la interesada de recurrir a esta INDH está íntimamente relacionada con el ejercicio de sus derechos y con la obligación del Estado de tutelarlos cuando estos se vean amenazados. En particular, el principio N° 1º relacionado con “El deber del Estado de proteger los derechos humanos” indica que son los Estados quienes “...deben proteger contra las violaciones de los derechos humanos cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas. A tal efecto deben adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos mediante políticas adecuadas...”.

Que, la intención de recurrir a esta Defensoría como afiliada de una prepaga 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, 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 MUTUAL FEDERADA 25 DE JUNIO S.P.R. 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 de alta complejidad denominado Método R.O.P.A.

ARTÍCULO 2º.- Poner en conocimiento a la interventora del INSTITUTO NACIONAL CONTRA LA DISCRIMINACIÓN, LA XENOFOBIA Y EL RACISMO.

ARTÍCULO 3º.- Poner en conocimiento a la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS DE SALUD.

ARTÍCULO 4º.- Regístrese, notifíquese, comuníquese a la interesada y resérvese.

RESOLUCIÓN N° 00035/23.