



TRABAJO FINAL DE GRADO.

Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba (2018), Sala Electoral y de Competencia Originaria “O., A. F. Y OTRO C/ ADMINISTRACIÓN PROVINCIAL DEL SEGURO DE SALUD (APROSS) – AMPARO (LEY 4915) – RECURSO DE APELACIÓN” (EXPTE. O., A. F. Y OTRO C/ APROSS – AMPARO). Sentencia Número: 1 del 27/02/2018.

“Una Resolución Institucional Arbitraria: Exclusión de un seguro de salud a mujeres con hijos en programa de fertilización asistida.”

CARRERA: ABOGACÍA.

NOMBRE DEL ALUMNO: ESPERANZA LÓPEZ IZAGUIRRE.

DNI: 41.265.591.

LEGAJO: ABG08882.

NOMBRE DEL TUTOR: CARAMAZZA MARÍA LORENA.

MÓDULO DE ENTREGA: MÓDULO 4.

TIPO DE PRODUCTO: MODELO DE CASO.

TEMA ELEGIDO: CUESTIONES DE GÉNERO.

FECHA DE ENTREGA: 26/06/2022.

Sumario: I. Introducción. – II. Premisa Fáctica.- III. Historia Procesal.- IV. Resolución del Tribunal.- V. Ratio Decidendi.- VI. Antecedentes Legislativos, Doctrinarios y Jurisprudenciales.- VII. Postura de la Autora.- VIII. Conclusión.- IX. Referencias Bibliográficas.

I. Introducción.

En la presente nota a fallo se analizara la sentencia dictada por el Tribunal superior de Justicia de la provincia de Córdoba, con fecha 27/02/2018, caratulado “SALA ELECTORAL y de COMP.ORIGINARIA – TRIBUNAL SUPERIOR EXPEDIENTE: O., A. F. Y OTRO C/ APROSS – AMPARO (LEY 4915) SENTENCIA NUMERO: 1.” En él podemos observar una obstrucción de Derechos Humanos, ya que de la parte demandada se le niega a la actora la cobertura para poder realizarse una reproducción humanamente asistida para la formación de una familia con su nueva y actual pareja, por contar con hijos de una relación anterior. La Resolución 0087/10 de la cobertura médica describe de forma excluyente “restricción al programa de Fecundación Asistida a la mujer que haya tenido hijos biológicos con anterioridad a la petición” (Apross, 2010, párr. 2), siendo totalmente discriminatorio y desigual al solo referirse al sexo femenino. La demandante dispone de una recomendación médica ordenando el sometimiento a un tratamiento de fertilización asistida por técnica ICSI por ser infértil, que a su vez no posee ninguna descendencia biológica de ésta relación, por lo tanto debería cubrirse el procedimiento por la Apross al encuadrar en el diagnóstico pedido para acceder al mismo.

Así la entidad está dificultando la decisión de la pareja de formar una nueva familia biológica de ambos porque solo incluyen la cobertura del Sr. C, lo cual, es bastante ilógico ya que frustran el acceso de ambos al faltar la cobertura de la Sra. O, ellos se toman como una pareja y no pueden ser tratados de forma individual para tal tratamiento.

Podemos destacar una clara importancia advirtiendo la discriminación hacia la mujer, quebrantando el derecho de igualdad social y el de salud reproductiva, violando el poder de decisión sobre la misma, de una forma injustificada e insensata, (todos estos derechos siendo de carácter constitucional). También vemos como se lesiona el poder económico de los demandantes, al pagar mensualmente a la Apross sin dar uso de las

prestaciones brindadas (hasta el momento) y ella le está negando un 50% de cobertura en una intervención que les correspondería el 100%.

