



ABOGACIA

Seminario Final

Modelo de Caso – Cuestiones de género

Interpretación normativa con perspectiva de género: Estudio de caso

Alumno: Elizabeth Vilma Chavez

DNI: 24.076.186

Legajo: VABG68864

Tutor: Carlos Isidro Bustos

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal (18/10/2018) - “V. P.

M. Y Otro C/ OSDE S/ Amparo de Salud”. Causa N° 5373/2018

Sumario: I. Introducción. II. Descripción de la premisa fáctica, historia procesal y resolución del Tribunal. III. Análisis de la *ratio decidendi*. IV. La perspectiva de género en vista a la homosexualidad. V. Postura de la autora. VI. Conclusiones. VII. Referencias. a) Doctrina. b) Jurisprudencia. c) Legislación.

I. Introducción

La sociedad como un todo evoluciona, y con ello llegan nuevos cambios de paradigma que obligan a entender al ser humano desde nuevas concepciones; una de estas nuevas perspectivas queda determinada por la búsqueda de la erradicación de la violencia ejercida contra la mujer—en todos sus tipos-. A raíz de ello, la perspectiva de género abre las puertas a una concepción formulada sobre nuevos cimientos jurisprudenciales que demandan una justicia ajustada a estos nuevos esquemas de concepción.

En este sentido, resulta sumamente interesante profundizar en el análisis de una temática que actualmente se enrola en un desarrollo contundente, dado que esta nueva perspectiva repercute directamente en el empoderamiento de la figura de la mujer como un ser merecedor de una protección que la coloque en plano de igualdad con respecto a la figura del hombre entendido desde su individualización sexual o autodeterminada.

En este contexto, resulta aún más interesante abordar al conocimiento de las encrucijadas a las que se enfrenta esta corriente mediante el estudio de una sentencia judicial fundada en la perspectiva que nos ocupa. Formuladas estas consideraciones, resta dilucidar que este trabajo será llevado a cabo mediante una nota a fallo de una sentencia perteneciente a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal (18/10/2018) en autos “V. P. M. Y Otro C/ OSDE S/ Amparo de Salud”.

Subjetivamente, la relevancia de este antecedente se funda en que una pareja homosexual demandó a una empresa de medicina prepaga para que esta última fuera condenada a cubrir íntegramente el tratamiento de fertilización asistida que implicaba la utilización de semen donado, lo cual complejizaba el panorama dado que la técnica que permitía la donación directa de óvulos no estaba formalmente prevista en la ley.

Este fallo analiza la interpretación de los alcances del cuerpo legal que prevé el acceso a las técnicas y procedimientos de fertilización a toda persona en pleno plano de igualdad. La complejidad se traduce al momento de determinar si las parejas de ambos

sexos están o no previstas en esta norma, porque ello determinará el éxito de la posibilidad en la concepción de un hijo por parte de una pareja compuesta por dos personas del sexo femenino.

Por otro lado, la doctrina sostiene que cuando surgen conflictos de ambigüedad y vaguedad derivados del lenguaje utilizado por la norma se está ante lo que se denomina un problema lingüístico (Alchourrón & Bulygin, 2012); esta situación se ve reflejada en la sentencia que nos ocupa. Ello se debe a que lo puesto en tela de juicio es justamente la referencia de que el objeto de la ley N° 23.661, complementada por la N° 26.862 es que “toda persona” que por un motivo u otro no pueda ejercer la libertad reproductiva, pueda optar por recurrir a las técnicas y procedimientos de fertilización.

Esto coloca en eje de discusión si lo dispuesto incluye o no a las parejas del mismo sexo que desean concebir y que pretenden utilizar semen de una persona que no se encuentra inscripta en el registro de donantes de espermatozoides. La ambigüedad de los términos utilizados en estos cuerpos legislativos, demandará un accionar jurídico en pos de determinar cuál ha sido la intención del legislador. Se pretende de este modo determinar la verdadera significancia de las normas puestas a consideración.

