



**El principio de igualdad y acceso a la salud reproductiva según la Corte:
comentario al fallo “Verdeguer”**

Alumno: Ana Laura Manzur.

Legajo: VABG 107138 - DNI: 27.043.497

“Documento Final”

Seminario Final de Abogacía - Modelo de caso.

Tutor: César Daniel Baena

Fecha entrega: 26 de junio de 2022

Año: 2022

Sumario: 1. Introducción. 2. Hechos de la causa, historia procesal y resolución de la decisión del Tribunal. 3. Identificación y reconstrucción de la Ratio Decidendi. 4. Análisis crítico de la autora 4.1. La descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales. 4.2. La postura de la autora. 5. Conclusión. 6. Referencias Bibliográficas. 7. Anexo: fallo completo.

1. Introducción

Como punto de partida resulta conveniente indicar que el tema estudiado en el presente trabajo invita a la persona lectora a reflexionar, al menos, en tres cuestiones nucleares vinculadas al género femenino. Respecto a ello se puede mencionar el derecho y acceso a la salud, derecho a la no discriminación y, principalmente, la perspectiva de género.

En cuanto al derecho que protege la salud sexual y reproductiva de la mujer, existe un documento de la MESECVI (2012) que indica que se evidencia una forma de violencia de género cuando se deniegan derechos humanos relacionados a la vida, salud, educación y a decidir sobre la vida reproductiva de la mujer; sostiene enérgicamente que aquellas legislaciones que no reconocen los derechos reproductivos de la mujer incurren en graves violaciones a los Tratados Internacionales en materia de género.

En base a los puntos tratados precedentemente es importante indicar cuál es el propósito del presente trabajo. En ese sentido se busca hacer un análisis a la sentencia “Verdeguer Pringles Verónica Isabel c/ Obra Social Provincia - Amparo - S/ INCONSTITUCIONALIDAD” de la Corte de Justicia de San Juan con fecha 30 de diciembre del 2020.

Resulta fundamental resaltar de dicho análisis cuáles son los aspectos más sobresalientes sobre los que se funda la decisión del máximo tribunal de la provincia de San Juan. Ahora bien, no se puede dejar de mencionar que la importancia del tema estudiado radica precisamente en su objeto, y tiene que ver con la protección a los derechos de la mujer.

Este segmento que se ha visto absolutamente discriminado a lo largo de la historia por la innegable presencia de un sistema patriarcal que ha negado y postergado un tema de tanta importancia para las mujeres como es el derecho a la salud sexual, salud reproductiva y a la no discriminación. Con respecto al fallo seleccionado, el mismo llega a estudio del Máximo Tribunal de la Provincia de San Juan mediante un recurso de inconstitucionalidad planteado por la ciudadana sanjuanina de nombre Verdeguer Pringles, Verónica Isabel contra la Obra Social Provincia (en adelante se identificará con las siglas DOS).

Sin perder de vista el objeto del presente acápite, esto es la relevancia del estudio del caso “Verdeguer”, es necesario indicar que si bien lo que se plantea es una cuestión particular el efecto, alcance y relevancia del fallo analizado en cuanto a la materia, el tipo de proceso y los derechos en juego ponen de relieve su importancia. Se abre de esta forma un nuevo camino al reconocimiento y respeto de derechos fundamentales de la mujer, asegurando con lo resuelto un correcto acceso a la atención médica sin ningún tipo de discriminación.

Asimismo no puede perderse de vista que es el Alto Tribunal de la Provincia de San Juan el que se expide finalmente, ponderando el principio pro persona y valorando de manera especial las cuestiones más elementales de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer. Se evidencia entonces que la Corte de Justicia con atinada técnica efectúa un correcto control de constitucionalidad, como así también un apropiado control de convencionalidad.

En líneas generales puede indicarse que sobresalen del fallo estudiado algunos temas centrales, como por ejemplo el trato no discriminatorio, el acceso a la salud reproductiva y, fundamentalmente, el tema de la perspectiva de género.

Efectuadas las precedentes observaciones vinculadas a los antecedentes del caso traído a estudio, se hará alusión a los posibles problemas jurídicos que puedan evidenciarse.

En ese sentido surge del fallo “Verdeguer” un problema jurídico el que será valorado a lo largo de todo el trabajo. Dicho obstáculo tiene relación a un claro problema de tipo axiológico. El mismo se pone de relieve cuando la DOS niega la prestación médica de fertilización de alta complejidad “con muestra de semen de banco”. Dicha circunstancia genera una contradicción con un principio superior del sistema normativo nacional, como

internacional, lo que se suscita con la inobservancia de la protección al principio de igualdad de derechos entre las personas y la equidad en el acceso a la biotecnología.

Puede decirse al respecto de la colisión o conflicto de principios:

Cuando dos principios entran en colisión – tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido- uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. (Alexy, 1993, p. 89)

De acuerdo a lo antes indicado se puede decir que nos encontramos ante un claro conflicto de principios, lo que se pone en evidencia cuando la propia Corte, hace hincapié a los estándares internacionales en materia de género que no fueron tenidos en cuenta por el tribunal de primera y segunda instancia. Estos si fueron tenidos en cuenta por la Corte, como son los principios que establece la Convención para erradicar la violencia contra la Mujer en materia de igualdad de género, respeto y no discriminación.

2. Hechos de la causa, historia procesal y la decisión del Tribunal

El hecho: La señora Verónica Verdeguer Pringles, afiliada directa de la Obra Social Provincia de San Juan, le requiere a su prestadora de salud otorgue cobertura médica para un tratamiento de fertilización de alta complejidad “con muestras de semen de banco”. Dicha petición fue denegada por parte de la DOS fundando tal rechazo en la resolución general N° 5773-I-16 de la propia obra social, más precisamente en el artículo 4 que dispone que para que se otorgue la prestación solicitada es necesario ser casada o conviviente y que la práctica con semen de banco se encontraba excluida.

Una vez efectuada las peticiones en sede administrativa, los hechos mencionados en el párrafo precedente fueron los que dieron lugar a la presentación de una acción de amparo en donde se requería que la obra social cubra al 100% la prestación. En primera instancia:

El magistrado deniega la demanda argumentando que no existía una manifiesta ilegalidad o arbitrariedad por parte de la resolución atacada que exige el artículo 565 del CPC.

Luego en segunda instancia: la alzada resuelve en análogas condiciones al juez de primera instancia pero agrega que, a mayor abundamiento, la ley 26.862 en su artículo octavo tampoco contempla la cobertura del procedimiento de fertilidad mediante muestra de semen de banco, de allí que el acto atacado no se patentice como arbitrario o ilegal.

