



La familia en todas sus formas y su protección legal

Reproducción médicamente asistida- Trabajo final de graduación

Alumna: Infante Cárdenas Milagros Agostina

Legajo: VABG99208

D.N.I: 40.169.148

Carrera: Abogacía

Módulo de SAM: Módulo 4- Documento final

Fecha de entrega: 13 de noviembre de 2022

Profesor: María Alejandra Quintanilla

Tema seleccionado: Cuestiones de género- Perspectiva de género

Fallo seleccionado: “EXPTE: CCF 4612/2014/CS1 –Y. M. V. y otro c/ I.O.S.E (Instituto de Obra Social del Ejercito) s/ amparo de salud”. Dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. – Fecha 14 de agosto del 2018.-

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

I. Introducción

Mediante la legislación vigente ley N° 26.862 de Reproducción Asistida, nuestro País tiene receptado como un derecho fundamental e intangible el de la salud, implícito en el de la vida, y para cuyo otorgamiento se dictaron leyes específicas como la arriba mencionada, que contemplan el modo y la forma en que ese derecho se hace valer. Mediante el fallo dictado por la CSJN, tal derecho se reconoce haciendo lugar al amparo presentado por M. V. Y. c/ IOSE s/ amparo, en el que se establece que el problema jurídico que llegó mediante la interposición de este recurso se referenciaba simplemente, no al derecho en sí, sino al tiempo de duración en que el mismo podía ser aplicado.

Tal derecho a la salud reproductiva, para que efectivamente pueda ser considerado como un bien inmaterial y perteneciente a todos los habitantes de esta nación, no puede sufrir menoscabo en su aplicación, so pretexto de violar la premisa que la misma pretende proteger. En el caso concreto, fijar un plazo en el cual la actora podía hacer uso de su derecho significaba un menoscabo temporal a la aplicación y ejercicio de referido derecho, y la Corte resolvió en consonancia con el fin supremo, haciendo lugar al mismo en contra del plazo que el decreto en cuestión mencionaba.

El presente fallo resulta relevante para dilucidar todo lo referente a la salud reproductiva y sienta el precedente sobre el cual posteriormente fueron dictados diversos fallos en protección al derecho a la vida, vinculado estrictamente al derecho a la salud. Esto dio motivo a que fuera presentado un *leading case*, en donde el Tribunal Supremo falla con perspectiva de género a favor de la parte actora al dictar sentencia en que contemple su interés de formar una familia, tomando como fundamento que ese derecho es primordial, lo cual trae aparejado

que tanto la Constitución, como todas las incorporaciones realizadas de las partes pertinentes de los tratados a los que nuestro país se adhirió, tornan en fundamental el derecho a la vida, el que ínsitamente lleva resguardado el derecho a la salud.

En el presente caso se encuentra en primer lugar, un **problema jurídico lógico de los sistemas normativos-laguna legal**, ya que el decreto de la Ley 26.862 no determina el plazo específico al cual debe someterse la parte actora para realizarse el procedimiento de técnicas de reproducción medicamente asistida de alta complejidad, por lo tanto la norma no es clara, ya que describe que la cantidad de veces que puede realizarse el procedimiento son “tres”, con intervalos mínimos de 3 meses entre cada uno de ellos, pero no especificando si las 3 veces deben considerarse anuales, vitalicias, o con algún otro sentido indeterminado.- En la norma, sólo está determinado el plazo de técnicas de reproducción medicamente asistida de baja complejidad, y en este caso lo limita a 4 veces en el plazo de un año, Ley 26.862, ley de reproducción médicamente asistida. Art. 8. Decreto 956/2013. La empresa aseguradora pretende beneficiarse de esta indeterminación y la actora busca un esclarecimiento de la norma.