Este trabajo se constará de distintas partes organizadas en diversos títulos, y su contenido irá desde lo procesal, seguido de lo conceptual hasta finalmente llegar a las conclusiones personales.

II. Descripción de la premisa fáctica, historia procesal y resolución del Tribunal

En la provincia de Buenos Aires, dos mujeres (V., P.M. y otra) en carácter de convivientes, promovieron acción de amparo para que se condene a la obra social prepaga OSDE a proveerles la cobertura integral de la técnica de reproducción médicamente asistida de alta complejidad FIV con ovodonación, con óvulos provenientes de una de ellas, y el espermatozoide de un donante registrado en un banco del Registro Federal de Establecimientos de Salud (ReFES).

En una primera instancia procesal y en carácter de medida cautelar, el Sr. juez de grado ordenó a la demandada a cubrir las prestaciones indicadas. Sin embargo, esta resolución sería recurrida por parte de la demanda, quien se opuso a lo resuelto cuestionando que los óvulos que se donaban no provenían de un banco de gametos

registrado y que la técnica que permitía la donación directa de óvulos no estaba prevista en la norma.

Seguidamente, la Cámara Nacional de Apelaciones resolvería confirmar el decisorio recurrido en pos de la cobertura integral del tratamiento reproductivo solicitado por las actoras. Lo sentenciado llevó el voto unánime de los magistrados Ricardo V. Guarinoni y Eduardo Daniel Gottardi.

III. Análisis de la *ratio decidendi*

Los magistrados formularon múltiples manifestaciones partiendo de anticipar que en los casos en que se encuentran en juego la dignidad, la salud, la integridad física y psíquica, la justicia debe expedirse prontamente. Lo cual además se sumaba a que no estaba en discusión la legitimación sustancial de las actoras para acceder a la cobertura de la obra social.

Pero el argumento fundamental recaía en que, en una pareja heterosexual, el hombre que donaba su gameto para la reproducción no tenía que pasar por el registro o aportar a la misma obra social que su pareja mujer, lo cual desvirtuaba cualquier valoración que intentara ir en contra de este razonamiento. Admitida esa premisa, solo restaba preguntarse si habría alguna razón que justifique exigir ese requisito a una mujer que estaba unida en pareja con otra mujer, y la respuesta era no.

Esto era así porque un condicionamiento de este tipo sería impeditivo para ejercer la voluntad procreacional para una pareja de mujeres, lo cual de ser así iría en contra de los preceptos fundamentales de la norma. La ley N° 23.661, complementada por la N° 26.862 había instituido un sistema nacional de salud tendiente a asegurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país, pero sin discriminación alguna de índole social, económica, cultural o geográfica.

La finalidad del sistema, había sido instaurar un seguro de salud organizado dentro de un marco de una concepción "integradora" del sector sanitario. En consonancia con aquella ley madre, la Ley Nro. 26.862 preveía el acceso a las técnicas y procedimientos de fertilización a "toda persona" que por un motivo u otro no pudiera ejercer la libertad reproductiva.

Su alcance no se encontraba limitado a que se tratara de una persona sola o a un matrimonio del mismo sexo, dado que en estos casos solo sería viable recurriendo a un banco de datos genéticos de donde se pueda obtener esperma o un óvulo.

(...) la posibilidad concreta de acceso al sistema de técnicas de reproducción por las parejas del mismo sexo (entre otras tantas situaciones previstas) fue objeto de la intención del legislador que, al mantenerse las condiciones fácticas desde la entrada en vigencia de la mentada ley 26.862, permanece incólume como elemento determinante de la aplicación de la ley “la finalidad de la norma”, criterio este que es esencial para resolver el caso... y que los jueces deben aplicar

Así las cosas, las parejas del mismo sexo que requieren la donación de gametos (semen y óvulos, pues la ley no distingue, ni excluye algún tipo) debían ser objeto de cobertura. Todo ello permitía concluir en el razonamiento de que la sentencia apelada no revestía carácter de arbitraria.

