



**DERECHO A LA SALUD REPRODUCTIVA Y FUNDAR UNA FAMILIA :
ANÁLISIS DEL FALLO “O.A.F Y OTRO C/APROSS”**

NOTA A FALLO

Alumno: Natali Gisela Prada

Legajo: VABG26865

DNI: 32389346

Profesor: Cesar Daniel Baena

Córdoba, 2022

Tema: Cuestiones de género

Fallo: Sala Electoral y de Comp. Originaria del Tribunal Superior de Justicia De la Provincia de Córdoba , “O.,A. F. Y OTRO C/ADMINISTRACIÓN PROVINCIAL DEL SEGURO DE SALUD (APROSS) – AMPARO (Ley 4915) –RECURSO DE APELACIÓN”, Sentencia número 1 del 27 de febrero del 2018.

Sumario: 1. Introducción; 2. Premisa fáctica, historia procesal y decisión del Tribunal ; 3. Análisis de la *ratio decidendi* ; 4. Examen crítico del fallo, 4.1 Antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales, 4.2 Postura de la autora ; 5. Conclusión ; 6. Bibliografía; 6.1. Doctrina; 6.2. Legislación; 6.3. Jurisprudencia.; 6.4, Otras fuentes ; 7. Anexo; 7.1 Fallo

1. Introducción

En la Conferencia Internacional de Derechos Humanos de 1968, se declaró que la planificación familiar es un derecho humano fundamental. El artículo 16 de la declaración de Teherán que resultó de dicha conferencia nos dice que todos tenemos el derecho fundamental de determinar libre y conscientemente el tamaño de nuestra familia y el momento de los nacimientos de los hijos .Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA, 2018).

Es indiscutible el derecho que tiene toda persona a fundar una familia sin distinción de ningún tipo y decidir que método reproductivo utilizar. Tal derecho se encuentra ampliamente consagrado en nuestra Constitución Nacional, referido a la Protección Integral de la Familia (Const.,1994,art.14 bis), en la Constitución Provincial (Const.,2001,art.34) y en numerosos tratados internacionales con jerarquía constitucional como son la Corte Interamericana de Derechos humanos que reconoce explícitamente el derecho a formar una familia, en la Declaración Universal de Derechos Humanos art 16 y el derecho al goce de los beneficios del progreso científico, previsto por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre ,art 13, entre otros.

En el caso de análisis los actores reclaman el derecho al desarrollo familiar por medio de las TRHA (Técnicas de Reproducción Humana Asistida) garantizado por la Ley n.º 9695 (Ley 9695, 2009) en consonancia con la Ley Nacional N 26862 (Ley 26862, 2013) y con los numerosos tratados internacionales. Este les fue negado por la obra social APROSS debido a que la cónyuge del SR. M.A.C ya contaba con hijos biológicos de una relación anterior, y la resolución N 0087/10 de la mencionada priva de cobertura a las mujeres en dicha condición.

Ante esta clara violación a sus derechos solicitan acción de Amparo ante el tribunal competente, Cámara Contencioso- Administrativa de Segunda Nominación de la ciudad de Córdoba, quien hace lugar parcialmente al reclamo ordenando a APROSS cubrir el tratamiento del SR. M.A.C, pero excluyendo a la Sra. O. Deducen por lo tanto Recurso de Apelación contra dicha sentencia ante el máximo Tribunal de Justicia de la Ciudad de Córdoba, los señores vocales de forma conjunta hicieron lugar al reclamo ordenando a la APROSS ah que cubra el %100 del tratamiento a ambos actores y exhortaron a la misma ah que adecue progresivamente sus resoluciones en relación a las TRHA al bloque de constitucionalidad.

Como se observa el TSJ se encontró frente a una difícil controversia judicial a resolver, para adentrarnos en la misma y para una mejor comprensión del problema jurídico aquí presente es óptimo realizar una breve definición de lo que se configura como laguna axiológica. Resulta conveniente conceptualizar primero lo que es una propiedad relevante, Alchourrón y Bulygin (1987, p.142), la definen como “aquella que merece ser tenida en cuenta para dar soluciones diferentes, es un problema valorativo”. Según Nino (2003) siguiendo los lineamientos de los autores mencionados supra se está frente a una laguna axiológica cuando existe una solución jurídica pero esta es injusta o irrazonable porque no se tuvieron en cuenta determinadas propiedades relevantes para ese caso concreto.

Tras lo dicho se puede afirmar que el caso que nos compete presenta un problema jurídico de tipo axiológico, una laguna, también llamada valorativa. Se observa como el tribunal *a quo* no consideró ciertas cualidades trascendentes a la hora de fundar su decisión y dictar sentencia, las que si fueron analizadas por el Supremo Tribunal. Esto se pone de manifiesto en la colisión entre una regla, en este caso la resolución N 0087/10 de

la APROSS con el derecho humano fundamental de formar una familia reglamentado en nuestra Constitución Nacional y en diversos tratados internacionales de derechos humanos de igual jerarquía , al principio jurídico de igualdad art. 16 de nuestra Constitución Nacional y al derecho a la salud sexual y reproductiva.

Los camaristas si bien resolvieron de acuerdo a derecho justificando su decisión en el art 12, inciso n, ley 9722, reglamentada por las resoluciones 0178/09, 0087/10 omiten tomar en consideración que se vulneraba un derecho humano fundamental ,ya que la exclusión de la Sra.O termina siendo la de la pareja ,por consiguiente tambien al Sr. MAC y cercenando el derecho de ambos a la salud reproductiva y formar una familia lo que tornan a dicha resolución injusta y arbitraria.

La importancia y relevancia del caso más allá de ser claramente una cuestión de género, puesta de manifiesto en la discriminación hacia la mujer al no poder acceder de manera igualitaria en relación al hombre a las TRHA, es también, y quizás lo mas trascendental analizar la ilegalidad de la misma, por ser contraria a los derechos y principios constitucionales lo que colisionaría con el bloque de constitucionalidad y de convención federal.

