



ACCESO A PROGRAMAS DE FERTILIZACIÓN ASISTIDA

La obligación de la Obra Social desde una perspectiva de género

Carrera: Abogacía

Estudiante: Julieta Sofía Marchisone Muñoz

Legajo: ABG09208

DNI: 40.835.962

Tutor: Carlos Isidro Bustos

Opción de trabajo: Modelo de caso

Tema elegido: Perspectiva de género

SUMARIO: 1 Introducción nota a fallo 2. La premisa fáctica, la historia procesal y la resolución del Tribunal. 2.1 La premisa fáctica. 2. 2. La historia procesal. 2.3 La decisión del tribunal. 3. La Ratio decidendi. 4. Antecedentes legislativos, doctrinarios y jurisprudenciales. 5. Postura de la autora 6. Conclusión. 7. Listado de revisión bibliográfica.

1. Introducción nota a fallo

Para realizar la presente nota a fallo, se analizará una sentencia de la Sala Electoral y de competencia Originaria del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (TSJ) en los autos caratulados “O., A. F. Y OTRO C/ APROSS - AMPARO (LEY 4915)” con fecha 27 de febrero de 2018. La Cámara Contencioso - administrativa de 2da Nom. ha resuelto incluir en el programa de fertilización al Sr. M. A. C., pero no a su cónyuge, también afiliada de la APROSS, A. F. O.

Decidí elegir esta temática porque realiza un aporte jurídico inminente. Así, podremos notar cómo la sentencia inferior se ha basado en una interpretación literal de la norma sin considerar el contexto social en que se encuentra y los principios constitucionales en juego. La importancia social radica en la temática de trascendencia que resuelve: el acceso a programas de fertilización para mujeres que no podrían procrear sin dicho tratamiento.

El fallo presenta un problema jurídico axiológico siendo que se solicita declarar inconstitucionalidad las resoluciones N° 0178/09 y 0087/10 de la APROSS que, al reglamentar una ley, podrían entrar en choque con un principio de supremacía constitucional como ser el ejercicio de derechos sexuales y reproductivos de la mujer que ha quedado fuera del programa de fertilización.

2. Aspectos Procesales del fallo

2. a. Premisa fáctica: Los actores, el Sr. M. A. C. y la Sra. O. F. A., plantearon en el año 2017 un amparo contra la APROSS, ya que dicha entidad se negó a cubrir al 100% del tratamiento de fertilización que la pareja requería. Dicha acción de amparo se tramitó ante Cámara Contencioso – Administrativa, la cual hizo lugar parcialmente a la acción de amparo y ordenó a la APROSS que incluya al Sr. M. A. C en el programa de fertilización, pero no así a su cónyuge, la Sra. A.F.O, por la razón de que ella ya cuenta con hijos biológicos de una relación anterior y por el hecho de que juntos pueden conformar una familia ensamblada, con los hijos biológicos de su cónyuge, no habiendo una necesidad por lo tanto de procrear

en conjunto, ratificando así la sentencia, el vicio de inconstitucionalidad de las resoluciones N° 0178/09 y N° 0087/10 de la APROSS.

La actora planteó un recurso de apelación que se tramitó en la Sala Electoral y de Competencia Originaria del TSJ. Esgrimieron que la sentencia de la Cámara resulta contraria a las reglas de la lógica y de la sana crítica racional, así como los derechos y principios de rango constitucional. La parte demandada fundamentó su respuesta al recurso diciendo que la resolución no excluye a la Sra. O. de la fertilización, sino que le hace un reconocimiento parcial ya que no reúne las condiciones que ellos exigen para acceder al programa. Afirman que el derecho procrear y a formar una familia del que gozan los actores es indiscutido, pero no es absoluto, ya que ellos funcionan alrededor del principio de solidaridad y el sistema colapsaría si cubrieran los requerimientos de todos los beneficiarios a “su antojo”. Culminan diciendo que el derecho a ser padres de los recurrentes se encuentra satisfecho, ya que forman una familia ensamblada, viéndose así la necesidad del Sr. C. de realizarse como padre cubierto ya que es progenitor afín de los hijos de la Sra. O. y que ellos no han acreditado que carecen de medios económicos para hacer frente al resto del tratamiento, razón por la cual no se justifica la cobertura completa. Se corre traslado al MPF, le da lugar al recurso de apelación, argumentando que la decisión de tener hijos biológicos por medio del acceso a técnicas de reproducción asistida forma parte del ámbito de los derechos a la integridad y libertad personal, a la vida privada y familiar. La relación que el actor tiene con los hijos de su cónyuge es un vínculo afín no genético y que la infertilidad constituye una definición médica que se predica respecto de la pareja. Se dicta por parte del TSJ una nueva sentencia el día 27 de febrero de 2018.