Así las cosas la Sala Segunda de la Corte de Justicia: la impugnante al entenderse agraviada plantea recurso de inconstitucionalidad, solicitando que la Corte fije la correcta interpretación judicial constitucional del artículo 4 de la Resolución 5773-2016 (en la que se funda la resolución 3972-2019). Con sujeción a lo dispuesto por los artículos 16, 28, 33, 42, 31 y 75 inciso 22° de la Constitución Nacional, ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013, ley 26.618 –que extendió el derecho de parentalidad a familias homoparentales como monoparentales–, artículos 558, 560 y con-cordantes del Código Civil y Comercial. En definitiva, pretende que se declare la inconstitucionalidad del artículo 4 de la resolución 5773-2106, que se anule la Resolución 3972-2019 y se revoque el fallo atacado.

Finalmente el tribunal resuelve en el fallo “Vedeguer” hacer lugar a la petición, anular la sentencia recurrida y en su caso declarar la inconstitucionalidad del artículo 4 de la Resolución 5773-I-16 y ordena a la DOS que brinde a la actora la cobertura del tratamiento de fertilización asistida.

Habiendo delimitado el camino recorrido por la señora Verdeguer en los tribunales de la provincia de San Juan, buscando el reconocimiento de un derecho por parte de la justicia. Se pone de manifiesto que fue la Corte quien con perspectiva de género y en un sentido amplio falla a favor de la peticionante y de manera indirecta a favor de todas las mujeres de la provincia que se encuentren en una situación similar.

En ese sentido para llegar a resolver la Corte tuvo en cuenta aspectos que a criterio de la autora fueron: estándares internacionales en materia de perspectiva de género. Esto se refleja cuando el tribunal en uno de sus considerandos reseña lo dispuesto en el artículo 12, inciso 1° de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer.

Por último y a los fines de lograr un adecuado entendimiento el presente trabajo se ha dividido en diferentes partes entre ellas la premisa fáctica, historia procesal y decisión del tribunal; ratio decidendi y referencias bibliográficas.

3. Identificación y reconstrucción de la Ratio Decidendi

El fallo caratulado “Verdeguer Pringles Verónica Isabel contra Obra Social Provincia - Amparo - Inconstitucionalidad” de la Provincia de San Juan cuenta con aspectos argumentativos-normativos que fueron tenidos en cuenta por el tribunal al momento de resolver y que resulta propicio referenciar, al menos, en forma acotada.

En primer lugar, destacar que el tribunal indica que no resulta de aplicación la ley 26.862. Siendo su aplicación requerida por la accionante, señalando que el artículo 10 de dicho cuerpo normativo establece que se “invita” a las provincia a adherir o no y que en el caso de San Juan nunca se adhiere a la misma por consiguiente no resulta de aplicación.

Por otra parte y existiendo una estrecha vinculación con el problema jurídico encontrado en el fallo (conflicto de principios). En ese aspecto la Corte resuelve que el artículo 4º de la Resolución General N° 5773-I-16 de la DOS (apartado que alude al estado civil de las afiliadas) resulta contrario al derecho. Tanto a la normativa constitucional como convencional, y por consiguiente lesivo al principio de igualdad de todos los habitantes ante la ley.

4. Analisis crítico de la autora

4.1. La descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales

Reflexionar acerca de la temática género y salud en América, pone en evidencia un desolador espectro de desigualdades y excesos que conforman un verdadero problema de salud pública. Se puede hablar de la perspectiva de género como una metodología de análisis de diferencias o desigualdades que se encuentran vinculadas a cuestiones sociales, económicas y culturales entre hombres y mujeres.

La violencia de género, en especial aquella que proviene de la familia, debe ser considerada un problema de salud pública que ocasiona efectos nocivos en el desarrollo de la mujer. Considerar que las acciones y esfuerzos de atención, prevención e información que se realicen en este sentido contribuyen a la creación de una sociedad igualitaria, equitativa y, por supuesto, libre de violencia (Villaluenga de la Cruz, 2021).

A esta última idea el Centro Nacional de Equidad de Género y Salud Reproductiva (2009) añade que la diferencia entre hombres y mujeres tiene como base el reconocimiento del mayor poder social de los primeros frente a las mujeres.

De acuerdo a lo indicado por Scavone (1999) el tema de la salud reproductiva aparece vinculado a tres ejes centrales – anticoncepción, aborto y nuevas tecnologías conceptivas- resaltando el impacto de esos ejes en las cuestiones de género. A su vez la autora indica que el flagelo de la discriminación es algo común en todo el continente latinoamericano. En donde los avances de la ciencia en el ámbito de la reproducción humana conviven, tanto con la injerencia externa de políticas de regulación demográfica globales, como con desigualdades sociales profundas.

En cuanto al concepto de salud reproductiva según Scavone (1999) y que es más aceptado en la actualidad, encuentra sus orígenes en los movimientos feministas. Más precisamente en el Movimiento Feminista Internacional de comienzos de la década del 70. Dicha conceptualización de la salud reproductiva negaba, por principio, el determinismo biológico fatalista, es decir niega que se justifique la diferenciación entre hombres y mujeres basado en cuestiones biológicas.

En este orden de ideas hay que añadir que vinculado al concepto de salud reproductiva se encuentra la idea de la autonomía de la voluntad y dignidad humana. La autonomía de la voluntad presupone la idea de la libertad de poder decidir un proyecto autorreferencial de vida. Mientras que la dignidad humana supone el respeto a lo que la persona quiere y decide como proyecto de vida o como acto (Galletti, 2021).

Ante todo lo expuesto, no se puede pensar en la salud reproductiva y la perspectiva de género, como dos temas totalmente diferentes y extraños el uno del otro. Por el contrario, como lo expone Griselda Meng, para el Foro por los Derechos Reproductivos y

Foro Nacional de Salud, es necesario abordar el tema desde la perspectiva de género y como política de salud pública.

Lo antes dicho remite a mirar el conjunto de normas y prescripciones que son condicionadas por la sociedad y la cultura sobre el comportamiento femenino y masculino, en cuanto a competencias reproductivas e implica integrar el punto de vista de la mujer como una persona con necesidades específicas de salud. Ahora bien, en cuanto al tema central, es decir el análisis al fallo Verdeguer de la Provincia de San Juan, resulta pertinente exponer algunos antecedentes jurisprudenciales de actualidad que, sin lugar a dudas, esclareceran aún más la cuestión estudiada.

- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. (14 de agosto de 2018) Autos 4612/2014 caratulado “Y., M.V. y otro c/IOSE s/amparo de salud”. En el presente la Corte se expide en los términos del objeto del presente trabajo, es decir, realiza algunas reflexiones acerca de la salud reproductiva y la interpretación de dichos conceptos. En ese sentido el tribunal indica que se debe garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas de reproducción medicamente asistida.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. (1 de septiembre de 2015). Autos 3732/2014 caratulado “Recurso de hecho deducido por los actores de la causa L.E.H. y otros c/ O.S.E.P. s/amparo”. El fallo cuenta como eje principal, la idea de que la Corte Suprema en reiteradas oportunidades ha manifestado que el derecho a la salud se encuentra íntimamente vinculado con el derecho a la vida (Fallos: 329:2552; 333:690, entre otro).
- En este análisis jurisprudencial resulta insoslayable hacer mención a los antecedentes directos al fallo “Verdeguer” de la Corte de Justicia de San Juan, es decir las sentencias en primera y segunda instancia.
Primera Instancia: Cuarto Juzgado Civil. Autos N° 171000 - "VERDEGUER PRINGLES VERONICA ISABEL C/ OBRA SOCIAL PROVINCIA S/ Amparo" SAN JUAN (23 de Agosto de 2019). Cabe agregar que en esta

instancia fue rechazado el planteo de la actora. Un argumento que se sostuvo en ese sentido fue que el accionar de la Obra Social no fue ilegal, ni tampoco arbitrario.