Resolviendo de este modo, la justicia formulaba las aclaraciones y fundamentos pertinentes que coadyuvaron a la disolver las ambigüedades de las normas puestas a consideración. Los tratamientos de fertilización asistida, a pesar del lenguaje genérico utilizado por la norma que los disponía, estaban destinados a parejas de igual o distinto sexo, no siendo excluyente la utilización de gametos provenientes de un donante no registrado en el banco de esperma correspondiente.

IV. La perspectiva de género en vista a la homosexualidad

Históricamente, el vínculo entre hombres y mujeres se ha basado en una jerarquía de poderes, y ese plano asimétrico es el motivo del que surgen las desigualdades y porque a su vez se manifiestan contextos de discriminación. Tal situación despertó una colectividad de conductas en las que se reflejan graves actos de violencia contra la mujer por la condición de pertenecer al sexo femenino, pero que a su vez se ha naturalizado a tal punto que pareciera ser invisible a los ojos de la sociedad (Díaz Álvarez, 2004).

La doctrina (Arce Aggeo, 2011) confluye en que se trata de una cultura patriarcal que ha construido y asignado a varones y mujeres tanto roles como cualidades (fuerza / debilidad; actividad / pasividad; agresividad / ternura, etc.). El término género posee multiplicidad de acepciones que se relacionan con el terreno al cual se aplique, y una de

estas aristas vira en torno a la homosexualidad. Vivir en sociedad implica asumir modos de comportamiento asociados a las diversas formas culturales que cruzan al sujeto, y ello lo dota de identidad como una característica no estática, sino mutable conforme pasa el tiempo.

La CIDH recuerda que el *género* es "una categoría analítica proveniente de las ciencias sociales y un instrumento metodológico para examinar y revelar las relaciones históricas de desigualdad entre hombres y mujeres y los impactos concretos en las vidas de ambos" (CIDH - Mecanismo de seguimiento de la Convención de Belém do Pará, 2017, p. 1). La sociedad actual ha importado cambios importantes en el hombre, que se han desplegado en el camino hacia la constante búsqueda de elementos que lo identifiquen e individualicen, y en ese fuero interno en el que surge la homosexualidad, se marca un preludeo de necesidades que acto seguido se convierte en un deber del Estado de brindarle las garantías necesarias de aquella persona.

Al respecto se expediría Carvajal (2013), quien argumentó que las minorías sexuales constituyen grupos que comparten un elemento en común: su lucha por obtener la igualdad de trato por parte del Estado y el reconocimiento de oportunidades, libertades y beneficios laborales -entre otros- de los cuales goza la comunidad heterosexual, un mínimo de condiciones. En este punto es donde encontramos una conexión directa con el caso bajo estudio donde una pareja homosexual reclama a su obra social la cobertura integral de un tratamiento de fertilización asistida que incluye la donación de gametos masculinos por parte de un tercero no registrado en el registro de donantes de espermatozoides.

Llegar a resolver este caso, demandaría por parte del juez, adoptar una mirada con perspectiva de género y acatar las disposiciones legislativas dictadas con el propósito de erradicar la discriminación entre ambos géneros. La equidad de género como herramienta fundamental significa la toma de conciencia y transformación de la desigualdad; también implica el estudio de las desigualdades entre los géneros, señalando las causas que las producen sin discriminar a los diversos grupos que surgen como fruto de estas desigualdades (Duarte Cruz & García-Horta, 2016)

A estos fines, Argentina aprobó y ratificó una serie de convenciones internacionales con jerarquía constitucional. La Convención para la Eliminación de toda Discriminación contra la Mujer (CEDAW) aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1979, ratificada por Argentina mediante la Ley N° 23.179 en el año

1985, como así también la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres (Convención de Belem do para) y las reglas de Brasilia aprobada en la XIV cumbre nacional iberoamericana, son todos ejemplos de un estado nacional comprometido con políticas de eliminación de la violencia contra la mujer.