Evidenciamos una relevancia trascendental en la resolución que toma el tribunal al anular la sentencia dictada con anterioridad por dar una contestación limitada y contraria al caso. A su vez, al solicitar la modificación de la Legislación de la Apros, con un control de convencionalidad para adaptar la misma y sus correspondientes regulaciones a las disposiciones de la constitución y los tratados internacionales. Dicha Legislación quedó desactualizada en el tiempo y no se ajustó a la normativa del Código Civil y Comercial de la Nación con el pasar de los años.

En el caso en cuestión nos encontramos ante dos problemas jurídicos, en primer lugar un problema axiológico, dado que entra en disputa la inconstitucionalidad de la resolución 0087/10 de la Apros (Utilizada para dictar la primer sentencia), llevando a revisión el nivel de constitucionalidad que recae sobre ésta. Se demuestra un claro enfrentamiento de esta regla con principios constitucionales de jerarquía superior, como el principio de igualdad o no discriminación (Art.16 CN), la protección integral de la familia (Art. 14 bis CN) y principios de Derecho Internacional detallados en los diversos Tratados Internacionales sobre los Derechos Humanos ratificados por la República Argentina (demostrado el carácter constitucional de todos ellos, la ley no puede excluir su Derecho). En segundo lugar encontramos un problema lógico, al examinar si era procedente el recurso de apelación, dando cuenta los señores vocales que la anterior sentencia resultaba “contraria a las reglas de la lógica y la sana crítica racional” (“O., A. F. Y OTRO C/ APROSS”, 2018.). por la respuesta brindada por el tribunal a quo, que reconocía la cobertura para el tratamiento solo incluyendo al Sr. C y estableciendo que la Sra. O debía financiar su porcentaje correspondiente en un esfuerzo **conjunto** (la contradicción es evidente, ya que, o es conjunto o es individual) y a su vez poniendo en observación que la resolución 0087/10 aplicada para dictar sentencia es contraria a la propia finalidad de promover el desarrollo familiar suscripta en la Ley 9.695 de la institución (Apros).

Presentado y descrito el caso controversial, analizaremos y especificaremos la premisa fáctica, historia procesal y la resolución del tribunal, junto a la identificación de

la ratio decidendi de la sentencia, estudiando los argumentos esgrimidos para fundamentar la postura adoptada.

II. Premisa Fáctica.

En el presente fallo observamos una interposición de un recurso de apelación por parte de los Sres, C y O contra la sentencia anterior dictada por la Cámara, solicitando que sea revocada y en su lugar se dicte una nueva resolución incorporando a ambos miembros en el programa previsto y se impongan costas a la parte demandada. Los actores presentan la apelación considerando que lo resuelto por el Tribunal a quo fue una solución parcial porque sólo incluye al actor en el acceso para el programa de fertilización asistida y no a su cónyuge (también afiliada de la institución), causando una lesión irremediable.

Los demandantes plantearon que la resolución brindada era contradictoria, ilógica y opuesta a derecho. No se entiende como el Sr. C concebirá un hijo biológico si se le niega la cobertura a su cónyuge, ellos constituyen una familia ensamblada y nada tiene que ver con el derecho a concebir un hijo biológico de la propia pareja, aún más cuando el actor no cuenta con descendencia propia. La sentencia misma confirma la inconstitucionalidad presente en las resoluciones emitidas por la Apros y de forma absurda ponen en manifiesto que si brindaran total cobertura se pondría en riesgo el sistema perjudicando a otros afiliados. La presente exclusión impide todo acceso de la coautora al tratamiento, siendo injusto, ilegal e irrazonable, puesto que ninguna reglamentación puede restringir un derecho constitucional.

La parte demandada solicitó que se reafirme la sentencia con costas a la contraparte, esgrimiendo que basan el recurso en afirmaciones arbitrarias que no demuestran el vicio que se le atribuye. No excluyen a la Sra. O, solo reconocen el 50% de cobertura del procedimiento porque ella no reúne las condiciones que se exigen para el programa. El derecho a la salud no es absoluta, por lo tanto es razonable que se impongan restricciones, no se discute el derecho que claramente tienen los actores para procrear sino la razonabilidad de la cobertura, la señora ya cuenta con hijos biológicos por lo que si autorizáramos la práctica a su “antojo” se frustraría el derecho a formar una familia a los demás afiliados que no cuentan con hijos y de esta forma colapsaría el sistema. El derecho a ser padres de los demandantes está totalmente cubierto desde el

momento que deciden formar una familia ensamblada, a su vez ellos no acreditan que carezcan de medios económicos para cubrir ese 50% de los aranceles restantes, por lo que no se justifica la cobertura al 100%.

