

Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

-I-

La Cámara Federal de Apelaciones de Paraná, revocó la sentencia de primer grado que había hecho lugar a la demanda incoada por la pareja actora, contra la Obra Social de Empleados de Comercio y Actividades Civiles (O.S.E.C.A.C.) y OMINT Sociedad Anónima de Servicios (OMINT), y admitido la cobertura del método de procreación asistida denominado ICSI.

Ante dicha resolución, la parte demandante interpuso el recurso extraordinario de fs. 151/165, concedido parcialmente en cuanto "...a la interpretación y validez de normas y decretos de naturaleza netamente federal..." (v. fs. 199/200).

-II-

Los apelantes sostienen que la negativa a solventar la terapia de fecundación ICSI, comporta una conducta manifiestamente arbitraria o ilegal, que torna procedente la acción de amparo deducida en autos.

En síntesis, entienden que ese extremo se configura por el mero hecho de que la prestación reclamada está directamente relacionada con el derecho a la salud y a su disfrute en el más alto nivel posible. En esa línea, critican principalmente que el tribunal haya descartado la existencia de arbitrariedad o ilegalidad palmarias, en base a la carencia de una fuente legal que establezca la obligación de cobertura.

Aducen que lo resuelto se funda en la errónea interpretación de nuestra ley suprema, que consagra claramente el derecho a la salud, indispensable para el ejercicio de los derechos humanos. Agregan que, a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales, el derecho a la preservación de aquel bien –comprendido dentro del derecho a la vida–, debe ser garantizado por la autoridad pública con acciones positivas.

La función judicial, dicen, debe velar por la vigencia real y efectiva de los principios constitucionales, ponderando las circunstancias del caso, a fin de evitar que la subsunción normativa mecánica e indiscriminada, conduzca a la violación de derechos. A ese respecto, reprochan que los jueces no hayan tenido en cuenta que, a

consecuencia de su decisión, el derecho fundamental esgrimido ha resultado vulnerado.

Por otro lado, los recurrentes invocan jurisprudencia según la cual, si el acuerdo suscripto con la prestadora excluye explícitamente los procedimientos de fecundación asistida, resulta aplicable la regla *pacta sunt servanda*, pues la entidad asume el riesgo económico y la obligación asistencial conforme a lo pactado con sus afiliados, quienes –a su vez– aceptan voluntariamente las condiciones de cobertura.

De allí deducen que, para desestimar el amparo, no basta que la práctica ICSI no esté incluida dentro del menú de prestaciones, sino que es esencial que aquella se encuentre expresamente exceptuada de los catálogos de las codemandadas y del Programa Médico Obligatorio, cosa que –aseveran– no ocurre en la especie (v. esp. fs. 160 vta. *in fine*/161 *supra*).

-III-

El debate planteado exige determinar la recta interpretación de la normativa de índole federal; de manera que la apelación resulta formalmente procedente, en los términos del art. 14, inc. 3º, de la ley 48 (arg. Fallos: 330:3725).

En esa tarea, los argumentos de las partes o del *a quo* no vinculan la decisión a adoptar en esta instancia, sino que incumbe a esa Corte realizar una declaración sobre el tema en disputa (Fallos: 331:735; 333:604 y 2396; entre muchos otros).

Por otra parte, al no haberse deducido la queja pertinente contra el rechazo del que da cuenta la providencia de fs. 199/200, lo relativo a la eventual arbitrariedad del fallo ha quedado fuera del campo de análisis (arg. Fallos: 329:5033, entre muchos otros).

-IV-

Como se adelantó, los actores sostienen la exoneración de responsabilidad de los agentes de salud, siempre que la cobertura se encuentre exceptuada de forma explícita, sea contractual o normativamente.

Al proponer esa tesis, suscriben los conceptos de un precedente jurisprudencial de segunda instancia, que –según relatan– habría desestimado la demanda instaurada contra una empresa de medicina prepaga, por aplicación del

Procuración General de la Nación

principio *pacta sunt servanda*, pues el respectivo contrato exceptuaba las terapias de reproducción asistida. En cambio, ese mismo pronunciamiento habría admitido la acción dirigida contra otro efector de salud, porque su estatuto no descartaba puntualmente este tipo de prácticas (v. fs. 160 vta. in fine/163 vta.).

Ahora bien, en autos no está en discusión que el epígrafe “[r]iesgos y gastos diversos no cubiertos” del reglamento de socios de OMINT, abarca específicamente a la fertilización asistida, cualquiera sea la técnica empleada (v. fs. 100 y fs. 105/106).

Ante esa taxativa exclusión de cobertura en el contrato, el razonamiento en el que los propios interesados fundan su crítica y la impugnación que pretenden sostener en esta instancia, resultan contradictorios. En consecuencia, a partir de la argumentación de los demandantes, la empresa de medicina prepaga codemandada queda excluida del reclamo.

