



Fertilizacion asistida y perspectiva De Genero

Carrera: Abogacía

Alumno: Barbera, Fernando César

Legajo: ABG08023

DNI: 28.652.120

Tutor: Carlos Isidro Bustos

Opción de trabajo: Comentario a fallo

Tema elegido: Cuestiones de Género

Datos del Fallo

- Tribunal emisor: Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba.
- Autos: "A, A. D. V. Y OTRO C/ ADMINISTRACIÓN PROVINCIAL DE SEGUROS DE SALUD (APROSS) AMPARO (LEY 4915) RECURSO DE APELACIÓN"
- Fecha: Diecisiete de Octubre del 2019.
- Extraído de: Compendio de Jurisprudencia, con Perspectiva de Género de la Provincia de Córdoba. Oficina de la Mujer – Poder Judicial de Córdoba.
- Temática: El fallo, se enmarca en una cuestión de genero ante la solicitud de igualdad frente al Derecho a la vida.

Sumario

I. Introducción. II. Aspectos Procesales: A.) Premisa fáctica. B.) Historia Procesal. C) Decisión del Tribunal. III. Ratio Decidendi . IV. Análisis Conceptual, Antecedentes Doctrinarios y Jurisprudenciales. V. Posición del Autor. A.) Perspectiva de Género. B.) Cuestión Jurídica. VI. Referencias Bibliográficas. A.) Legislación. B.) Doctrina. C.) Jurisprudencia

Introducción

Según la Organización Mundial de la Salud, en la actualidad, existe un promedio de entre diez y quince por ciento de infertilidad en la población a nivel mundial. Tal realidad implica que muchas parejas, no pueden formar una familia de forma natural, sino que deben asistir a la ayuda de la ciencia médica (fertilización asistida) para lograr dicho objetivo. Es realmente frustrante para este porcentaje no poder formar una familia, lo cual trae aparejado otro tipo de problemas psicológicos que terminan afectando a la misma.

En este trabajo se podrá observar como la Legislación y la Justicia no están ajenos a estos datos, es por ello que en Argentina existe la Ley N° 26.862, la cual fue sancionada para ayudar y colaborar con la realidad de las personas que no puedan procrear de forma natural.

Es necesario concientizar a las Obras Sociales y Prepagas, de la importancia que tiene la cobertura de este tratamiento, el cual se encuentra legislado de forma clara y precisa, pero en ocasiones, estas instituciones evaden su responsabilidad sin tener en cuenta el daño que provocan a sus afiliados que se encuentran incapacitados para formar una familia naturalmente.

Se detalla a continuación, como la Justicia de Córdoba, por intermedio de su máxima autoridad, el Tribunal Superior, basándose en leyes de fondo, doctrina y jurisprudencia, fallará a favor de la vida.

Aspectos Procesales

El Juez expresa que las disposiciones contenidas en la Ley N° 26.862, y la Ley Provincial N° 9.695, son tomadas por la Cámara de forma imparcial y no en consideración del caso en particular. Se aplica la norma indiscriminadamente vulnerando derechos fundamentales, sin tener en cuenta el aspecto axiológico de la misma. Este proceso perjudica a los amparistas en el ejercicio del Derecho a la Reproducción, que indiscutiblemente se encuentra asociado al Derecho a la Vida el cual es un Derecho Humano.

Premisa Fáctica

La parte actora (Los Sres. A.A. D. V. y S.C.J.L) en los Tribunales de la Ciudad de Córdoba, interponen un Recurso de Amparo, contra las disposiciones, de las Resoluciones Internas (N° 178/2009 – N° 87/2010) de la Obra Social del Estado Provincial (APROSS), y en contra del (Art. 13° de la Ley Provincial N° 9.277 – Creación de