Se corrió traslado al Ministerio Público Fiscal, donde el fiscal adjunto determinó que debía darse lugar al recurso de apelación solicitado. Fundamentando su decisión en que la iniciativa de tener hijos por técnica de reproducción asistida pertenece a los derechos integrales de la persona (libertad personal y privacidad). La relación del demandante con los hijos de su esposa es de carácter afín y social, no tienen vínculo genético. En la pareja media infertilidad y la misma pesa sobre ambos integrantes de la relación afectando su salud psicofísica, mediante el programa de salud reproductiva se da respuesta a los problemas de infertilidad, debiendo garantizar el acceso integral a quienes buscan formar una familia genética.

III. Historia Procesal.

En primera instancia se presenta por parte de los actores un amparo ante la Cámara Contencioso – Administrativa de Segunda Nominación de la ciudad de Córdoba, donde la misma dicta sentencia por mayoría (vocales María Inés Ortiz Gallardo y Humberto R. Sánchez Garvier) con fecha 08/03/2017 disponiendo: Hacer lugar parcialmente a la acción de amparo y ordenar se incluya al Sr. C en el programa de fertilización asistida (Art 12 inc. n, Ley 9722) hasta cubrir el 50% de los aranceles; No hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad del art. 13 de la Ley 9722 y de las Resoluciones 0178/09 y 0087/10 de la Apros e Imponer costas por el orden causado y diferir la regulación de honorarios.

Los actores decidieron interponer un recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia sobre tal sentencia, así el tribunal analizando los hechos y dando lugar al recurso, revoca la sentencia apelada y dicta nueva sentencia a favor de los demandantes con fecha 27/02/2018.

IV. Resolución del Tribunal.

El Tribunal Superior de Justicia en su primera sentencia de la causa, tomando posición en la Sala Electoral y de Competencia Originaria, los señores vocales (Aida Lucia Teresa Tarditti; Domingo Juan Sesin; Luis Enrique Rubio; María de las Mercedes

Blanc de Arabel; María Marta Cáceres de Bollati; Sebastián Cruz López Peña y Julio C. Sánchez) de forma conjunta resuelven,

hacer lugar al recurso de apelación promovido por los actores y revocar la sentencia n° xx, con fecha 08 de marzo de 2017 dictada por la Cámara Contencioso – Administrativa de Segunda Nominación de la ciudad de Córdoba; hacer lugar a la demanda promovida por los Sres. A. F. O y M. A. C y ordenar se los incluya al programa de fertilización hasta cubrir el 100% del costo de aranceles; exhortar a la Aproz a que adecue progresivamente sus regulaciones y practicas (THRA) a las disposiciones de la CN y los tratados internacionales de derechos humanos, de conformidad al deber que pesa de adoptar medidas legislativas y de otra índole que fueran necesarias para cumplir con los compromisos internacionales asumidos por la Argentina (Art 2 CADH); imponer costas a la vencida (Art 130 CPCC). (“O., A. F. Y OTRO C/ APROSS”, 2018.).

V. **Ratio Decidendi.**

El Tribunal Superior de Justicia analiza las discrepancias planteadas por las partes y tomo en forma unánime las siguientes consideraciones para dictar sentencia, separándolas en los dos temas en disputa.

