



Alumna: Luciana Tintilay

Legajo: VABG92228

D.N.I.: 35576721

Año: 2022

Selección del tema: Cuestiones de género

Selección del fallo: “O., A. F. y Otro C/Administración Provincial del Seguro de Salud (APROSS) – Amparo (Ley 4915) – Recurso de Apelación” (Expte. 2541886). Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba – Ciudad de Córdoba. Sentencia del 27/02/2018

Sumario: I. Introducción - II. Premisa fáctica, historia procesal y descripción de la decisión del Tribunal - II.1 Premisa Fáctica - II.2 Historia procesal - II.3 Decisión del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba – III. Identificación y reconstrucción de la *ratio decidendi* de la sentencia – IV. Antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales – V. Postura de la autora - VI. Conclusión – VII. Listado de revisión bibliográfica – VII.1 Doctrina – VII.2 Jurisprudencia – VII.3 Legislación.

I. Introducción

En el fallo seleccionado “O., A. F. Y OTRO C/ADMINISTRACIÓN PROVINCIAL DEL SEGURO DE SALUD (APROSS) – AMPARO (Ley 4915) – RECURSO DE APELACIÓN” referido a cuestiones de género, se aprecia como una obra social de la Provincia de Córdoba (en adelante APROSS) excluye a mujeres de su cobertura sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida por contar con hijos biológicos.

Es decir, la APROSS excluye a mujeres que cuenten con hijos biológicos, pero los hombres cuentan con cobertura en un 100% en Técnicas de Reproducción Humana Asistida, dejando entrever que la decisión de la APROSS de excluir a las mujeres las coloca en una categoría de desigualdad respecto de los hombres quienes también podrían contar con hijos biológicos.

En consecuencia, la normativa actual de la obra social en cuestión denota una marcada discriminación por razones de sexo, vulnerando de esta manera derechos constitucionales como el principio de igualdad consagrado en el artículo 16 Constitución Nacional y Tratados Internacionales con jerarquía constitucional que protegen a la mujer.

En cuanto al problema jurídico que presenta el fallo es un problema axiológico, en este sentido es menester indicar lo afirmado por el autor Dworkin (2004), quien indica que junto con normas que establecen condiciones precisas de aplicación,

denominadas reglas, existen otros estándares jurídicos que funcionan de una manera diferente a las primeras y que también son utilizadas por el juez al momento de justificar sus decisiones. Estos son los llamados principios jurídicos.

Particularmente en el caso traído a análisis la Resolución N° 0087/10 de la APROSS indica que la cobertura médica sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida corresponde a las familias que no cuentan con hijos biológicos previamente, en ese sentido, se excluye a la mujer de su cobertura por contar con hijos biológicos.

De ello resulta que la normativa de la APROSS (norma de derecho común) contraria principios y normas internacionales como el derecho a la salud reproductiva contenido en la D. Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Declaración Universal de Derechos Humanos; Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y, Convención Americana de Derechos Humanos; normas con jerarquía constitucional conforme lo normado por el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional. Existiendo entonces con un problema de norma y principios.

II. Premisa fáctica, historia procesal y descripción de la decisión del Tribunal

II.1 Premisa Fáctica

La causa inicia en virtud de que los actores en autos Sra. O. A. F. y Sr. M. A. C formularan un recurso de apelación contra la Sentencia n.º 21, de fecha ocho de marzo de dos mil diecisiete, dictada por la Cámara Contencioso-Administrativa de Segunda Nominación de la ciudad de Córdoba.

Los actores dedujeron recurso de apelación contra la sentencia anteriormente referida por entender que la decisión les causa un gravamen irreparable en la medida en que brinda una solución parcial e incompleta, dado que solo incluye en el programa de fertilización al Sr. M. A. C., pero no a su cónyuge, también afiliada de la APROSS, A. F. O. Asimismo, los actores entendieron que la sentencia apelada resulta contraria a derechos y principios de rango constitucional.

Loa actores en sus argumentos indicaron además, que nunca la reglamentación de una ley (como lo hacen las resoluciones n.º 00178/09 y 0087/10, de la APROSS) puede excluir un derecho constitucional; a lo sumo, puede limitarlo. Y en la medida en que solo la pareja en conjunto e indivisiblemente puede concebir un hijo (no el Sr. C.

por su propia cuenta), la exclusión de la Sra. O. termina siendo íntegramente la de la pareja.

