



**“SALUD REPRODUCTIVA Y PERSPECTIVA DE GÉNERO: LA MATERNIDAD DESEADA Y LA DISCRIMINACIÓN EN LOS TRATAMIENTOS DE FERTILIZACIÓN”**

**Alumno: Audisio Florencia Yasmín**

**Legajo: ABG09052**

**DNI: 41.378.196**

**Año:2022**

**Tutor: Carlos Isidro Bustos.**

**Tema elegido: Perspectiva de Género**

**Fallo: Tribunal Superior de Justicia “A, A. D. V. Y OTRO C/ ADMINISTRACION PROVINCIAL DE SEGUROS DE SALUD (A.P.R.O.S.S.) - AMPARO (LEY 4915)” Córdoba 17/10/2019.**

**Link:**<https://om.csjn.gov.ar/JurisprudenciaOM/consultaOM/verSentenciaExterna.html?idJurisprudencia=4454>

## **AGRADECIMIENTOS**

A mi familia, por ser mi pilar fundamental en todo esto desde el inicio, siempre deseándome lo mejor y acompañándome en cada tramo de este largo camino, recordándome que siempre debo luchar por mis sueños sin importar los obstáculos que se presenten.

A mis amigos, que a pesar de las circunstancias y de la distancia siempre estuvieron ahí a mi lado, mandándome mensajes, haciéndose presentes de una forma u otra.

A mis profesores, en especial a Carlos Bustos por guiarme en la confección del trabajo final.

A mis compañeros que pronto serán mis colegas, por hacer mucho más ameno este paso por la Universidad, por las risas y el acompañamiento los días que todo era un poquito más difícil.

Por y para ellos, todo mi esfuerzo y dedicación.

**Sumario:** I. Introducción – II. Cuestiones procesales: a) Premisa fáctica – b) Historia procesal – c) Decisión del tribunal – III. Análisis de la *ratio Decidendi* de la sentencia – IV. Descripción del análisis conceptual: antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales – V. Postura de la autora – VI. Conclusión – VII. Listado de referencias bibliográficas: a) Legislación – b) Doctrina– c) Jurisprudencia.

## **I. Introducción:**

En el presente trabajo analizaremos el fallo del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, “A, A. D. V. y otro C/ administración provincial de seguros de salud (A.P.R.O.S.S.) - Amparo (ley 4915)”, donde se visualiza la importancia de la perspectiva de género en relación a la planificación familiar. El fallo en cuestión es un claro ejemplo del fin que debe perseguir la jurisprudencia toda vez que se vulneran los derechos humanos, en este caso una mujer a la que se le denegó el tratamiento de fertilidad que requería, por lo que sienta un importante precedente para aquellas mujeres que deseen ejercer de manera libre su derecho a formar una familia y a la salud reproductiva.

Por estas razones, es que entiendo existe un problema jurídico lógico toda vez que la Cámara Contencioso Administrativa de Segunda Nominación prioriza en su sentencia lo determinado en el reglamento de APROSS desoyendo lo receptado en la Constitución nacional y los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional. El a quo, como se observa, al fallar, priorizó un reglamento, alejándose de los principios que protegen a la mujer en su integridad tal como lo refleja nuestra constitución nacional y los tratados de derechos humanos que están incluidos en esta en el art.75 inc. 22

## **II. Aspectos Procesales:**

### a) Premisa Fáctica:

En la ciudad de Córdoba, los Sres. A.A.D.V. y S.C.J.L, deseaban formar una familia, pero padecían de problemas de fertilidad, por lo cual acuden a la utilización de TRHA. Ante ello, la obra social Apross, se niega a cubrir el tratamiento de fertilidad pues alega que la Sra. ya no era apta para acceder, se pretendía que contara con hasta 41 años de

edad. Por ello, se presenta una acción de amparo en contra de APROSS planteando la inconstitucionalidad de la resolución N.º 178/2009, sosteniendo que vulnera el derecho a la igualdad y desconoce las garantías constitucionales al suponer una discriminación arbitraria

b) Historia procesal:

En principio, la Cámara contenciosa administrativa de segunda nominación, decide no hacer lugar a la acción de amparo en contra de Aprox por un pronunciamiento mayoritario del tribunal. Surge que el argumento determinante del rechazo de dicha acción se da por los Sres. Vocales de primer y tercer voto, este está asociado a un criterio etario. Los juzgadores se valen de las opiniones científicas de los numerosos organismos nacionales e internacionales, donde se puntualiza que tal evidencia científica desprovee de irracionalidad a la negativa de la demanda.

Ante dicha pronunciación desfavorable la parte quejosa interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia N.º 170, en la cual la cámara Contenciosa administrativa de segunda nominación rechazó la acción interpuesta en contra de APROSS.