APROSS) para la cobertura de un tratamiento de fertilidad asistida, el cual habían solicitado a la Obra Social, por ser afiliados de la misma. Las Resoluciones Internas se refieren al rango etario de una mujer para dicho tratamiento, imponiendo como máximo la edad de 41 años para el mismo, lo cual no está en concordancia con la normativa nacional al respecto Ley N° 26.862, la que establece la edad de 44 años cumplidos como máximo, para afrontar un tratamiento de esta índole, y ser cubierto por las obras sociales. Este recurso constitucional llega a la Cámara Contencioso Administrativa de Segunda Nominación de la ciudad de Córdoba, la que dictamina una Sentencia (N° 170), la cual no hace lugar al Amparo interpuesto previamente, basándose también en el rango etario de la actora, además de no tener en cuenta los certificados médicos, de los galenos especialistas en la materia, los que expresaban la buena condición física y de salud para afrontar el tratamiento. La paciente se encontraba con la edad correcta según la Ley para ser tratada en el proceso de fertilización asistida, debido a que cuando se inició el recurso en los tribunales, la actora por su edad estaba correctamente dentro del rango establecido por Ley. Aquí los actores interponen un Recurso de Apelación, el cual es tomado por el Tribunal Superior de Justicia, al cual le hacen lugar, considerando como fundamentos, el Derecho a la Vida, a la Salud, a la Salud Reproductiva, a Formar una Familia, explicando Tratados Internacionales, entre distinta Doctrina y Jurisprudencia plasmada en el fallo.

Historia Procesal

El pleito comienza en las instancias iniciales de la Justicia Ordinaria, los amparistas presentan su Recurso Constitucional de Amparo, el cual fue recorriendo los distintos escalones de la Justicia de la Provincia de Córdoba, hasta llegar al Tribunal Supremo de Justicia. El mayor inconveniente se suscita en Segunda Instancia, en la Cámara Contencioso Administrativa, en la cual sus vocales miembros, no hacen lugar a la autorización del tratamiento de fertilidad asistida, sin tener en cuenta muchos derechos que avalaban a los amparistas para poder ser beneficiados con la autorización por parte de la

APROSS, para realizar dicho tratamiento. Es allí cuando los amparistas imponen un Recurso de Apelación a la Sentencia de Cámara, y El TSJ hace lugar al mismo, basándose en normas de fondo, como también doctrina y jurisprudencia las cuales avalan dichos tratamientos, para las personas que naturalmente se encuentran incapacitadas para procrear y formar una familia.

Decisión Del Tribunal

La decisión del TSJ es: Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto en contra la Sentencia n.º 170, de fecha 8 de Noviembre de 2018, dictada por la Cámara Contencioso Administrativa de Segunda Nominación de la ciudad de Córdoba.

Hacer lugar a la demanda promovida por los Sres. A., A. D. V. y S. C. , J. I. , y ordenar a la APROSS que incluya a los actores en el programa de fertilización asistida (artículo 12, inciso n, de la Ley n.º 9277), hasta la cobertura del 100 %.

Imponer las costas por el orden causado.

Ratio Decidendi

Los Jueces del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, manifiestan su Resolución al caso basándose en diferentes fundamentos, entre los cuales expresan que las decisiones de los miembros de la Cámara, se han manifestado sin tener en cuenta las garantías constitucionales que debe tener la actora en esta causa, como así también lo expresado en la Ley N° 26.862 y la Ley Provincial N° 9.695.

Se declara una desigualdad notoria con otros afiliados a la APROSS. No existe una fundamentación realmente lógica y legal de la Sentencia, por parte de los miembros de la Cámara al momento de negarle la asistencia de la Obra Social, para su tratamiento de fertilidad asistida.

Los miembros del TSJ hablan sobre la Incongruencia y arbitrariedad con la que se han manejado los vocales de la Cámara al momento de determinar su fallo además de violar el principio lógico de la no contradicción.

No se respetan las resoluciones del Ministerio de Salud de la Nación las cuales manifestaban al momento del tratamiento que la actora cumplimentaba con los requisitos establecidos en las mismas, como así también los fundamentos no cumplen con el silogismo que debe estar presente en toda Sentencia. Existen ciertas incongruencias, cuando se refieren al límite etario de una persona, para que pueda ser beneficiada con el tratamiento de fertilidad.

En Cámara no se tiene en cuenta distintos Derechos, como el de la Salud, la salud reproductiva, a formar una familia, aspectos de la Convención Americana de los Derechos Humanos, el derecho a la vida, etc.

El derecho a la salud se constituye como indispensable para el ejercicio de otros derechos, lo cual fue notoriamente observado por el Tribunal Superior de Justicia al momento de fallar.

La Aproz, impuso de forma arbitraria las restricciones que establece su Resolución N° 178/09, y no aportó pruebas suficientes para probar lo contrario a los que manifestaban las resoluciones del Ministerio de Salud de la Nación, como así también a las pruebas científicas de carácter médico, las cuales expresaban que la amparista gozaba de buena salud para afrontar el tratamiento de fertilidad. No existía prescripción médica en contrario.