2. b. Historia procesal: Se inició una acción de amparo tramitándose en la Cámara Contencioso – administrativa bajo el Expte. N° 2541886, resolviendo la sentencia hacer lugar parcialmente a la acción ordenando a la APROSS que incluya al Sr. M. A. C en el programa de fertilización, reglamentado por dicha entidad, hasta cubrir el 50% del costo del mismo, no así a su cónyuge, la Sra. A.F.O. Tampoco hizo lugar al planteo de inconstitucionalidad del art. 13 de la ley 9722 y las resoluciones N° 0178/09 y 0087/10 de la APROSS, por lo tanto, se interpuso por parte de la actora un recurso de apelación que se tramitó en la Sala Electoral y de Comp. Originaria del TSJ de la ciudad de Córdoba, dictándose sentencia el día 27 de febrero de 2018.

2. c. La decisión del Tribunal

Los Señores Vocales, Aída Lucía Teresa Tarditti, Domingo Juan Sesin, Luis Enrique Rubio, María de las Mercedes Blanc del Arabel, María Marta Cáceres de Bollati, Sebastián López Peña y Julio C. Sánchez, resolvieron hacer lugar al recurso de apelación promovido por los actores y , como consecuencia, revocar la Sentencia N° 21, de fecha 08 de marzo de 2017, dictada por la Cámara Contencioso – Administrativa de Segunda Nominación de la ciudad de Córdoba y hacer lugar a la demanda promovida por los Sres. A. F. O. y M. A. C., y ordenar a la APROSS que incluya a los actores en el programa de fertilización asistida (art. 12 inciso n, de la Ley N° 9277, reglamentado por las resoluciones N° 0178/09, 0087/10 y 0142/12, de la APROSS, hasta cubrir el 100% del costo de los aranceles según los módulos oficiales establecidos por la reglamentación vigente.

Por último, el TSJ decidió exhortar a que progresivamente, adecue las regulaciones y prácticas, en relación con las prestaciones en materia de técnicas humanas de reproducción asistida, a las disposiciones de la CN y de los tratados internacionales de derechos humanos, de conformidad con el deber que pesa de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que fueran necesarias para cumplir con los compromisos internacionales asumidos por la Argentina (art. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). IV) Imponer las costas a la vencida.

3. La *ratio decidendi*

El fallo presenta un problema jurídico axiológico siendo que se solicita declarar la inconstitucionalidad de las resoluciones de APROSS que, al reglamentar una ley, entran en choque con un principio de supremacía constitucional como ser el ejercicio de derechos sexuales y reproductivos de la mujer que ha quedado fuera del programa de fertilización. La decisión unánime del tribunal se basó, como primer punto, en determinar el lugar central que, los tratados internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional, le dan al termino familia y el rol que ocupa ésta dentro de la sociedad. Pese a que, postulan a dicho concepto en singular, no existe una única variante de estar o de conformar una familia, porque se trata de una definición “‘cultural’, no ‘natural ‘o esencial’ y, por lo tanto, cambiante”. Es menester resaltar que, a los efectos de construir este argumento el TSJ se ha remitido a doctrina de peso, a saber: Kemelmajer de Carlucci (2014) y Herrera y Lamm (2015).

Por su parte, y sobre esta noción de familia, el TSJ indica que no hay una sola forma, universal e invariable de configurar un núcleo familiar y todas merecen protección como lo

dijo la CIDH en el fallo *Artavia y Murillo vs. Costa Rica*. El máximo tribunal provincial indica que, en este caso precisamente, el Sr. C. ha conformado una familia de tipo ensamblada con su actual esposa y los hijos que esta última como consecuencia de un matrimonio anterior, contemplando el CCC esta nueva realidad donde “se constituye después de una separación, divorcio o viudez, cuando uno o ambos integrantes de la pareja tiene hijos de una unión anterior”. Dicen que la APROSS desde el punto de vista de que la necesidad del Sr. C de realizarse como padre se encuentra razonablemente cubierta, pero, tal como lo ve el TSJ, se equivoca ya que esa es una decisión que compete exclusivamente al Sr. C y a un cónyuge por ser derechos y actos personalísimos. Está en conexión con el derecho de gozar de los avances científicos tecnológicos, las TRHA pueden concebirse como “un modo o vía cada vez de mayor presencia para que las personas puedan formar familia”. Para indicar esto, el TSJ remite a doctrina de peso: Briozzo (2017).