-V-

Estimo que el resto de las alegaciones subsistentes, orientadas a la cobertura de O.S.E.C.A.C., son igualmente inadmisibles.

En efecto, al invocar la doctrina de la sentencia referida en el punto anterior, la parte actora hace suyo el argumento atinente a que “... ni la Ley 23.660 (Sistema de Obras Sociales), ni la ley 23.661 (Seguro de Salud), ni los decretos reglamentarios, ni la ley 25.673 (Programa de Medicina Obligatoria) llegan a imponer a los agentes del seguro de salud la obligación de prestaciones asistenciales referidas a la reproducción asistida, en tanto el mencionado ‘bloque normativo’ no ha regulado en forma obligatoria lo atinente a los tratamientos tecnológicos de alto impacto, como son los relativos a la fecundación asistida, y ello es un aspecto relevante en un sistema de asignación de recursos escasos que son susceptibles de usos alternativos” (v. fs. 162, ap. g).

Lo expresado en el pasaje transcripto implica admitir, por un lado, que ni la ley ni las normas de rango inferior, imponen a los efectores de salud la prestación que se persigue en autos; y, por el otro, que la inexistencia de una obligación positiva de

cobertura constituye aquí un factor de importancia, en el contexto de un régimen de recursos exiguos, susceptibles de ser destinados a solventar otros rubros de igual o mayor urgencia.

Precisamente, esa es una noción de la que se valió el tribunal superior de la causa para concluir en la falta de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas. Aunque la apelación intenta neutralizar su incidencia aludiendo a la presentación de nueve proyectos tendientes a incorporar estas terapias en el Programa Médico Obligatorio (PMO), es claro que tal señalamiento resulta inatendible. Denota, además, que el tema es objeto de consideración por parte del Estado argentino y que la discusión sobre las políticas públicas que corresponda adoptar en este terreno, aún continúa abierta en el ámbito que le es propio, el Congreso Nacional.

Desde la óptica de los derechos humanos, cabe reparar en que los recurrentes admiten que el acceso gratuito a esta clase de procedimientos no tiene carácter indeclinable porque, según sostienen, la cobertura podría descartarse válidamente por vía contractual o normativa. En esta tesis, subyace la premisa de que la asistencia en debate no se vincula con un umbral básico e inexcusable del respectivo derecho.

Tal perspectiva supone, por de pronto, convenir en que –en el punto específico que se disputa en autos– la accesibilidad entendida como gratuidad, presenta una operatividad de carácter derivado, por lo que conduce a un orden de apreciaciones reservado, prioritariamente, a departamentos de gobierno ajenos a los jueces.

Como puede advertirse, el recurso falla en contestar la motivación central de la sentencia que, para descartar el ostensible grado de ilegalidad o arbitrariedad que exige nuestra ley mayor, valoró la ausencia de una asignación normativa de la cobertura, a partir de las leyes 23.660 y 23.661 y sus decretos reglamentarios, de la ley 25.673 y del nomenclador del PMO. Pero, además, adhirió a la postura según la cual –al no configurarse un riesgo de vida, que no toleraría dilación en la respuesta–, la recepción en las políticas públicas de técnicas que hacen a la salud reproductiva y a la fertilidad de los seres humanos, requiere provisiones financieras y consensos comunitarios sobre las opciones bioéticas involucradas, de manera que sólo el ámbito

Procuración General de la Nación

legislativo resulta idóneo para contemplar los variados aspectos jurídicos y éticos que entraña el problema (v. fs. 142/147).

A la hora de fundar su agravio, la parte actora insiste en que la ilegalidad o arbitrariedad ostensibles, están dadas por la mera vinculación de su reclamo con el derecho a la salud. Empero, no lo acredita ya que el recurso contiene una indeterminada alusión a normas, que se abstiene de individualizar y examinar en sus alcances concretos, explicando con precisión cómo y por qué sus disposiciones imponen, en las circunstancias de la causa, la solución jurisdiccional que propugna.

La apelación no plantea siquiera que, en el caso, estemos ante la violación de una obligación de rango esencial mínimo, no alcanzada por la progresividad; y, por ende, no comprueba la inadecuación constitucional –por acción u omisión– del diseño reglamentario del derecho invocado que, hasta ahora, no exige la provisión gratuita por parte de las obras sociales y las empresas de medicina prepaga. En suma, no demuestra que la limitación en la que se apoyaron los jueces sea injustificada, en los términos del estatuto de los derechos sociales.

De este modo, considero que las impugnaciones ocultan un mero disenso –dogmático y, por ende, inadecuado– con la opinión del tribunal superior de la causa.

En ese sentido, V.E. ha enseñado desde antiguo que ni la pura invocación de agravios constitucionales, ni la expresión de una posición distinta a la que adoptó el decisorio sobre la base de la interpretación de reglas federales, alcanzan para descalificar lo decidido por el tribunal de la causa (arg. Fallos: 316:1979, 329:1628 [voto del Dr. Petracchi], entre muchos otros).