Asimismo arguyen que teniendo en cuenta que los actores como pareja no poseen hijos biológicos propios, que tienen derecho a la salud reproductiva (reconocido en la Constitución nacional y en tratados internacionales con igual jerarquía) y que la recomendación médica, según el diagnóstico (infertilidad), es que se sometan a un tratamiento de fertilización asistida por técnica ICSI, los actores proponen que se revoque la sentencia apelada y que, en su reemplazo, se dicte una nueva incorporando a ambos miembros a la cobertura.

Al evacuar el traslado del recurso de apelación deducido por los actores, la parte demandada esgrimió que la resolución no excluye a la Sra. O. de la fertilización, sino que simplemente reconoce la cobertura del valor del tratamiento al 50 %, porque la Sra. O., al tener tres hijos biológicos, no reúne las condiciones que exige la reglamentación vigente de la APROSS (Resolución n.º 0887/2010) para acceder al programa.

Indican además que el derecho a la salud no es absoluto, por lo que resulta razonable que las normas que lo reglamenten impongan límites o restricciones. En ese sentido, el derecho a la salud reproductiva o a procrear y a formar una familia del que gozan los actores es indiscutido, pero lo que está en juego en este caso es la razonabilidad de la negativa de la cobertura (por parte de la APROSS), atento a las particulares circunstancias en la que se encuentra la pareja accionante.

Por último la demandada afirma que el derecho a ser padres de los recurrentes se encuentra plenamente satisfecho, desde el momento en que el Sr. C., la Sra. O. y los tres hijos de esta última forman lo que, según el Código Civil y Comercial (CCC), se denomina “familia ensamblada” o “familia reconstituida” motivo por el cual la necesidad del Sr. C. de realizarse como padre se encuentra razonablemente cubierta a través de su emplazamiento como progenitor afín de los hijos de su actual cónyuge.

II.2 Historia procesal

La causa inicia en la Cámara Contencioso Administrativa de Segunda Nominación de la ciudad de Córdoba mediante un recurso de amparo (Ley 4.915) en virtud de la negativa sobre la cobertura de la actora en Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Luego mediante recurso de apelación contra la sentencia de Cámara

la causa llega al Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba SALA ELECTORAL y de COMP.ORIGINARIA en donde se corrió traslado al Ministerio Público Fiscal para que se pronuncie y, al hacerlo, el Sr. Fiscal Adjunto (Dictamen E n.º XXX, presentado el 30 de mayo de 2017, fs. 291/294) concluyó que el recurso de apelación debía ser acogido.

II.3 Decisión del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba

A momentos de resolver sobre el fondo de la cuestión el Máximo Tribunal cordobés resolvió hacer lugar al recurso de apelación 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.º 9277, reglamentado por las resoluciones n.º 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.

III. Identificación y reconstrucción de la *ratio decidendi* de la sentencia

Los señores vocales, Aida Lucia de Tarditti, Domingo Juan Segin, Luis Enrique Rubio, María de las Mercedes Blanc de Arabel, María Marta Cáceres de Bollati, Sebastián López Peña, y Julio C. Sánchez dijeron que lo que está en juego es determinar si, en virtud de las particulares circunstancias de la causa, la reglamentación de la APROSS resulta ajustada en términos constitucionales.

A los fines, afirmaron que, aún antes de 1994, la protección integral de la familia estaba prevista explícitamente en el texto constitucional (art. 14 bis). No obstante, a partir de la reforma concretada ese año se ha producido un cambio trascendente por el reconocimiento con la máxima jerarquía normativa a numerosos tratados internacionales sobre derechos humanos, uno de los cuales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), reconoce explícitamente el derecho a “fundar una familia” (art. 17.2), lo que también está expresamente contemplado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP, art. 23.2), por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 6) y por la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 16), entre otros instrumentos. Y, lo mismo establece la Constitución de la Provincia (art. 19.7).