También dicho tribunal ha fijado que el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. En este sentido, la Ley N° 26862 de Reproducción Medicamente Asistida está a favor de un acceso amplio de las TRHA, de acuerdo a su reglamento n° 956/2013, establece que pueden acceder a las prestaciones de reproducción medicamente asistida todas las personas, mayores de edad, sin que se pueda introducir requisitos o limitaciones que impliquen discriminación o exclusión fundadas en la orientación sexual o el estado civil de quienes peticionan por el derecho regulado, siendo esto de suma relevancia ya que en esta causa está en juego si es plausible o si consiste en una restricción arbitraria la regulación de la APROSS que priva de cobertura a las mujeres que ya tuvieran hijos biológicos.

Con respecto a si la restricción que establece la Resolución n° 0087/10 de la APROSS resulta arbitraria, el tribunal asiste razón a los actores y que la sentencia de la Cámara (según el voto de la mayoría) conlleva una solución que requiere una necesaria adecuación contextual. Resulta muy importante el criterio propiciado por el MPF que argumentó que correspondía hacer lugar al recurso de apelación formulado por los actores, ya que la decisión de tener hijos biológicos por medio de las TRHA conforma la reservada esfera de los derechos a la integridad, a la libertad personal, así como a la vida privada y familiar de los actores y que la fertilidad, infertilidad o problemas similares vinculados con la reproducción suponen categorías científicas que pesan sobre ambos integrantes de la pareja

y ambos gozan por igual del derecho a constituir una familia biológica o genética con la ayuda de las TRHA. No solo está en juego el derecho a la reproducción del Sr. C., sino también el de la Sra. O. de propiciarse una descendencia (biológica) fruto del vínculo con la persona que ha elegido, ese derecho no puede considerarse satisfecho por la sola circunstancia de que ella haya formado una familia con anterioridad, ratificar esto, como lo hace la Cámara, pondría a la Resolución n° 0087/10 casi en abierta colisión con la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 16.1, inciso e, reconoce a la mujer: “los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”.

La resolución de la APROSS, introduce un criterio de exclusión de las mujeres por tener hijos biológicos que no rige para los hombres sin estar debidamente justificado, corre el riesgo según la doctrina y jurisprudencia de estatuir una categoría sospechosa de vulnerar el principio de igualdad. Aquí el TSJ cita a Saba (2008).

De esta forma, la interpretación efectuada por el tribunal a quo sobre la Resolución n° 0087/10 de la APROSS, no puede ser sostenida sino a riesgo de colisión con el bloque de constitucionalidad y de convencionalidad federal. Así, ha quedado resuelto el problema jurídico axiológico detectado al comienzo y debe respetarse la libertad y autonomía reproductiva de los actores.

4. Antecedentes legislativos, doctrinarios y jurisprudenciales

Comencemos por advertir que, en el presente caso, el art 12 inc. n de la ley 9722, según texto de la ley 9695, reglamentado por las Resoluciones n° 0178/09, 0087/10 y 0142/12 de la Apross indican una exclusión del tratamiento a quienes “*hayan tenido hijos biológicos*”. Ley n° 9277 art. 12 inc. n postulaba que la cobertura de tratamientos de fertilización asistida lo era “*para promover el desarrollo familiar*”. Recordemos que nuestro art. 14 bis de la Constitución Nacional consagra protección integral de la familia prevista explícitamente en el texto constitucional antes de la reforma del 94. Por su parte, el nuevo CCCN cuando regula responsabilidad parental y familia ensamblada “se constituye después de una separación, divorcio o viudez, cuando uno o ambos integrantes de la pareja tienen hijos de una unión anterior”. Específicamente, la Ley n° 26862 de Reproducción Medicamente Asistida, Decreto n° 956/2013 “establece que pueden acceder a las

prestaciones de reproducción medicamente asistida todas las personas, mayores de edad, sin que se pueda introducir requisitos o limitaciones que impliquen discriminación o exclusión fundadas en la orientación sexual o el estado civil de quienes peticionan por el derecho regulado”.