2. Premisa fáctica, historia procesal y decisión del tribunal

El Sr. M.A.C y la Sra.O conforman una familia ensamblada compuesta por estos y los hijos biológicos de la Sra. O fruto de una relación de pareja anterior .Luego de un diagnostico de infertilidad y tras la recomendación médica de que se sometan a un tratamiento de fertilización asistida deciden solicitar cobertura a la obra social APROSS a la cual están afiliados pero les fue denegado.Ante la negativa solicitan acción de Amparo ante la Cámara Contencioso- Administrativa de Segunda Nominación de la ciudad de Córdoba, en dicha sentencia se ordena a la APROSS que incluya al Sr. M.A.C en el programa hasta cubrir el costo del %50 del tratamiento pero no hace lugar a la solicitud de la Sra.O y al planteo de inconstitucionalidad del art. 13 de la Ley 9722 y de las Resoluciones N.º 0178/09 y 0087/10 de la APROSS.

Por lo expuesto, deducen Recurso de Apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba para que se revoque la sentencia dictada y se dicte una nueva que incluya a ambos en el programa, previsto por el artículo 12, de la Ley n.º 9722 hasta

cubrir el 100 % de los aranceles. Reclaman su derecho a la salud reproductiva y esgrimen que la sentencia ratifica el vicio de inconstitucionalidad de las resoluciones n.º 0178/09 y 0087/10 de la obra social.

Por su parte, la parte demandada fundamenta que no excluye a la Sra. O del tratamiento de fertilización si no que solo cubre el %50 del mismo ya que al tener hijos biológicos no cumple con los requisitos vigentes en la resolución N 0087/2010. También esgrime que si se reconociera el % 100 se cercenaría el derecho de los demás afiliados que no cuentan con hijos biológicos. Que el derecho de ser padres ya se encuentra satisfecho por el hecho de conformar una familia ensamblada según el CCC. y el de realizarse como padre del Sr. M.A.C cubierto por ser progenitor afín de los hijos de la Sra. O y que no se ha demostrado que carezcan de los medios económicos para afrontar el costo del tratamiento.

Se corrió traslado al Ministerio Público Fiscal y el Sr. Fiscal Adjunto concluyó que el recurso de apelación debía ser acogido y revocada la sentencia. Los señores vocales del Supremo Tribunal de Justicia en concordancia con lo expuesto por el Sr. Fiscal de forma conjunta resolvieron: 1. Hacer lugar a la acción promovida por los actores revocando la Sentencia n.º 21, de fecha 08 de marzo de 2017. 2. Hacer lugar a la demanda de los actores y ordenar a la APROSS que incluya a ambos miembros de la pareja al programa de fertilización haciéndose cargo del % 100 del costo del tratamiento. 3. Exhortar a la APROSS a que adecue paulatinamente sus regulaciones en relación a las TRHA al bloque de constitucionalidad. 4. Imponer las costas a la parte vencida.

3. Análisis de la *ratio decidendi*

A continuación se reconstruirán los argumentos que consideró el Tribunal Superior de Justicia y que fundamentan la decisión de revocar la sentencia dictada por la Cámara. Recordemos que el Tribunal de alzada se encontró ante una laguna axiológica y lo que se expondrá son las cuestiones que tuvo en cuenta este al dictar sentencia al analizar la resolución de la APROSS en relación a la exclusión que realiza la misma, para determinar si resulta procedente y no discriminatoria.

El Tribunal comienza ubicando los derechos que se encuentran en juego en consonancia con la relevancia de las TRHA, se hace mención a la protección integral de

la familia reconocido en nuestra Constitución Nacional, ART 14 bis, a los numerosos tratados internacionales de derechos humanos, tal como el derecho a fundar una familia reconocido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art 17.2., y a la Constitución de la Provincia, art 19.7. Menciona además el derecho a gozar de los avances de la ciencia y la tecnologías previsto por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art 13 y por el Protocolo Adicional y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Argumenta también que el CCC prevé que una de las fuentes posibles de la filiación son las TRHA, motivo por el cual fue sancionada la ley n.º 26862, de Reproducción Médicamente Asistida la que establece que pueden acceder a las prestaciones todas las personas mayores de edad sin distinción alguna y sin requisitos ni limitaciones que impliquen algún tipo de discriminación mas allá de los distintos regímenes provinciales o nacionales que rigen las obras sociales como se lee en los fundamentos del Decreto n.º 956/2013 que reglamenta dicha norma.

Esta aclaración es de suma relevancia para el Tribunal ya que la APROSS en su Resolución n.º 0087/10 introduce un criterio de exclusión que solo rige para las mujeres que tengan hijos biológicos pero no para los hombres lo que la convierte en sospechosa de vulnerar el principio de igualdad, ya que si la situación fuera inversa nada impediría al hombre acceder al programa si este fuera el que tenga hijos biológicos anteriores. Una interpretación literal llevaría a una colisión con la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer art 16.1., al derecho y al acceso a los avances científicos tecnológicos reconocido a su vez por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por las razones expuestas el Tribunal Superior pone de manifiesto que la interpretación del tribunal *al quo* debe ser releída y ajustada al bloque de Constitucionalidad y convención federal y en tal sentido ordenan que se cubra el %100 del tratamiento a ambos recurrentes y exortan a la APROSS a que adecue sus resoluciones conforme a la Constitución Argentina y tratados internacionales.

4. Exámen crítico del fallo

4.1 Antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales

Históricamente el concepto de familia ha ido evolucionando ,ya no se concibe solo a la “familia tradicional o familia tipo“ si no que se han ido enriqueciendo con las familias monoparentales, el matrimonio entre personas del mismo sexo y familias ensambladas. Así como las tipologías de familia avanzan también lo hacen las vías para concebir un hijo, ya sea por naturaleza, por adopción o con la ayuda de la ciencia, mediante las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA). Kemelmajer de Carlucci (2014) refiere que el concepto de familia es una creación cultural , no natural o esencial por lo tanto cambiante, lo que se ve reflejado en los diferentes sociedades y a través del tiempo.

Salud reproductiva y derecho a formar una familia

El Código Civil y Comercial Argentino en su art 558 describe que las posibles fuentes de filiación se pueden lograr por naturaleza, por adopción o mediante Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en adelante TRHA, (CCC.,2014,art.558) estas últimas son las que nos competen. Se las define como el conjunto de técnicas médicas que favorecen la fecundación en caso de impedimentos fisiológicos del varón o de la mujer. Se emplea en los casos en que se debe superar algún tipo de problema médico que impide a la pareja lograr un embarazo Real Academia Española(RAE,s.f.).