Segunda Instancia: Cámara de Apelaciones Civiles – Sala IV - Autos N°1613 caratulados: "VERDEGUER PRINGLES VERÓNICA ISABEL C/ OBRA SOCIAL PROVINCIA- AMPARO". En esta instancia también le fue denegado el derecho a la parte actora, razón por la cual llega a la Corte de Justicia. El tribunal sostuvo como alguno de sus fundamentos que el juez de grado entendió que en el caso resuelto no se configura la arbitrariedad o ilegalidad del acto, que por cierto debe ser “manifiesta” como manda el artículo 565 del CPC. Por otra parte se indica que este remedio constitucional desde su faz procesal o adjetiva, es un remedio residual que exige la reunión y acreditación como carga del amparista de los presupuestos clásicos de admisibilidad. Entre ellos la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta del acto lesivo.

4.2. La postura de la autora

Sin mayores dilaciones, en cuanto a la postura de la autora, es necesario indicar que la misma se encuentra en total acuerdo con lo dispuesto por la Corte de Justicia en el fallo Vedeguer contra la Obra Social Provincia. En los párrafos siguientes se hará mención a algunos de los puntos más sobresalientes del resolutorio analizado y, que a criterio de la autora, son los aspectos que hicieron que estuviera de acuerdo con lo resuelto.

En primer término, se debe indicar que es totalmente adecuado que la Corte haya fallado en forma favorable a la parte actora, en contradicción a la postura de los jueces de primera y segunda instancia. Considerarlo así implica tener una visión objetiva y sobre todo amplia, respecto a la perspectiva de género con la que se falló, en absoluta armonía con los principios más elementales del derecho internacional en materia de género.

La Corte no solo resuelve el caso planteado por Verdeguer, si no que va más allá, y se expide en relación a un tema tan sensible como es el derecho de la mujer a recibir un trato digno, igualitario, sin discriminación y de igualdad de posibilidades en materia de

acceso a la salud reproductiva. Otro aspecto que resulta interesante y que pone en evidencia, de acuerdo a la opinión de la autora, la concreta decisión del tribunal de resolver la situación de la señora Verdeguer. Esto se pone de relieve cuando los jueces se apartan del criterio del Fiscal General de la Corte al contestar el traslado, y con atinado criterio admiten el pedido de Verdeguer.

En este orden de ideas hay que decir que la Corte ha resuelto, de manera fundada no solo en derecho como así también jurisprudencialmente, el planteo de la actora. Su decisión tiene un fuerte impacto político y social, ya que no se puede perder de vista que la DOS es la prestadora de servicios de salud que más afiliados tiene en la provincia.

Ahora bien desde un punto de vista de la normativa internacional el tribunal realiza un adecuado control, no solo de constitucionalidad como así también de convencionalidad. En ese aspecto resulta adecuado mencionar lo dispuesto en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, CIPO (El Cairo, 1994) en el apartado 7.2. "...la salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos...".

Lo mismo que con la Cuarta Conferencia de Naciones Unidas sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995 la que ha situado la salud reproductiva dentro de un contexto de derechos sexuales y reproductivos y dentro del marco general de los derechos humanos, aspectos que también fueron correctamente tenidos en cuenta por el tribunal.

La autora coincide totalmente con los extremos vertidos en el fallo respecto a que el derecho a la salud no es un derecho teórico, sino que debe ser examinado en estrecho contacto con los problemas que emergen de la realidad social. Por lo que, ante la interposición de un amparo con el objeto de garantizar de un modo expedito y eficaz su plena vigencia y protección, procede exigir de los órganos judiciales una interpretación extensiva y no restrictiva sobre su procedencia a fin de no tornar utópica su aplicación (cfr. CSJN, Fallos: 324:3074).

5. Conclusión

A modo de colofón puede indicarse que el presente trabajo ha analizado los aspectos más sobresalientes del fallo dictado por la Corte de Justicia de la Provincia de San Juan. Dicho resolutorio es el caratulado “Verdeguer Pringles Verónica Isabel c/ Obra Social Provincia - Amparo - S/ INCONSTITUCIONALIDAD” de la Corte de Justicia de San Juan con fecha 30 de diciembre del 2020.

La sentencia, como se ha demostrado a lo largo del presente trabajo, resulta absolutamente adecuada, atinada, fundada en derecho, con una mirada objetiva de la circunstancia y fundamentalmente con perspectiva de género. Todo ello en cuanto a que las circunstancias que se tienen en cuenta para llegar a dicha conclusión observan los principios más elementales, como así también, el estándar fijado en el plano internacional en materia de principio de igualdad, equidad y derecho de acceso a la salud reproductiva.

En ese sentido debe aludirse a lo indicado precedentemente en la introducción, respecto al problema jurídico detectado, como es el problema de tipo axiológico. Respecto a ello puede decirse que el máximo tribunal de la provincia de San Juan no solo resuelve de manera favorable la cuestión planteada por la señora Verdeguer, sino que en realidad va más allá. Se expide sobre un tema sumamente delicado, por el alcance y objeto del mismo, ponderando durante todo el resolutorio el derecho a la mujer a poder acceder a un tratamiento de fertilización asistida con banco de esperma.

La Corte conmina a la prestadora de salud a la cobertura de la prestación médica que fuera denegada no solo en sede administrativa, sino que fue rechazada la petición en primera y segunda instancia. Dando de esta manera un cabal reconocimiento al derecho de la mujer a poder acceder al sistema de salud sin discriminación y, fundamentalmente, ponderando los principios pro persona, de igualdad, equidad y de acceso a la salud.

En virtud del análisis realizado a lo largo del trabajo y de las consideraciones aquí vertidas, se considera que en el fallo examinado se aplica de manera correcta y apropiada la perspectiva de género. En ese sentido surge una cuestión que puede parecer superflua, pero a la vez lógica, y es el hecho de que quien falla, doctora Adriana García Nieto, es la primera y única mujer de la Corte de Justicia de San Juan adhiriendo, en este caso, los otros miembros de la Sala al voto de su colega preopinante.

6. Referencias Bibliográficas

Normativa

Ley 26.862 (2013) Reproducción Medicamento Asistida – Procedimientos y Técnicas médico-asistenciales. 05 de junio de 2013. D.O. No. 32667.