Por su parte, la ley N° 26862, en su art. 1 menciona:

A los efectos de la presente ley, se entiende por reproducción medicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizadas con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones. Podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnicos- científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación.

Recordemos que se le ha negado el tratamiento a la mujer. En este sentido, el art. 16.1 inciso e de la Convención sobre la Eliminación de todas Formas de Discriminación contra la Mujer *“los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”*.

Kemelmajer de Carlucci (2014) sostiene que los tratados internacionales destacan el lugar central que a la familia le corresponde en la sociedad (CADH, art. 17.1, y PIDCP, art. 23.1). Y pese a que postulan a dicho concepto en singular, no existe una única variante de estar en o de conformar una familia, porque se trata de una definición *“cultural”, no ‘natural’ o ‘esencial’ y, por lo tanto, cambiante*). Precisamente, el CCC contempla la nueva realidad que significan las denominadas familias ensambladas; es decir, por ejemplo, aquella que *“se constituye después de una separación, divorcio o viudez, cuando uno o ambos integrantes de la pareja tienen hijos de una unión anterior*. Por su parte, Rossati (2016) refiere a los derechos personalísimos. Solo brevemente corresponde precisar que el CCC dispensa especial atención a los derechos y actos personalísimos (arts. 51/61, entre otros), que en el lenguaje constitucional integran la constelación del derecho a la privacidad (art. 19, CN).

A su turno, Herrera y Lamm (2015) resaltan que, en conexión con el derecho de gozar de los avances científico tecnológicos, las TRHA pueden concebirse como *“un modo o vía cada vez de mayor presencia para que las personas puedan formar familia*. Las TRHA implican un fenómeno en el que coexisten la medicina reproductiva, la biotecnología y la

ingeniería genética; todas ellas, conectadas desde una perspectiva bioética, y en las que las cuestiones éticas y deontológicas componen un núcleo (de preguntas y discusiones) insoslayable. Esto, en la medida en que ellas suponen una “disociación entre el fenómeno reproductor humano y el ejercicio de la sexualidad que viene a plantear una problemática que ha desbordado las estructuras jurídicas existentes” al impactar y ampliar “las tipologías de familias”. Por otro lado, Briozzo (2016) posiciona a los derechos sexuales y reproductivos integran la nómina de los derechos humanos y, como tales, son inalienables, integrales e inseparables de la condición de persona.

A su vez, Saba (2008) estableció que las distinciones que el Estado realice entre las personas dirigidas a justificar un trato diferente y que estén basadas en criterios tales como la nacionalidad o el sexo se presumen inconstitucionales por violar el derecho a la igualdad ante la ley establecido en la Constitución Nacional en su art. 16. Esa presunción en contra de la categoría o criterio escogido sólo podrá ser superada por el Estado si éste demuestra la existencia de un interés estatal urgente que justifique en forma excepcional la aplicación de esa categoría que, en el lenguaje del tribunal de los Estados Unidos, se ha calificado como ‘sospechosa’. La persona afectada, asimétricamente, tiene la prerrogativa de no tener que argumentar que ha sido afectado su derecho constitucional a la igualdad de trato ante la ley, pues en el caso de tratos diferentes fundados en categorías sospechosas, se presume que la afectación existió por el solo recurso a un criterio de esas características. Esta manera de entender el principio de igualdad es necesario a los efectos de analizar con integridad de sentido constitucional la norma cuestionada en el caso bajo análisis.

Hernández (2012) indica que la supremacía constitucional es un principio que busca como fin controlar que no se desconozcan las declaraciones, derechos y garantías que la Constitución Nacional reconoce, por parte de los órganos y actos de gobierno ni tampoco por la conducta de los particulares. Se tiene que garantizar la prelación de las normas supremas y superiores respecto al restante ordenamiento normativo inferior, para no solo asegurar el fin del principio mencionado sino salvaguardar el sistema republicano y federal de gobierno y los derechos fundamentales de los individuos.