-VI-

Más allá de las deficiencias examinadas, creo que el número de pleitos análogos pendientes de definición jurisdiccional, las repercusiones humanas y jurídicas y la magnitud de los temas subyacentes en materia de técnicas de reproducción asistida de alta complejidad (que, en adelante, denominaré genéricamente FIV), tornan necesario que esta Procuración General se pronuncie aquí sobre la cuestión

constitucional implicada (cfr. Fallos: 335:197; considerando 5° y sus citas).

No se puede dejar de considerar que el conflicto se origina en un problema de salud, y que la vigencia de los derechos fundamentales vinculados con dicha área, en función del carácter capital de la dignidad humana, es propiciada enfáticamente por este Ministerio Fiscal y por V.E., como también lo es la supremacía y normatividad de nuestra ley mayor.

A este respecto, la primera característica de los derechos y deberes ínsitos en el sistema de los derechos humanos, es que no se trata de meras declaraciones, sino de normas jurídicas operativas con vocación de efectividad (v. Fallos: 335:452, considerando 10°). Asimismo, las eventuales violaciones en este orden de derechos, deben evaluarse con la mayor atención (cfr. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [CDESC]; Observación General N° 14 [OG N° 14], “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud” [E/C.12/2000/4; 11/8/2000], esp. parág. 61).

Sin embargo, es claro que el régimen infra-constitucional que rige la estructura de salud no estableció ni establece, expresa o implícitamente, la provisión gratuita aquí reclamada (v. leyes nacionales 23.660, 23.661, 24.754, 25.673 y 26.682, los decretos y resoluciones vinculados [especialmente el nomenclador del PMO]). No puede hablarse, pues, de una obligación de hacer cumplir las leyes dictadas en orden al disfrute del más alto grado de salud posible, ni de la infracción por omisión que conllevaría el desconocimiento de dichas reglas positivas (OG N° 14, parág. 49).

Al propio tiempo, independientemente de la dificultad para seleccionar las herramientas más idóneas para el escrutinio en el campo de los derechos sociales, estimo que las cláusulas de nuestra Carta Magna tampoco imponen una respuesta positiva, ni siquiera a partir de los instrumentos internacionales a los que refiere su art. 75.

En este sentido, no puede inferirse de ningún dispositivo de derechos humanos –de carácter normativo u orientador– que el acceso gratuito a las técnicas de alta complejidad para la procreación asistida, a cargo de obras sociales o entidades de



Procuración General de la Nación

medicina prepaga, deba ser objeto de reconocimiento por parte de los jueces, con independencia de las regulaciones domésticas.

Es cierto que desde la Declaración Universal de Derechos Humanos –que reconoció expresamente el derecho a la salud–, la comunidad de naciones ha abordado paulatinamente y con creciente interés, diferentes aspectos de la salud sexual y reproductiva, desde el ángulo de los derechos humanos (entre otras reuniones, en la Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán [1968]; la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos [Viena, 1993]; las Conferencias Internacionales sobre la Población y el Desarrollo [CIPD] de Belgrado [1965], de Bucarest [1974], de México [1984], de El Cairo [1994] y de Nueva York [1999; CIPD+5]; las Conferencias Mundiales sobre la mujer de México [1975], Copenhague [1980], Nairobi [1985, cuyas “Estrategias... orientadas hacia el futuro para el adelanto de la mujer”, hizo suyas la Asamblea General de la ONU en la resolución del 13 de diciembre de 1985 – A/RES/40/108–] y Beijing [1995]; los procesos de seguimiento y revisión del Plan de Acción de El Cairo [Cairo+10, año 2004; y Cairo+15, año 2009] y de la Plataforma de Acción de Beijing [Beijing+5, Nueva York, año 2000; Beijing+10, Nueva York, año 2005]; la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo [Río de Janeiro, 1992; Agenda 21, esp. Secc. I, cap. 5]; *The Glen Cove Meeting: “Human rights approaches to women’s health with a focus on sexual and reproductive health and rights”* [Glen Cove, Nueva York, 1996]; el 50° Encuentro, “Día de Discusión General sobre el derecho a la salud sexual y reproductiva”, convocado por el CDESC, como parte de los trabajos preparatorios para la elaboración de una Observación General sobre los arts. 12 y 10.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [Ginebra, 15 de noviembre de 2010; E/C.12/2010/SR.50]; la Cumbre del Milenio [Nueva York, septiembre de 2000; v. “Declaración del Milenio” y “Objetivos de Desarrollo del Milenio”–MDGs–, esp. Objetivo N° 5 “Mejorar la salud materna”]; la Cumbre Mundial 2005 [Nueva York, 14 al 16 de septiembre]; la Reunión de alto nivel sobre los Objetivos de Desarrollo del Milenio 2008 [Nueva York, 25 de septiembre de 2008]; la Cumbre Mundial de 2010

sobre los Objetivos de Desarrollo del Milenio [MDGs; v. su plan de acción mundial “Cumplir la promesa: unidos para lograr los Objetivos de Desarrollo del Milenio”, y las iniciativas que dan un espacio propio a salud de las mujeres y los niños “*Every Woman Every Child*”, así como el MDGs Report 2012 -esp. Objetivo N° 5: Mejorar la salud materna; p. 32 o 39-]; la 57ª Asamblea Mundial de la Salud de la OMS [WHA57/2004/REC/1; Ginebra; 17 al 22 de mayo de 2004; Doc. A57/13; Anexo 2 “Salud reproductiva” del 15 de abril de 2004]).