El segundo problema jurídico presente es un **problema axiológico**, ya que existe una regla descripta en la ley, donde también está en juego un derecho reconocido constitucionalmente como también en los tratados y convenciones internacionales aprobadas por la Nación. En este caso, está implicado el derecho a la vida y salud reproductiva por un lado y por el otro, existe un decreto que, al tener una laguna, su aplicación tornaría en la práctica una violación al principio fundamental que está previsto en la Ley Suprema. Por tal motivo, la tarea del juez va a ser determinar la preeminencia o no en la aplicación de esa norma contenida en el decreto reglamentario en consonancia y, evitando violar los principios y garantías constitucionalmente reconocidos tanto por nuestra Constitución como por todos y cada uno de los Tratados y Convenciones Internacionales a los cuales nuestro país se adhirió, referidos concretamente al tema que nos ocupa. Ley 23.054 Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica. Art. 28, inc. 2. (1984).

II-Cuestiones procesales

a. Premisa fáctica

El presente caso se inicia por M. V. Y, que interpone un recurso de amparo tendiente a que se le reconozca la cobertura integral al tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad, incluyendo el 100% de los procedimientos de acuerdo a lo previsto por el médico tratante hasta la consecución del embarazo.

La demandada IOSE apela la resolución y la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial lo confirma en lo sustancial, pero limita a tres los procedimientos a su cargo y a dieciocho meses el plazo para la crio preservación de embriones.

Ante esto, la actora interpone el Recurso Extraordinario, fundándose en la supremacía e interpretación de normas de carácter federal y, que la decisión apelada resulta contraria al derecho que ella pretende, el cual es su derecho a la salud reproductiva y a formar una familia sin un plazo que limite o menoscabe su derecho. Por tal motivo este caso fue receptado por la CSJN al cumplir con todos los requisitos facticos de admisibilidad para que tal recurso fuera tratado, en este caso, que esté en grave riesgo un derecho fundamental protegido por la Constitución y que, basado en una laguna legal de la ley aplicable N° 26.862 colisionaba con ella al restringir tal derecho.

b. Historia procesal

El pleito comienza en el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 7, la actora M. Y. V. presenta un recurso de amparo procurando la cobertura integral de todo el tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad, incluido la crio preservación de embriones, al cual hacen lugar en primera instancia, condenando a la obra social IOSE a la cobertura integral del tratamiento de fertilización asistida (ICSI) incluyendo el 100% de todos los procedimientos hasta la consecución del embarazo. Asimismo, en idéntico sentido presentó una medida cautelar a tal efecto, al cual también se le hizo lugar, dando como resultado que la actora pueda realizarse el procedimiento de fertilización medicamente asistida por primera vez.

Que, apelada esa decisión por la demandada IOSE, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial lo confirma en lo sustancial, pero establece y limita a 3 los procedimientos puestos a su cargo y a 18 meses la crio preservación de embriones.

Por tal situación, la Dra. M. V. Y, por derecho propio junto a C. G. A. presenta un Recurso Extraordinario Federal, escalando de esta forma a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la cual al tratar este caso resuelve con perspectiva de género y dicta sentencia a su favor, el cual es el objeto de estudio en el presente análisis.

c. Decisión del tribunal

De esta manera se declara procedente el Recurso Extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada por IOSE con el alcance indicado, votando a favor los señores Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dr. Ricardo Luis Lorenzetti, Dr. Juan Carlos Maqueda, Dr. Horacio Rosati, Dra. Elena I. Highton de Nolasco y, en disidencia el Dr. Carlos Fernando Rosenkrantz, quien en consonancia con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal Subrogante, resuelve confirmar la sentencia apelada con el alcance indicado en tal etapa procesal.

II. Análisis de la Ratio decidendi de la sentencia

Los señores vocales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación tomaron como base para emitir el pronunciamiento que nos ocupa, la circunstancia de que la ley N° 26.892 en su Art 1, tiene por objeto garantizar el acceso INTEGRAL a los procedimientos y técnicas de reproducción medicamente asistida, y en su Art 2 específica y enumera a cuantos y cuales tratamientos se hace referencia y qué debe cubrir la obra social en forma integral y conforme a lo que la Organización Mundial de la Salud define como técnicas de reproducción medicamente asistida.