Para lograr lo mencionado en el párrafo anterior, la supremacía constitucional limita y gradúa a los poderes de gobierno, nacionales, provinciales y locales, debiendo cada uno conformar sus leyes, normas y resoluciones acorde a los imperativos constitucionales según el orden de prelación normativo establecido. Teniendo en cuenta todo nuestro ordenamiento

jurídico, existe en cuanto a su jerarquía y obligatoriedad, una especie de “pirámide jurídica”, en la cual tenemos en la cúspide la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, según la jerarquía asegurada por el art. 75 inc. 22 y 24, conformado el bloque de constitucionalidad. Por debajo nos encontramos con el derecho infra constitucional, es decir, leyes nacionales y federales dictadas por el Congreso de la nación. La demás normativa inferior se encuentra obligada a subordinarse y respetar la supremacía constitucional, regulado lo dicho en los art. 5 y 31 CN.

A su turno, Bidart Campos (2009) indica que, cuando se altera al sistema jurídico, hay un vicio o defecto, lo llamamos “inconstitucionalidad” y cuando actos o normas son inconstitucionales, se busca remediarlos para defender y restaurar la supremacía de la constitución violada, lo que sería realizar un control constitucional. Para hacer esto eficaz, la doctrina de la supremacía postula que exista dentro del sistema, garantías que tengan como fin la defensa de la constitución y un control de constitucionalidad.

Es clave, entonces, comprender la jerarquía constitucional de los derechos sexuales y no reproductivos en cuestión. Estamos, a su vez, en un caso donde esos derechos son conculcados a una mujer. Lamas (1997) indica que, para que una sociedad pueda crecer como comunidad de manera equitativa y democrática, hay que eliminar toda forma de discriminación hacia un grupo determinado, actualmente estamos batallando una desigualdad marcada de hace siglos a uno de los grupos diferenciados más grandes de la sociedad, las mujeres. Suelen basar esta desigualdad en un aspecto biológicos, pero si nos adentramos en la temática perspectiva de género, vemos que cultural y socialmente las ideas y prejuicios son lo que fomentan esta desigualdad.

Así, la mencionada autora refiere que no basta con declarar la igualdad y regularla, igualdad cuando en el contexto social no hay igualdad real de oportunidades ni de trato, por eso considero esta manera de fallar con perspectiva de género tan adecuada al contexto social actual que vivimos y necesaria para poder empezar esta lucha por equilibrar los géneros.

Es necesario pensar, actuar o fallar con perspectiva de género, lo que implica reconocer que una cosa es la diferencia sexual, diferencia biológica y otra son las ideas, atribuciones o representaciones que la sociedad crea tomando como referencia esa diferencia sexual.

Marisa Herrera, Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso (2015) comentan el alcance del artículo 558 indicando que las fuentes de la filiación tienen igualdad de efectos. Así, esta incorporación como tercera fuente de filiación, genera los mismos efectos que a filiación por naturaleza como la adopción en forma plena. El CCC mantiene el principio de que toda persona puede tener más de dos vínculos filiales y que ello no importe su tipología o composición, acordando con el principio de igualdad y no discriminación. Dentro de su regulación, estas técnicas pueden practicarse con material de la propia pareja o con material genético (femenino y/o masculino) de un tercero. Notamos como el derecho se adecua al principio de realidad, ofreciendo el CCC una legislación a disposición y protección de las personas.

Por su parte, Herrera (2015) indica que, actualmente, luego de la reforma de 1994, nos encontramos en nuestro ordenamiento jurídico con una legislación infra constitucional que está conducida por la doctrina internacional de los derechos humanos. La incorporación de estos tratados al bloque de constitucionalidad trajo aparejada una revisión crítica de la mayoría de las instituciones jurídicas del derecho civil, en especial de las relaciones de familia. Esta incorporación de los derechos humanos en el derecho de familia, ha fomentado la ampliación del abanico de relaciones, como la conformación de una pareja y formas de organización familiar, dejando de lado la familia tradicional heterosexual fundada en el matrimonio. Hay que tener en cuenta y mirar las instituciones que brinda el CCC con respecto a las relaciones de familia, adecuándolas al principio de realidad. De esta forma, contamos con la ley n° 26.862 sancionada en el año 2013 que nos garantiza el acceso integral a las técnicas de reproducción humana asistida a toda persona mayor de edad de dieciocho años, sin requisitos o limitaciones que impliquen discriminación o exclusión fundadas en orientación sexual o estado civil, obligando a todos los prestadores del sistema de salud, sea público o privado, a cubrir los costos de estos tratamientos y su cobertura integral e interdisciplinaria. Se fundan en los derechos a la dignidad, a la libertad e igualdad de toda persona humana, teniendo como intención el legislador ampliar los derechos. El reconocimiento integral de las TRHA viene del fin que imponen los derechos humanos de satisfacer los derechos de toda persona a la paternidad o maternidad y formar una familia, en íntima conexión con el derecho a la salud.