En particular, los consensos de la Conferencia de El Cairo, conciben con amplitud tanto a la salud reproductiva, como a los derechos reproductivos (v. cap. II, principio 8 y cap. VII, esp. parág. 7.2, 7.3 y 7.4).

La salud reproductiva es caracterizada allí como “... un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o 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, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos. En consonancia con esta definición de salud reproductiva, la atención de la salud reproductiva se define como el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivos al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva. Incluye también la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual” (*sic*; v. parág.7.2).

Sobre la base de ese concepto, en el parágrafo 7.3, se afirma que “... los derechos reproductivos... se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las

Procuración General de la Nación

parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos...”.

Aun así, El Cairo coloca a los derechos reproductivos en un plano de interdependencia entre “... ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en la leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso...” (cap. VII, 7.3.). Los ubica, asimismo, en el contexto del capítulo reservado a los principios, cuyo encabezado afirma que “[c]ada país tiene el derecho soberano de aplicar las recomendaciones contenidas en el Programa de Acción de conformidad con sus leyes nacionales y con sus prioridades de desarrollo, respetando plenamente los diversos valores religiosos, éticos y culturales de su pueblo, y de forma compatible con los derechos humanos internacionales universalmente reconocidos” (v. cap. VII, parág. 7.1 y cap. II, primer párrafo).

Por ese cauce, los Estados allí reunidos fijan bases de acción, con medidas a adoptar –entre otros aspectos, para la “prevención y tratamiento adecuado de la infertilidad”–, impulsando a todos los países a “... esforzarse por que la salud reproductiva esté al alcance de todas las personas de edad apropiada lo antes posible y a más tardar para el año 2015...”. “... Los programas de atención de la salud reproductiva [proclaman] deberían proporcionar los más amplios servicios posibles...” (cap. VII, parág. 7.6.; cap. II principio 8 [nuevamente, el subrayado me pertenece]; v. asimismo UNFPA:- “Cairo – Cairo+5 – Cairo+10 Diez años Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo” [septiembre de 2004]).

La Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing, renuevan y consolidan –con perspectiva de género– los consensos internacionales previos, en pos de las metas mundiales de igualdad, desarrollo y paz en torno a las mujeres, como del

afianzamiento del papel de estas. Entre sus objetivos estratégicos están los de “[f]omentar el acceso de la mujer durante toda su vida a servicios de atención de la salud y a información y servicios conexos adecuados, de bajo costo y de buena calidad” (objetivo C.1); “[f]ortalecer los programas de prevención que promueven la salud de la mujer” (objetivo C.2); “[t]omar iniciativas en que se tenga en cuenta el género para hacer frente a las enfermedades de transmisión sexual, el VIH/SIDA y otras cuestiones de salud sexual y reproductiva” (objetivo C.3); “[p]romover la investigación y difundir información sobre la salud de la mujer” (objetivo C.4); y “[a]umentar los recursos y supervisar el seguimiento de la salud de las mujeres” (objetivo C.5). Nuevamente, el estudio de los respectivos textos, permite concluir que ellos se alinean con el resto de los documentos producidos en punto a la eliminación de situaciones extremas y a la progresividad hacia una realización plena (v. esp. parág. 89, 94/99, y 106/111).

A su vez, la mesa redonda de *Glen Cove*, organizada por el Fondo de Población de Naciones Unidas (UNFPA), en colaboración con la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH; a la sazón, Centro para los Derechos Humanos) y la División para la Promoción de la Mujer (DAW), congrega por primera vez a miembros de los seis organismos de vigilancia de los tratados, para trabajar sobre la interpretación y aplicación de los derechos humanos en un tema específico, que es el relativo a la salud de la mujer, con foco en la salud y los derechos sexuales y reproductivos (v. “Aplicación de los Derechos Humanos a la Salud Sexual y Reproductiva” [Recomendaciones de la reunión de expertos del 25 al 27 de junio de 2001] publicado por UNFPA y ACNUDH, pág. 1 “Introducción”).