Consideran los Ministros que, al sancionar la ley, los legisladores han tenido en cuenta y reconocido el carácter fundamental del derecho a la salud reproductiva y que ésta tiene íntima vinculación con el derecho a la vida. Motivo por el cual consideran que la decisión tomada por la Cámara de Apelaciones en la que se restringe a tres intervenciones en total no está en consonancia con la voluntad, tanto expresa como implícita que los legisladores tuvieron en cuenta al sancionarla, por lo que el Tribunal considera que tal decisión implicaría admitir la validez de una reglamentación que conspira en cuanto los propósitos que la propia ley ha

establecido, e implica la desnaturalización del derecho que ella consagra, algo inadmisibles por tratarse de que ese derecho reviste el carácter de fundamental.

Asimismo respecto a la dicotomía de determinar si el decreto hace referencia a que deben ser tres intervenciones en total o tres en un determinado lapso temporal, no existe una especificación en dicho decreto, lo cual crea una duda de no saber si ese límite de tres, se refiere también a casos como el presente o, si esa ausencia de especificar la anualidad o no del procedimiento implica que debe interpretarse tal laguna con igual sentido que la de las técnicas de fertilización asistida de baja complejidad, la cual está perfectamente clara que se refiere al plazo de un año.

La argumentación jurídica o el silogismo lógico que realizan los vocales a su entender, es que la única interpretación admisible de la reglamentación del referido decreto debe estar en consonancia con los objetivos tratados por la ley N° 26.862, no admitiéndose ninguna otra interpretación a fin de no vulnerar el derecho que la ley protege, por lo tanto es necesario que se habilite a los interesados a acceder a tres tratamientos anuales (ICSI) reiterando que en el presente fallo no se trató de merituar los alcances del decreto 956, ya que ello no fue necesario y solo se tuvo en cuenta la premisa fundamental y principal que es que la reglamentación que se dicte como normativa de la ley, no puede desnaturalizar los alcances del ejercicio de un derecho consagrado en dicha ley, porque no se puede aplicar en contra de los referidos derechos algo dispuesto por una norma de carácter inferior como lo es el decreto reglamentario.

Por tal motivo, los Ministros consideraron que se debe tener el pleno resguardo del ejercicio del derecho a la salud reproductiva, dejando de lado el exiguo plazo que se le había establecido o fijado por la Cámara interviniente, y teniendo como base la priorización de derechos constitucionalmente protegidos, resolvieron rechazar la sentencia apelada emanada de la Cámara de Apelaciones y ordenan a la misma a que dicte un nuevo fallo con arreglo a los lineamientos y fundamentos que aquí se expusieron. En consecuencia, se hace lugar y se declara procedente el recurso extraordinario interpuesto por la actora dejando sin efecto la sentencia apelada, debiéndose emitir un nuevo pronunciamiento que contemple y tenga en cuenta cuál es el espíritu que se tuvo en mira al dictar la Ley de Salud Reproductiva.

IV- Descripción del análisis conceptual- Antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales

En la República Argentina a partir del año 2013, se fueron incluyendo e incorporando diversas leyes, decretos y reglamentos que amparan y protegen la reproducción asistida, transformando a nuestro país en uno de los más avanzados del mundo al contemplar en su articulado la protección de los derechos de todas las personas sin distinción de raza, edad, genero, estado civil, etc., para hacer uso de su derecho de formar una familia y gozar de los avances científicos en esa materia y también ampararse en dicha normativa cuando los mismos pretendan ser conculcados.

Se entiende por reproducción médicamente asistida a 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. Ley 26.862 Art 2.