La salud reproductiva implica la posibilidad de tener una sexualidad segura y satisfactoria como así tener la libertad de gozar de una sexualidad libre sin coacciones ni discriminación y elegir tener hijos como y cuando se desea, como el derecho al acceso a los servicios de salud apropiados que permitan los embarazos. Con la reforma de la Constitución Argentina de 1994 que incorporó el art 75 inc. 22, el Estado reconoció constitucionalmente el derecho a la salud sexual y el derecho a la salud reproductiva, ambos forman parte del derecho a la salud y de los derechos humanos. Estos derechos (salud sexual y reproductiva) son una parte fundamental del derecho a la salud (Oizerovich y Perrota,2017).

El derecho a la salud en virtud al acceso a las TRHA ,se relaciona así con el derecho a fundar una familia, reconocido por la CADH (Comisión Americana de Derechos Humanos) en su art 17.2 y art 12 del CEDH (Convención Europea de Derechos Humanos) entre otros.Reafirmando que los derechos sexuales y reproductivos son parte

integral de los derechos humanos y su ejercicio es esencial para el goce de otros derechos y que nuestro CCC prevé como posible fuente de filiación las TRHA, se sancionó en el año 2013 en nuestro país la Ley 26862 , que establece que toda persona mayor de edad, sin distinción alguna puede acceder a las TRHA de forma gratuita e igualitaria (Ley 26862,2013). El derecho a formar una familia y la decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a técnicas de reproducción asistida forma parte de los derechos a la integridad personal, libertad y a la vida privada y familiar de toda persona tanto en el ámbito individual como de pareja (Bladilo, De La Torre y Herrera,2017).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos Y. M. V. y otro c/ IOSE s/amparo, condenó a la obra social brindar a los actores la cobertura integral del tratamiento de fertilización asistida hasta la consecución del embarazo.(CSJN, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal,2018).Así también en el caso A., V. L. y otro C/Administración Provincial de Seguro de Salud Amparo - Recurso de Apelación” se ordena a la obra social cubrir el % 100 del tratamiento de fertilización. (Tribunal Superior de Justicia ,Sala electoral y de competencia originaria, SP 86,2019) En la misma línea de asegurar el derecho a la salud reproductiva se puede mencionar el caso “G., M. R. Y OTRO C/ Administración Provincial de Seguro de Salud – Amparo” donde el tribunal hacer lugar a la medida cautelar solicitada y en consecuencia, ordena a la APROSS que brinde cobertura integral al tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad. (Cámara Civil y Comercial de Segunda Nominación de Río Cuarto , 2018)

Desigualdad en el acceso a la salud

El art 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos reza que todas las personas nacemos libres en igualdad de dignidad y derechos y en su art 2 se menciona que todas las personas poseen los derechos y libertades proclamados en ella, sin distinción alguna de raza, color, sexo o de cualquier otra índole o condición. En consonancia ,el art 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales asegura el acceso de todas las personas, sin discriminación, a los beneficios de las ciencias.

En nuestro país la igualdad de género se encuentra reconocida en al art 14 y 16 de la Constitución Nacional y la protección de la mujer por medio de la ley 26.485 (Ley

26485,2009) . A su vez, encuentra reconocimiento en el bloque de constitucionalidad dentro de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (Art. 75°, inc. 22°, CN), entre ellos, la CEDAW (Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer). Asimismo, la Convención de Belem do Pará (Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer), establece el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia y destaca a la violencia como una violación de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Organización de Estados Americanos (OEA, s.f).

Resulta importante destacar también, haciendo referencia al párrafo 143 de la Convención Americana que la maternidad es parte del libre desarrollo de las mujeres, por lo tanto la decisión de ser padres es parte de la vida privada. (Bladilo, et al., 2017). Como expone Facio (2014) , la CEDAW y su Comité desarrollaron el concepto de igualdad como un derecho humano compuesto por distintos elementos, entre ellos la igualdad como no discriminación y como responsabilidad estatal.

En el caso A, A. D. V. y otro C/ Administración Provincial de Seguros de Salud - Amparo - Recurso de Apelación podemos observar que la obra social niega el derecho de acceso a las TRHA a una mujer solo por una cuestión etaria, resulta relevante la mención del mismo ya que nos encontramos nuevamente ante una cuestión discriminatoria relacionada a otra reglamentación de la APROSS que desconoce garantías constitucionales, en este caso la resolución N.º 178/2009 y N.º 87/2010 , esta última en coorcondancia con el caso bajo análisis. En dicha sentencia el Tribunal falla a favor de la pareja y ordenada a la obra social que cubra el tratamiento. (Tribunal Superior de Justicia, Secretaría Electoral y de Competencia Originaria ,SP24,2019)

Ahora bien, el derecho de la mujer al acceso a la salud reproductiva no solo reconoce jurisprudencia nacional si no también internacional, no se puede dejar de nombrar el reconocido caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) vs . Costa Rica ,en el que se hace referencia a que el derecho a la vida privada se relaciona con la autonomía reproductiva, y el acceso a servicios de salud, pero este derecho es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercerlo libremente. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012)

Interpretación de la regulación 0087/10 de APROSS

La Ley Nacional N° 26862 que regula el Acceso integral a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, como norma complementaria del CCC en su ART 8 ordena a todas las obras sociales ya sean públicas o privadas a incluir de manera obligatoria dicha prestación a toda persona mayor de edad sin que se puedan introducir requisitos que impliquen discriminación alguna. Siguiendo estos lineamientos , por medio de la ley provincial n° 9695 (Ley 9695,2009) y como inciso n del art 12 de la Ley N 9277 (Ley 9277,2005,art.12) se estableció que la APROSS debía añadir entre sus prestaciones la cobertura de tratamientos de fertilización asistida con el fin de promover el desarrollo familiar, el directorio de la obra social través de la resolución n° 0178-09 incorpora la prestación pero establece mediante la resolución 0087.10 la exclusión de la misma a las mujeres que tengan hijos biológicos corriendo el riesgo de entrar en una categoría sospechosa de vulnerar el principio de igualdad. Francisco Verbic (2020) nos dice que en la sociedad existen grupos que son más vulnerables e indefensos que otros y aquí es donde encuentran su razón las categorías sospechosas, es decir para revertir dicha vulnerabilidad.