4.2. Antecedente jurisprudencial

El fallo citado es de la Corte Interamericana de derechos humanos (CIDH), sentencia de fecha 28 de noviembre de 2012, caso “Artavia Murillo y Otros (‘fecundación in vitro’) vs. Costa Rica”. En Costa Rica, el Decreto Ejecutivo No. 24029-S de 3 de febrero de 1995, emitido por el Ministerio de Salud, autorizaba la práctica de la FIV para parejas conyugales y regulaba su ejecución. En su artículo 1° el Decreto Ejecutivo regulaba la realización de técnicas de reproducción asistida entre cónyuges, y establecía reglas para su realización. La técnica fue declarada inconstitucional por la Sala Constitucional de Costa Rica mediante de 15 de marzo de 2000. Sentencia: el 7 de abril de 1995 el señor Hermes Navarro del Valle presentó una acción de inconstitucionalidad contra el Decreto Ejecutivo que regulaba la FIV en Costa Rica, utilizando diversos alegatos sobre violación del derecho a la vida. Se sostuvo que la decisión de tener hijos biológicos pertenece a la esfera más íntima de la vida privada y familiar y la forma como se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja”. Señaló que “la vida en común y la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia”. Consideró que “la utilización de la FIV para combatir la infertilidad también está estrechamente vinculada con el goce de los beneficios del progreso científico”. El artículo 11 de la Convención Americana requiere la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada y familiar. Prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias. Asimismo, la Corte ha resaltado el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones. Este derecho es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad. Así, la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos.

Un segundo antecedente de la CIDH, sentencia (fondo, reparaciones y costas), caso “Altala Riffo y Niñas vs. Chile”, 24 de febrero de 2012. En el marco del proceso de tuición, el Juzgado de Menores de Villarrica adoptó, entre otras, concedió la tuición provisional al padre aunque reconoció que no existían elementos que permitieran presumir causales de inhabilidad legal de la madre, motivando la decisión con los siguientes argumentos: “que la demandada haciendo explícita su opción sexual, convive en el mismo hogar que alberga a sus hijas, con su pareja, alterando con ella la normalidad de la rutina familiar, privilegiando

sus intereses y bienestar personal”. Ante el presunto derecho de las niñas de vivir en una familia “normal y tradicional”, la Corte observó que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se define y protege sólo un modelo “tradicional” de la misma. El concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio. En el presente caso, este Tribunal constató que el lenguaje utilizado por la Corte Suprema de Chile relacionado con la supuesta necesidad de las niñas de crecer en una “familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social”, y no en una “familia excepcional”, reflejaba una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia, es decir, la familia tradicional.

Por su parte, contamos con el fallo “A, A. D. V. Y OTRO C/ ADMINISTRACION PROVINCIAL DE SEGUROS DE SALUD (A.P.R.O.S.S.) - AMPARO (LEY 4915)” donde el tribunal superior de justicia resolvió una acción de amparo en contra de Apros a los fines de obtener la cobertura integral del programa de fertilización asistida. La Cámara contencioso administrativa había rechazado la demanda y al apelar la resolución el TSJ hizo lugar al recurso de apelación de la actora y ordenó que se cubra el programa, pero condicionado y bajo la responsabilidad del personal médico que la asista, teniendo en consideración el actual estado de salud genésico de la Sra. A., A. D. V., con arreglo a los riesgos considerados en la resolución n.º 1044/2018 del Ministerio de Salud de la Nación. Está en juego el derecho a la salud reproductiva cuando los amparistas exigen a una obra social que brinde la cobertura del procedimiento, estudios, medicamentos, que las TRHA requieren con el fin de tomar su propia decisión respecto al ejercicio de la reproducción autónoma y poder procrear, ya que no poder concebir descendencia de forma natural los aqueja y mortifica, así, su proyecto de vida. La parte actora, afirma que es posible el tratamiento a pesar de su edad y tiene prueba médica de ello. Dentro del rango de posibilidades hermenéuticas que posibilita el texto de una norma, siempre debe optarse por aquella que la vuelva compatible o conforme con el bloque de constitucionalidad y de convencionalidad federal. Por ello, en supuestos excepcionales en materia de cobertura de las THRA, debe exhortarse a las autoridades de la obra social a que adecuen progresivamente las normas, prácticas y reglamentaciones a las disposiciones de la CN y de los tratados internacionales de derechos humanos, como así también a la legislación infra constitucional en consecuencia de aquellos.