Por lo que, el día 17 de octubre de 2019, se reúnen los señores vocales integrantes del Tribunal Superior de Justicia, para determinar si en virtud de las circunstancias de la causa, la desestimación de la cobertura por motivos etarios de la Sra. A.A.D.V del programa de fertilización de asistida programado por APROSS resulta procedente y no discriminatorio como afirma el parecer mayoritario en el fallo de la cámara interviniente o si, necesita ser releída para una interpretación conforme a la constitución.

c) Decisión del tribunal:

El tribunal decide hacer lugar al recurso de apelación y a la demanda promovida por los Sres. A.A.D.V. y S.C.J.L, ordenando a APROSS que incluya a los actores en el programa de fertilización asistida, hasta la cobertura del 100% del costo de dicho tratamiento, aunque condicionada a la opinión y responsabilidad de los médicos de la parte actora, teniendo en consideración su actual estado de salud.

### **III. Análisis de la Ratio Decidendi:**

Cabe recordar tal, como se observa en autos, que para los amparista el *a quo* brindó una respuesta incongruente y arbitraria, al desestimar la cobertura de un tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad.

El *ad quem*, en este sentido expresa determinados argumentos para sustentar su decisión.

Memora este tribunal que la accionante invoca un estado de infertilidad primaria de tres años que perjudicaba el derecho a gozar de su salud reproductiva, la cual se encuentra consagrada en numerosos instrumentos internacionales.

Este derecho, se haya vulnerado toda vez que se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede, por sí misma y en el uso de sus derechos a controlar su fecundidad, pues dentro de la protección de su vida privada se consagra también el respeto a, si lo desea, convertirse en madre; pudiendo por tanto gozar del derecho a beneficiarse del acceso al desarrollo del progreso científico; el cual confiere a ésta a la posibilidad de acceder a mejores servicios de salud.

Asimismo, reflexiona el tribunal judicante que la ley N.º 26.862 consagra, en principio, un acceso amplio a las técnicas de reproducción humana asistida, cuestión que de aplicar la regulación arbitraria de APROSS, no resolvería la problemática de índole lógica al no velar la jurisprudencia por los derechos reproductivos de las mujeres.

Reconoce el tribunal que, si bien existe una baja reserva ovárica, éstos, dieron una adecuada respuesta a la estimulación, pues, ya han sido realizadas tres inseminaciones intrauterinas, con adecuado desarrollo folicular.

Un último argumento que es posible añadir es en el momento de interpretar la resolución n.º 178/09 de Aproz, porque dentro de las posibilidades, se decide optar por aquella alternativa que conduce a las mujeres en cuanto sujetos de referente atención

constitucional, por el solo hecho de resultar incluidas dentro del límite etario, que éstas queden automáticamente excluidas del programa., por eso la necesidad de que el tribunal determine que es necesaria que dicha regulación sea releída de forma tal que pueda resultar conforme a los derechos garantizados en la constitución nacional.

El Tribunal Superior de Justicia ha decidido en forma conjunta, hacer lugar al recurso interpuesto por la parte actora, en base a los argumentos anteriormente descriptos.

#### **IV. Descripción del análisis conceptual: antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales.**

Primero, referirse a la supremacía constitucional de la cual gozan nuestras leyes, basándonos en Bidart Campos (2008), para él es afirmar que la constitución es la base o el fundamento que da efectividad y funcionamiento al orden jurídico político de un estado; la constitución impone como “deber-ser” que todo el mundo jurídico inferior a ella le sea congruente y compatible. Por eso, nos referimos a la pirámide constitucional que otorga un orden jerárquico, en la cúspide la constitución y los tratados internacionales, siguiendo las demás leyes, los decretos y por último los reglamentos y ordenanzas.

Haciendo hincapié en los tratados internacionales, podemos incluir derechos que las personas tienen la oportunidad de gozar a partir de tal incorporación, es importante no olvidar los distintos límites de naturaleza institucional, económica y jurídica que han tenido las mujeres a lo largo de la historia para poder disfrutar finalmente de los mismos que el resto de las personas, aunque siempre limitadas al uso y goce de dichos derechos, como el derecho a la salud reproductiva (Schiro, 2021)

En cuanto al papel de la mujer, Gil (2019) señala que las diferencias entre los sexos han estado muy relacionadas con la desigualdad jurídica desde la antigüedad, cuando los primeros hombres tomaron el poder y se establecieron como modelos a seguir para la humanidad. Este poder continuó hasta nuestra época en todos los ámbitos de la vida, en la familia, en la sociedad, en el trabajo, lo que sea, porque existen innumerables formas de violencia machista.