En el bloque de constitucionalidad argentino , la Constitución Nacional en su Art 16 consagra el principio de igualdad ante la ley, sumados a los derechos humanos con jerarquía constitucional Art 75 in.22, y otros instrumentos internacionales de jerarquía suprallegal , como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará, art. 6°.a). Sobre este conjunto normativo se entiende la necesidad de que el Estado adopte medidas que permitan remover los obstáculos que impidan dicho derecho. Treacy,G. (2020) .

Cabe destacar el art 28 de la Constitución Nacional que permite establecer cuando una restricción a un derecho es compatible con la Ley Fundamental, reza que los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos , no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio. En este sentido si una reglamentación señala que están excluidas las mujeres por el hecho de contar con hijos biológicos, pero no se menciona a los hombres se está frente a un trato desigual que se basa en una categoría sospechosa y en este caso la categoría sospechosa resultaría ser mujer.

4.2 . Postura de la autora

Se partirá recordando que en el fallo bajo análisis el TSJ se enfrentó a una laguna axiológica , presente en la contradicción de la resolución n° 0087-10 de APROSS y el derecho a la salud reproductiva y formar una familia.

Si bien el TSJ resolvió por un lado de forma favorable para los amparistas ordenando que se cubra el costo del 100 % del tratamiento para ambos, por el otro, solo exhorta a la obra social a que adecue progresivamente dicha resolución. Desde esta perspectiva adherimos parcialmente a lo sentenciado , ya que se considera que la resolución impuesta por el directorio de la APROSS resulta indudablemente discriminatoria y contraria a los derechos humanos y una clara violación a los derechos de las mujeres , por lo que se debía declarar la inconstitucionalidad de la norma.

En nuestro País se sigue la doctrina impuesta por el Juez Marshall en el caso *Marbury vs. Madison* en el que se estableció que cuando una ley contradice la Constitución, el juez debe aplicar la Constitución y dejar de lado la ley. A su vez en orden al Art 31 de la CN cualquier norma que se encuentre por debajo de la Constitución y la contradiga es inconstitucional. Se debe tener presente que los magistrados tienen el deber de juzgar con perspectiva de género, en concordancia con el derecho a la igualdad y a la no discriminación reconocido ampliamente en el Derecho Argentino y en los tratados internacionales de derechos humanos incorporados por nuestro estado.

La incorporación de la perspectiva de género en la administración de justicia es un mandato para la efectividad del derecho a la igualdad que establecen los instrumentos del derecho internacional de derechos humanos. Ministerio de las Mujeres , Género y Diversidad (s.f.). En esta línea es menester hacer alusión a la Ley N 27499 (Ley 27499,2018) , conocida como ley Micaela que establece la capacitación obligatoria para toda persona que ocupe un cargo en los poderes del Estado y consideramos pieza fundamental para cambiar la mirada de los legisladores.

Como se menciona anteriormente el Tribunal *a quo* omitió juzgar bajo esta perspectiva y a su vez brindó una solución que se podría tachar de ilegal ,que no satisfacía el pleno derecho de los amparistas al acceso a las TRHA y por consiguiente

su derecho a fundar una familia. Desde esta mirada la Sra O. no solo tuvo que enfrentarse a la lucha interna e íntima de no poder ser madre con su actual esposo si no que debió continuarla en la Justicia ,para que se le reconozca un derecho que no debió estar en tela de juicio nunca. Cabe destacar que el derecho a la salud no es absoluto y por lo tanto los directorios de las obras sociales cuentan con el poder reglamentario a través de sus normas y resoluciones ,pero estas nunca pueden privar un derecho fundamental.

El Estado es así garante del derecho a la salud y su vulneración habilita a toda persona a interponer acción de Amparo , no decimos con esto que tenga la obligación de curar si no a garantizarlo , a través de un rol activo y no de mero espectador .Urbina (2012).

Se insiste así en la relevancia del caso y la importancia de que se juzgue teniendo una visión amplia e integral de todas las cuestiones en juego a la hora de sentenciar, como podemos observar en el año 2018 se exorta a la APROSS a que adecue sus regulaciones al bloque de constitucionalidad, pero recién en el año 2022 mediante resolución N 0151-22 resuelve modificarla eliminando la distinción de "mujer con hijos biológicos" por "pareja con hijos biológicos" pero limitando la cantidad de un intento por cada tipo de tratamiento. APROSS (2022) . Lo que resulta nuevamente discriminatorio ya que en los demás casos donde la pareja o el progenitor no cuenta con hijos biológicos no tiene límite de intentos.

Por lo expuesto en los párrafos precedentes consideramos que se debió declarar la inconstitucionalidad de dicha resolución y asegurar el pleno ejercicio de sus derechos a todas las mujeres, hombres y parejas que se encontrasen en las mismas condiciones al momento de solicitar cobertura, evitando que tengan que confrontarse a una lucha innecesaria en el acceso a uno de los más elementales derechos humanos.

5. Conclusión

En el fallo analizado el TSJ de Córdoba se enfrentó ante un conflicto jurídico suscitado de un recurso de apelación interpuesto por la Sra. O .contra la obra social APROSS quien le negaba la cobertura de tratamiento de reproducción medicamente asistida (TRHA) por la sola condición de tener hijos biológicos de una pareja anterior, referido esto en la resolución 0087/10 de la demandada, distinción impuesta solo para las

mujeres . El tribunal *a quo* previamente ,en la acción de amparo donde se solicitaba se otorgue la cobertura y se declare al inconstitucionalidad de dicha resolución ,había hecho lugar parcialmente al pedido y ordenaba cubrir el tratamiento a la pareja de la Sra. O. pero no a esta, vulnerando así el derecho humano a fundar una familia y a la salud reproductiva de ambos y tampoco hace lugar al pedido de inconstitucionalidad de la resolución 0087/10 ,por tal motivo es que solicita intervención al supremo .El TSJ resuelve ordenar a la APROSS cubrir el 100% del tratamiento a ambos miembros de la pareja pero en cuanto a la resolución 0087/10 solo exhorta a que adecue paulatinamente . Si bien el *a quo* no juzgó con perspectiva de género esto fue remediado por el Máximo Tribunal pero no de manera completamente satisfactoria.