Jurisprudencial y doctrinariamente tal protección fue siendo plasmada en distintos fallos y pronunciamientos judiciales atinentes a garantizar este derecho. Así por ejemplo en los considerandos que tuvo en cuenta la Corte Federal de Posadas en el caso “FPO 5798/201711/RHI "V de S, M, V y otro el Obra Social del Poder Judicial de la Nación“ en el año 2017 que sirvió de antecedente para el dictado del presente, fallo que con posterioridad en el año 2020 fue convalidado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (fallo 338:779) al considerar el alcance y las concepciones que todos los instrumentos de protección internacionales le daban al derecho a la salud, vinculado al de la vida, que no podían limitar los procedimientos aún no descubiertos por los avances científicos, ni restringirlos solo a los descriptos por la ley 26.862 ya que la autoridad de aplicación podía autorizarlos posteriormente.

Los fallos dictados por la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial que condenó al Instituto Provincial de Salud de Salta a brindar la inmediata cobertura integral al cien por ciento del costo del tratamiento, como así también la Sala II de la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal “Causa N°. 5642/2010 A, P, K y otro c/ Obra Social de la Policía Federal Argentina y Otro s/ sumarísimo” donde le exigieron a una obra social a

brindar la cobertura integral a un tratamiento de fertilización asistida a partir de un antecedente de la Corte Interamericana, que sirvieron como antecedente de la evolución en la protección de este derecho dándole mayor cobertura en resguardo de proteger el derecho a la salud reproductiva, publicados en el Centro de Información Judicial, año 2013 y 2014. Con posterioridad al dictado del fallo que se analiza y en consonancia doctrinaria con el mismo, se emitieron fallos en idéntica tesitura, como el fallo emitido por la Sala III de la Cámara Federal Civil y Comercial “M.V.C c/ OSDE s/ amparo de salud “, publicado en el diario judicial en el año 2021; en el que se adoptó idéntico criterio al dictar la sentencia basándose en este precedente, por lo tanto aquí se ve reflejada la importancia del mismo al marcar el camino para que las personas puedan ampararse en este fallo en resguardo de sus legítimos derechos.

V- Postura de la autora

En base a lo analizado y concordante con lo doctrinaria y jurisprudencialmente receptado en este fallo, mostramos que la defensa del derecho a la salud reproductiva es un tema que ya viene siendo materia de discusión y ante cada problemática se trató de darle una solución, a fin de que las mismas concuerden y revaloricen el derecho constitucionalmente protegido como es el derecho a la vida, en la que está inserto como uno de los mismos a que sea reconocido sin distinción de ninguna especie, el derecho a formar una familia y que tal protección se vea garantizada para poder acceder mediante la aplicación de técnicas avanzadas respecto a su utilización, sin restricciones ni menoscabo de ninguna índole.

Diversos pronunciamientos y recaudos doctrinarios dan cuenta de ello y que tal disparidad de criterios que se venían aplicando fueron totalmente zanjados al promulgarse la ley 26.862 que tiene como premisa propender al acceso integro a todos los procedimientos como un derecho fundamental a tener en cuenta, y en caso de surgir restricción en alguno de sus postulados la misma pueda ser dilucidada con interposición de los recursos dispuestos procesalmente por nuestro ordenamiento jurídico, siendo el amparo uno de ellos como un modo más expeditivo para llegar a la solución .

Así, vemos en la actualidad estos derechos vienen siendo garantizados y son numerosos los casos en donde se vieron conculcados tales accesos a lo legalmente previsto, siendo importante resaltar que como es un tema que científicamente va avanzando a pasos agigantados abre las puertas a que, si con posterioridad surgieran nuevos tratamientos, los mismos puedan ser ya utilizados por la generalidad de las personas que lo precisen por diversas cuestiones y tener acceso a la misma.