Allí se insiste en la visión de género y en la interpretación de las normas convencionales sobre salud sexual y reproductiva en el plano de los derechos humanos, e, incluso, se alude al disfrute de los beneficios del progreso científico, en los términos del art. 15.1.b del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Pero también se dan por sentadas la noción de gradualidad y la necesidad de distinguir el centro mínimo obligacional (*core minimum obligations*), en orden al monitoreo del cumplimiento de los tratados por parte de los Estados, sin que pueda inferirse que la gratuidad de este tipo de técnicas complejas a cargo de las obras

Procuración General de la Nación

sociales o las empresas de medicina prepaga integre dicho núcleo mínimo, como sí lo harían las acciones relacionadas con el combate de la mutilación genital, la esterilización inconsulta, el HIV/SIDA o el cáncer (Parte I, puntos A –marco–, B –perspectivas– y C –recomendaciones– [esp. cap. 4, ap. 3]; y Parte II, punto C-1; v. asimismo UNFPA – ACNUDH: “Aplicación de los Derechos Humanos...” ya citado y “Políticas de salud sexual y reproductiva dirigidas a adolescentes y jóvenes: un enfoque fundado en los derechos humanos” por *Alejandro Morlachetti*, en Revista Notas de Población nº 85, publicaciones de la O.N.U [Comisión Económica para América Latina y El Caribe; CEPAL], esp. pág. 80, cap. C).

-VII-

Sintéticamente considerado –con especial énfasis en tres momentos que marcarían de modo singular los desarrollos futuros–, ese ha sido el derrotero de la comunidad de naciones en el campo del reconocimiento de la salud reproductiva y de los derechos reproductivos (v. asimismo reporte del UNFPA: “*Sexual and Reproductive Health for all: reducing poverty, advancing development and protecting human rights*” [Nueva York, septiembre de 2010] y las recomendaciones “Aplicación de los Derechos Humanos...”).

En el contexto de tal evolución, ni la letra ni el espíritu de los instrumentos internacionales de carácter normativo que se examinarán seguidamente, consagran la obligación directa de garantizar la gratuidad de este tipo de prácticas, de modo que los Estados partes deban asumirla inmediatamente en cabeza de sus operadores domésticos (v. Oscar Parra Vera: “El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad” pág. 73, en “Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales”, obra colectiva compilada por Christian Courtis; Centro de Asesoría Laboral, Centro de Estudios Legales y Sociales; Editores del Puerto S.R.L.; ed. 2006).

Dicha obligación no se desprende ni de la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre (arts. 11 y 28), ni de la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 22, 25 y 29), ni de la Convención Americana sobre Derechos

Humanos (arts. 26 y 32 y art. 10 de su Protocolo adicional en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [ley 24.658]).

Tampoco la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer –(CEDAW; ley 23.179), cuyo art. 12 interpretó el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer–, impone exigencias de efecto inmediato en este terreno (Recomendación General N° 24, “La mujer y la salud - Artículo 12” [20 período de sesiones, 1999]; v. asimismo la Recomendación General N° 19, “La violencia contra la mujer” [11° período de sesiones, 1992; parág. 19, 20, 22 y 24.m] y la Recomendación General N° 21, “La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares” [13° período de sesiones, 1994; parág. 21 a 23]).

Lo propio cabe decir del PIDESC, que “... contiene el artículo más exhaustivo del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho a la salud” (OG N° 14, parág. 2), por lo que me detendré en dicho documento.

Tanto en la OG N° 14 ya mencionada, como en las Observaciones Generales N° 3 ([OG N° 3], “La naturaleza de las obligaciones de los Estados partes (art. 2, para. 1 del Convenio)” [14/12/1990]), y N° 19 ([OG N° 19], “El derecho a la seguridad social (artículo 9)” [E/C.12/GC/19; 4/2/2008]), el CDESC –órgano de vigilancia del pacto– orienta la interpretación del contenido normativo de los arts. 9 y 12, de las obligaciones de los Estados Partes, y de los extremos que configuran una violación en los términos convencionales.

En lo que interesa, reconoce a los países un margen de discrecionalidad para dar pasos adecuados a sus circunstancias específicas, y hace hincapié en la necesidad de diseñar políticas públicas y estrategias, según las características de cada realidad particular (OG N° 14, esp. parág. 53 a 58).

Considera que el concepto “más alto nivel posible de salud” del art. 12.1, sopesa tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona, como los recursos con que cuenta el Estado (OG N° 14, parág. 9). En este punto, tiene presente el problema de dichos recursos –ligado a la gradualidad de la realización plena–, y sus modos de asignación. Paralelamente, toma como eje el principio de equidad, sobre todo con miras a la accesibilidad económica (asequibilidad) de los

Procuración General de la Nación

factores determinantes básicos de la salud, para los grupos socialmente desfavorecidos (OG N° 14, parág. 12.b.iii). Afirma así que “[u]na asignación inadecuada de recursos para la salud puede dar lugar a una discriminación que tal vez no sea manifiesta. Por ejemplo, las inversiones no deben favorecer desproporcionadamente a los servicios curativos caros que suelen ser accesibles únicamente a una pequeña fracción privilegiada de la población, en detrimento de la atención primaria y preventiva de salud en beneficio de una parte mayor de la población” (OG N° 14, parág.19, última parte).