Sería acertado adecuar la legislación en esta materia limitando el poder de reglamentación y regular y controlar de modo más estricto a los agentes de seguro de salud en post de garantizar los derechos de los usuarios. A su vez se deberían rever los tiempos judiciales en temas tan cruciales como este ,donde se necesita de la mayor celeridad posible y consideramos que no solo los legisladores si no toda persona con autoridad o poder reglamentario deben estar obligados a recibir capacitación continua y amplia en cuestiones de género.

6. Referencias bibliográficas

6.1 Doctrina

Alchourrón, C.E. y Bulygin, E. (2012). *Sistemas normativos*. 2ªed. Buenos Aires: Astrea.

Bladilo, N., De la Torre ,N. y Herrera, M. (2017). Las técnicas de reproducción humana asistida desde los derechos humanos como perspectiva obligada de analisis. *Reproducción asistida, bioética. Derecho* ,11(29) ,7-30. doi.org/10.35487/rius.v11i39.2017.293

Facio, A. (2014). La responsabilidad Estatal frente al derecho humano a la igualdad. *Revista Electronica Methodos*. Recuperado de https://revistametodhos.cdhcm.org.mx/images/numero6/2014_6_metodhos_articulo_4.pdf

Fondo de población de las Naciones Unidas .(2018).50 años de la declaración de la planificación familiar como un derecho humano básico. Recuperado de <https://www.unfpa.org/es/news/50-anos-de-la-declaracion-de-la-planificacion-familiar-como-un-derecho-humano-basico>.

Francisco, V. (2020). Tutela colectiva, discriminacion por genero y categorias sospechosas. [Entrada de blog] Recuperado de <https://classactionsargentina.com/2020/08/31/tutela-colectiva-discriminacion-por-genero-y-categorias-sospechosas>.

Kemelmajer de Carlucci, A. (2014). Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y comercial de 2014. *Revista Juridica La Ley*. Recuperado de <https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/01/Doctrina403.pdf>

Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad. (s.f.) *Administración de Justicia y Perspectiva de Genero*. Recuperado de

<https://www.argentina.gob.ar/generos/administracion-de-justicia-y-perspectiva-de-genero>.

Nino, C. S. (2003). Introducción al análisis del derecho .2da. ed.. Buenos Aires : Astrea.

Oizerovich, S. y Perrota,G. (2017). Salud Sexual y salud reproductiva. Recuperado de <https://salud.gob.ar/dels/entradas/salud-sexual-y-salud-reproductiva>

Organización de Estados Americanos (s.f) Mecanismo de seguimiento de la Convención do Belém do Pará. Recuperado de <https://www.oas.org/es/mesecvi/convencion.asp>.

Treacy, G .(2020). Categorías sospechosas y control de constitucionalidad. Revista Pensamiento penal. Recuperado de <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/49226-categorias-sospechosas-y-control-constitucionalidad>.

Urbina, P. (2012). El amparo para la operatividad del derecho a la salud. Recuperado de <https://salud.gob.ar/dels/entradas/el-derecho-la-salud-como-obligacion-estatal>.

6.2 Legislación

Administración provincial de seguro de salud . (29 de abril de 2022) Reproducción medicamento asistida. [Resolución 0151/22] Recuperado de <https://www.apross.gov.ar/>.

Código Civil y Comercial de la Nación. (2014) . Artículo 558 [Titulo V]. Recuperado de http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf.

Constitución Nacional Argentina [Const.] (1994) Artículo 14 bis. Recuperado de <http://www.infoleg.gob.ar/>.

Constitución de la Provincia de Córdoba [Const.] (2001) Artículo 34. Recuperado de <http://www.saij.gob.ar/>.

Congreso de la Nación Argentina. (19 de diciembre de 2018). Ley Micaela.[Ley 27499 de 2018]. Recuperado de <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-27499-318666>

Congreso de la Nación Argentina. (11 de Marzo de 2009). Ley de protección integral hacia las mujeres. [Ley 26485 de 2009]. Recuperado de <https://www.argentina.gob.ar/>.

Congreso de la Nación Argentina. (5 de Junio de 2013). Reproducción medicamente asistida.[Ley 26862 de 2013] Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/>

Poder Legislativo Provincial de Córdoba. (19 de noviembre de 2009). [Ley 9695 de 2009]. Recuperado de <https://e-legis-ar.msal.gov.ar/>.

6.3 Jurisprudencia

Cámara Civil y Comercial de Segunda Nominación de Río Cuarto. (16 de Mayo de 2018). „Fallo G., M. R. Y OTRO C/ Administración Provincial de Seguro de Salud (APROSS) – Amparo”.

Corte Suprema de Justicia, Sala I, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial.(14 de Agosto de 2018) Fallo Y., M. V. y otro c/ IOSE s/amparo. [Ricardo Luis Lorenzetti,Elena I.Highton de Nolasco,Juan C.Maqueda,Horacio Rosatti y Carlos F. Rosenkrantz]

Corte Interamericana de Derechos Humanos.(28 de Noviembre de 2012), Fallo Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) vs . Costa Rica

Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, Sala electoral y de competencia originaria.(27 de Diciembre de 2019).Sentencia N 86, Fallo A., V. L. y otro C/Administración Provincial de Seguro de Salud (APROSS) – Amparo - Recurso de Apelación. [Caceres De Bollati María Marta, Sesin Domingo Juan, Tarditti Aida , Rubio Luis Enrique, Blanc Gerzicich de Arabel Maria De Las Mercedes, Lopez Peña Sebastián Cruz, Angulo Martin Luis Eugenio y Lopez Soler Francisco Ricardo]

Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba , Secretaría Electoral y de Competencia Originaria. (17 de Octubre de 2019) Sentencia N 24, Fallo A, A. D. V. y otro C/ Administración Provincial de Seguros de Salud (APROSS) - Amparo (LEY 4915) - Recurso de Apelación[María Marta Cáceres de Bollati, Domingo Juan Sesin, Aída Lucía Teresa Tarditti, María de las Mercedes Blanc Gerzicich de Arabel, Sebastián Cruz López Peña, Silvia Beatriz Palacio de Caeiro y Leonardo Casimiro González Zamar.]

Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba , Sala Electoral y de Comp. Originaria. (27 de Febrero de 2018) Sentencia N 1 ,Fallo O.A.F y otro c/administración provincial del seguro de salud (APROSS) – Amparo (ley 4915) – Recurso de apelación. [Aída L.T. Tarditti, Domingo Juan Sesin, Luis E. Rubio, María de las Mercedes Blanc de Arabel, María Marta Cáceres de Bollati, Sebastián Cruz López Peña y Julio C. Sanchez]

6.4 Otras fuentes

Real Academia Española. (s.f.) Recuperado de <https://dle.rae.es/reproducci%C3%B3n>.

7. Anexo

7.1 Fallo

**SALA ELECTORAL y de COMP.ORIGINARIA - TRIBUNAL SUPERIOR
EXPEDIENTE: O., A. F. Y OTRO C/ APROSS - AMPARO (LEY 4915)
SENTENCIA NUMERO: 1.**

En la ciudad de Córdoba, a los veintisiete días del mes de febrero del año dos mil dieciocho, siendo las doce horas, se reúnen en acuerdo público los señores vocales integrantes del Tribunal Superior de Justicia, en pleno, doctores Aída Lucía Teresa Tarditti, Domingo Juan Sesin, Luis Enrique Rubio, M. de las Mercedes Blanc G. de Arabel, María Marta Cáceres de Bollati, Sebastián López Peña y Julio C. Sanchez, bajo la presidencia de la primera, con el fin de dictar sentencia en estos autos, caratulados **“O.,A. F. Y OTRO C/ADMINISTRACIÓN PROVINCIAL DEL SEGURO DE SALUD (APROSS) – AMPARO (Ley 4915) –RECURSO DE APELACIÓN”** (EXPTÉ.), con motivo del recurso de apelación formulado por la parte actora 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, que en su parte resolutive dispuso lo siguiente: “I.Hacer lugar parcialmente a la acción de amparo y ordenar a la Apross que incluya al Sr. M.A. C. en el programa de fertilización asistida del art. 12 inc. n) de la Ley 9722, según texto de la Ley 9695, reglamentado por las Resoluciones N° 0178/09, 0087/10 y 0142/12 de la Apross, hasta cubrir el 50% del costo de los aranceles según los módulos oficiales establecidos por la reglamentación vigente. II. No hacer lugar a la acción de amparo con relación a la Sra. A. F. O.. III.No hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad del art. 13 de la Ley 9722 y de las Resoluciones N.º 0178/09 y 0087/10de la Apross. IV.Imponer las costas por el orden causado y diferir la regulación de honorarios de la letrada interviniente por la actora –Dra. S. V. de B.- si correspondiere, para su oportunidad (arts. 1, 26 y cc. de la Ley 9459)” (fs. 255/267 vta.). Seguidamente, se determinan las cuestiones por resolver:

PRIMERA CUESTIÓN: ¿Es procedente el recurso de apelación deducido?

SEGUNDA CUESTIÓN: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, LOS SEÑORES VOCALES, AÍDA LUCÍA TERESA TARDITTI, DOMINGO JUAN SESIN, LUIS ENRIQUE RUBIO, MARÍA DE LAS MERCEDES BLANC DE ARABEL, MARÍA MARTA CÁCERES DE BOLLATI, SEBASTIÁN LÓPEZ PEÑA y JULIO C. SANCHEZ,

DIJERON:

1. Los actores dedujeron recurso de apelación contra la sentencia anteriormente referida (fs. 270/276) 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..

En su escrito, los actores esgrimieron lo siguiente:

La sentencia resulta contraria a las reglas de la lógica y de la sana crítica racional, así como a derechos y principios de rango constitucional.

a) El tribunal a quo ha incurrido en contradicción al haber reconocido, por una parte, la lesión y restricción al derecho a la salud reproductiva que afecta a los actores, pero –al mismo tiempo- resolvió brindar una respuesta fragmentada y “contraria al sistema natural o asistido de concepción de un ser humano” (f. 271). Esto, en la medida en que solo incluye en la cobertura para acceder al programa de fertilización asistida al Sr. C., pero “no a su actual esposa y mujer elegida para ser la madre de su/s hijo/a/s” (fs. 271 y 271 vta.). Vistas las cosas desde la coactora, se “le niega el derecho a la Sra. A. O. a tener un hijo biológico de su actual esposo” (f. 271 vta.).

b) No se entiende cómo el Sr. C. podrá concebir un hijo biológico si la sentencia le niega cobertura a su cónyuge, por la sola razón de que ella ya cuenta con hijos de una

relación anterior; en ese sentido, la sentencia ratifica el vicio de inconstitucionalidad de las resoluciones n.º 0178/09 y 0087/10 de la APROSS.

c) El hecho de que los actores constituyan una familia ensamblada no suprime el derecho de concebir un hijo biológico de la propia pareja, para satisfacer el derecho a la salud y a la reproducción del que ambos gozan. En ese sentido, aun cuando la Sra. O. ya tenga tres hijos naturales y biológicos con otro hombre, esto no le quita el derecho de reproducirse en otro hijo con su actual esposo y pareja; con más razón cuando el Sr. C. aún no cuenta con un hijo biológico propio.

d) Si bien la sentencia menciona –en sus considerandos– que en el caso están en juego la salud reproductiva y psicofísica de ambos integrantes de la pareja, luego resuelve incluir en el programa de fertilización asistida solo al Sr. C., lo que constituye una exclusión ilógica e ilegal. En ese sentido, no deben confundirse los conceptos de limitación y de exclusión. En efecto, la primera categoría permite la realización del tratamiento, pero no de forma indefinida, por lo que una reglamentación que fijara cupos o intentos sería razonable. En cambio, la segunda impide absolutamente siquiera un único intento, lo que trasluce una restricción irrazonable y arbitraria. Desde este punto de vista, 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.

