



CARRERA DE ABOGACÍA-SEMINARIO FINAL

NOTA A FALLO-CUESTIONES DE GÉNERO

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial

Federal – Sala II. Causa Nº 5373/2018 “Vergara Pamela Marisabel y otro c/ Osde S/

Amparo de Salud” - Octubre 2018.

Autor: Escudero Fabiana

DNI: 39.325.579

Legajo: VABG62386.

Prof. Director: Romina Vittar.

2021

**Sumario:** I. Introducción. II. Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y decisión del tribunal. III. La ratio decidendi de la sentencia. IV. Descripción conceptual, doctrinario y jurisprudencial. V. Postura de la autora. VI. Conclusión. VII. Referencias bibliográficas: a- Doctrina. b- Legislación. c- Jurisprudencia.

## **I. Introducción**

Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante TRHA), según la definición de nuestro plexo normativo argentino Código Civil y Comercial de la Nación en su artículo 558 puede esgrimirse sobre la base de los tipos de filiaciones reconocidos, los cuales han sido clasificados según resulten de la naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida y la adopción.

El autor va a definir que procesos son incluidos como TRHA: la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación.

Desde una mirada con perspectiva de género, las Técnicas de Reproducción Humana Asistida cualquiera sea el proceso elegido, se han abierto paso como un remedio terapéutico y alternativo a diversos casos de mujeres han decidido acudir a las TRHA cuando por razones de infertilidad no han podido acceder a la maternidad desde una vía más bien tradicional (pareja conformada por hombre y mujer donde cada uno aporta su material genético), parejas conformadas por personas del mismo sexo, que pueden ser formadas por hombre – hombre , mujer-mujer; mujeres solas que por razones personales no han concebido en su ideal de familia formar una con el apoyo de una pareja.

En el presente trabajo, se pondrá en evidencia el problema axiológico que presenta la sentencia trabajada, al colisionar principios constitucionales tales como la libertad, dignidad, salud reproductiva y no discriminación, con la lectura de la ley marco regulatoria de las técnicas de reproducción médica asistida.

En relación al tema expuesto, el autor llevara a cabo un análisis de la sentencia dictada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal – Sala II en los autos “Vergara Pamela Marisabel y otro c/ Osde S/ Amparo de Salud” 5373/2018, en el cual una pareja conformada por dos mujeres solicita a su obra

social la cobertura de un proceso incluido dentro de las TRHA, el cual se llevara a cabo con el aporte de material genético de una de las mujeres (gameto femenino) y el aporte del masculino correspondiente a un tercero ajeno, debidamente inscripto en el registro de donantes de gametos.

El juez de grado mediante una medida cautelar de no innovar, condena a la obra social a que le sea provisto el proceso requerido a las actoras en cuestión, aduciendo que en tal medida existen fundamentos de hecho y derecho para expedirse sobre el pedido. En dicha resolución se analizan los requisitos básicos de la medida cautelar solicitada y las consecuencias dañosas producto del retardo en la decisión; se plantea quienes se encuentran legitimados a solicitar TRHA y quienes pueden ser incluidos como donantes de gametos según Ley; se afirma el derecho al acceso integral a la salud de todos los habitantes del país consagrado en el Artículo 1 de nuestra Ley 23.661.

El fallo resulta de vital importancia al mencionar a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida a los que las mujeres acceden como método alternativo para la consecución de fines naturales y sociales, que por diversos motivos son truncados en su desarrollo. Establece una mirada con perspectiva de género al plantear el interrogante ¿Sería denegado el acceso a las TRHA, si la pareja que las solicita es heterosexual? Aborda una mirada crítica del pedido al acceso por parte de parejas homosexuales conformada por mujeres, y deslinda los interrogantes para pensar en más casos en los que a la mujer se le deniega algún derecho –salud reproductiva- por el simple hecho de ser.

Acto seguido se realizará una exposición de los hechos del caso, las instancias procesales atravesadas y de los argumentos jurídicos del último tribunal actuante que llevaron a resolver el problema de prueba planteado. Luego seguiremos con una descripción conceptual sobre la base de doctrina y jurisprudencia de renombre, para finalizar con nuestra postura y colofón.