A nivel nacional este país sancionó la ley 26.485 de Protección Integral a las Mujeres (2009), destinada a erradicar, sancionar y prevenir cualquier tipo de violencia contra la mujer. Su artículo 4to. define a la violencia contra la mujer admitiendo que se trata de una

(...) conducta, acción u omisión, que, de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes.

En tanto el artículo 5to. expone las diversas tipologías (física, psicológica, sexual, económica y patrimonial, simbólica) y el 6to. las modalidades (Violencia doméstica contra las mujeres, violencia institucional contra las mujeres, violencia laboral contra las mujeres, violencia contra la libertad reproductiva, violencia obstétrica, violencia mediática).

En dicho marco, las leyes de fondo han pretendido expresarse de modo neutral respecto del género, sin embargo, se ha constatado que esa aplicación neutral tiene un tinte de perspectiva masculina que siempre toma como referencia al varón. Olsen en su discurso “El sexo del derecho”, exhibido en el libro *El género en el derecho* (2009), manifiesta que las corrientes feministas critican al derecho por auto-percibirse como objetivo, neutral y universalmente válido, pero omitiendo asumir que su creación, interpretación y aplicación responde a la óptica masculina.

Así pues, Costa (2016) califica al derecho como androcéntrico dado que su estudio si bien toma una mirada masculina, no lo hace de modo particular, sino como una óptica válida para toda la especie humana y ello se refleja en los estudios jurídicos tradicionales sean parciales, específicos y subjetivos, porque sólo presentan una parte de la realidad como si fuera la totalidad de la misma. En este contexto se comprende la interpretación formulada en la sentencia bajo estudio por los Camaristas cuando afirman que tanto la ley 23.661 como la 26.862 prevén el acceso a técnicas y procedimientos de fertilización “a

“toda persona”, posibilidad que marca claramente que el objetivo o finalidad de la ley es la de incluir como sujetos destinatarios a aquellos sujetos que por un motivo u otro no puedan ejercer la libertad reproductiva” (Considerando V).

En este tipo de contextos es cuando la justicia toma conciencia de la necesidad de aportar a sus fallos una mirada de perspectiva de género, para con ello lograr cierta igualdad o equidad a la hora de resolver ciertos comportamientos. “La solución, sería lograr, al momento de aplicar el derecho al caso concreto, una igualdad de género teniendo en cuenta la perspectiva mencionada” (Enríquez Pendino, 2021, p. 2).

En el caso, la contundencia de este enfoque demanda reconocer que en materia de acceso integral a procedimientos y técnicas médico asistenciales se sigue lo prescripto científicamente por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en cuanto ordena la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas de reproducción médicamente asistida (confr. párrafos 1 y 6 del “considerando” del decreto N° 956/13, reglamentario de la ley 26.862), tal y como se afirmó en el fallo de la CNCiv. y Com. Fed., Sala I, causa “K., P. A. y otro c/ Unión Personal Obra Social de la Unión del Personal Civil de la Nación y otro s/ amparo de salud» del 22/12/2016. En esta sentencia se aseveró que debía proveerse de cobertura integral de medicamentos a todos los sujetos relacionados en el acto complejo de la fertilización asistida con gametos de donante, dado que ello cumple y es acorde con el objeto de la mentada ley 26.862 (art. 8).

En este punto, y dada la problemática lingüística que adolece a esta sentencia, corresponde *aggionarse* a lo que pueda interpretarse de la *finalidad de la norma*. Según Esquembre Valdés (2006) la labor interpretativa con perspectiva de género demanda de una visión crítica que no debe permanecer ajena a la dinámica social, ya que el derecho es algo vivo que cambia y se modifica en búsqueda de mayores cotas de igualdad, libertad y solidaridad, y en ello radica la búsqueda de nuevos sujetos jurídico-políticos que ansían consolidar su ciudadanía a partir de una interpretación integral de la ley, que no desvirtúe su carácter teleológico, esto es, su espíritu y finalidad y empírico (voluntad del legislador) del que fue dotada.

