

La Plata, 4 de julio de 2016

VISTO el artículo 55 de la Constitución Provincial, los artículos 12, 27 y ccdtes de la Ley 13.834 del Defensor del Pueblo, el artículo 22 del Reglamento Interno de la Defensoría, el Expediente N° 8256/15, y

CONSIDERANDO

Que se inician las actuaciones de referencia a partir de la presentación realizada por la Sra. R V, DNI N°, quién requiere la intervención de esta Defensoría del Pueblo, en virtud que la empresa de medicina MEDICUS, no procede a cubrirle la medicación en su integridad, requerida para el tratamiento de fertilización asistida prescripto por el médico tratante.

Que en su presentación la reclamante relata que la empresa de medicina prepaga sólo procede a cubrirle el 40% del costo de los medicamentos, acompañando al reclamo documentación acreditante de su vinculo con la empresa MEDICUS y de la patología padecida (fs. 2/19).

Que desde nuestro Organismo, se remitió solicitud de informes a Medicus a fin que se sirva informar si ha procedido a la cobertura del 100% de la medicación requerida para llevar a cabo el tratamiento de fertilización asistida.

Que asimismo, se puso en conocimiento de la presente denuncia a la Superintendencia de Servicios de Salud de la Nación en su carácter de ente de regulación y control de los actores del Sistema Nacional del Seguro de Salud, entre los cuales se encuentra Medicus.

Que frente a la solicitud de informe, el agente de seguro de salud contesta a fs. 25/27 de las presentes actuaciones, que no puede acceder al pedido de la afiliada toda vez que brindan cobertura del 40% conforme Resolución 310/2004 del Ministerio de Salud, sin que dicho porcentaje se haya ampliado para medicamentos a utilizar en tratamientos de fertilidad, negando en consecuencia, violación a la Ley 26.862.

Que por otra parte la denunciada sostiene que el Beneficiario aceptó al solicitar su ingreso a Medicus, que todo lo referente a la materia de fertilidad se encuentra expresamente fuera del alcance de la cobertura contratada, por lo que ni siquiera correspondería que Medicus cubriera el tratamiento y el 40% de los medicamentos.

Que por último la empresa realiza reserva de derechos respecto de la constitucionalidad de las leyes 26.682 y 26.862 y reserva de acudir a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Que por su parte la Superintendencia de Servicios de Salud, informa a fs. 34/35 que no tienen registros de reclamos iniciados por la Sra. V y que la mayoría de las empresas controladas se encuentran dando efectivo cumplimiento a la ley de fertilización.

Que aclara que en muchos casos al tratarse de medicación para tratamientos el cumplimiento de la cobertura al 100% se observa una vez iniciado el reclamo por el reintegro.

Que conforme se refleja de la contestación de la Superintendencia, la Sra. V no concurrió a efectuar reclamo al órgano de control. Atento a ello, esta Defensoría se comunicó telefónicamente y la denunciante informó que no pudo realizar la denuncia aún.

Que por otro lado, informa que hará la denuncia por ante la Superintendencia de Servicios de Salud y que ya estuvo averiguando para iniciar una acción de amparo por un nuevo tratamiento.

Que manifiesta la reclamante que el tratamiento cuya falta de cobertura integral motivó la presente denuncia no pudo realizarse por una hiperestimulación que podía provocar un embarazo múltiple y fue desaconsejado continuar por parte de su médico tratante.

Que la Provincia de Buenos Aires, cuenta con la Ley de Fertilización Asistida N° 14.208 desde el mes de diciembre del año 2010, siendo esta ley precursora en la protección del derecho a la salud de los habitantes de la Provincia.

Que con posterioridad a la misma, se sancionó a nivel Nacional la Ley N° 26.862 de Fertilización Asistida, la que implicó un avance muy esperado en nuestra sociedad, ya que reconoce el derecho que tiene todo habitante de la Nación Argentina a la salud, derecho contemplado en nuestra Constitución Nacional en el artículo 41 y 42 y 36 de la Carta Magna Provincial).

Que reconocer la infertilidad como una enfermedad, desde los parámetros establecidos por la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS) habilita al Estado a generar los mecanismos necesarios de "cobertura" en salud para que todo ciudadano pueda acceder a un tratamiento.