Culturalmente la sociedad fue avanzando y lo tradicionalmente conocido como “familia” fue evolucionando a medida que, acompañado de la sanción de leyes en protección a derechos como de identidad de género, de matrimonio entre personas de igual sexo, el reconocimiento civil a familias ensambladas y el derecho de todas las personas de formar su familia a su deseo y posibilidades, viene a ser reconocido y protegido con la sanción de leyes como la que aquí nos compete, ya que la legislación, de mano con los avances de la ciencia, vienen a cerrar la disparidad que puede existir entre personas que, por razón de enfermedad, de edad avanzada, de no contar necesariamente con una pareja o de parejas del mismo sexo, etc., pretenden formar una familia, por lo que esta ley viene a zanjar tal cuestión al incluir a toda esta diversidad en el reconocimiento en su articulado.

VI- Conclusión.

Conforme fue avanzando el análisis de este caso, se concluye que, desde el punto de vista jurídico, existen los problemas axiológicos en donde se pone en tela de juicio diferentes principios y valores, también lógicos de los sistemas normativos, que se configuraban en la existencia de una laguna legal. Estos problemas vinieron a ser zanjados con el dictado de esta sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al determinar que los valores y derechos reconocidos en la Constitución Nacional y los tratados internacionales, a los que la Nación se adhirió, no pueden ser menoscabados ni conculcados por normativas inferiores, ya que al ser derechos supremos siempre van a estar por encima de las reglamentaciones de menor jerarquía, y que de ningún modo pueden ser restringidos. En el caso concreto, existía discordancia y falta de interpretación entre lo previsto en el decreto reglamentario, el que contenía la laguna legal de no especificar concretamente el término o los límites en que podía ser utilizado.

También la Corte falla con perspectiva de género al dictar sentencia a favor de la peticionante, de su deseo y derecho de formar una familia sin un límite temporal, como lo exigía la normativa, ya que la salud reproductiva es un derecho humano y como tal merece protección, reconocimiento y garantías legales de que se cumplan.

Tal reconocimiento sirvió con posterioridad de base y como antecedente para las nuevas resoluciones que tanto los organismos inferiores como las Cámaras de Apelaciones aplicaran para casos similares al aquí propuesto. Tal es así, que las resoluciones dictadas con posterioridad al año 2018, reconocen explícitamente el derecho ilimitado para someterse a los tratamientos de fertilización asistida. Hecho éste, dónde radica la importancia del presente fallo que significó una bisagra entre lo que se resolvía con anterioridad y lo que actualmente se toma como un derecho y que de hecho produjo el llenado de esa laguna legal que existía.

VI- Listado de referencias bibliográficas.

- Centro de Información Judicial (2013, abril). Exigen una obra social brindar cobertura integral a un tratamiento de fertilización asistida. Recuperado de <https://www.cij.gov.ar/nota-11096-Exigen-a-una-obra-social-brindar-cobertura-integral-a-un-tratamiento-de-fertilizaci-n-asistida.html> (consultada el 14/10/2022)
- Centro de Información Judicial (2014, octubre). Una obra social deberá cubrir un tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad. Recuperado de <https://www.cij.gov.ar/nota-14216-Una-obra-social-deber--cubrir-un-tratamiento-de-fertilizaci-n-asistida-de-alta-complejidad.html> (consultada el 14/10/2022)
- Diario Judicial (2021, diciembre). Las chances no son sólo tres. Recuperado de <https://www.diariojudicial.com/nota/90897> (consultada el 15/10/2022)
- “EXPTE: CCF 4612/2014/CS1 –Y. M. V. y otro c/ I.O.S.E s/ amparo de salud”. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 14 de agosto del 2018. Recuperado de <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7469222>
- FPO 5798/201711/RH1 "V de S, M V y otro c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación –fallo 338:779- (2020). Recuperado de

https://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2020/VAbramovich/junio/V_S_M_FPO_5798_2017_1RH1.pdf

- Ley 26.862 Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción medicamente asistida. Reglamentación. Poder Ejecutivo Nacional. Bs.As. Publicada en el Boletín Oficial el 23 de julio de 2013.
- Ley 23.054 Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica (1984). Recuperado de la base de información legal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Presidencia de la Nación.