V. Postura de la autora

Desde mi asidero personal, encuentro acertada como humanitaria la decisión adoptada por los Camaristas, y ello tiene una clara razón de ser en la doctrina, tanto como en la legislación como en la jurisprudencia. La sociedad, y el derecho -tal y como asevera Esquembre Valdés (2006)- son algo vivo y mutable, por este motivo el mundo jurídico debe progresar y adaptarse a las nuevas necesidades.

A tenor de lo expuesto en estas páginas, es evidente que no basta con la redacción de normas apostadas a una mirada de perspectiva de género, se requiere además una visión crítica a la hora de aplicar e interpretar esas normas. Se necesita una nueva manera de entender el Derecho y a los sujetos involucrados, y esto se consigue mediante la reformulación y redefinición de los derechos conculcados.

Pero ya no como esa mujer concebida antaño y dominada por una cultura patriarcal, sino desde la perspectiva de una mujer respetada conforme los lineamientos de la ley 26.485 de violencia de género. Es indiscutible a estas alturas que las leyes 23.661 y 26.862 poseen un espíritu originario que puede resultar *masculinizado* a los ojos de la sociedad (o de la parte que con ello se beneficie de tal cosa), pero la realidad es que tal y como lo asume Costa (2016) el derecho a de ser calificado como androcéntrico y pensado como una unidad estratégica e igualitaria.

Un tema tan delicado como la procreación no puede ser puesto en segundo plano, mucho menos cuando se trata de una pareja conformada por dos personas del sexo femenino y limitadas por la inevitable imposibilidad de procrear de modo natural y sin la intervención de un donante. El derecho ha sido pensado para proteger y garantizar la salud de los individuos (CNCiv. y Com. Fed., Sala I, causa “K., P. A. y otro c/ Unión Personal Obra Social de la Unión del Personal Civil de la Nación y otro s/ amparo de salud» del 22/12/2016); considero que un actuar en contrario incluso podría llegar a encuadrarse en un caso de violencia de género de modalidad institucional y contra la libertad reproductiva (art. 6, ley 26.485, 2009) y a su vez en sentido opuesto a los instrumentos internacionales incorporados a la Constitución Nacional (art. 75, inc. c).

VI. Conclusiones

A modo de reflexión final simplemente resta destacar que al igual que la Cámara ha resuelto la problemática lingüística sentenciando que la ley N° 23.661, complementada

por la N° 26.862 al referir a “toda persona” como objeto destinatario de su aplicabilidad en el terreno de la salud reproductiva, está haciendo alusión tanto a hombres como a mujeres, haciéndose igualmente extensiva tal aplicabilidad a las parejas homosexuales.

El enfoque de género adoptado por la justicia pone a la justicia en el camino marcado por la ley 26.485, y por medio de la misma se logra identificar las especificidades de este tipo de violencia que se dirige contra las mujeres por el mero hecho de serlo y que difiere de cualquier otro tipo de violencia interpersonal. Y es que – como se ha plasmado en el presente modelo de caso – la tarea interpretativa normativa requiere de un ejercicio intelectual por encima de los límites estructurales de un sistema patriarcal.

Los hechos de este tipo, ya sea se trate de una técnica de reproducción o de la omisión a un determinado deber de conducta impuesto por la legislación, tiene que ser plenamente excluido de cualquier modo de discriminación. Las mujeres han ocupado (y ocupan) una posición <<naturalizada>> de subordinación que ha propiciado la vulnerabilidad de las mujeres a través de actos de dominio y/o control.