Doctrina

Alexy, R. (1993) *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Recuperado de: <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina37294.pdf>

Centro Nacional de Equidad de Género y Salud Reproductiva (2009) *Para la prevención y atención de la violencia familiar, sexual y contra las mujeres*. Recuperado de: <http://alertadegeneroslp.org.mx/wp-content/uploads/2015/04/240412-conocelaNOM046.pdf>

Galletti, J. (2021) *¿Derecho a ser madre? Hacia una tecnología reproductiva con perspectiva de derechos humanos*. Ed. UNL. Recuperado de: https://web9.unl.edu.ar/noticias/img/news/53580/UNL_BoletinIDC_FCJS.pdf#page=155

Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará – MESECVI – (2012) *Segundo Informe Hemisférico sobre la Implementación de la Convención de Belém do Pará*. Recuperado de: <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/MESECVI-SegundoInformeHemisferico-ES.pdf>

Meng, G. Foro por los Derechos Reproductivos y Foro Nacional de Salud. *Ley de salud sexual y Procreación Responsable Argentina: ¿Una política de género?*. Recuperado de: https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/4479/Salud_sexual.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Scavone, L. (1999) *Género y salud reproductiva en América Latina. 1ª Ed.* Recuperado de: https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=ZGz0lQ9jgb0C&oi=fnd&pg=PA1&dq=salud+reproductiva+y+g%C3%A9nero&ots=XCxm3X6t5T&sig=FjByacouz9cry_sNPba7f2HFHvY#v=onepage&q=salud%20reproductiva%20y%20g%C3%A9nero&f=false

Villaluenga de la Cruz, M. (2021) *Violencia de género y salud: perspectiva desde el Trabajo Social Sanitario*. Recuperado de: <https://institutoecg.es/wp-content/uploads/2020/06/Maite-Villaluenga.pdf>

Jurisprudencia

- **Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.** (14 de agosto de 2018). Autos 4612/2014/CS1 caratulado “Y., M. V. y otro C/IOSE s/ amparo de salud”.
- **Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.** (01 de septiembre de 2015). Autos 3732/2014 caratulado “Recurso de hecho deducido por los actores en la causa L.E.H. y otros c/ O.S.E.P. s/ Amparo”.
- **Corte de Justicia de la Provincia de San Juan – Sala Segunda.** (30 de diciembre de 2020) Expte. N° 7451 “Verdeguer Pringles Verónica Isabel c/Obra Social Provincia – Amparo s/ Inconstitucionalidad”.
- **Cuarto Juzgado Civil, Comercial y Minería de la Provincia de San Juan.** (23 de agosto de 2019) Autos N° 171000 "VERDEGUER PRINGLES VERONICA ISABEL C/ OBRA SOCIAL PROVINCIA S/ Amparo".
- **Cámara de Apelaciones Civiles – Sala IV.** (03 de octubre de 2019). Autos N° 1613 caratulado “Verdeguer Pringles Verónica Isabel c/Obra Social Provincia – Amparo”.

7. Anexo: fallo completo

En la Ciudad de San Juan, a las once horas del día treinta del mes de diciembre del año dos mil veinte, se realiza el acuerdo definitivo previsto en el artículo 9 de la ley provincial 59-O (LP 59-O), según lo convenido en el acuerdo preparatorio. A ese efecto, se reúnen los magistrados que en esta causa integran la Sala Segunda de la Corte de Justicia, docto-ra Adriana Verónica García Nieto, doctores Marcelo Jorge Lima y Juan José Victoria, a fin de resolver el recurso de inconstitucionalidad planteado por la parte actora contra la sentencia de fecha tres de octubre de dos mil diecinueve, dictada por la Sala Cuarta de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería en autos N° 1613

(N°171.000 del Cuarto Juzgado Civil), caratulados “Verdeguer Pringles, Verónica Isabel C/ Obra Social Provincia -amparo-”. Las cuestiones fijadas en el acuerdo preparatorio y que aquí deben resolverse son: ¿Es procedente el recurso de inconstitucionalidad planteado en autos? En su caso, ¿qué resolución corresponde dictar?

--- LA DOCTORA ADRIANA VERÓNICA GARCÍA NIETO DIJO:

--- De los antecedentes de la causa surge que la actora, Srta. Verónica Verdeguer Pringles, solicitó a la Dirección de Obra Social de la Provincia (en adelante DOS), como afiliada directa, que otorgara cobertura para un tratamiento de fertilización de alta complejidad “con muestra de semen de banco”.

--- Consta asimismo que la DOS denegó el pedido mediante Resolución N° 3972-I-19 de fecha 30 de mayo de 2019. Se fundó para ello en la Resolución General N° 5773-I-16 de la propia Dirección, que creó el “Programa de Reproducción Medicamente Asistida”. Específicamente, la DOS señaló que la peticionaria no cumplía con el requisito establecido en el artículo 4: ser casada o conviviente, y que la práctica “con semen de banco” estaba excluida.-

--- Frente a ello, la afiliada planteó acción de amparo peticionando que se ordenara judicialmente la cobertura médico asistencial en un 100% del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad con muestra de semen y/o espermatozoides de donante y/o de banco por medio de la técnica llamada Fertilización In Vitro (FIV) en el número de hasta tres tratamientos anuales hasta lograr un embarazo viable. Alegó un trato discriminatorio de la DOS y violatorio de los Pactos de Derechos Humanos con garantía constitucional.

--- El juez de primera instancia rechazó la demanda. Juzgó que, contrastadas las disposiciones de la ley 26.862 con la normativa de la DOS, no se advertía la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta de la resolución atacada, que exige el artículo 565 del CPC. Planteado recurso de apelación por la amparista, llegamos a la resolución hoy impugnada mediante la cual el tribunal de mérito rechaza el recurso de apelación y confirma la desestimación del amparo.

--- Para así decidir, el a quo determina, en forma liminar, que la expresión de agravios no cumple con los requisitos que en forma imperativa impone el párrafo segundo del artículo 253 del CPC, toda vez que no constituye una crítica concreta de los yerros en que habría

incurrido el sentenciante. Agrega que, más allá de que dicha insuficiencia resultaría apta para desestimar la apelación, los argumentos dados por la actora no logran derribar los pilares esenciales en que se basó el juez de primer grado para desestimar el amparo. Así, juzga que el acto cuestionado por la amparista (resolución 3972-2019) no ostenta la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta que exige el artículo 565 del CPC. Que la DOS, en uso de las facultades que le confiere la ley, dictó la Resolución General N° 5773-I-16, mediante la cual estableció en qué casos y bajo qué condiciones brindaría cobertura para los tratamientos de fertilidad a sus afiliados. -

--- Considera que la actora no cumple con los requisitos que establece el artículo 4 de dicha Resolución 5773-2016 para ser incorporada al “Pro-grama de Reproducción Medicamente Asistida”. Particularmente, por no haber acreditado ser casada o conviviente y por requerir un tratamiento de fertilización de alta complejidad con muestra de semen de banco, que se encuentra excluido por la resolución.