En la misma dirección, los tratados mencionados 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. Esto implica que no hay una sola forma, universal e invariable de configurar un núcleo familiar, sino diferentes tipos, y todas merecen igual protección, como lo ha subrayado la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Desde este punto de vista, se equivoca la APROSS cuando postula que la necesidad del Sr. C. de realizarse como padre se encuentra razonablemente cubierta en virtud de su emplazamiento como progenitor afín de los hijos de su cónyuge. Esta es una decisión que, en tanto supone una manifestación de preferencias valorativas de moral privada, compete exclusivamente al Sr. C. y a su cónyuge, en su defecto dentro del radio de reserva infranqueable que le reconoce el artículo 19 de la CN. Por lo tanto, ni la APROSS ni nadie que no sea el propio interesado puede predicar sin bordear el terreno de las injerencias arbitrarias que un derecho personalísimo se encuentra satisfecho o pendiente de ser realizado.

En este sentido, nunca debe perderse de vista al fijar por vía reglamentaria las condiciones bajo las cuales los afiliados de la APROSS pueden acceder al programa al que refiere la Ley n.º 9695; de otra forma, la regulación dejaría de estar al servicio de la finalidad a la cual debe servir. Al mismo tiempo, la locución “promover el desarrollo familiar” debe ser leída a la luz de las actuales, flexibles, y dinámicas relaciones familiares.

Con lo cual, ratificar esta forma de ponderar las cosas como lo hace la Cámara pondría a la Resolución n.º 0087/10 al tenor de una interpretación meramente literal casi en abierta colisión con la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y cercenar más allá de lo razonable, el derecho de gozar de los avances del progreso científico y tecnológico que pueden estar predispuestos al servicio de la salud reproductiva. Todo lo cual constituye un derecho humano fundamental reconocido y garantizado por numerosos tratados internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad y de convencionalidad federal (art. 75, inciso 22, CN).

IV. Antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales

En la actualidad se percibe en la doctrina un criterio amplio para definir a la salud, exteriorizado en la adhesión a los términos expuestos por la Organización Mundial de la Salud al definirla como estado de completo bienestar físico, mental y social. El alcance del término permite afirmar que se trata de un derecho fundamental de la persona con incidencia colectiva, destinado a preservar la dignidad y calidad de vida de la persona. Es así que, la salud reproductiva abarca la salud psicofísica de hombres y mujeres, así como su derecho a procrear o no. (Gil Domínguez, 2016).

De la mano con lo anteriormente expuesto a la salud reproductiva se la regula como un derecho social en atención al deber de cada Estado (Nacional y/o Provincial) de organizar servicios de salud integrales destinados a poner en práctica los elementos que forman de este derecho. Esto se vincula con las acciones positivas previstas en el art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional. Por lo que, con este enunciado legal se busca que el Estado asuma un papel activo para el efectivo disfrute de los derechos reconocidos en el bloque de constitucionalidad federal, es decir, la CN e instrumentos internacionales de igual jerarquía.

De este encuadre surge que el derecho a la vida y el derecho a la salud reproductiva forman parte de lo mismo y contienen una visión respetuosa de la dignidad humana. Así, en el preámbulo del Pacto de San José de Costa Rica se reivindica la dignidad esencial del ser humano y los derechos fundamentales que le son inherentes como atributos de la persona humana. De la correlación entre tan claros enunciados del preámbulo y las disposiciones de la parte sistemática de la Convención se infiere que esa dignidad inalienable opera como valor fundante respecto de los diversos derechos fundamentales que la propia Convención consagra (Garrido, 2021).

En misma línea, la Convención de Belém do Pará de 1994 propone por primera vez el desarrollo de mecanismos de protección y defensa de los derechos de las mujeres como fundamentales para luchar contra el fenómeno de la violencia contra su integridad física, sexual, psicológica y procreacional, tanto en el ámbito público como en el privado, y su reivindicación dentro de la sociedad (Bertoldi de Fourcade, 2016).

Es por ello que, junto con la participación activa del estado y el avance de la ciencia se ha ido generando una situación de hecho que ha obligado al derecho a modificar sus esquemas filiatorios clásicos. En este sentido, la realidad sociocultural

encontró acogida normativa favorable a través de la sanción de un nuevo Código Civil que, haciendo eco de algunos fenómenos actuales, ha venido a investir a las técnicas de reproducción humana asistida como una tercera fuente de filiación (Solari, 2015).

El fundamento de esta inclusión radica en el principio de la voluntad procreacional y su exteriorización a través del consentimiento informado, lo cual implica un cambio de paradigma radical respecto del modo en que tradicionalmente se han establecido las relaciones filiales en el sistema normativo, puesto que, tiene su fundamento en un acto derivado de la ciencia médica y, como consecuencia de ello, en el elemento volitivo, con independencia de quién ha aportado el material genético (Barrios Colman, 2016).