Por las razones aquí brindadas, entre otras, es que el Tribunal Superior de Justicia, autorizó a hacer lugar al recurso de apelación interpuesto en contra la Sentencia n.º 170, de fecha 8 de noviembre de 2018, dictada por la Cámara Contencioso Administrativa de Segunda Nominación de la ciudad de Córdoba.

Análisis Conceptual, Antecedentes Doctrinarios Y Jurisprudenciales.

A los efectos de ofrecer al lector un marco conceptual desde el cual se parte para elaborar el presente comentario, corresponde comenzar señalando un aspecto sobre la función de la medicina en los tratamientos de fertilización asistida que la doctrina señala: “La función de la medicina, respetuosa de los mecanismos fisiológicos de la pareja, sería reestablecer las posibilidades de que las células germinales realicen su función, toda medida terapéutica que tienda a favorecer el cometido de los gametos será éticamente aceptable.” (Gustavo Paez – 2010 – P94 – Vol 14). Revista. Elementos Para Valorar Los Métodos De Fertilización Asistida:

En el mismo sentido, distintas corrientes del feminismo de Estados Unidos y otros países han incluido éstos y otros temas en sus agendas, con lo que han logrado influir en las y los tomadores de decisiones y en la legislación que regula la procreación asistida. En México, sin embargo, no encontramos una situación similar. Tanto los hallazgos del trabajo de campo como la revisión documental que realizamos sugieren que un importante segmento de mujeres feministas que se desempeñan en la academia y en ONG se distancian de estos temas no los hacen suyos ni consideran que deban incorporarse a las iniciativas programáticas ni a los debates internos de sus organizaciones. (La Fertilización Asistida en la Agenda de los Grupos Feministas Mexicanos – Revista La Ventana N° 33 –p271)

Haciendo un aporte personal a lo manifestado, en esta Revista, también mucho tiene que ver la Iglesia en Méjico, la cual piensa diferente y en contra de las corrientes feministas anglosajonas (Rechkemmer 2012 - Revista Peruana de ginecología y obstetricia. vol.58 no.2)

La Doctrina en mención, se refiere a la enfermedad de endometriosis, la cual padecen muchas mujeres y entre otros síntomas, se les manifiesta la infertilidad. Ellos expresan técnicas quirúrgicas del tratamiento. Vinculo este tema con el fallo trabajado,

porque se manifiesta en lo expresado por los galenos, los cuales hacían referencia al buen estado de salud de la actora para afrontar el tratamiento de fertilidad asistida. La endometriosis es considerada una de las causas más importantes de infertilidad en el mundo. (Marisa S. Aizenberg – 2012 - El Tratamiento Legal y Jurisprudencial de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en Argentina - Revista Derecho Privado. Año I Nro. 1. Ediciones Infojus, p. 61.)

“Provincia de Córdoba: La Ley N° 9695, incorpora un inciso a la Ley N° 9277 - que crea la Administración Provincial de Seguro de Salud (APROSS)—, estableciendo la obligatoriedad de la cobertura de tratamientos de fertilización asistida, a fin de promover el desarrollo familiar de los beneficiarios de dicho seguro, conforme las condiciones que establezca la reglamentación”. El texto expresa de forma clara y precisa la obligación de cubrir los casos de infertilidad a través de los tratamientos de fertilización asistida. (Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y Laboral de Rafaela, en la causa “S. A. F. y O. c/ OSDE s/ amparo” 9/05/2015, pedido de cobertura integral (provisión del 100% de la medicación, alojamiento, traslados, cobertura integral de la donación de gameto masculino y congelación de material biológico):

..“el acceso a los tratamientos de fertilización asistida debe garantizarse en un ámbito de libertad y respeto de la vida privada y familiar, sin diferencias discriminatorias, en miras de una paternidad y maternidad responsables y con ajuste a un criterio de proporcionalidad razonable entre los medios empleados y el fin que se persigue, cuyo cumplimiento no puede verse limitado por el piso mínimo impuesto por el Programa Médico Obligatorio u otra disposición reglamentaria”

“Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, en los autos “M. S. c/ OSDE Binario s/ amparo de salud”, 15/09/2015 – “Obligó a la empresa de medicina prepaga a cubrir integralmente del tratamiento de fertilización asistida

(ICSI), hasta lograr un resultado positivo en la concepción de acuerdo a lo prescripto por el médico tratante de la paciente y siempre que la actora continuase afiliada a la empresa demandada.”