## **II. Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y decisión del tribunal**

En el marco de una pareja estable conformada por dos mujeres, deciden acudir a las técnicas de reproducción humana asistida para llevar a cabo un embarazo, que por razones naturales no pueden concebir. Acuden al juez de primera instancia con el fin de oponer una acción de amparo y sea la obra social obligada a proveerles la técnica de alta complejidad FIV con ovodonación, con óvulos provenientes de una de las mujeres y el

esperma de un donante registrado en un banco del Registro Federal de Establecimientos de Salud (ReFES). El juez de primera instancia condena a la demandada a cubrir la prestación.

La obra social se opone al pedido, aduciendo que los óvulos que se donan no provienen de un banco de gametos registrado y que la técnica que permite la donación directa de óvulos no está prevista; dice también que el objeto de la medida se confunde con el del proceso principal y que no se hubo acreditado el peligro en la demora. A tal oposición, los jueces de grado refuerzan la idea de expedirse de manera provisional y celera sobre el pedido, desestimando que no haya peligro en la demora; por otro lado, dan certeza sobre quiénes son los legitimados a solicitar la prestación, y que la pareja cumple con los recaudos para ser beneficiaria según Ley 23.661 Sistema Nacional del Seguro de Salud en su Art. 1 donde reza procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica.

Finalmente, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, con los votos de Ricardo V. Guarinoni y Gottardi Eduardo Daniel (Guzman Alfredo no vota por encontrarse ausente condenan a la obra social a garantizarles el tratamiento solicitado y obliga a incluir a las TRH como tratamiento que deben incluir dentro de su Programa Médico Obligatorio.

### **III. La ratio decidendi de la sentencia**

Los jueces de grado deciden dictar sentencia con una mirada de la perspectiva de género, preguntándose cuál sería la situación si, el pedido de tratamiento de TRHA lo solicitara una pareja heterosexual.

En una pareja heterosexual, el hombre que dona su gameto para la reproducción no tiene que pasar por el registro o aportar a la misma obra social que su pareja mujer. El registro de donantes de gametos supone la no elección de la persona que aporta el gameto.

Los jueces coinciden al afirmar que no existe situación impeditiva para que sea exigido el requisito mencionado arriba, en el pedido de TRHA de una mujer unida en pareja con otra mujer. Dicho requisito resulta impeditivo a la voluntad procreacional, al truncar el deseo de ser madre a ambas mujeres.

En consonancia con lo expuesto, los jueces mencionan que prima la Voluntad Procreacional entendida como la voluntad de querer llevar a cabo un proyecto familiar, en forma conjunta o individual/monoparental. Los hijos son hijos de quien dio a luz y de

la mujer u hombre que presto su consentimiento de someterse a las TRHA, con todos los requisitos necesarios para que el consentimiento sea válido (Art. 560 y 561, Código civil y Comercial de la Nación)

Las empresas de medicina prepaga son todas las personas físicas o jurídicas de cualquier tipo que adopten como objeto el brindado de prestaciones que incluyan la prevención, tratamiento y rehabilitación de la salud humana a sus usuarios (Ley 26.682, 4/05/2011)

Toda persona se encuentra legitimada para acceder a los tratamientos de TRHA y tiene el derecho a ser beneficiario de las prestaciones, de manera tal que se asegure el objeto de la norma que es garantizar el acceso a los procedimientos y Técnicas de Reproducción Humana Asistida 3. Se presenta una expresión complicada de la frase “toda persona” por lo que de acuerdo a nuestro plexo normativo, los usos y practicas y/o costumbres van a ser vinculantes cuando las leyes no den certeza suficiente en situaciones no reguladas de manera legal y den lugar a diversas interpretaciones, el único límite impuesto será cuando dicha situación resulte contraria a derecho (Ley 26.862, 5/06/2013)

Las personas mayores de edad tienen derecho a acceder a las prestaciones incluidas como TRHA, sin que la orientación sexual o su estado civil resulte requisito ineludible para recibir la prestación (Decreto Reglamentario 956/2013, 19/07/2013)

Los sector públicos y privados de salud que brinden servicios medico asistenciales tienen la obligación de brindar a sus afiliados el cien por cien de los tratamientos incluidos dentro de Programa Médico Obligatorio (PMO), de manera independiente a la figura jurídica que posean, deberán incluir dentro de su PMO la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida.

Sentadas las bases argumentales que dieron resuelvo a la controversia, el tribunal decide condenar a la obra social a cubrir el tratamiento solicitado, con costas a la demandada vencida (art. 68 el Cód. Procesal).