Con la consagración expresa de esta nueva fuente filiatoria el Estado ha coadyuvado a enriquecer el derecho de las familias, a través del fortalecimiento del paradigma de derechos humanos que debe inspirar a todo el ordenamiento jurídico e irradiar tanto en las relaciones horizontales como verticales, es decir, en las que se generan entre las personas entre sí y en sus vínculos con el Estado, respectivamente (Morlachetti, 2021).

Ello conlleva a sostener que, en la actualidad las familias pueden decidir la fuente de filiación y como una suerte de premisa insoslayable en la materia, la Corte IDH ha sostenido lo siguiente:

La decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a técnicas de reproducción asistida forma parte del ámbito de los derechos a la integridad personal, a la libertad personal y a la vida privada y familiar. Además, 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 (Corte IDH, sentencia (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 28 de noviembre de 2012, caso “Artavia Murillo y Otros (‘fecundación in vitro’) vs. Costa Rica”, párrafo 272).

Todo esto, en íntima relación con el derecho al goce de los beneficios del progreso científico, cuestión que, en el ámbito interamericano, se encuentra prevista por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 13) y por el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, más conocido como “Protocolo de San Salvador” (art. 14.1, b).

Con lo cual, las TRHA poseen íntima relación con el concepto de salud

reproductiva, dentro del derecho a la salud, y también se vinculan con el derecho a fundar una familia lo que implica que “(...) las personas puedan disfrutar de una vida sexual satisfactoria, segura y responsable, así como la capacidad para reproducirse y la libertad de decidir si se reproducen, cuándo y con qué frecuencia (...)” (Corte IDH, sentencia (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 28 de noviembre de 2012, caso “Artavia Murillo y Otros (‘fecundación in vitro’) vs. Costa Rica”, párrafo 149).

De los antecedentes vertidos en este punto, se puede evidenciar que lo desarrollado denota el inalienable derecho a la reproducción, que supone contar con la posibilidad de planificar y de acceder a los avances científicos y tecnológicos (TRHA) en aras de satisfacer el deseo y la decisión de conformar una familia, quedando en el fuero interno de las partes la decisión de cuando se expresará esa voluntad procreacional .

V. Postura de la autora

Hasta aquí se han esbozado los antecedentes de la causa traída a análisis y la doctrina y jurisprudencia aplicable al caso. Con lo cual a momentos de aportar una postura sobre la decisión vertida por el Tribunal Superior de Justicia es dable mencionar que la sentencia resulta armónica y fundamentada en las normas que protegen a la mujer de discriminación en términos procreacionales.

El Sr. C. y la Sra. O. demandan legítimamente el derecho a la promoción del desarrollo familiar por medio de las TRHA que les garantiza el ordenamiento jurídico en consonancia con los numerosos tratados internacionales y el derecho a la salud reproductiva tal como se ha expuesto en el apartado superior.

Con lo cual, no está solo 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, su actual cónyuge. Ese derecho no puede considerarse satisfecho por la sola circunstancia de que ella haya formado una familia con anterioridad gracias a la cual cuenta con tres hijos.

En este contexto, surge a todas las luces que la resolución de la APROSS desplaza al matrimonio demandante de la posibilidad de crear su propia familia, y sobre todo a la mujer y la Resolución n.º 0087/10 al tenor de una interpretación meramente

literal se encuentra casi en colisión con la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Ello por cuanto, el artículo 16.1, inciso e, de dicho tratado reconoce a toda 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”.”

En mismo orden de ideas la Observación General N° 33 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, brinda a la mujer a la justicia, esta observación comienza indicando que:

El derecho de acceso de las mujeres a la justicia es esencial para la realización de todos los derechos protegidos en virtud de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Es un elemento fundamental del estado de derecho y la buena gobernanza, junto con la independencia, la imparcialidad, la integridad y la credibilidad de la judicatura, la lucha contra la impunidad y la corrupción, y la participación en pie de igualdad de la mujer en la judicatura y otros mecanismos de aplicación de la ley.

Surge palmario de lo citado ut supra, que el incumplimiento o falta de observancia del derecho a la salud reproductiva como derecho humano fundamental, se constituye como una vulneración al bloque de tratados con jerarquía constitucional, en virtud de que la mujer tiene el derecho a acceder a la justicia y los jueces deben atender las circunstancias del caso con perspectiva de género (Medina, 2015).