--- La alzada agrega que, a mayor abundamiento, la ley 26.862 en su artículo 8 tampoco contempla la cobertura del procedimiento de fertilidad mediante muestra de semen de banco, de allí que el acto atacado no se patentice como arbitrario o ilegal. Que la Resolución 5773-2016 era conocida y no fue resistida por la actora, ya que suscribió el anexo I del “Pro-grama de Reproducción Medicamente Asistida”. Luego de resolver que un precedente de la Sala –citado por la amparista no es aplicable al caso, concluye que los condicionamientos impuestos por la DOS no cercenan derecho constitucional alguno ni restringen la aplicación de la ley 26.862 ya que impone condiciones que son razonables.

--- La impugnante encuadra su recurso de inconstitucionalidad en la causal del inciso 1° del artículo 11 de la LP 59-O. Dice que la Resolución 3972-2019 de la DOS y el artículo 4° de la Resolución General N° 5773-I-16 en que se fundamenta, lesiona y restringe los artículos 16, 17, 28, 33, 42 e in-cisos 22° y 23° del artículo 75 de la Constitución Nacional y Tratados Inter-nacionales sobre Derechos Humanos pertinentes, y el artículo 61 de la Constitución Provincial.

--- La amparista solicita que esta Corte fije la correcta interpretación judicial constitucional del artículo 4 de la Resolución 5773-2016 (en la que se funda la resolución 3972-2019), con sujeción a lo dispuesto por los artículos 16, 28, 33, 42, 31 y 75 inciso 22° de la

Constitución Nacional, ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013, ley 26.618 –que extendió el derecho de parentalidad a familias homoparentales como monoparentales–, artículos 558, 560 y concordantes del Código Civil y Comercial. En definitiva, pretende que se declare la inconstitucionalidad del artículo 4 de la resolución 5773-2106, que se anule la Resolución 3972-2019 y se revoque el fallo atacado.

--- La actora sostiene que la sentencia interpreta el artículo 4 de la Resolución 5773-2016 de manera contraria al derecho federal invocado. Y que ello deja sin tutela judicial efectiva el derecho humano fundamental a la salud –incluida la salud reproductiva–, a través de medidas que la aseguran para toda persona sin discriminación ni limitación de ningún tipo, el respeto por la persona humana y el derecho a formar una familia, consagrados en los artículos 28, 33, 42, 31 y 75 inciso 22° de la Constitución Nacional, artículo 61 de la Constitución Provincial y artículos 558, 560 y concordantes del Código Civil y Comercial.

--- Dice que, para decidir si fue o no discriminatorio el rechazo de la DOS a la autorización y cobertura del tratamiento de alta complejidad con muestra de semen de banco, el a quo debió analizar su razonabilidad a la luz del fallo “Artavia Murillo y Otros (‘Fecundación in vitro’) vs. Costa Rica”, dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

--- Admitido formalmente el recurso entablado conforme auto de fecha 7 de agosto de 2020, se corre traslado a la parte demandada, al Defensor del Pueblo y al Fiscal General.

--- La recurrida evacua traslado a fojas 201/220, plantea objeciones formales que, entiende, justifican la revisión de la resolución que decide admitir formalmente el recurso de inconstitucionalidad incoado, por lo que solicita se modifique dicha resolución y declare inadmisibles formalmente el recurso de inconstitucionalidad.

--- El Defensor del Pueblo, evacua el traslado a fojas 226/227 vta. destacando que, en razón de los derechos de raigambre constitucional --derecho a la salud reproductiva, al bienestar, a la igualdad, a un adecuado acceso a la atención sanitaria, derecho a la vida-- la acción de amparo opera como el instrumento técnico del arsenal procesal más confiable y efectivo para alcanzar en el tiempo oportuno, la tutela judicial debida.

--- Señala que la ley 26.862 establece que tienen derecho a las prestaciones de reproducción medicamente asistida todas las personas, mayores de edad, sin discriminación o exclusión de acuerdo a su orientación sexual o estado civil. Considera que la amparista ha efectuado

un legítimo y pleno ejercicio del derecho de defensa, conforme lo previsto en las Constituciones Nacional y Provincial, Ley N° 26.862, y su Decreto Reglamentario 956/2013, por lo que peticona la continuación de la causa conforme al estado procesal que presenta. ---

--- El Fiscal General, por su parte, evacua traslado a fojas 229/236, y luego de marcar los antecedentes del caso expresa que debe rechazarse la petición de la actora puesto que considera que la tacha de inconstitucionalidad de la Resolución N° 5773-I-16 no ha sido formalmente planteada como objeto de la acción ante las instancias de mérito, introduciéndose como una pretensión tardía. Sostiene que resulta extemporáneo el planteo formulado y propone se declare la inadmisibilidad del recurso entablado.

--- Señala que no encuentra manifiestamente ilegal ni arbitrario el modo en que se ha decidido la controversia puesto que, estima, no resulta congruente hacer derivar de la protección constitucional de la salud, la cobertura de este tipo de tratamientos al no haber sido reconocidos dentro del Programa Médico Obligatorio, ni de la Resolución N° 5773-I-16, atento también, a no encontrarse en riesgo la vida del afiliado.

--- Agrega que incluir tratamientos de un elevado costo como lo son la re-producción humana asistida dentro de las prestaciones básicas para todos los usuarios, impone la protección del principio de igualdad de derechos y la equidad en el acceso a la biotecnología; situación que en la realidad social y jurídica es de difícil concreción. Concluye que, al no estar prevista en el PMO, ni en la Resolución DOS - 5773-I-16, la prestación reclamada no debe ser cubierta por la demandada, y corresponde desestimar el recurso de inconstitucionalidad planteado.

--- I. Revisión de la admisión formal.

--- Tras la precedente reseña de los antecedentes del caso traído a esta instancia extraordinaria, y previo a examinar su procedencia, he de referirme seguidamente a las objeciones formuladas por la parte recurrida a la admisión formal del recurso de inconstitucionalidad.

--- Plantea la demandada, DOS, diversos cuestionamientos formales que –a su entender– conllevarían la revisión del auto de admisión formal y consecuente desestimación del recurso extraordinario deducido, las que corresponde tratar en particular:

--- Así, la objeción vinculada a que la amparista habría consentido el fundamento de la sentencia impugnada por el que concluye que aquélla ha incumplido los recaudos establecidos por el artículo 565 del CPC, como que el acto atacado no es arbitrario e ilegal, no es tal. Es que a esa conclusión –a la que llega el tribunal– solo es dable arribar en la medida que la norma sea constitucional, en cuyo caso el cuestionamiento de la normativa por violación de derechos reconocidos en la CN y tratados internacionales, importa ni más ni menos que cuestionar la base misma de la conclusión. Precisamente, mediante el presente remedio extraordinario (art. 11 inc. 1° LP 59-O) lo que la recurrente procura es evidenciar el yerro de tal análisis del a quo –que el acto atacado fundado en la Resolución 5773-I-16 no es arbitrario– efectuando su contrastación con la legislación que entiende aplicable (ley 26.862) y los derechos constitucionales reconocidos por nuestra Constitución y los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 de la CN).