Que para la OMS, la salud reproductiva es el estado de completo bienestar físico, mental y social, en los aspectos relativos a la sexualidad y la reproducción en todas las etapas de la vida y no una mera ausencia de enfermedades o dolencias, implicando que las personas puedan tener una vida sexual segura y satisfactoria, resguarda la capacidad de tener hijos y la libertad de decidir si quieren tenerlos, cuándo y con qué frecuencia en cumplimiento con la normativa supraconstitucional vigente.

Que la sanción de la Ley 14.611 en septiembre del año 2014, tuvo por objeto adherir como Provincia a la nueva Ley Nacional de Fertilización Asistida N° 26.862, ampliando de esta manera criterios y conceptos técnicos para poder realmente garantizar el derecho a la salud como un derecho humano fundamental y el acceso de toda persona a los recursos sanitarios básicos.

Que esta nueva ley a través de los artículos 1 y 2 incorpora a la Ley Provincial N° 14.208, el concepto de "reproducción médicamente asistida" tal como lo define la OMS, como aquellos procedimientos y técnicas realizadas con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidos en esta definición todos los procedimientos y técnicas de baja y alta complejidad que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones.

Que con la incorporación de estos artículos se amplia el nivel de cobertura hacia aquellas personas que requieran un tratamiento de fertilización, sin limitar o excluir casos debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios.

Que asimismo, con la modificación del artículo 4 de la Ley N° 14.208 se establece que la cobertura de los citados tratamientos, destinados a garantizar el derecho fundamental a la salud, será para toda persona mayor de edad que habite el territorio de la provincia de Buenos Aires, sin establecer un límite en la edad.

Que respecto de esta modificación se avalan las diferentes investigaciones científicas que demuestran que cualquier mujer, mayor de edad que manifiesta haber buscado un embarazo durante el lapso de 12 meses sin poder lograrlo, está en condiciones de poder acceder a un embarazo a través de un tratamiento de fertilización asistida.

Que por otra parte, si bien se reconoce una significativa disminución de posibilidades de fertilidad en las mujeres de 40 años; se estipula que en la actualidad cada vez más las mujeres postergan la maternidad hasta después de los 35 años, momento en el que si bien comienzan a disminuir las posibilidades de fertilidad, esto no significa que no se pueda lograr la consecución de un embarazo deseado.

Que finalmente con la incorporación del artículo 4 bis, quedan comprendidos en la cobertura prevista por la nueva ley los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos, 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 tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas puedan ver comprometidas su capacidad de procrear en el futuro.

Que la sanción de esta nueva ley implica una gran ampliación de derechos, para que todos los habitantes queden comprendidos en la nueva cobertura, velando de esta forma por la igualdad de los ciudadanos ante la Ley.

Que puntualmente el caso que aquí se ventila, tiene como punto de controversia dilucidar la extensión o alcance del tratamiento que está obligado a cubrir la empresa de medicina prepaga.

Que la Ley nacional establece en su art. 1 que *“La presente ley tiene por objeto garantizar el acceso **integral** a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida.”* (el resaltado me pertenece). Seguidamente en el art. 8 de la misma ley, queda establecido el contenido de la cobertura, disponiendo 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.***" (el resaltado me pertenece).

Que la empresa de medicina MEDICUS para eximirse del cumplimiento arguye dos extremos, a saber: que no puede acceder al pedido de la afiliada toda vez que brindan cobertura del 40% conforme Resolución 310/2004 del Ministerio de Salud, sin que dicho porcentaje se haya ampliado para medicamentos a utilizar en tratamientos de fertilidad y que el Beneficiario aceptó al solicitar su ingreso a Medicus, que todo lo referente a la materia de fertilidad se encuentra expresamente fuera del alcance de la cobertura contratada (fs. 26).

Que ninguno de los dos argumentos resiste análisis. El primer lugar, la ley es esclarecedora del espíritu que persigue al determinar en varios artículos que la cobertura es *integral*.

Que haciendo una interpretación a contrario de lo dispuesto en la norma, un tratamiento de fertilización que no cubriera los medicamentos al 100%, carecería de la efectividad tuitiva que persigue la nueva legislación.