Primero se expresa sobre el Problema Lógico, el cual fue detallado con anterioridad, planteando sobre porqué se tienen que incluir a ambos actores (y no sólo al Sr.C) en el programa de fertilización asistida mediante técnicas de TRHA. Aclaran que la definición de familia es un concepto cultural, por lo tanto está en constante cambio y no existe un concepto único de familia, ya que no hay una singular variante para construirla (todos los diversos tipos merecen igual protección). La opción de conformar una familia ensamblada no puede tomarse como impedimento para completar la unidad familiar con hijos biológicos de una pareja, puesto que tal decisión es totalmente de preferencia moral privada (solo le compete al individuo tal iniciativa). Una misma persona a lo largo de su vida puede formar diversas familias y los hijos que puedan resultar de ellas no pueden bloquear el derecho a continuar procreando biológicamente, por cualquier forma. Nadie que no sea el propio interesado puede expresar que su derecho personalísimo se encuentra o no satisfecho.

El tribunal sostiene que el derecho a la vida privada se relaciona con la libertad reproductiva y el acceso a los servicios de salud reproductiva, encuadrando en los mismos el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y a acceder a tecnologías médicas necesaria para ejercerlo.

Seguidamente se expalan sobre el Problema Axiológico, es decir, si está ajustada la Resolución de Apross a los términos constitucionales. Los señores vocales resaltan diversos riesgos que pueden colisionar con las bases constituciones, como las limitaciones por sexo (solo a mujeres) impuestas para el acceso al tratamiento (prohibida por la Ley 26.862), poniendo en vulnerabilidad el principio de equidad. No puede ejercerse una interpretación literal de la Resolución sin chocar con el fin perseguido (desarrollo familiar) por la institución, plasmado en la Ley 9695 y con la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. En función de las particulares circunstancias, recomiendan que la Resolución sea releída de forma tal que pueda resultar conforme a derecho, dado que la declaración de inconstitucionalidad es el último recurso a llevar a cabo. Por ello ordenan exhortar a las autoridades de Apross a que adecuen progresivamente las normas, prácticas y reglamentaciones a las disposiciones de la Constitución Nacional y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con el fin de evitar posibles y ulteriores responsabilidades Internacionales.

En razón de la Obiter dicta del tribunal todo lo expuesto fue basado en el reconocimiento del derecho de protección integral de la familia y el derecho a fundar la misma, adoptando lo expresado por los artículos 14 bis y 19 de la Constitución Nacional Argentina, 17.1 y 17.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 23.1 y 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 6 y 13 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 558 del Código Civil y Comercial de la Nación, 1 de la Ley 26.862 y el 19.7 de la Constitución Provincial de Córdoba. A su vez se remite a párrafos de la Sentencia del caso “Artavia Murillo y Otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica” donde se encuadra a la decisión de tener hijos en relación a los derechos de integridad y libertad personal, a la vida privada y familiar, los que se a su vez reflejan la autonomía y el acceso a la salud reproductiva.

VI. Antecedentes Legislativos, Doctrinarios y Jurisprudenciales.

Doctrina precedente relevante,

El servicio que prestan las obras sociales, en tanto tiendan a proteger derechos personalísimos como ser la vida, la salud y la integridad de las personas, adquieren un cúmulo de compromisos que trascienden el simple plano comercial, no pudiendo entonces justificar o pretender exonerarse de responder aunque sea de manera parcial por razones de índole económica en tanto los derechos puestos en controversia hacen que las razones dadas cedan ante aquellos. Ello así en tanto las personas que se encuentran afectados por algún tipo de infertilidad sufren de una enfermedad del sistema, razón por la cual es seriamente atentatorio de los derechos de esas personas que se les niegue la cobertura para poder recurrir a la fecundación in vitro. (Otiñano L, Walter R, 2015, párr. 1).

Íntimamente conectado con lo dicho en Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina: “Los derechos reproductivos pueden interpretarse en relación directa con el derecho a formar una familia. En los casos de las personas con problemas de fertilidad esto resulta todo un desafío y es el recurso a las TRA el que les puede permitir hacer efectiva la formación de tal familia”. (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008, p.70).