#### **IV. Descripción conceptual, doctrinario y jurisprudencial**

Las técnicas de reproducción humana son todos aquellos medios por los cuales el hombre interviene artificialmente en el acto de la procreación (Juan Manuel Cubillos, 2013, p.6). Las TRHA son los procedimientos y técnicas realizados 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. Como consecuencia de la gran cantidad de nacimientos en los últimos diez años derivados de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, la legislación se vio obligada a regular esta tercer fuente filiatoria, a la par de las mencionadas que son la filiación por naturaleza y filiación por adopción, con la sanción del nuevo Código civil y Comercial de la Nación . (Mariana Rodríguez Iturburu, Reproducción 2015, p.2). Con la incorporación de las técnicas, nuestro ordenamiento dejó de basarse en criterios biologicistas y pasará a entender que la filiación, en algunos casos, tiene como elemento fundante no el genético sino el volitivo (Maria Belen Iorizzo, p.5). El elemento volitivo adquiere importancia superlativa en la filiación derivada de las TRA, de modo que cuando en una misma persona no coincide el elemento genético, el biológico y el volitivo, se debe dar preponderancia al último. Prevalece la paternidad consentida y querida, por sobre la genética (Eleonora Lamm, 2012, p.6). El deseo de tener un hijo o hija sostenido por el amor filial que emerge de la constitución subjetiva de las personas y sus creencias personales, es base suficiente para que emerja la filiación (Gil Dominguez Andres, 2015). Los motivos para emplear las TRHA pertenecen al ámbito íntimo y personal de la pareja o persona sola que decide tener un hijo bajo estos procedimientos alternativos actuales (Rev. De derecho Valdivia, 2019)

Desde la perspectiva de los derechos de las mujeres, quienes históricamente han sido privadas y limitadas en libertades, la dignidad humana recoge todos aquellos elementos necesarios para lograr una calidad de vida plena (Bohórquez Monsalve, Viviana; Aguirre Román, Javier Mujeres y dignidad humana. Antecedentes en el Sistema Interamericano y en el Derecho constitucional de Colombia Reflexión Política, vol. 12, núm. 23, junio, 2010, pp. 138-150).

Partiendo desde instrumentos internacionales que regulan el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación (Convención Belem do Para, 1996) y llegando

a normativa nacional, la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres (Convención Belem do Para, 1996). El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción (Ley 23.179, BO 8/5/1985)

Mencionado lo anterior, para tener acceso a las TRHA, en el año 2013 fue sancionada la ley 26.862 a quien nombramos brevemente en párrafos anteriores, de gran importancia al establecer al garantizar el acceso a estas técnicas a todas las personas que lo soliciten. En la practica el derecho ha sido vulnerado y las obras sociales se han presentado reticentes a brindar los tratamientos como se puede observar en los autos N° 4.587/15/CA1 “R.A.M.L. y otro c/ OMINT s/ amparo de salud Incidente de medida cautelar” en donde una pareja heterosexual solicita a su obra social que le provea un tratamiento de TRHA y esta se opone, argumentando que no existe aún en la fecha de solicitud, un banco de embriones y/o gametos debidamente registrados en el REFES, y en consecuencia que no tiene posibilidad material de cumplir con el pedido; la Sra. Jueza de primera instancia admitió la medida cautelar y condeno a OMINT SA de Servicios que cubra el 100 % del tratamiento, decisión que el apelante confirmo. En los autos “G. D. y otra c/ O.S.D.E. s/ acción de amparo” queda sentada la importancia de cuidar la salud psíquica de las mujeres que acceden a las TRHA, cuando el juez ordena a la demandada la cobertura del 100% del tratamiento de reproducción asistida, consistente en ‘MÉTODO R.O.P.A.’, por ser el que brinda una mayor participación activa de la pareja en el proceso de procreación, por cuanto ambas adoptarán un rol activo durante todo el proceso del embarazo, siendo una la madre biológica y la otra la madre gestante, lo que coadyuvaría a la salud emocional de las mismas. En los autos “ FALGBT (causa N° A37252)” el juez se pronuncia a favor de la acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires para que ordene a su registro a dejar sin efecto el acto administrativo que rechazó su pedido de reconocimiento de comaternidad, fundándose en que el peligro en la demora vulneraria el derecho a la igualdad ante la ley de la pareja que decide formar una familia por parte de dos mujeres unidas en matrimonio que solicitan la filiación del niño, como hijo de la pareja, ya que el tercero donante no presenta voluntad procreacional registro a dejar sin efecto el acto administrativo que rechazó su pedido de reconocimiento de comaternidad.