El Comité también adopta como principio el de la participación de la población en la toma de decisiones, y lo hace parte de la obligación legal específica de “respetar”. En este sentido, expresa que “[a]l formular y ejecutar las estrategias nacionales de salud deberán respetarse, entre otros, los principios relativos a la no discriminación y la participación del pueblo. En particular, un factor integrante de toda política, programa o estrategia con miras al cumplimiento de las obligaciones gubernamentales en virtud del artículo 12 es el derecho de los particulares y grupos a participar en el proceso de adopción de decisiones que puedan afectar a su desarrollo. Para promover la salud, la comunidad debe participar efectivamente en la fijación de prioridades, la adopción de decisiones, la planificación y la aplicación y evaluación de las estrategias destinadas a mejorar la salud. Sólo podrá asegurarse la prestación efectiva de servicios de salud si los Estados garantizan la participación del pueblo...” (OG N° 14, parág. 54; v. asimismo, entre otros, parág. 11, 17 y 34).

A modo de idea cardinal, delinea unos *elementos esenciales e interrelacionados*, que pueden o no estar sujetos a gradualidad (disponibilidad, aceptabilidad, calidad y accesibilidad, esta última con sus cuatro dimensiones de no discriminación, accesibilidad física, información y asequibilidad [OG N° 14, parág. 12]). Y, como correlato, distingue unos *niveles esenciales mínimos*, cuya realización inexcusable queda clara a partir de la OG N° 14, al ubicarlos expresamente entre las obligaciones fundamentales inderogables a garantizar inmediatamente por los signatarios, refiriéndolos a la satisfacción de un rango elemental en las condiciones de vida para todos los individuos (incluida la atención primaria) y al estatus distintivo, de

carácter protectorio, de las personas más vulnerables (O.G. N°14 [esp. parág. 12, 43 y 47]; OG N° 3 [esp. parág. 9 y 10 a 12] y OG N° 19 [esp. parág. 4 y 59).

Los cánones reseñados dan cuenta de que, en la lógica del PIDESC, existen diferentes tipos de obligaciones, por lo que no toda dificultad en el acceso gratuito a las prestaciones de salud –entendida ésta según el concepto holístico que subrayan los parágrafos 3, 4 y 8 de la OG N° 14–, configura una infracción convencional.

Las violaciones pasan claramente por las denominadas *core minimum obligations* –obligaciones nucleares– las cuales, repito, tienen operatividad directa e inmediata y cuya preterición –sea por acción o por omisión– sería inadmisibles. En cambio, el sometimiento de la cobertura solicitada en estos autos a la previa ponderación pública, en orden a su eventual integración dentro del “contenido del paquete de servicios esenciales”, no lesiona –en las actuales condiciones–, el derecho de realización gradual al más alto nivel posible de salud, sobre todo cuando aquella conlleva múltiples y serias implicancias en cuanto a la utilización de recursos exiguos, como asimismo a aristas bioéticas y jurídicas (v. asimismo OG N° 14 [parág. 13 a 17 y 19 primera parte]; OG N° 3 [parág. 2, 3 y 4]; OG N° 19 [parág. 13, 31 y nota 9]; CDESC: Declaración sobre la obligación de adoptar medidas hasta el “máximo de los recursos disponibles” bajo el protocolo facultativo del Convenio, [E/C.12/2007/1, 10/5/2007, esp. parág. 2, 3, 4, y 6 a 13]; Informe ACNUDH [E/2007/82, 25/6/2007; esp. parág. 2, 5, 6, 8, 9, 10, 13, 15, 17, 19 a 22, 25 a 27, 29 a 31, 34, 35, 40, 41, 43, 69 a 78, y 80]; Organización Mundial de la Salud [OMS]- ACNUDH: “Derechos humanos, salud y estrategias de reducción de la pobreza” [esp. págs. 11 a 12, y 42 a 44]; Comisión de Derechos Humanos:- Resolución 2003/28 “El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” [párrafo diecisiete del preámbulo y parág. 5]; Informe provisional del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Sr. Paul Hunt [A/58/427, 10/10/2003, esp. parág. 42, 44, 45, 47, 48 y 53]; Convenio (Núm. 102) Relativo a la Norma Mínima de la Seguridad Social, O.I.T., Ginebra, aprobado por ley 26.678 [arts. 7, 8 y 10]; Consejo Económico y