--- El óbice de que se trataría de un planteo novedoso, o una pretensión tardía –sostenido en esos términos por el Fiscal General--, tampoco puede tener acogida. Y es que si bien la hoy recurrente no utilizó en su pretensión de amparo el término “inconstitucionalidad” del artículo 4 de la Resolución N° 5773-I-16, su cuestionamiento constitucional aparece explícito en el texto de la demanda: allí refirió que el dictamen legal de la DOS había denegado la factibilidad de cobertura en virtud de que el artículo 4 de la Resolución N° 5773-I-16 excluye como una técnica cubierta el procedimiento con muestra de semen de banco. Adujo que “la Resolución invocada por la Asesora Letrada de la Obra Social Provincia crea un Programa de Reproducción Médicamente Asistida, pero apartándose de la Ley Nacional N° 26.862 de Reproducción Médicamente Asistida y de su Decreto Reglamentario N° 956/13 que incluye al tratamiento de Fertilidad In Vitro (FIV) al PMO estableciendo una cobertura al 100%” (f. 53 de autos). Luego de transcribir el artículo 1 de la ley en cuestión y de su decreto reglamentario, refirió los derechos constitucionales y convencionales que entendía vulnerados por la decisión de la accionada, concluyendo que “debe quedar en claro que no solicito excepción alguna sino el tratamiento igualitario y no discriminatorio que establecen el art. 16 y 42 de la Constitución Nacional y la copiosa jurisprudencia existente” (f. 54).

--- Así pues, juzgo que no se trata de un planteo novedoso a esta instancia de excepción, que amerite la revisión del auto de admisión formal por tal motivo.

--- De igual manera, resulta inaudible la objeción de la accionada mediante la cual argumenta que la actora quedó notificada de la Resolución N° 5773-I-16 en el expediente administrativo N° 813-7041-C-19 y que la consintió. Es una obviedad que la circunstancia que tomara conocimiento de la norma no implicó su aceptación. Precisamente, la impugnó judicialmente mediante el presente amparo, que es la vía idónea a tal fin, atendiendo a la naturaleza de los derechos involucrados, la edad de la solicitante y el límite etario que establece la reglamentación de la DOS para que las mujeres afiliadas puedan solicitar la cobertura de la prestación.

--- Respecto de la viabilidad de la acción elegida en el sub lite, resulta oportuno mencionar que el amparo es el procedimiento judicial más simple y breve para tutelar real y verdaderamente los derechos consagrados en la Ley Fundamental. En este sentido, la Corte ha dicho reiteradamente que tiene por objeto una efectiva protección de derechos (Fallos: 321:2823) y ha explicitado la imprescindible necesidad de ejercer esa vía excepcional para la salvaguarda del derecho fundamental de la vida y de la salud (Fallos: 325:292 y sus citas).

--- La CSJN sostiene que "el derecho a la salud no es un derecho teórico, debe ser examinado en estrecho contacto con los problemas que emergen de la realidad social y penetra, inevitablemente, tanto en las relaciones privadas como en las semipúblicas" LA LEY, 2001-F, 906, con nota de BIDART CAMPOS, Germán, "La dimensión de la salud como bien colectivo y los servicios de salud"; AR/JUR/2936/2001.

--- La salud reproductiva es "un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos, y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia" (párrafo 7.2 de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, CIPD, El Cairo, 1994). Por otra parte, la Cuarta Conferencia de Naciones Unidas sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995, ha situado la salud reproductiva dentro de un contexto de derechos

sexuales y reproductivos y dentro del marco general de los derechos humanos. En este sentido, la Plataforma de Acción aprobada en dicha Conferencia ha reconocido que "los derechos humanos de las mujeres incluyen sus derechos a controlar y a decidir de manera libre y responsable sobre los asuntos relacionados con su sexualidad, incluyendo la salud sexual y reproductiva, sin coerción, discriminación o violencia" (IPPF, 1998) JONATAN RAPAPORT, Voz "Salud reproductiva" en Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo, <http://www.dicc.hegoa.ehu.es/>, consulta: 16/09/15. (Citado por Garay, Oscar E. "El derecho a la fertilización asistida y la prestación médica no autorizada" Publicado en: LA LEY 29/09/2015, 29/09/2015, 7 - LA LEY2015-E, 424 Cita Online: AR/DOC/3355/2015.

--- Debe tenerse presente que el derecho a la salud no es un derecho teórico, sino que debe ser examinado en estrecho contacto con los problemas que emergen de la realidad social, por lo que, ante la interposición de un amparo con el objeto de garantizar de un modo expedito y eficaz su plena vigencia y protección, procede exigir de los órganos judiciales una interpretación extensiva y no restrictiva sobre su procedencia a fin de no tornar utópica su aplicación (cfr. CSJN, Fallos: 324:3074).

--- Por último, aparecen estériles las objeciones relativas a que la accionante no rebatiría diversas conclusiones de la sentencia impugnada; ello en tanto se trata de argumentos coadyuvantes de la alzada para fundar que el acto no aparece palmariamente ilegítimo o ilegal (art. 565 del CPC), cuestión que la actora pretende revisar en esta instancia de excepción pro-curando que esta Corte lo zanje, definiendo si se contrapone o no a la legislación que entiende aplicable y a derechos de raigambre constitucional que invoca.

--- Sentado en las consideraciones precedentes, en atención a la materia, el tipo de proceso, los derechos en juego y la trascendencia del tiempo, estimo que las objeciones formales deben ser rechazadas. Corresponde entonces examinar la procedencia del recurso de inconstitucionalidad traído.

--- II. Aplicación de la ley nacional - Derechos Involucrados:

----- La recurrente solicita la aplicación de la Ley Nacional N° 26.862, sancionada en 5/6/2013, y publicada en el boletín Oficial el 26/6/2013, en cuanto dicha normativa prevé garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-

asistenciales de reproducción asistida. Al tiempo que sostiene que la Resolución de la DOS impugnada violenta derechos reconocidos en la Constitución Nacional, Instrumentos Internacionales y en el Código Civil y Comercial.

--- En relación a la ley nacional de Reproducción Médicamente Asistida N° 26.862, cuya aplicación reclama la accionante, es preciso señalar que el artículo 10 dispone expresamente: "...Se invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a sancionar, para el ámbito de sus exclusivas competencias las normas correspondientes". ----

--- La letra de la disposición transcrita indica que se reconoce a las provincias la facultad de adherir, respetando el marco de la autonomía que ostentan en materia de políticas de salud. Puesto que, la inconsistencia del legislador no puede presumirse, es dable concluir que la ley no es aplicable directamente en el territorio de la provincia, sino que se requiere el acto de adhesión respectivo.