## **V. Postura del autor**

La sentencia analizada deja en claro la perspectiva de género con la que se juzgó en esta oportunidad, al hacer hincapié en que si los solicitantes de TRHA fuera una pareja heterosexual la solicitante, no habría habido inconveniente por parte de OSDE a brindar el tratamiento.

Acorde a lo mencionado ut supra, el autor se muestra concordante en cuanto a la postura del juez de grado de condenar a la obra social a brindar el tratamiento solicitado de TRHA pero advierte que, si bien los argumentos esgrimidos son válidos e importantes, la decisión podría haberse valido de otros argumentos complementarios a los ya expuestos, para dar una mirada sobre las Técnicas de Reproducción Humana Asistida con una mirada especial a la perspectiva de Género.

Genéticamente distintos, asignación de roles en cuanto a labores económicas, en el caso de los hombres como sustento económico y la mujer, dedicada en la mayoría de los casos a tareas de servidumbre, a quien por años se le ha asignado este rol, como sostén de hogar y familia cien por cien, son cuestiones paradigmáticas que acontecieron a lo largo y ancho del mundo, sin distinción de etnias y culturas, que han condicionado a la mujer desde hace años a permanecer en ese lugar y postergar, su desarrollo manifiesto hoy en aspectos sociales, deportivos, profesionales, y especial mención en relación a la libertad de decisión sobre su propio cuerpo.

Las obras sociales presentan una mirada prejuiciosa sobre las parejas homosexuales, en este caso de mujeres, al pedir requisitos que, de ser una pareja heterosexual no serían tenidos en cuenta. La discriminación contra la mujer presenta distintas aristas que afectan a libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera de la vida social, coartando el ser mismo.

De haber sido distinta la resolución se estaría ejerciendo violencia contra la mujer que atentarían de manera directa en su integridad sexual y psicológica, limitaría el goce pleno y ejercicio de la libertad por el hecho de ser mujer.

La salud reproductiva no debería ser un tema a discutir, mucho menos en relación a la mujer, que pone su cuerpo de manera literal para llevar a cabo un embarazo deseado. El tribunal podría haberse pronunciado en la controversia garantizando este derecho de decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre



los nacimientos, a tener acceso a la información, educación y medios que le permitan ejercer estos derechos. Quienes nos gobiernan hacer cumplir las prerrogativas que nos garantizan el derecho a vivir la sexualidad de una manera libre y responsable y las mujeres como personas y sujetos de derecho tenemos la libertad de tomar las decisiones que consideremos correctas para llevar a cabo la maternidad.

Garantizar la dignidad, libertad e igualdad de toda persona humana no debería ser tema de controversia judicial, mucho menos garantizar el acceso a las mujeres a las TRHA, que impacta de lleno en el plano de la salud psíquica de quienes tienen el deseo de formar una familia y por diversas causas no pueden hacerlo. Es un gran logro que los juzgadores se tomen en serio la labor de proteger a la mujer en su integridad física y psicológica.

El sector público y privado de salud tienen la obligación de garantizar la cobertura integral de los tratamientos de TRHA, en parte son quienes de manera directa con sus prestaciones de salud garantizan en esta temática, que los derechos de las mujeres sean ejercidos sin impedimento pero, en la práctica no suele suceder lo mismo.

Garantizar los derechos de la mujer significa no solo la aprobación de las técnicas de TRHA cuando son solicitadas, sino el abordaje integral e interdisciplinario: el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo.

Las mujeres luchan día a día por conquistar derechos y hacer valer los proclamados, pero pisoteados por una sociedad patriarcal a la que poco le importo a lo largo de la historia, el valor de la mujer, como ser humano por su condición de tal. Las mujeres tenemos derecho a decidir en forma autónoma y sin discriminación si tener o no tener hijas/os, con quién, cuántos y cada cuánto tiempo, y a recibir información sobre los diferentes métodos anticonceptivos y el acceso gratuito al método.