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, Sala II, en la causa “I. F. L. y otros c/ Swiss Medical S.A. s/ acción de amparo”, el 23/10/2013,

.....resolvió un recurso de apelación interpuesto por la empresa de medicina prepaga que, en lo que aquí interesa, se agraviaba de la interpretación de la jueza de primera instancia respecto de la última parte del artículo 8° del decreto 956/2013, es decir, “tres tratamientos de alta complejidad por año”.

Ante situaciones como estas se debe interpretar lo que sea más benigno y favorable para el paciente. Se debe bregar por la buena salud, la interpretación de estas normas debe ser siempre con la mejor intención para la cobertura del tratamiento de salud que sea.

Sentencia del 18/02/2016 de la Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, en los Autos “Pona, Elena Isabel c/Swiss Medical S.A. s/Amparo”,

..... resuelve un Recurso de Apelación interpuesto por la demandada, empresa de medicina prepaga, contra la sentencia de primera instancia que había concedido la cobertura integral (100%) de la prestación de fertilización asistida con técnica FIV (in vitro) por ovodonación hasta lograr el embarazo. La alzada, si bien confirma la sentencia de grado, restringe el alcance de la cobertura dejando en claro que la cantidad de tratamientos a cubrir alcanzan un máximo de tres anuales: “Después del año será el médico tratante quien indicará la continuación o no, pero no de manera incierta como lo dice la sentencia hasta lograr el embarazo..”

Aquí se deben basar en lo expresado por la Ley N° 26.862, la cual expresa que deben ser tres tratamientos anuales de alta complejidad, con tres óvulos fecundados por tratamiento, lo cual serían nueve intentos de embarazo asistido. Y la Ley si habla de un rango etario de 44 años cumplidos, hasta lograr el embarazo, siempre basándose en lo expresado por los médicos especialistas.

De la Torre, Natalia - 2017 – “Panorama jurisprudencial sobre las técnicas de reproducción humana asistida en cobertura médica”

Desde la entrada en vigencia de la Ley N° 26.862, existen innumerables interrogantes sobre la extensión de la cobertura de la cantidad de tratamientos de alta complejidad que deben cumplir las prepagas y obras sociales en Argentina. “Toda persona puede interponer recurso de Amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley”

Irina Daiana Brest – 2020. *Amparo y Medidas Autosatisfactivas de Salud* (1° Ed.) Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Argentina – García Alonso. –

Posición del Autor - Perspectiva de Género - Cuestión Jurídica.

La vida. Es común hablar de ella en el ámbito cotidiano del ser humano, sin embargo, cuando una pareja quiere dar vida, formar una familia y algún impedimento de salud no lo permite, es un tema complicado para conversar. Infertilidad. Aún se dificulta más, porque surge mucha ansiedad, incógnitas y temores en aquellas personas que quieren tener un hijo y se enteran que no pueden. La ciencia médica a trabajado para suplir en un gran porcentaje, las falencias físicas que tanto el hombre como la mujer pueden llegar a tener en su salud para procrear.

El Derecho también ha trabajado para colaborar con las personas con problemas de fertilidad. Se ha trabajado y legislado en todo el mundo, y Argentina no es la excepción al caso. La sanción de la Ley N° 26.862, presenta un antes y un después en la realidad de los argentinos que quieren tener familia y no lo pueden hacer de forma natural. También es un antes y un después en el normal obrar de las prepagas y obras sociales las cuales se encuentran ante una nueva realidad, porque la norma les exige afrontar costosos tratamientos de fertilización asistida, y es aquí donde ocurren los mayores problemas técnicos en materia administrativa y jurídica.

En este caso en particular, en el fallo sobre el cual se ha trabajado, se manifiesta lo expresado en el párrafo anterior. La Cámara Contenciosos Administrativa de 2° Nominación, no tuvo en cuenta la norma en forma particular, más bien fue imparcial al momento de aplicarla en este sensible caso. El Derecho a la vida es un Derecho Humano, legislado en innumerables leyes nacionales e internacionales. No tener consideración para otorgar la autorización para el tratamiento, existiendo la legislación vigente para el caso concreto, no es un tema para dejarlo pasar por alto.