--- En este orden, deben descartarse aquellas interpretaciones del texto legal que tengan por efecto dejar sin virtualidad práctica sus previsiones. Obsérvese que, mantener la postura de la actora en este punto importaría asumir una inconsistencia del legislador y llevaría a una interpretación errónea de quien juzga. Acótese que el análisis de la norma, impone que se formule dentro del contexto de las restantes directivas del cuerpo normativo en el que se encuentra inserta, a los fines de dar con la mayor fidelidad posible a la intención expresada por el legislador (Frosini, Vittorio, "Teoría de la interpretación jurídica", Ed. Temis, Santa Fe de Bogotá, 1991, p. 8.). En esa labor hermenéutica debía observar la regla según la cual no cabe suponer la inconsistencia del legislador ni, por ende, asumir que unas reglas se excluyen por las otras, sino dar pleno efecto a la totalidad de la voluntad legislativa, especialmente cuando no se trata de leyes sucesivas sino contenidos aprobados en un mismo acto. -

--- Que, tal como lo sostiene la recurrida, la Provincia de San Juan no ha adherido a la legislación nacional invocada, por lo que concluyo que la misma no resulta aplicable en el ámbito de su competencia.

--- Asimismo, el artículo 8 de la ley nacional establece como agentes alcanzados por ella a las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660, y 23.661. También asiste razón a la recurrida cuando señala que dichas le-yes que no alcanzan a la Obra Social Provincia, tal

como ha sido decidido por este Tribunal en numerosos precedentes (PRE S2 2009-III-571, S2 2010-I-54).

--- Por los motivos expuestos juzgo que la Ley Nacional N° 26.862 no resulta aplicable a la demandada (DOS).

--- El análisis --descartada la aplicación de la ley nacional-- debe circunscribirse al estudio de compatibilidad entre la normativa regulatoria de la práctica requerida dictada por la DOS en el marco de las atribuciones conferidas por la Ley Provincial N° 216-Q (LP 216-Q), y el resto de las normas nacionales e internacionales que rigen los derechos involucrados en el caso y cuya garantía reclama la amparista (arts. 16, 28, 33, 42, 321 y 75, inc. 22 de la CN, arts. 558, 560 y cc. del Código Civil y Comercial).

--- Para ello sostengo que no puede soslayarse las previsiones contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos que constituyen ley vigente, conforme lo ordenado por el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, que a la vez resultan normas operativas y que reconocen los derechos invocados por la accionante. Pues las resoluciones de la DOS deben ser conforme o compatibles con dicho bloque de constitucionalidad o convencionalidad, y es resorte de este Poder Judicial el control de dicha compatibilidad.

--- El derecho a la salud es un derecho humano fundamental reconocido por la Constitución Nacional en los artículos 33 y 42, y en Tratados Internacionales tales como el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12, inc. 1), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XI).

--- El carácter fundamental del derecho a la salud, y la íntima relación con el derecho a la vida ha sido establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 329:2552; 333:690, entre otros).

--- Tal como ha sido señalado, esta prerrogativa comprende el derecho a la salud reproductiva, y consecuentemente el de acceder a la tecnología necesaria para hacerlo efectivo.

--- Estrechamente vinculado con el derecho a la salud reproductiva aparece el derecho a fundar una familia reconocido en el artículo 17.2 del Pacto de San José de Costa Rica; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 23.2; artículo 6 de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre; Declaración Universal de Derechos

Humanos, artículo 16 y al derecho a procrear aprovechando todos los avances científicos tecnológicos.

--- En el caso, no hay dudas de que se encuentra involucrado el derecho a la salud de la amparista íntimamente relacionado con el derecho a la vida tal como ha sido reconocido por la propia accionada en la resolución de creación del Programa de Reproducción Médicamente Asistida cuya fundamentación refiere a la infertilidad humana como una enfermedad y para la que prevé cobertura mediante técnicas de baja y alta complejidad.

--- Ahora bien, es preciso determinar si la reglamentación dictada por la DOS los requisitos de inclusión y las exclusiones-- interfiere de modo arbitrario irrazonable en el efectivo goce de los derechos invocados por la amparista.

--- III. Análisis de la constitucionalidad del artículo 4 de la Resolución General n° 5773-I de la DOS con relación al estado civil o situación de pareja de la solicitante.

--- Tal como señalé la DOS reglamenta, mediante Resolución General N° 5773-I de fecha 23 de agosto de 2016 los tratamientos de Reproducción Médicamente Asistida.

--- El artículo 4 de la normativa mencionada (obranste a fs. 39/50 de las presentes actuaciones) establece como requisito de inclusión para ser incorporado al Programa de Reproducción acreditar “ser pareja casada o en una unión convivencial”. El incumplimiento de este requisito por parte de la accionante --que es soltera-- constituyó uno de los argumentos vertidos en la Resolución N°03972 de 30 de mayo de 2019 para denegar la solicitud de cobertura de tratamiento de Fertilidad de Alta Complejidad con muestra de semen de banco que fuera solicitada.

--- De esta manera una de las razones de la exclusión que argumenta la DOS para denegar la cobertura del tratamiento médico indicado es la condición civil de la afiliada, por cuanto al ser soltera no puede llenar el requisito de acreditar estar vinculada matrimonialmente, ni en unión convivencial. De esta manera se concreta en el caso una discriminación en razón de su condición civil que termina eliminando toda posibilidad de hacer efectivo el ejercicio del derecho a la salud reproductiva.

--- Destaco que el artículo 12, inciso 1. de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer establece: “...los estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la

atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.” -

--- Pues bien, la normativa vigente asegura el acceso a la atención médica de las mujeres sin discriminación alguna.

--- No resulta, pues, razonable negar el derecho al tratamiento sobre la base de la condición civil, menos aun considerando que la restricción no encuentra ninguna razón atendible en los fundamentos de la resolución, más que la exclusión por la exclusión misma.

----- Y si bien podrá decirse que afecta a todo el universo de afiliadas solteras que no se encuentren en unión convivencial, y que padezcan de la patología que cubriría a mujeres casadas o en unión convivencial, no se ve objetivamente cuál podría ser el motivo que justifique la exclusión de las primeras, lo que me persuade –a la luz de los tratados internacionales y de los derechos en juego- que corresponde declarar su inconstitucionalidad, en ese aspecto.

--- Entiendo que esta discriminación resulta contraria al derecho a la salud y a la igualdad por cuanto se le niega infundadamente lo que se les concede a otras afiliadas que presentan igual patología, pero distinto estado.

--- De lo expuesto hasta aquí concluyo que el artículo 4 de la Resolución General N° 5773-I-16 de la DOS, en cuanto instituye cortapisas vinculadas al estado civil de la afiliada, es contraria a los derechos reconocidos en el orden constitucional e internacional, y lesivo del derecho de igualdad de todos los habitantes ante la ley, consagrado por nuestra Constitución Nacional (art.16), por lo que corresponde declarar en el caso la inconstitucionalidad de la exclusión por dicho motivo.

--- IV. Análisis de la constitucionalidad de la exclusión de la práctica:

----- Resta analizar si resulta compatible con el marco normativo expuesto el segundo motivo invocado por la DOS para denegar la cobertura, cual es la exclusión prevista también en el artículo 4 de la Resolución General relativa al tratamiento solicitado por la amparista, “Semen de Banco”.

