

La Plata, 20 de Enero de 2014

VISTO El artículo 55 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires, la Ley N° 13834, el artículo 22 del Reglamento Interno de la Defensoría y,

CONSIDERANDO

Que la Ley Nacional N° 26.862 tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida.

Que conforme lo allí expresado, tienen derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad que de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529, haya explicitado su consentimiento informado, el cual es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer.

Que asimismo, el artículo 8 de la norma dispone que 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 también quedan comprendidos en la cobertura prevista en este artículo, los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos, según la mejor tecnología disponible y habilitada a tal fin por la autoridad de aplicación, para aquellas personas, incluso menores de dieciocho (18) años que, aun no queriendo llevar adelante la inmediata consecución de un embarazo, por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas puedan ver comprometidas su capacidad de procrear en el futuro.

Que por su parte, el Decreto Reglamentario N° 956/2013, en primer lugar, dispone garantizar el acceso a dichos procedimientos y técnicas, cualquiera sea la cobertura que posea el titular del derecho.

Que a tales fines, los Prestadores del Servicio de Salud de los ámbitos público, de la Seguridad Social y privado, deberán proveer sus prestaciones respectivas conforme la Ley N° 26.862, la presente reglamentación y demás normas complementarias que al efecto se dicten.

Que el Decreto Reglamentario en su artículo 3° determina que la Autoridad de Aplicación de la Ley 16.862 es conjuntamente el Ministerio de Salud y la Superintendencia de Servicios de Salud, en lo que resulte materia de su competencia.

Que a su vez, dispone la inclusión en el PROGRAMA MEDICO OBLIGATORIO (PMO), de los procedimientos y las técnicas de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo para la reproducción médicamente asistida reguladas en el artículo 8° de la Ley N° 26.862.

Que la ley ha reivindicado el Derecho a procrear, motivo por el cual las técnicas de reproducción asistida responden a motivaciones loables, de personas que individualmente o en pareja persiguen la conformación de un grupo familiar.

Que la salud reproductiva ha sido definida como un *“estado general de bienestar físico, mental y social en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y con sus funciones y procesos”*- Conferencia Internacional sobre la Población y el desarrollo, Capítulo VII-, y que se encuentra regulada por la Ley 13.006, en el marco del derecho a la salud y a la dignidad humana y la valoración de la familia.

Que se puede afirmar que, privar de los tratamientos a los habitantes de la provincia de Buenos Aires, implicaría una violación al derecho a la salud reconocido en la Constitución Nacional, Constitución Provincial y diversos Tratados de jerarquía constitucional (arts. 42 y 75 inc. 22 y 23 de la Constitución Nacional; art. 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 4, inc. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-; art. 12 inc. 1º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 5 inc. e ap. IV de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación; y arts. 12 inciso 3º, y 36 inciso 8º de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires).

Que en particular, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires dispone en el art. 12 que *“Toda persona en la Provincia goza, entre otros de los siguientes derechos:...3) al respeto de la dignidad, al honor, la integridad física, psíquica y moral”* y reconoce entre los derechos sociales, a la salud. En efecto, el art. 36 inc. 8 establece que: *“La Provincia garantiza a todos sus habitantes el acceso a la salud en los aspectos preventivos, asistenciales y terapéuticos...el medicamento por su condición de bien social integra el derecho a la salud...”*.

Que la procreación, como un derecho reproductivo, es un derecho humano y obtiene sustento en el derecho constitucional a constituir una familia, consagrado en el art. 14 bis de la C.N. al asentar que *“se asegurará la protección integral de la familia”*, acompañado del Principio de Igualdad, previsto en el artículo 16, del Principio del Debido Proceso del art. 18 y del Principio de Autonomía Personal previsto en el art. 19.

Que particularmente el art. 36 inc. 1 de nuestra Carta Local menciona la Familia y la define como “...*el núcleo primario y fundamental de la sociedad*” y que por tanto, “...*La Provincia establecerá políticas que procuren su fortalecimiento y protección moral y material*”.