Que pretender que una Resolución del Ministerio de Salud del año 2004 limite los derechos establecidos con anterioridad, es no tener ni la más mínima comprensión de la protección con jerarquía constitucional que asiste al caso, sin perjuicio de desconocer de plano el carácter de orden público que posee la Ley de Fertilización Asistida, conforme su art. 10.

Que dicho lo anterior, debo confrontar el absurdo argumento de considerar que, la denunciante aceptó al solicitar su ingreso a Medicus, que todo lo referente a la materia de fertilidad se encuentra expresamente fuera del alcance de la cobertura contratada. Parece necesario dejar constancia que las normas de orden público no son materia disponible para las partes sino que devienen imperativas y forman parte de la contratación llevada a cabo.

Que por otra parte el derecho a la salud no figura entre las prerrogativas renunciables de los consumidores y usuarios del sistema nacional de seguro de salud.

Que entonces, es claro que incluso para el eventual e improbable caso que la Sra. V hubiera renunciado a sus derechos a la protección integral de su salud (derecho personalísimo y por ello irrenunciable) de forma expresa, ello no resulta óbice para que el agente de salud incumpla con la normativa vigente.

Que así las cosas, se puede afirmar que privar de los tratamientos a los habitantes que presentan imposibilidad de concebir implica 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 Corte Suprema de Justicia sostuvo que el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana, comprensivo del derecho a la salud, reconocido y garantizado por la Constitución Nacional¹, y que el hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y, en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente—, la persona es inviolable y constituye el valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental².

¹ Fallos: 302:1284 y 310:112.

² Fallos: 316:479, 323:3229 y 329:2552.

Que la salud es un **derecho humano fundamental**, en sus dimensiones normo-socio-axiológica, que debe tener especialmente en cuenta la dignidad de la persona humana, en todas las etapas de su vida. Debe considerarse integralmente la problemática de la salud desde una perspectiva tradicional llamada a enriquecer las divisiones jurídicas tradicionales. En este sentido, el Derecho a la Salud se constituye como una rama dentro del ordenamiento jurídico conformando un subsistema con principios propios.

Que por ello, y a tenor de los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino³, *“toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure la salud y el bienestar, y en especial la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”*⁴.

³ Los instrumentos internacionales mencionados en el art. 75 inc. 22 son: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Sobre los Derechos del Niño, aclarándose que tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

Inc. 23: “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”.

⁴ Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 25. En el mismo sentido Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Art. XI: Derecho a la preservación de la Salud y el Bienestar: “Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad” y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Art. 12: “1.- 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. 2.- Entre las medidas que deberán adoptar los Estado Partes en el pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: ... d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

Que en particular, y en relación a las técnicas de reproducción humana asistida, deben considerarse las garantías referidas a la eliminación de toda forma de discriminación entre hombres y mujeres para el acceso a los servicios de atención médica, la planificación familiar, embarazo y parto, derechos reconocidos por la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, que le permite decidir sobre su salud sexual y reproductiva.

Que se asegura el derecho a beneficiarse del progreso científico a través de las prescripciones contenidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 15 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁵ y el ejercicio del derecho de fundar una familia, de conformidad con el artículo 17 de la Convención Americana, que debe ser aplicado a la luz del 5º párrafo de la Observación General N° 19 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas⁶.

Que por su parte, la Observación N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en especial sus párrafos 8 y 11, garantizan el más alto nivel de salud y en la nota al párrafo 14⁷ se

⁵ “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones”.

⁶ “El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos. Cuando los Estados Partes adopten políticas de planificación de la familia, éstas han de ser compatibles con las disposiciones del Pacto y sobre todo no deben ser ni discriminatorias, ni obligatorias”.

⁷ “La salud genésica significa 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, así como el derecho de acceso a los pertinentes servicios de atención de la salud que, por ejemplo, permitirán a la mujer pasar sin peligros las etapas de embarazo y parto”

garantiza la salud genésica, que incluye, las técnicas de procreación asistida, en tanto permiten la concreción de un proyecto y planificación familiar.

Que en la actualidad, la legislación interna de nuestro país (Ley 26.862 y arts. 560/564 del Código Civil y Comercial de la Nación), en armonía con lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Artavia Murillo y otros (F.I.V) vs Costa Rica”, **garantiza el libre acceso a las TRHA a toda persona mayor de edad que explicita su consentimiento informado sin discriminación alguna**, en pos del derecho a intentar procrear, ya sea como un derecho autónomo o entendido como medio para garantizar el ejercicio de otros derechos, vale decir un derecho derivado de la libertad de intimidad, del derecho a formar una familia y del derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico.