Antecedentes jurisprudenciales, el fallo bajo análisis cita el caso “Artavia Murillo y otros vs Costa Rica”, donde implican que tener hijos a través de técnicas de reproducción asistida forma parte del ámbito de Derechos a la integridad y libertad personal como a la vida privada y familiar, los cuales implican el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer su derecho. Así también en cuanto a la salud sexual y reproductiva de las personas, que tengan capacidad para reproducirse y libertad para decidir cuándo, con qué frecuencia y si desean llevarlo a cabo, además de referirse que no se encuentra determinado un concepto de familia y mucho menos sólo proteger un modelo “tradicional” . Por ultimo destacamos del mismo, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias para ejercer las decisiones reproductivas que corresponden a cada persona. (“Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica”,2012.).

Siguiendo los lineamientos de nuestro fallo, a nivel Nacional podemos evidenciar casos como “R., C.M. Y OTRO C/ ADMINISTRACIÓN PROVINCIAL DEL SEGURO DE SALUD (APROSS)- AMPARO (LEY 4915)” donde se plantea cobertura al 100% para reproducción asistida de alta complejidad teniendo ya un hijo proveniente de este método, la cámara decide resolver que la entidad otorgue un 50% de cobertura para el tratamiento argumentando que es un caso complejo ya que están involucrados los derechos fundamentales de los amparistas y a su vez el derecho de los demás afiliados en la distribución solidaria del acceso a los recursos, de tal forma diferencia de manera justa la situación de los actores que ya cuentan con un hijo de aquellas que la requieren para la concepción de su primer hijo y consideran que la inconstitucionalidad de la resolución 087/10 planteada no es aplicable a este caso concreto. (“R., C.M. Y OTRO C/ APROSS”, 2016.). Así mismo podemos traer el caso “P., E. I. c. Swiss Medical S.A. s/ amparo”, en el cual la actora solicita ante el juzgado de 1ra instancia la cobertura integral para el acceso a TRHA in vitro, argumentando que la prepaga hizo omisión de la cobertura que le correspondía por la edad y por sus problemas de salud. Declinando del art 12 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. La actora se expresa sobre que la empresa le restringe con arbitrariedad manifiesta el acceso a su derecho de reproducción y el derecho a formar una familia impactando en su salud negativamente, entiende como vulnerados su derecho a la salud, la igualdad y a no ser discriminada como así también el derecho del consumidor, siendo lesiva la negativa brindada por parte de la prestadora de medicina prepaga. Invocando para defender sus Derechos el art. 53 de la Constitución de la Provincia de Chubut, la Ley 26.862, Reglamentación de los Derechos del Consumidor, Tratados de Derechos Humanos y la Constitución Nacional. Dicho todo esto el Tribunal ordena que se cubra el 100% del tratamiento en cuestión más los gastos derivados (“P., E. I. c. Swiss Medical S.A”, 2015.). En este caso podemos ver que se apoya en los mismos derechos proclamados en nuestro caso, resaltando la importancia de sumar el derecho del consumidor para poder ampararse.

Antecedente Legislativo, Ley 26.862 de orden público y aplicación para todo el territorio argentino, siendo de total relevancia sus regulaciones para el acceso a la salud reproductiva, como en el caso bajo análisis y a los diversos casos de limitaciones no pertinentes. Resaltando su Artículo 1, el cual establece que el objetivo de la misma es

garantizar el **acceso integral** a los procedimientos y técnicas médico – asistenciales, pueden acceder a las prestaciones toda persona mayor de edad, sin que se pueda introducir requisitos o limitaciones que impliquen discriminación o exclusión fundadas en orientación sexual o estado civil de quienes peticionan por el derecho regulado. (Ley 26.862, 2013).