Que por su parte, los Tratados Internacionales, con jerarquía constitucional hacen referencia la especial protección que merece la familia, en especial: a) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre en el art. V, señala que “*Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar*”, b) la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su art. 16 inc. 1°, dispone que: “*Los hombres y las mujeres a partir de la edad núbil tienen derecho sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión a casarse y fundar una familia... La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado*”; c) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece en similar sentido en el art. 10 que: “*Los Estados Partes en el presente pacto reconocen que: 1) Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo...*”, y en el art. 11 “*1) Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda...*” e) La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en el art. 16 inc. 1° apartado “e” determina que se asegurará la igualdad entre hombres y mujeres respeto del derecho 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 la mayoría de las empresas de medicina prepaga, luego de la sanción de la ley provincial N° 14.208 de fertilización asistida y sus decretos reglamentarios, otorgaron cobertura integral de los tratamientos, incluido el costo de la medicación al 100%.

Que a partir de la sanción de la ley de Reproducción Médicamente Asistida N° 26.862 y su decreto reglamentario, se han recibido en esta Defensoría quejas por falta de cobertura del 100% de la medicación en tratamientos de fertilidad asistida de baja y alta complejidad, por parte de las prepagas que argumentan “verbalmente”, que la cobertura de la medicación es sólo al 70%, porque las prácticas –a partir de la sanción de la Ley 26.862- están incluidas en el P.M.O. y la cobertura de los costos de la medicación, es de acuerdo al plan que paga cada beneficiario. Además manifiestan – siempre verbalmente- que la Ley Nacional de Fertilización Asistida N° 26.862 prevé la cobertura de una mayor cantidad de tratamientos, teniendo que compensar estos mayores costos con una quita en el porcentaje de cobertura de la medicación.

Que la Jerarquía constitucional y la operatividad del derecho a la salud penetra de forma inevitable en todas las relaciones sean de naturaleza pública, privada o semipública, debiendo priorizarse el respeto a la dignidad humana, brindando siempre una respuesta satisfactoria.

Que los argumentos de contenido económico esgrimidos, como lo son, el alto costo de estos tratamientos o el impacto económico que repercute en el resto de sus afiliados, no impiden la plena efectividad de la norma que resulta operativa frente a los derechos conculcados.

Que, por su parte, las empresas de medicina prepagas cumplen una función social, en nuestro complejo sistema de salud, que se encuentra por encima de toda cuestión comercial, debiendo encaminarse a proteger las garantías constitucionales a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas por sobre los fines especulativos o comerciales como entre social (Conf. V.gr. C.S.J.N. Fallos; 325:676,324:754 entre otros).

Que asimismo, es doctrina de la Corte la interpretación que el *“PMO es considerado como el límite inferior y no como tope máximo”*.

Que el constituyente en 1994 incorporó la figura del Defensor del Pueblo en el artículo 55 -junto con los nuevos derechos- en la parte orgánica del texto fundamental, resultando así la única “Garantía Orgánica Constitucional” de nuestra provincia.

Que por tanto, es una institución cuya misión consiste en garantizar el ejercicio de la vigencia de los derechos humanos, desplegando el control, basado en la investigación de los hechos que reclaman los habitantes de la provincia, identificando las causas que llevan a la vulneración de derechos, señalarlas y encontrar los caminos para efectivizar su libre ejercicio.

Que la defensa de la Constitución comprende el “Bloque de constitucionalidad federal”, ese plexo normativo se encuentra conformado por las normas citadas supra, de acuerdo al texto constitucional federal reformado en 1994 y los tratados internacionales protectores de derechos humanos jerarquizados constitucionalmente en el segundo párrafo del inc. 22 del art 75.

Que la plena vigencia y ejercicio de los derechos humanos fundamentales de los habitantes de la provincia de Buenos Aires, y los antecedentes de hecho y de derecho expuestos motivan la presente resolución.

Por ello,

**EL DEFENSOR DEL PUEBLO
DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES
RESUELVE**

ARTICULO 1°: SOLICITAR al Ministerio de Salud de la Nación y a la Superintendencia de Servicios de Salud, en su carácter de Autoridades de Aplicación de la Ley N° 26.862 (art. 3 del Decreto Reglamentario N° 956), se sirvan comunicar a las obras sociales y a las empresas de medicina prepaga, la obligatoriedad de otorgar a sus afiliados, la cobertura médico-asistencial de los tratamientos de fertilización asistida de baja y alta complejidad, en forma integral (100%), incluyendo la totalidad de los costos de la medicación.

ARTÍCULO 2°: Registrar, Notificar, y oportunamente, archivar.

RESOLUCION N° 5/14