VI. Conclusión

A modo de concluir la presente nota a fallo se puede arribar a la conclusión de que este trabajo se encuentra a favor de lo resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba en virtud de que la sentencia refleja una honorable interpretación normativa con perspectiva de género.

Es motivo de celebración que los jueces hayan resuelto con perspectiva de género, ello por cuanto en un contexto social patriarcal, gran parte de la legislación vigente aún se encuentra impregnada de estereotipos de género y de regulaciones desiguales en perjuicio de mujeres, tal como lo expone la Resolución N° 0087/10 de la APROSS.

El Tribunal Superior de Justicia, no tan solo contempla la perspectiva de género sino que también, contempla las Técnicas de Reproducción Humana Asistida como fuente de filiación entendiendo que la misma forma parte del ámbito de los derechos a la integridad personal, a la libertad personal, a la salud reproductiva y a la vida privada y familiar de los actores en autos.

Lo cual lleva a considerar que ponderar los principios y derechos establecidos en la norma constitucional y los tratados internacionales por sobre la normativa de la APROSS deja como resultado una sentencia que sienta precedentes a futuro en lo que concierne a la gestación por técnicas de reproducción humana asistida.

En este sentido, cabe concluir este apartado citando a la autora (Clément, 2021) quien afirma que actualmente la intervención judicial es fundamental para disipar las incertidumbres existentes que rodean a cuestiones tan trascendentes como la maternidad mediante tratamientos médicos, a los fines de lograr que las obras sociales, prepagas o la salud pública incluyan a la mujer que posee dificultades a la hora de concebir y en consecuencia, no sea víctima de discriminación por el solo hecho de serlo.

VII. Listado de revisión bibliográfica:

VII.1 Doctrina:

- Barrios Colman, N. A. (2021). *Perspectiva de género en las sentencias judiciales*. Buenos Aires: La Ley.
- Bertoldi de Fourcade, M. V. (2016). “Algunas reflexiones sobre la perspectiva de género en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.” Buenos Aires, Revista La Ley.
- Clément, M. F. (2021). *LAS SENTENCIAS SIN PERSPECTIVA DE GÉNERO ¿CONSTITUYEN VIOLENCIA INSTITUCIONAL CONTRA MUJERES Y*

DISIDENCIAS SEXUALES ? Buenos Aires: La Ley.

- Dworkin, R. (2004). *Los derechos en serio*. Madrid: Ariel.
- Gil Domínguez, A. (2016). Derechos del niño concebido mediante técnicas de reproducción asistida. Buenos Aires, Revista La Ley.
- Lembo, M. L. (2016). “Las técnicas de reproducción humana asistida a la luz del Código Civil y Comercial Intervención notarial.” Buenos Aires, Revista del Notariado.
- Livellara, C. A. (2020). “Para la Corte las normas sobre despido por causa de matrimonio rigen igual para las trabajadoras y trabajadores” Buenos Aires, Revista La Ley.
- Morlachetti, A. (2021). “LA SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA EN EL MARCO DE LOS DERECHOS HUMANOS”, Buenos Aires, Revista La Ley.
- Radcliffe, M. S. (2017). “Protección Integral de la familia”. Buenos Aires, Revista La Ley.
- Rodríguez Utuburu, M. (2020). “Filiación derivada de las técnicas de reproducción humana en el CCyCN.” Buenos Aires, Revista La Ley.
- Solari, N. E. (2015). *Derecho de las familias*. Buenos Aires: La Ley.

VII.2 Jurisprudencia:

- “O., A. F. Y OTRO C/ADMINISTRACIÓN PROVINCIAL DEL SEGURO DE SALUD (APROSS) – AMPARO (Ley 4915) –RECURSO DE APELACIÓN” (EXPTE. 2541886). Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba.
- “A, A. D. V. Y OTRO C/ ADMINISTRACIÓN PROVINCIAL DE SEGUROS DE SALUD (APROSS) – AMPARO (LEY 4915) – RECURSO DE APELACIÓN” Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba.
- Artavia Murillo y Otros (‘fecundación in vitro’) vs. Costa Rica” Corte IDH. 28 de noviembre de 2012

VII.3 Legislación:

- Constitución de la Nación Argentina, B.O Enero 3 de 1995.

- Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

-