Que el derecho a la salud, como derecho humano básico, está relacionado con el derecho a la vida, la integridad física y el bienestar de la familia, y como tal, reconocido en la Constitución nacional (arts. 33 y 42), y enriquecido su nivel tutelar con los documentos internacionales que ingresan al plexo constitucional a partir del año 1994 (art. 75 inc. 22). Que entre ellos, el art. 12 inc. c. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, inc. 1, arts. 4 y 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica-, inc. 1, del art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos; como así también el art. 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (conf. C.S.J.N. Fallos 302:1284; 310:112, 323:1339, 326:4931).

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 a pesar de la palmaria protección reseñada brevemente, se continúan recibiendo en esta Defensoría quejas por falta de cobertura de tratamientos de fertilidad asistida a habitantes de la provincia de Buenos Aires.

Que como ya se ha expuesto, no surge la legislación vigente que los agentes de seguro de salud puedan eximirse de sus responsabilidades por los motivos expuestos en el ejercicio de su derecho de defensa.

Que la ley es clara y operativa en cuanto que para acceder a la cobertura prevista, solo se necesita ser mayor de edad y habitante de la provincia con dos años de residencia en la misma, no necesitando este aspecto de la norma reglamentación alguna por parte del poder ejecutivo, ya que su texto se basta a sí mismo.

Que el derecho a la salud es improrrogable y operativo, de modo tal que no es susceptible de ser escindido, ceñido, alterado o

apartado por reglamentaciones o disposiciones que no se adaptan a la necesidad concreta de los ciudadanos de la Provincia de Buenos Aires.

Que el derecho a la salud sintetiza un derecho de naturaleza prestacional, pues conlleva una actuación afirmativa o positiva por parte del poder estatal en una dirección dada, es decir, un derecho de la población al acceso -in paribus conditio- a servicios médicos suficientes para una adecuada protección y preservación de su salud. El Estado asume entonces distintas obligaciones, como promover y facilitar el acceso de la población a las prestaciones de salud, no perturbar el desenvolvimiento lícito de los prestadores de salud, brindar tales servicios cuando la actividad privada resulte insuficiente o excesivamente onerosa, ya sea mediante planes de salud, la creación de centros asistenciales o la provisión de medicamentos. (Walter Carnota: Proyecciones del derecho humano a la salud en E.D. t.128, pág. 879).

Que al Estado, en la moderna concepción garantista, no le corresponde únicamente inhibirse de obstruir el ejercicio de los derechos individuales, sino que le concierne ejecutar acciones positivas de modo de conjurar que su ejercicio por parte de los habitantes se transforme en una quimera. El quebrantamiento de este compromiso hace nacer la atribución de su responsabilidad (cfr. artículos 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 12, inc. d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

Que el artículo 55 de la Ley Suprema Provincial establece que *“el Defensor del Pueblo tiene a su cargo la defensa de los derechos individuales y colectivos de los habitantes.”*

Que de conformidad con el artículo 27 de la Ley 13.834, y lo dispuesto por la Comisión Bicameral Permanente del Defensor del Pueblo en fecha 25 de febrero de 2015, corresponde emitir el presente acto.

Por ello,

**EL SECRETARIO GENERAL
A CARGO DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO
DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES
RESUELVE**

ARTICULO 1°: RECOMENDAR a la empresa de medicina prepaga **MEDICUS**, adecue la cobertura conforme la normativa de aplicación vigente, incluyendo la provisión al 100% de los medicamentos necesarios para el tratamiento de fertilización asistida que le sean prescritos a sus afiliados, con el objeto de evitar vulneraciones de derechos constitucionales contemplados en el bloque de constitucionalidad y convencionalidad, conforme los considerandos vertidos en la presente resolución.

ARTICULO 2°: Poner en conocimiento de la presente a la Superintendencia de Servicios de Salud de la Nación, en virtud de sus competencias específicas.

ARTICULO 3°: Registrar, Notificar, y oportunamente, archivar.

RESOLUCION N° 109/16.-