e) También resulta ilógico que, según la sentencia, si se brindara cobertura por el 100 % a la pareja, se pondría en riesgo el sistema en el que se asienta la APROSS en la medida en que se verían perjudicados otros afiliados. En ese sentido, los actores abonan una mensualidad que ingresa de manera constante a la obra social y no han recibido prestaciones médicas costosas de ningún tipo.

f) Finalmente, 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. Esta debe incorporar a ambos miembros de la pareja al programa previsto por el artículo 12, inciso n, de la Ley n.º 9722 (APROSS) hasta cubrir el 100 % del costo de los aranceles, según los módulos oficiales establecidos por la reglamentación vigente.

g) Corresponde dictar una nueva sentencia en la que se incluya a ambos actores en el programa de fertilización asistida y que imponga las costas a la parte demandada.

2. Al evacuar el traslado del recurso de apelación deducido por los actores, la parte demandada solicitó que la sentencia fuera confirmada, con costas a la contraparte (fs. 287/289 vta.).

En su escrito, además de haber formulado reserva del caso federal y de haber invocado jurisprudencia que consideraba aplicable, la parte demandada esgrimió lo siguiente:

a) Los recurrentes basan su recurso en afirmaciones arbitrarias y dogmáticas que no demuestran el vicio lógico que le atribuyen. Esto, toda vez 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.

b) 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.

c) Teniendo en cuenta que la Sra. O. ya tiene tres hijos biológicos (de un matrimonio anterior), si se autorizara la práctica tal como reclaman los actores, se cercenaría el derecho a formar una familia de los demás afiliados que no cuentan con hijos y que padecen alguna discapacidad. Desde esta óptica, la APROSS funciona alrededor del principio de solidaridad y el sistema colapsaría si la institución cubriera los requerimientos de todos los beneficiarios, a “su antojo” (f. 288 vta.).

d) 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”. Esto ha sido reconocido por los propios actores, 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, la Sra. O..

e) Pese a tratarse de una prueba de fácil producción, los amparistas no han acreditado en estos autos que carecen de medios económicos para hacer frente al 50 % del tratamiento de fertilidad, razón por la cual no se justifica la cobertura del 100 % solicitada.

3. Finalmente, 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 y, por ende, revocada la sentencia. Los argumentos brindados fueron los siguientes:

a) La decisión de tener hijos biológicos por medio del acceso a técnicas de reproducción asistida forma parte del ámbito de los derechos a la integridad personal, a la libertad personal y a la vida privada y familiar de los actores.

b) La relación que el Sr. C. mantiene con los hijos biológicos de su cónyuge es de carácter parental afín, social y legal, pero no los une un vínculo genético.

c) La fertilidad o infertilidad constituye una definición médica que se predica respecto de la pareja. Como consecuencia, en el caso de mediar infertilidad, esta pesa sobre ambos integrantes de la pareja, que se ven afectados en su salud psicofísica.

d) Mediante el programa de salud reproductiva se tutela constitucional y legalmente el concepto de “familia biológica o genética” y se da respuesta a los problemas de infertilidad. Como consecuencia, debe garantizarse el acceso integral a técnicas médico-asistenciales de reproducción asistida a quienes buscan ser padres por vía biológica; en el caso, los miembros de la pareja formada por los actores, Sra. O. y Sr. C..

4. Así las cosas, se dictó el decreto con el correspondiente llamado de autos para sentencia (f. 300), el que, una vez firme, ha dejado la causa en condiciones de serresuelta.

5. Conforme a la reseña efectuada, le corresponde ahora a este Tribunal pronunciarse sobre la procedencia del recurso de apelación incoado, en el que han sido expresados los agravios irreparables que, según la parte actora, le ocasiona la sentencia y que delimitan el radio de las cuestiones que deben ser tratadas y resueltas en el M. de una vía recursiva ordinaria como la impetrada (arts. 371, 380 y concordantes del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, CPCC).

6. CUESTIÓN EN DISPUTA

De lo relatado con anterioridad surge que las partes discrepan sobre la solución propiciada por el tribunal a quo. En efecto, para los recurrentes la Cámara (según el voto de la mayoría de los vocales María Inés Ortiz de Gallardo y Humberto R. Sánchez Gavier) ha brindado una solución ilógica y arbitraria al reconocer el derecho a una cobertura para los tratamientos de fertilización asistida al Sr. C. en tanto él no cuenta con hijos biológicos, pero dicha respuesta no incluye a su cónyuge, la Sra. O., en la medida en que ella tiene tres hijos biológicos de una relación anterior. Esto, en los hechos, significa que la inclusión del afiliado en el programa previsto por la Ley n.º 9722 (art. 12, inc. n, reglamentado por las resoluciones n.º 0178/09, 0087/10 y 0142/12) lo es en el 50 %, por lo que el porcentaje restante deberá ser financiado por la Sra. O. “en un esfuerzo compartido” (f. 266), según la sentencia sujeta a análisis.

En el mismo sentido, de acuerdo con los actores, la Resolución n.º 0087/10, de la APROSS, genera una exclusión inconstitucional al impedir que la Sra. O. participe del programa de fertilización asistida por la circunstancia de contar con hijos biológicos. Esto, según los recurrentes, cercena su derecho a la reproducción con su actual esposo, porque es la pareja conformada por ambos la que “no tiene hijos biológicos” (f. 273).

Por su parte, la APROSS esgrime que “el derecho a la salud reproductiva de los actores es indiscutido” (f. 288) y solo está en juego la razonabilidad de la negativa a incluir a la Sra. O. en el programa por la peculiar circunstancia de que ya cuenta con hijos biológicos. Desde este punto de vista, sostiene que la sentencia no excluye a aquella de la fertilización, sino que simplemente reconoce hasta el porcentaje del 50 % del valor de la cobertura del tratamiento, mirada la pareja como un todo.