Cuando hablamos de “derechos reproductivos” podemos seguir a Sagúes (2007), donde este involucra el derecho a la planificación familiar, como determinar el número de nacimientos y el derecho, aunque también el deber a la procreación responsable, sin coacciones ni discriminaciones, este comprende el derecho a la salud e información sexual reglamentado en la Argentina por la ley 25.673. Nuestras leyes buscan superar los obstáculos, visibilizar y brindar especial protección a los derechos de salud reproductiva de las mujeres.

Uno de los casos relacionados a la vulneración del derecho de la autonomía reproductiva de la mujer es “Artavia Murillo”, que sostuvo que esto se produce cuando se interponen restricciones a los medios a través de los cuales ésta ejerce su derecho a controlar su fecundidad. La CIDH entendió que el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva se podría ejercer mediante el derecho al acceso al progreso científico, se prohíben las restricciones innecesarias para ejercer las decisiones reproductivas de cada persona.

El acceso a las TRHA, como aquellos medios por los cuales el hombre interviene artificialmente en el acto de la procreación o como la vía cada vez de mayor presencia para que las personas puedan formar su familia, donde es importante resaltar el termino de derecho a la salud, siendo importante ubicarse en el año 2013, donde se aprobó la ley 26.862, ley codiciada por la población que ve su derecho a la formación de una familia íntimamente relacionado con el derecho a la salud, el derecho al acceso y a la cobertura integral de las prestaciones a cualquier persona sin ningún tipo de discriminación. Para cumplir con dicha obligación se incluyeron en el Programa Medico Obligatorio (PMO) y se constituye la obligación tanto del sector público como de las obras sociales para garantizar el acceso a dicho tratamiento. (Di Paola, María Carla, 2022; Rivera y Crovi, 2016; Herrera, 2015)

Hoy en día es verdad que hay un grupo que ronda los 35- 45 años de edad, los de la “paternidad postergada”, que esperan afianzar sus carreras personales para luego plantearse la posibilidad de formar su familia o ser padres, situación que los enfrenta a su propio reloj biológico, en razón de la disminución de los índices de fertilidad — principalmente femenina— vinculados al paso de la edad. (Aizenberg, 2012).

Por ello es que la interpretación de las leyes protectoras de la salud sexual, que en este caso incluye la salud reproductiva, deben realizarse de manera amplia a favor de los derechos constitucionales que regula. Por lo tanto, las interpretaciones normativas por debajo de las constituciones nacionales y los tratados de derechos humanos, pues es regla de oro que las normas de jerarquía inferior sean interpretadas de un modo compatible con los principios, derechos y garantías de nuestra constitución nacional. (Briozzo 2017).

Las obras sociales para disminuir los altos costos que suponen las técnicas de reproducción humana asistida, o tratamientos consecuentes, determinan obstáculos estrictamente arbitrarios, como es el caso “S.A.F. Y F., A.S. c O.S.D.E- Deleg. Rafaela-s/ amparo”, donde se condenó a la obra social a brindar la cobertura solicitado por una pareja a la cantidad de intentos necesarios hasta que se logre el embarazo.

El fallo “O., A.F. Y OTRO C/ APROSS-AMPARO (LEY 4915), que, como el caso bajo análisis, la obra social Apross, a la que ambos eran afiliados, se niega a cubrir el tratamiento de fertilidad pues alega que la Sra. O tiene hijos biológicos, lo que la excluye de la cobertura al no cumplir con las condiciones del reglamento, por ello presentan un recurso de amparo, donde el tribunal superior de justicia decide hacer lugar por tratarse de un decreto contrario a la constitución y a sus principios. El caso “G., L. c. Administración Provincial de Seguro de Salud (APROSS) s/ amparo”, en el marco de una acción de amparo iniciada por una mujer contra APROSS para que ésta brinde cobertura total al tratamiento de fertilización asistida solicitado, se resolvió que la obra social debe cumplir con la cobertura del tratamiento de fertilización asistida solicitado pues una decisión contraria importaría ignorar los derechos de naturaleza fundamental que toda persona tiene.

#### **V. Postura de la autora:**

El fallo en cuestión cuenta con una discriminación arbitraria hacia las mujeres, dado que las excluye del tratamiento de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), simplemente por una cuestión etaria, es decir, superar los 41 años de edad.



Estamos ante un problema jurídico lógico, dado que se priorizo en primer lugar la resolución N.º 178/2009 emitida por APROSS, en lugar de la constitución nacional, vulnerando el derecho a la no discriminación y a la igualdad ante la ley que se establecen como principios fundamentales de nuestra carta magna y están expresamente incluidos en los tratados internacionales de derechos humanos que se encuentran en el art. 75 inc. 22 de la CN.