--- El Programa de Reproducción Médicamente Asistida (creado por la Re-solución DOS) comprende entre las técnicas de Alta Complejidad la Fecundación In Vitro (FIV), ICSI,

pero excluye la posibilidad de que se realicen con Semen de Banco. De esta manera la amparista que reúne las condiciones de infertilidad contempladas por la resolución, no puede acceder a la cobertura porque el tratamiento indicado para ella (tal como surge de fs. 23, 32 vta.) se encuentra excluido.

--- Habiendo determinado que la exclusión por razón de la condición civil es inconstitucional e inconveniente, la forma en que se ha reglamentado la técnica que exige la existencia de gametos propios y excluye la posibilidad del semen de banco, se transforma en una forma indirecta de volver a exigir la condición civil de casada o en unión convivencial, imponiendo de esta manera una planificación familiar no pretendida por la amparista.

--- La fertilización homóloga --con material genético de la misma pareja-- como la heteróloga está permitida por la legislación de fondo vigente en Argentina. El Código Civil y Comercial reconoce como fuente de filiación las técnicas de reproducción humana asistida, atribuyéndole iguales efectos que a las otras fuentes, tales como la naturaleza y la adopción (art. 558). Por su parte el artículo 562 refiere a la importancia de la voluntad procreacional con total independencia de quien haya aportado los gametos.

--- En este punto la disposición de la DOS, al establecer como criterio de exclusión la posibilidad de recurrir a la técnica de semen de banco desconoce la normativa de fondo sin explicación alguna. No hay en la Resolución General de la DOS, ni en la particular dictada para el caso concreto ni una mínima justificación de por qué están excluidos los procedimientos “con Semen de Banco”, y por tanto le niega a la amparista la técnica de Alta Complejidad que le concede a otras afiliadas con igual patología, pero que pueden aportar gametos propios.

--- Merece especial atención en el caso, la edad de la accionante que al tiempo de la solicitud tenía 39 años, y la DOS prevé como límite los 43 años para acceder a los tratamientos. Es decir, el tratamiento denegado es el indicado para su patología y puede ser –en razón de su edad la única posibilidad que tenga la afiliada de acceder al plan de vida que pretende, lo que adquiere especial relevancia para resolver el presente caso.

--- Al respecto se han expedido otros Superiores Tribunales señalando: “...la carga de la motivación argumental es mayor cuando la salida que se propicia va en el sentido de

restringir el ejercicio de derechos fundamentales, como lo son los derechos de intentar procrear, a fundar una familia y a gozar de los avances del progreso científico, en conexión con la salud re-productiva, en forma igualitaria y sin discriminaciones”. (Sala Electoral y de Comp. Originaria- Tribunal Superior de Córdoba- Protocolo de Autos N° Resolución :86, Año 2019, Tomo 3; Folio. 658-676).

--- “Los derechos de raigambre constitucional, así como los principios con-sagrados en la Carta Magna, no son absolutos sino deben ser ejercidos con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio, en la forma y extensión que el Congreso, en uso de sus facultades propias, lo estime conveniente a fin de asegurar el bienestar general (arts. 14 y 28 de la Constitución Nacional) con la única condición de no ser alterados en su substancia.” (Fallos: 249:252; 257:275, entre otros).

--- En el caso la decisión de la DOS colisiona con la normativa de fondo, nacional e internacional sin fundamento suficiente o razonable, lo que en el caso conlleva la pulverización de la posibilidad de la amparista de acceder a las técnicas necesarias para hacer efectivo los derechos constitucionales ya referidos.

--- Esta privación de los derechos fundamentales ostenta una arbitrariedad manifiesta, por cuanto no existe fundamento razonable para suprimir el núcleo de los derechos involucrados. Corresponde, en consecuencia, declarar en el caso la inconstitucionalidad del artículo 4, también en lo atinente a la exclusión del tratamiento con semen de banco.

-----Por las razones expuestas, he de propiciar con mi voto se haga lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad planteado, revocándose el pronunciamiento recurrido (art. 14, primer párrafo LP 59-O). Asimismo, y no restando otras cuestiones por tratar, corresponde que el Tribunal se avoque al fondo del asunto y declare para el caso, la inconstitucionalidad del art. 4 de la Resolución General N° 5773-I-16 de la DOS en cuanto prevé como motivos de exclusión la condición civil de la amparista y la exclusión de la técnica de Fertilización Asistida de Alta Complejidad con muestra de semen de banco.

--- Como consecuencia de ello, y encontrándose validada la necesidad del tratamiento por Auditoría Médica de la DOS, se ordena a la demandada brindar a la actora la cobertura del tratamiento de fertilización asistida indicado, debiendo realizarse la prestación conforme el

resto de las condiciones establecidas por el Programa de Reproducción Médicamente Asistida creado por la Resolución General N° 5773-I-2016.

--- En cuanto a las costas, propongo se impongan en todas las instancias en el orden causado. Motiva esta decisión la circunstancia de que el asunto debatido resulta ser una cuestión compleja y la demandada pudo haberse sentido con derecho a resistir la acción, toda vez que por la presente se procede a la abrogación, para el caso, de una norma. Se suma al fundamento precedente que la admisión del amparo es parcial, dándose el supuesto previsto en el 2° párrafo del artículo 66 del CPC.

--- LOS DOCTORES MARCELO JORGE LIMA Y JUAN JOSÉ VICTORIA DIJERON

--- Por sus fundamentos, adherimos al voto precedente.

--- De acuerdo con el resultado de la votación, el Tribunal RESUELVE: I) Hacer parcialmente lugar al recurso de inconstitucionalidad deducido por la parte actora. II) En consecuencia, anular la sentencia recurrida, y avocándose el Tribunal al fondo de la cuestión traída, declarar en el caso la inconstitucionalidad del artículo 4 de la Resolución 5773-I-16 en cuanto prevé como motivo de exclusión la condición civil de la amparista, y la exclusión de la técnica de Fertilización Asistida de Alta Complejidad con muestra de semen en banco. III) Como consecuencia de la inconstitucionalidad declarada, ordenar a la DOS que brinde a la actora la cobertura del tratamiento de fertilización asistida, debiendo realizarse la prestación con-forme el resto de las condiciones establecidas por el Programa de Reproducción Médicamente Asistida creado por la Resolución General N° 5773-I-16. IV) Imponer las Costas por su orden, de conformidad a las razones expuestas en los considerandos (art. 66, 2° párrafo CPC). V) Ordenar que se protocolice la presente y se agregue copia a ambos expedientes y a los autos principales que deberán bajar al Tribunal de origen. Notifíquese y oportunamente archívense. Fdo. doctora Adriana Verónica García Nieto, doctores Marcelo Jorge Lima y Juan José Victoria. Ante Mí: Carolina Inés González –Secretaria Letrada de la Corte de Justicia.

Ef-7451

AL

PRE S2 2020-V-998