5. Postura de la autora

El fallo que escogí para trabajar presenta un problema jurídico axiológico, por lo tanto, me parece oportuno comenzar hablando sobre la supremacía constitucional, siendo que en el caso solicitan declarar la inconstitucionalidad de las resoluciones N° 0178/09 y 0087/10 de la APROSS que, al reglamentar una ley, entran en choque con un principio de supremacía constitucional como ser el ejercicio de derechos sexuales y reproductivos de la mujer que ha quedado fuera del programa de fertilización. Como mencionan los constitucionalistas clásicos que han sido citados, este principio de supremacía no solo busca imponer un cierto orden de dentro del sistema jurídico para fomentar la armonía de interpretación y aplicación de leyes, sino también ver qué derechos deben prevalecer sobre otros, limitando y corrigiendo, a través del control de constitucionalidad, las actuaciones de los particulares y las entidades públicas que contraríen a tal bloque.

La sentencia emitida por el TSJ en el presente fallo, no solo que se adecua al bloque de constitucionalidad, respetando el principio a la igualdad consagrado en el Art. 16 CN, al poner en manifiesto que, si fuese al revés la situación, el cónyuge con el condicionamiento de tener hijos biológicos anteriores a la relación actual, no se vería afectada la prestación de las TRHA; sino también de tratados internacionales sobre derechos humanos de suma importancia para este tipo de casos como lo es, entre otros, la Convención sobre la Eliminación de todas Formas de Discriminación contra la Mujer, que menciona en su el Art. 16.1 inciso e: *“los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”*.

Una vez que entendemos que los derechos sexuales y reproductivos son un derecho humano que tiene jerarquía constitucional, una regla que va en detrimento de este, debe ser declarada inconstitucional. Vimos, también, que se toma en cuenta el principio de realidad, aplicando derecho acorde al contexto en que se encuentra la sociedad en la actualidad, siendo de suma necesidad aplicar la perspectiva de género al fallar, ya que el derecho que se ve vulnerado en el presente fallo es principalmente de la cónyuge, condicionando su derecho a planificar su vida y su decisión reproductiva autónoma, bajo una reglamentación arbitraria y sin fundamento racional, ya que las obras sociales que cubran las TRHA no pueden limitar o condicionar su prestación por orientación sexual, estado civil, economía ni ninguna otra manera oculta de discriminación, bajo el principio de solidaridad, afectando de esta manera

no solo a ella, sino a la pareja en conjunto y a toda mujer que este bajo la cobertura social de APROSS. A su vez, el principio de realidad demuestra que la familia protegida no debe ser la familia “tradicional” sino toda familia que pretenda procrear.

Este fallo es un antecedente de peso en materia de género, siendo que se aferra al cumplimiento de la manda legal. Sabemos que hubo una prolongada situación de marginación de las mujeres, en muchos casos, sin que ellas mismas reconozcan su estatuto de víctimas de la discriminación, debiendo así realizar un análisis que explique la existencia de la injusticia, su persistencia y la complicidad de las propias víctimas en su perpetuación. La perspectiva de género a la hora de resolver estos casos muestra cómo deben caer ciertos estereotipos a la hora de razonar la legislación en la materia. Aquí que haya habido hijos anteriores a esta pareja no puede ser excusa para vulnerar el derecho de la mujer al acceso de TRA. Se ha advertido que, para ciertos sectores sociales la perspectiva de género supone un peligro para la familia, ya que las diferencias entre hombres y mujeres y los roles ha sostenido la familia tradicional y ciertos valores que van de la mano de “la familia”. Ahora bien, esta nota a fallo demuestra que los derechos humanos a formar una familia y procrear es para todas y todos, más allá que esa sea o no un primer matrimonio o que sea la institución matrimonial la única legitimadora de lazos de familia. Por el contrario, los y las doctrinarias civilistas que hemos citados han demostrado que la familia, dando cuenta del principio de realidad, es mucho más amplia y debe seguir el deseo de sus integrantes de sostenerse como tales.