Procuración General de la Nación

Social:- informe del Secretario General, “*Thematic issues before the Commission on the Status of Women*” [43ª. Sesión; v. esp parág. 2, 16 a 18 y el anexo “*A framework for designing national health policies with an integrated gender perspective*”]; Asamblea General O.N.U., “Aplicación de las Estrategias de Nairobi orientadas hacia el futuro para el adelanto de la mujer” [A/RES/48/108, 28 de febrero de 1994, parág. 10], Resolución S-23/3 “Nuevas medidas e iniciativas para la aplicación de la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing” [A/RES/S-23/3; 16/11/2000; esp. parág. 79, acáps. “a”, “b” y “h”]; reporte del UNFPA: “*Sexual and Reproductive Health for all: reducing poverty, advancing development and protecting human rights*”[ya citado]; Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura - UNESCO:- Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos [33ª. sesión de la Conferencia General, 19/10/2005; arts. 14 y 18.3]; OMS/UNICEF, Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud, Alma-Ata, 6 al 12 de septiembre de 1978 [Declaración de Alma-Ata, punto IV]; Plataforma de Beijing [parág. 106.S]; Proclamación de Teherán [parág. 18]; Conferencia de Viena [A/CONF. 157/23; parág. 11 y 64]; Asociación Médica Mundial [A.M.M.]:- “Declaración sobre la fecundación in vitro y el trasplante de embriones”, adoptada por la 39ª. Asamblea de Madrid, España [octubre de 1987]; “Declaración sobre los aspectos éticos de la reducción del número de embriones”, adoptada en la 47ª. Asamblea de Bali, Indonesia [septiembre de 1995]; OMS A57/13 [esp. parág. 42 a 44, 48, 49 y 52 a 54]; y Comité Asesor de Ética en la Investigación Científica y Tecnológica: “La investigación sobre células troncales” [Ministerio de Ciencia y Tecnología español]).

-VIII-

La solución que propicio coincide –en el punto específico sometido a juzgamiento– con lo dispuesto en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), dada el 28 de noviembre de 2012, en el caso contencioso “Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica”.

Precisamente –aun cuando Costa Rica habría contado con el presupuesto necesario para desplegar una infraestructura destinada a la administración de esta

terapia reproductiva, en cuyo ámbito ya se habían efectuado numerosos procedimientos entre los años 1995 y 2000— la parte dispositiva del pronunciamiento, en correlación con su parágrafo 338, determina que “[...]el Estado [costarricense] debe incluir la disponibilidad de la FIV dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud...”, colocando esta obligación concreta, referida a la asequibilidad, en el marco de la progresividad (“...para poner gradualmente [dice] estos servicios a disposición de quienes lo requieran...”; el subrayado no está en el texto original; v. su punto 4).

El voto concurrente de los Dres. García-Sayán y Abreu Blondet se encarga de aclarar que “...ello se orienta a que dicha técnica sea incluida de manera gradual, dentro de los programas... Ello no sugiere que una porción desproporcionada de los recursos institucionales y presupuestales de la seguridad social sea destinada a este propósito en perjuicio de otros programas o prioridades sino a garantizar que este servicio esté disponible en forma progresiva” (v. parág. 11, acáp. c).

En este sentido, explica también que “... el mandato de la Corte no se dirige a alterar ningún tipo de priorización a nivel interno, en el entendido que el acceso a las técnicas de reproducción asistida ya había sido incorporado dentro de la atención integral que suministra el Estado. El Tribunal, como es su práctica constante, deja en manos de las autoridades locales el conjunto de decisiones sobre la naturaleza y alcance de las medidas necesarias para garantizar, progresivamente, lo pertinente respecto al conjunto de técnicas asociables a las diversas modalidades de FIV...” (*sic*; parág. 11).

Esa misma impronta, está presente en el parágrafo 255 del fallo en el que se rescata el interés de algunos países —entre ellos, la República Argentina— en ocuparse de esta enfermedad “...tratando de tomar medidas para que los tratamientos de reproducción asistida se encuentren cubiertos por los programas o políticas de salud estatal...” (énfasis agregado).

Por ende, estimo que —también en la perspectiva de la Corte IDH— la asequibilidad de la FIV está alcanzada por el principio de gradualidad propio de los derechos sociales. En cualquier caso, ese cuerpo no ha impartido ninguna directiva en

S.C. G.N° 167; L.XLVII

Procuración General de la Nación

torno a las atribuciones prudenciales de las partes signatarias para imponer o no esa obligación a los operadores domésticos.

-IX-

En ese contexto, he de concluir que la cobertura gratuita de las técnicas de alta complejidad en reproducción humana, a cargo de obras sociales y empresas de medicina privada, excede del plano de las garantías mínimas que el Estado tendría obligación de salvaguardar inmediatamente, de modo que los jueces no están autorizados a imponerla por encima de las cláusulas contractuales o estatutarias que rigen las relaciones con los afiliados. Es que esa barrera fáctica —referida, por de pronto, al ámbito no estatal—, si bien interfiere con una opción reproductiva personal, no alcanza a configurar una circunstancia imperiosa que pueda comprometer profundamente la vida en sentido biológico, ni comporta una condición de sumo desamparo, tal como lo concibe V.E. (cfr. Fallos: 335:452, considerando 12). Tampoco alude a textos legales susceptibles de aplicación extensiva en orden a sus finalidades, ni se ha demostrado que corresponda catalogarla como regresiva. Por ende, el caso no puede asimilarse a otros supuestos de límites a los derechos fundamentales en los que esta Procuración dictaminó favorablemente, en especial, el de la causa S.C. C. N° 505; L. XLVI “C., L. M. y otro c/ OSDE s/ amparo”, donde el empleo de la técnica ICSI tenía por objetivo evitar el contagio del HIV/SIDA que padecía el actor (v. opinión fechada 14 de julio de 2011).