Luego de un arduo trabajo de análisis, nos encontramos en condiciones de adherirnos a lo resuelto por el máximo tribunal, dado que estamos de acuerdo en que el reglamento de Apross goza de una discriminación arbitraria innecesaria. La sentencia esta a favor de los derechos reproductivos, el derecho a formar una familia, permitiendo que las personas puedan gozar y hacer uso de estos, lo deja establecido cuando resuelve hacer lugar e incluirlos en el programa de fertilización asistida con la cobertura del 100% del costo de los aranceles.

Es importante remarcar el derecho de la mujer a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, el intervalo entre los nacimientos, a tener acceso a la información, educación y los medios que le permitan ejercer estos derechos, tal como se expresa en el art 16 inc. e) de la Convención sobre eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer.

Por lo expuesto, también aceptamos la decisión del Tribunal Superior de Justicia de que la regulación de la obra social sea releída de forma tal que resulte conforme al plexo de derechos garantizados por el bloque de constitucionalidad, dado que los derechos reproductivos forman parte de estos y como tales, son inalienables e inseparables de la condición de persona, por lo tanto, un reglamento, tal como es el caso del N.º 178/2009, no puede resultar contraria a nuestra ley suprema.

Finalmente, se cree que este fallo tan valioso es una manera de instar a todos los tribunales argentinos a hacer efectiva la protección de la mujer contra todo acto de discriminación, y sobre todo remarcando que está prohibido imponer restricciones

desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas de cada mujer o persona.

## **VI. Conclusión:**

Después de haber analizado con detenimiento el paradigmático fallo que motivo nuestro comentario, concluimos que es un caso que debe ser considerado como ejemplar ya que tal como fue expresado a lo largo del trabajo, se observó un problema jurídico de índole lógico que el Tribunal Superior resolvió determinando que los derechos constitucionales, como los internacionales, no pueden ser vulnerados por aquellos que posean una menor jerarquía.

Se considera que en este fallo se resuelve de manera justa, aplicando la normativa adecuada y además reflejando la discriminación que sufren las mujeres cada día. Por lo que se trata de un fallo valioso, al igual que este trabajo por poner de manifiesto el trato desigual y discriminatorio basado en el sexo que existe aún en la actualidad.

## **VII. Listado Bibliográfico**

### **a) Legislación:**

Constitución Nacional Argentina

Ley N.º 23.179 (1985) Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, art. 16 inc. E)

Ley N.º. 25.673 (2002) Creación del programa nacional de salud sexual y procreación responsable.

Ley N.º. 26.862 (2013) Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida.

### **b) Doctrina:**

Aizenberg, M. (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. 47. Id SAIJ: DACF120033

Bidart Campos, J.C., (2008) Compendio de derecho constitucional. Ediar.

Briozzo, S., (2017) Algunas consideraciones sobre la protección del derecho humano a la salud reproductiva. La Ley: AR/DOC/2106/2017.

Di Paola, M., (2022) La limitación en el acceso a la cobertura de las técnicas de reproducción médicamente asistida, a la luz de la jurisprudencia. La Ley: AR/DOC/1046/2022

Gil, M. I. (2019). El origen del sistema patriarcal y la construcción de las relaciones de género. /[www.agorarasc.org/el-origen-del-sistema-patriarcal-y-la-construccion-de-las-relaciones-de-genero/](http://www.agorarasc.org/el-origen-del-sistema-patriarcal-y-la-construccion-de-las-relaciones-de-genero/)

Herrera, M., (2015) *Manual de Derecho de las Familias*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Rivera, J. C., y Covi, L. D., (2016) *Derecho civil, parte general*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Sagüés, N. P., (2007) *Manual de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea

Schiro, M. V., (2021) Derecho a la salud de las mujeres. Algunas reflexiones sobre derechos reproductivos y no reproductivos. La Ley: AR/DOC/556/2021.

c) **Jurisprudencia:**

Cam.Civ.Com.FamyContAdm, 2a nom, Rio Cuarto “G., L. c. Administración Provincial de Seguro de Salud (APROSS) s/ amparo” (2018). Recuperado de La Ley: AR/JUR/23937/2018

Cam.Civ.ComyLab, Rafaela, "S., A. F. y F., A. S. c. O.S.D.E. -Deleg. Rafaela- s/ amparo" (2015). Recuperado de La Ley: AR/JUR/4542/2015

Corte I.D.H., Sentencia Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica, del 28 de noviembre de 2012, Serie C, N° 257

Tribunal Superior de Justicia, Córdoba, “O., A.F Y OTRO C/ Administración provincial de seguro de salud (APROSS) – AMPARO (ley 4915)- Recurso de apelación”