6. Conclusión

Como primer punto, cabe mencionar que la temática escogida para trabajar esta nota a fallo fue oportuna y urgente, siendo que aborda un problema en está en auge en la realidad social actual. En este sentido, no podemos dejarlo de lado o tratarlo como un tema secundario, siendo que resulta fundamental adecuar las sentencias futuras a la luz de la perspectiva de género. Ello buscando lograr un cierto grado de justicia social y equidad entre los diferentes géneros, adecuándonos a la demanda de gran parte de la sociedad. Respecto a los aportes jurídicos que esta nota a fallo realiza, el problema jurídico encontrado, el axiológico, ha sido resuelto. Se ha sostenido en la postura la necesidad de mantenerla inquebrantable, no solo para mantener un orden jurídico sino para tener siempre presente que derechos gozan de esa supremacía constitucional. Así, los derechos a la familia están consagrados en los tratados incorporados por el art. 75 inc. 22 al bloque de

constitucionalidad y consideran a la misma como un elemento fundamental de la sociedad. El Estado, sin restricción alguna, debe velar por el derecho a formar una familia. A su vez, el despliegue argumental del tribunal no ha sido solamente sostener que está en juego formar una familia, sino los derechos sexuales y reproductivos de la mujer.

De esta manera, APROSS está obligada a respetar los derechos a la familia y a la libertad sexual reproductiva de los demandantes y cubrir el gasto del TRA. Estos derechos en esta realidad social y cultural actual, se ven fuertemente afectados sino aplicamos la perspectiva de género, pudiéndose ver esto claramente en la primera sentencia y cómo cambia de manera radical la decisión de los jueces después de pensar con ciertos conocimientos aplicados respecto a cómo operan los derechos de las mujeres, cómo deben ser concebidos y de qué manera debemos razonar los casos donde sus derechos estén en juego.

7. Listado final de bibliografía

Doctrina

Bidart Campos, Germán (200) Manual de la Constitución Reformada - Tomo I- Segunda Impresión. Sociedad Anónima editora, comercial, industrial y financiera: Buenos Aires.

Briozzo, Soledad (2017) Algunas consideraciones sobre la protección del derecho humano a la salud reproductiva, LL, DFyP, 6 de septiembre de 2017, 277, apartado IV.

Hernández, Antonio María (2012). Derecho Constitucional 1ª ed, - Buenos Aires: La Ley.

Herrera, Marisa (2012) Manual de derecho de familias. Buenos Aires: Albeledoperrot.

Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora (2015) Técnicas de Reproducción Humana Asistida”, en Bergel, Salvador D.; Flah, Lily R.; Herrera, Marisa; Lamm, Eleonora y Wierzba, Sandra M.; Bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación, Bs. As.

Herrera, Marisa; Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso (2015) Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Extraído de http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_II.pdf

Kemelmajer de Carlucci, Aída (2014) Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014.

Lamas, M (1997) Perspectiva de género. Extraído <https://www.jstor.org/stable/42625720>

Rosatti, Horacio (2016). El Código Civil y Comercial desde el Derecho Constitucional, Rubinzal Culzoni, Santa Fe.

Saba, Roberto (2008) Igualdad, clases y clasificaciones: ¿qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?, en Gargarella, Roberto (coordinador); Teoría y crítica del Derecho Constitucional, Bs. As., Abeledo Perrot, 2008, t. II, págs. 695 y 696.

Legislación

Ley N° 9277, reglamentado por las resoluciones N° 0178/09, 0087/10 y 0142/12, de la APROSS

Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 2.

Ley N° 26862 de Reproducción Medicamente Asistida

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 16.1, inciso e

Constitución Nacional Argentina, Art. 14 y 19.

Ley N° 26862, en su art. 1

Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Arts. 51/61.

Jurisprudencia

CIDH, sentencia (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 28 de noviembre de 2012, caso “Artavia Murillo y Otros (‘fecundación in vitro’) vs. Costa Rica”, párrafo 150.

CIDH. “Altala Riffo y Niñas vs. Chile”, 24 de febrero de 2012.

Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (TSJ) “O., A. F. Y OTRO C/ APROSS - AMPARO (LEY 4915)”, 27 de febrero de 2018. Extraído de www.justiciacordoba.gob.ar

Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (TSJ). “A, A. D. V. Y OTRO C/ ADMINISTRACION PROVINCIAL DE SEGUROS DE SALUD (A.P.R.O.S.S.) - AMPARO (LEY 4915)” Extraído de www.justiciacordoba.gob.ar