Partiendo de estas consideraciones, queda plasmado un claro enfoque de género que se inmiscuye en la dinámica social y jurisprudencial y que permite dar evidencias concretas de que se comienzan a dar los primeros pasos hacia una verdadera Justicia de Género, dado que como se ha dicho, no basta con que las normas tengan un claro enfoque de género sino que se requiere que las interpretaciones por parte de los juzgadores se realicen desde esa misma visión crítica con el marco interpretativo del patriarcado.

VII. Referencias

a) Doctrina

Alchourrón, C., & Bulygin, E. (2012). *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*. Buenos Aires: ed. Astrea.

Arce Aggeo, M. Á. (2011). *Derecho penal : parte general. Enfoque sistémico desde una teoría comunicativa del delito*. Buenos Aires: Cathedra Jurídica.

Carvajal, P. (2013). El reconocimiento de derechos a la comunidad LGBTI. *Jurídicas CUC*, 9 (1), pp. 123-141.

CIDH - Mecanismo de seguimiento de la Convención de Belém do Pará. (2017). *Comité de Expertas expresa su preocupación por discursos anti-derechos que catalogan el género como una ideología*. Recuperado el 06/05/2021, de

<https://mailchi.mp/dist/comit-de-expertas-expresa-su-preocupacin-por-discursos-anti-derechos-que-catalogan-el-gnero-como-una-ideologa-1083281>

Costa, M. (2016). *Feminismos jurídicos*. Buenos Aires: Ediciones Dido.

Díaz Álvarez, M. (2004). Homosexualidad y género. *Cuicuilco Nueva Época*, vol. 11, núm. 31, pp. 1-13.

Duarte Cruz, J. M., & García-Horta, J. B. (2016). Igualdad, Equidad de Género y Feminismo, una mirada histórica a la conquista de los derechos de las mujeres. *Revista CS*, núm. 18, pp. 107-158.

Enríquez Pendino, M. B. (2021). Juzgar con perspectiva de género. *Revista de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 6, pp. 1-25.

Esquembre Valdés, M. (2006). Género y ciudadanía, mujeres y Constitución. *Feminismo/s*, n° 8, pp. 35-52.

OEA. (2018). Avances y Desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en las Américas. *Comisión Interamericana de derechos humanos*, pp. 1-143.

Olsen, F. (2009). *El género en el derecho*. Quito: Ensayos críticos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

b) Jurisprudencia

C.J. de Salta, (2018). “C/C D., J. C. por abuso sexual con acceso carnal en perjuicio de M.M. (M) – G., M. (DEN) – Recurso de inconstitucionalidad”, (Expte. N° CJS 38.340/16) ((05/03/2018)). Recuperado el 20 de 04 de 2021, de [http://web.justiciasalta.gov.ar/images/uploads/Jurisprudencia%20-%2038340%20Completo\(1\).pdf](http://web.justiciasalta.gov.ar/images/uploads/Jurisprudencia%20-%2038340%20Completo(1).pdf)

CNACyCF, (2018). “V. P. M. Y Otro C/ OSDE S/ Amparo de Salud”, Causa N° 5373/2018 (18/10/2018).

CNCiv. y Com. Fed., Sala I, (2016). “K., P. A. y otro c/ Unión Personal Obra Social de la Unión del Personal Civil”, C. 3405/2015/CA1 I (22/12/2016). Recuperado el 15/06/2021, de <http://www.estudiolastretti.com.ar/2017/02/27/fallo-ovodonacion-medicamentos-donante/>

c) Legislación

Ley n° 23.661, (1989). Sistema Nacional de Seguro de Salud. ((05/01/1989)). *infoleg*.

Recuperado el 05 de 04 de 2021, de
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/63/norma.htm>

Ley n° 26.485, (2009). Ley de Protección Integral a las Mujeres. BO 14/04/2009. (s.f.).

Gobierno Argentino. Recuperado el 15 de 04 de 2021, de
<https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26485-152155/texto>

Ley n° 26.862, (2013). Reproducción medicamente asistida. ((BO 25/06/2013)). *Infoleg*.

Recuperado el 01 de 04 de 2021, de
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/216700/norma.htm>