VII. Postura de la Autora.

En relación a los problemas jurídicos que se tuvo que enfrentar el Tribunal al resolver, estoy de acuerdo con la resolución expuesta, ya que, considera que la Resolución 0087/10 de la Apross debe adecuarse a las regulaciones de los Derechos humanos dada su colisión con el bloque constitucional y de convencionalidad federal. Sostengo también que es correcto que se desestime la sentencia anterior puesto que es incoherente y totalmente arbitraria, siendo de esta manera que se obliga a la entidad a cubrir el 100% de los aranceles del Programa de Fertilización Asistida.

Creo que la resolución ofrecida da eficazmente un cumplimiento con todos los derechos constitucionales, subsanando la discriminación sufrida por los actores con anterioridad y poniendo en marcha el acceso a la técnica de reproducción ICSI ya que la misma en cuestiones de tiempo tiene un papel fundamental para un logro pleno del embarazo.

VIII. Conclusión.

Para concluir arribo a que si bien el tribunal juzga con perspectiva de género, no se ve reflejada la importancia que merece la misma, se necesita que llegue a un análisis crítico de la discriminación sufrida por la actora, creo que el tribunal podría haber tomado medidas más drásticas con respecto al roce con la inconstitucionalidad de la Resolución de la Apross y en cuestiones de agilidad haber resuelto en un tiempo menor ya que es de vital importancia en el presente caso. Es evidente que las obras sociales (privadas sobre todo) necesitan una reforma en su legislación acorde a las normativas de máxima jerarquía.

IX. Revisión Bibliográfica.

Corte IDH (28 de Noviembre de 2012). “Artavia Murillo y Otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica”. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008, *Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina*. Recuperado de https://www.iidh.ed.cr/iidh/media/1836/reproduccion_asistida_al-4-2008.pdf

Ley 26.862. del 25 de junio de 2013. Reproducción Medicamente Asistida. Honorable Congreso de la Nación. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/216700/norma.htm>

Otiñano Lucero, Walter Ramón – Pandiella Molina Juan Carlos, 2015, *Fertilización asistida y su falta de cobertura por los prestadores de salud*. Recuperado de <https://informacionlegal-com-ar.ebook.21.edu.ar/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad6adc5000001812f418a4482099fa8&docguid=iFABC5A0741711AA4BAC7ABC4D2BF5055&hitguid=iFABC5A0741711AA4BAC7ABC4D2BF5055&tocguid=&spos=50&epos=50&td=290&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DFD042D199&searchFrom=&savedSearch=false&context=374&crumb-action=append&>

CÁMARA DE APELACIONES DE ESQUEL (18/02/2016). “P., E. I. c. Swiss Medical S.A. s/ amparo” Recuperado de <https://informacionlegal-com-ar.ebook.21.edu.ar/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9a00000181920bae011b7c6b3e&docguid=i2D84279F110092BCD160D39D3BBFD074&hitguid=i2D84279F110092BCD160D39D3BBFD074&tocguid=&spos=2&epos=2&td=11&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DF29AAD1D3&searchFrom=&savedSearch=false&context=110&crumb-action=append&>

CÁMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA 2DA NOMINACION (24/08/2016) “R., C.M. Y OTRO C/ ADMINISTRACIÓN PROVINCIAL DEL SEGURO DE SALUD (APROSS)- AMPARO (LEY 4915)” Recuperado de <https://www.justiciacordoba.gob.ar/consultafallosnet/Pages/Preview.aspx?Id=98168832>

Resolución 0087/10. del 22 de Junio de 2010. Apress. Recuperado de <http://www.desuso.apross.gov.ar/Multimedios/pdfs/768.pdf>

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA (27/02/2018). SALA ELECTORAL y de COMP. ORIGINARIA – TRIBUNAL SUPERIOR EXPEDIENTE: “O., A. F. Y

OTRO C/ APROSS – AMPARO (LEY 4915)” SENTENCIA NÚMERO: 1.
Recuperado de

<https://om.csjn.gov.ar/JurisprudenciaOM/consultaOM/verDoc.html?idJuri=4416>