La Obra Social del Estado Provincial (APROSS) posee normativa interna la cual se encuentra en disonancia, con la legislación provincial, Ley N° 9.695 y la ya mencionada Ley nacional N° 26.862. Más bien sus resoluciones (N° 178/2009 – N° 87/2010) se manifiestan en contra de lo expresado por las leyes en mención. Los amparistas se ven desolados ante las respuestas de los miembros de la Cámara. La legislación nacional es clara al respecto. En una cuestión de género, en un problema de género como se plantea aquí no se puede pasar por alto lo que nos ordena la Ley. En la actualidad las cuestiones de género están a flor de piel. En la sociedad es una materia que el ser humano está estudiando y trabajando para mejorar día a día. El dar vida es un hecho de la naturaleza, expresado en la sociedad como un acontecimiento milagroso, pero en el ámbito terrenal hablar sobre las factibilidades concretas que tienen las personas con problemas de fertilidad para procrear

naturalmente, nos obliga a ser pensantes y buscar la solución ante las oportunidades que la medicina y la ley nos brindan. Lo concreto aquí, es que la medicina ha estudiado para solucionar los problemas médicos de infertilidad, y los legisladores han legislado para solucionar los problemas jurídicos de la misma materia. La norma está, la norma existe y como toda norma que proviene de las Instituciones del Estado que trabajan para crear leyes, deben respetarse y cumplirse. Esto es lo que interpretó el Tribunal Superior de Justicia. Analizó el caso, estudió el historial médico, incursionó en legislaciones que hablan al respecto y colaboró con los amparistas, haciendo lugar al Recurso de Apelación interpuesto ante la Sentencia N° 170 de la Cámara.

Coincido con el Tribunal Superior, en como abordó el problema, en como estudió la problemática de género, en la importancia que le brindó al caso en concreto, y en el estudio pormenorizado de diversas normas que defienden la vida. En un principio planteé las dificultades en materia administrativa y jurídica que se presentan al momento de sancionar esta ley y cumplirla. El TSJ ante estas circunstancias, solucionó el impedimento, aplicando la ley en particular, con sensibilidad y con sentido común, que quizás sea el sentido más difícil de encontrar en la sociedad, sin embargo, así lo hizo. Falló a favor de la vida, e hizo que se cumpla la Ley N° 26.862, que es nuestra, es argentina y debe cumplirse con carácter obligatorio, porque ayuda a generar vida.

Conclusión:

A modo de síntesis el presente comentario a fallo buscó analizar como debe interpretarse el derecho a la vida y a la salud, pues se constituyen como indispensable para el ejercicio de otros derechos. En el caso, el Tribunal Superior de Justicia juzga con perspectiva de género cuando la Obra Social (Apross) impuso de forma arbitraria las restricciones que establece su normativa interna (Resolución N° 178/09), impidiendo el acceso a la fertilización asistida.

Es que una norma inferior, como son las resoluciones internas de la obra social, no pueden ir a contrapelo de las resoluciones del Ministerio de Salud de la Nación, de la Ley N° 26.862, como así también de las normas constitucionales. Es por ello que el fallo interpreta de manera sistemática y armónica todo el régimen jurídico, logrando -como dije al dar mi opinión- una sentencia que denota sensibilidad social y sentido común.

Referencias Bibliográficas Legislación. Doctrina. Jurisprudencia

- .GUSTAVO PAEZ – 2010 – P94 – Vol 14. Revista. Elementos Para Valorar Los Métodos De Fertilización Asistida.
- Dora Cardaci /Ángeles Sánchez Bringas (2011)- La Fertilización Asistida en la Agenda de los Grupos Feministas Mexicanos – Revista La Ventana N° 33 –p271.
- Adolfo F. Rechkemmer 2012 - Revista Peruana de ginecología y obstetricia. vol.58 no.2
- Marisa S. Aizenberg – 2012 - El Tratamiento Legal y Jurisprudencial de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en Argentina - Revista Derecho Privado. Año I Nro. 1. Ediciones Infojus, p. 61.
- Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y Laboral de Rafaela, en la causa “S. A. F. y O. c/ OSDE s/ amparo” 9/05/2015.
- “Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, en los autos “M. S. c/ OSDE Binario s/ amparo de salud”, 15/09/2015.

- Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, Sala II, en la causa “I. F. L. y otros c/ Swiss Medical S.A. s/ acción de amparo”, el 23/10/2013.
- Sentencia del 18/02/2016 de la Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, en los Autos “Pona, Elena Isabel c/Swiss Medical S.A. s/Amparo”.
- De la Torre, Natalia - 2017 – “Panorama jurisprudencial sobre las técnicas de reproducción humana asistida en cobertura médica”.
- Irina Daiana Brest – 2020. Amparo y Medidas Autosatisfactivas de Salud (1° Ed.) Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Argentina – García Alonso.

–