Antes bien, por su naturaleza misma y en el marco de progresividad hacia la realización plena, la provisión sin cargo que se persigue de las mencionadas personas no estatales, cae dentro de los márgenes de discrecionalidad que asisten a los países para proyectar las políticas de salud adecuadas a sus condiciones concretas, con una participación de los distintos sectores de la comunidad que permita un amplio intercambio sobre las múltiples aristas de esta problemática, y la fijación de prioridades a la luz del principio de justicia. Por eso mismo, supera el cometido jurisdiccional para adentrarse en la factura de aquellas estrategias públicas.

En ese orden de ideas, no puede olvidarse que aquella discusión tiene lugar en estos momentos en el seno del Congreso Nacional, donde recientemente alcanzó media sanción un proyecto de ley cuyo art. 8° prevé –en lo que nos interesa– la cobertura integral de la FIV en cabeza de las obras sociales y de los entes de medicina prepaga.

De tal manera, puede afirmarse –reitero– que el Estado argentino se ocupa actualmente de evaluar en el ámbito apropiado esta realidad de complejos perfiles médicos, bioéticos, económicos y jurídicos. Y, paralelamente, que la orientación pública en torno a los diferentes aspectos que ella conlleva, continúa su proceso de diseño en el seno de la rama parlamentaria.

Por ende, ponderando que el país está en emergencia sanitaria desde el año 2002 (v. esp. Decreto 486/2002 y ley 26.729), la remisión del problema al debate general no comporta ignorar que “[l]a realización progresiva del derecho a la salud... significa que los Estados Partes tienen obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena realización del artículo 12” (OG N° 14, parág. 31 y su nota 21). Al contrario, se ajusta a ese concepto, que supone una búsqueda efectiva y seria de soluciones para las distintas dificultades de salud de la población, ubicada en el escenario de las posibilidades ciertas de cada sociedad. Y esta tarea de armonización y discernimiento de prioridades compete *prima facie* a los departamentos ejecutivo y legislativo, máxime cuando se trata –como ocurre en autos– de distribuir cargas entre efectores individuales, fuera de sus previsiones contractuales o estatutarias (arg. Fallos: 335:452, considerando 11°; y S.C. A. N° 910, L. XLVI, *in re* “Asociación Magistrados y Funcionarios c/E.N. ley 26372 artículo 2° s/amparo ley 16986”, considerando 6°).

De otra parte, aun cuando aquí se examina la configuración o no de inconstitucionalidad por omisión, es útil tener presente que –al par de reivindicar del control de constitucionalidad y convencionalidad, incluso de oficio, por parte de la judicatura–, V.E. acaba de puntualizar que el ejercicio de dicha potestad debe enmarcarse en una serie de pautas adjetivas “... sobre todo, las que fijan los requisitos de admisibilidad y fundamentación de las presentaciones o alegaciones de las

Procuración General de la Nación

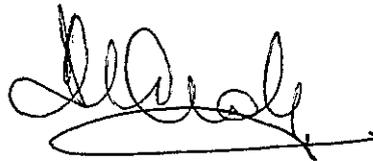
partes...[dentro del] conjunto de reglas elaboradas por el Tribunal a lo largo de su actuación institucional relativas a las demás condiciones, requisitos y alcances de dicho control” (v. sentencia del 27 de noviembre de 2012, recaída *in re* “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/Ejército Argentino s/daños y perjuicios”, esp. consid. 13).

Luego, las argumentaciones referidas a los derechos fundamentales –aunque indudablemente respetables, por el lugar preponderante que estos últimos ocupan en la vida humana y en la consideración jurídica–, no pueden obrar indiscriminadamente en un litigio judicial. Como también lo tiene dicho esta Procuración General, el intérprete debe calibrar los componentes de la situación particular, según lo ha hecho esa Corte al evaluar –en procesos de amparo entablados en materia de salud y discapacidad–, la concurrencia de ilegalidad o arbitrariedad manifiestas, a la que el art. 43 primer párrafo de la Constitución Nacional supedita su propia aplicabilidad (v. dictamen emitido en Fallos: 332:1163).

-X-

En consecuencia, opino que V.E. debe desestimar el recurso extraordinario.

Buenos Aires, 8 de abril de 2013.



M. ALEJANDRA CORDONE ROSELLO
Procuradora Fiscal ante la
Corte Suprema de la Nación
SUBROGANTE



ADRIANA M. MARCHISIO
Prosecretaria Administrativa
Procuración General de la Nación