## **VI.- Colofón**

Muchas son las situaciones sociales y culturales que a lo largo de los años han marcado diferencias sobresalientes entre hombres y mujeres, dejando a estas relegadas de derechos fundamentales como son la salud física y psíquica, el derecho a la vida digna y familiar.

El rol de la familia y su definición como tal ha ido variando a lo largo del tiempo, la conformación típica ya no es totalitaria, las siguen existiendo, pero se ha mutado a

familias monoparentales, de parejas homosexuales hombre-hombre y mujer-mujer que desean ser padres.

Las Técnicas de Reproducción Humana asistida han jugado un rol importantísimo en esta pareja de mujeres que lograron llevar a cabo un embarazo con su ayuda y la de los juristas que han puesto todo de sí, para regular esta materia pendiente, logrando garantizar los derechos de dignidad, libertad, salud sexual y reproductiva, y sobre todo igualdad ante la ley, materia consagrada como pilar de nuestra constitución de manera sustantiva, pero relegada en ocasiones a las mujeres como consecuencia de años de cultura patriarcal y machista. Es hora de preguntarnos quizás, cuantos derechos más las mujeres tenemos consagrados por calidad de humanas, pero ¿Cuantos otros derechos nos falta reforzar para lograr una igualdad justa y real?

Espero este trabajo sirva de reflexión para quien llegue a él, que seamos las mujeres por nosotras mismas las que logremos identificar donde estamos fallando al dejar pisotear nuestro derecho y que, sobre todo, sean hombres que reflexionen sobre el papel que juegan en la sociedad respecto de nosotras, al modo de dirigirse, relacionarse, al no hacer oídos sordos o mirar hacia otro lado cuando el derecho de una mujer sea vulnerado por su condición de tal.

Ojala las mujeres sigamos conquistando áreas que no hemos conquistado.

## VII. Referencias bibliográficas

### a) Doctrina

- Juan Manuel Cubillos (2013). Técnicas de Reproducción Asistida. Status Jurídico del Embrión Humano. Cita Online: [https://bdigital.uncu.edu.ar/objetos\\_digitales/5218/cubillosjuanmanuel.pdf](https://bdigital.uncu.edu.ar/objetos_digitales/5218/cubillosjuanmanuel.pdf)
- Mariana Rodríguez Iturburu, Reproducción (2015). La regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en la actualidad. Cita Online: [http://www.samer.org.ar/revista/numeros/2015/Numero\\_4/4-ITURBURU.pdf](http://www.samer.org.ar/revista/numeros/2015/Numero_4/4-ITURBURU.pdf)
- Maria Belen Iorizzo ( ). ¿Identidad o anonimato? Colisión de derechos en una fuente filiatoria sin precedentes.
- Eleonora Lamm. (2012) Revista de Bioética y Derecho. Cita Online: [https://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n24/08\\_master.pdf](https://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n24/08_master.pdf)
- Gil Dominguez Andrés (2015). El derecho a la identidad genética y las TRHA en el Código Civil y Comercial. Cita Online: AR/DOC/2441/2015
- Rev. derecho (Valdivia) vol.32 no.1 2019. *versión On-line* ISSN 0718-0950
- Bohórquez Monsalve, Viviana; Aguirre Román, Javier Mujeres y dignidad humana. Antecedentes en el Sistema Interamericano y en el Derecho constitucional de Colombia Reflexión Política, vol. 12 (2010). Cita Online: <https://www.redalyc.org/pdf/110/11015102011.pdf>

### b) Legislación

- Ley 23.179, BO 8/05/1985
- Ley 23.661, BO 29/12/1989
- Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994, BO 1/10/2014.
- Ley 26.862 Reproducción Medicamento Asistida, BO 05/06/2013.
- Ley 26.682 Marco Regulatorio de Medicina Prepaga, BO 4/5/2011.
- Decreto Reglamentario 956/2013, BO 19/07/2013.
- Código Procesal Civil y Comercial Nacional, BO 20/09/1967.
- Convención Belem Do Para, 14/08/1995.

### c) Jurisprudencia

- “R.A.M.L. y otro c/ OMINT s/ amparo de salud Incidente de medida cautelar” CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III, 2/02/2016.
- “G. D. y otra c/ O.S.D.E. s/ acción de amparo” Tribunal: Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, 11/11/2020.
- “FALGBT, causa N° A37252, 09/11