En otras palabras, 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. En ese sentido, cabe recordar que, por medio de la Ley n.º 9695, se estableció que, entre las prestaciones a cargo de la APROSS y como inciso n, del artículo 12, de la Ley n.º 9277, debía añadirse la siguiente: “Cobertura de tratamientos de fertilización asistida, a fin de promover el desarrollo familiar a aquellos beneficiarios que acrediten las condiciones que establezca la reglamentación (...)”.

Por su parte, en uso de sus atribuciones reglamentarias, el directorio de la obra social, a través de la Resolución n.º 0178/09, incorporó la cobertura de la fertilización asistida al menú de prestaciones de la APROSS y fijó las condiciones para acceder a ella. Mientras tanto, la Resolución n.º 0087/10 estableció lo siguiente: “Déjase sentado que las Afiliadas que hayan tenido hijos biológicos no se encuentran incluidas en los alcances del programa aprobado por la Resolución n.º 0178/09”.

Como puede advertirse, de lo que se trata es de determinar si la exclusión de la afiliada del programa de fertilización cubierto por la APROSS resulta procedente atento a que cuenta con hijos biológicos, fruto de una relación anterior. De acuerdo con la postura mayoritaria de la Cámara, la obra social “no ha incurrido en una discriminación o arbitrariedad manifiesta respecto de la Sra. O.” (f. 266). Esto, en la medida en que, según los camaristas, se persigue “un criterio de preferencia que consiste en ampliar el mayor número de posibilidades de construir una familia por parte de quienes no han concebido un hijo biológico, frente a quienes son progenitores biológicos, asignando de manera eficiente los recursos escasos disponibles, para alcanzar ese fin general, coherente con la necesidad de implementar un sistema de cobertura médica que atienda al principio de universalidad y a su garantía a todos los afiliados de la APROSS, con criterio de equidad social” (fs. 265 vta. y 266).

Teniendo en cuenta que el deseo del Sr. C. es procrear con su actual cónyuge, la Sra. O., la exclusión que pesa sobre esta última termina impactando sobre la pareja (los actores) y, por ello, el tribunal a quo restringió la cobertura; esto es, hasta alcanzar el 50 % del costo de los aranceles –por pareja-, según los módulos oficiales establecidos por la reglamentación vigente.

En definitiva, el caso presenta la singularidad de una pareja que desea hijos biológicos propios mediante la ayuda de las denominadas Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), a pesar de que ella ya goza de hijos de un matrimonio anterior y aunque el Sr. C., junto a su actual cónyuge y a los hijos de esta última, conforma una familia ensamblada, variante que se encuentra expresamente contemplada por el CCC al regular la responsabilidad parental, como se verá con detenimiento en los próximos acápite.

Entonces, es en ese peculiar contexto en el que debe ser analizada la exclusión que establece la Resolución n.º 0087/10. Esto, con el fin de despejar si resulta procedente y no discriminatoria –como afirma la Cámara- o si, por el contrario, necesita ser releída a la luz de una interpretación conforme, que la vuelva compatible con el bloque de constitucionalidad y de convencionalidad federal vigente en la Argentina. Pero para poder responder este interrogante, en forma previa, hay que ubicar los derechos en juego en consonancia con la relevancia que tienen las nuevas TRHA.

7. LA VOLUNTAD DE PROCREAR, LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA Y LAS DIVERSAS FORMAS DE ESTAR EN FAMILIA

Aun 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, entre nosotros, 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”[1]. 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 (Corte IDH): “[E]n la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo ‘tradicional’ de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio” [2]. En forma consecuente, el nuevo CCC ha receptado la diversidad y pluralidad que atraviesa al concepto de familia, sin que, de antemano, pueda predicarse que media un número cerrado de variantes posibles bajo las cuales puede configurarse esta primera manifestación de la sociabilidad humana.

Precisamente, el CCC contempla la nueva realidad que significan las denominadas familias ensambladas; es decir, por ejemplo, aquella que “se constituye después de una separación, divorcio o viudez, cuando uno o ambos integrantes de la pareja tienen hijos de una unión anterior”[3]. Por esa razón, el código regula los deberes y derechos de los progenitores e hijos afines (arts. 672/676, CCC). Esta mención tiene relevancia porque, en este caso, precisamente, el Sr. C. ha conformado una familia de este tipo con su actual esposa y los hijos que esta última tiene como consecuencia de un matrimonio anterior.

Ahora bien, la opción desplegada libremente por el Sr. C. a favor de la conformación de una familia ensamblada con su cónyuge y los hijos de ésta no puede transformarse en un impedimento para que, a su vez, el actor y la Sra. O. completen o integren dicho núcleo con hijos biológicos de la propia pareja.

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 opción existencial y 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. Solo brevemente corresponde precisar que el CCC dispensa especial atención a los derechos y actos personalísimos (arts. 51/61, entre otros), que “en el lenguaje constitucional integran la constelación del ‘derecho a la privacidad’”[4].

En definitiva, una primera conclusión es que nuestro bloque de constitucionalidad y de convencionalidad federal reconoce el derecho personalísimo de fundar una familia sin que tal ejercicio conlleve implícitamente una única forma de estar o de vivir en familia, dado que se trata de un término flexible, dinámico y adaptable a las nuevas realidades socioculturales. En este M., solo concierne a los interesados –y a nadie más que a ellos– discernir y diseñar la propia trayectoria familiar, que bien puede mixturar notas características de una conformación por ensamble (comprensiva de los hijos que son fruto de relaciones anteriores) con el deseo de tener hijos biológicos con la actual cónyuge, como sucede en el caso de estos autos. Como puede advertirse, nos encontramos en la esfera personalísima de las decisiones reproductivas autónomas asociadas al derecho de constituir una familia con ribetes propios.

Por ello, en conexión con el derecho de gozar de los avances científico- tecnológicos, las TRHA pueden concebirse como “un modo o vía cada vez de mayor presencia para que las personas puedan formar familia”[5]. Precisamente, como consecuencia de ello, el CCC prevé tres posibles fuentes de filiación: por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida o por adopción (art. 558).

En ese sentido, como una suerte de premisa insoslayable en la materia, la Corte IDH ha sostenido lo siguiente: “[L]a 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”[6].

En la misma dirección, dicho Tribunal ha fijado: “[E]l derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho”[7]. 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). Teniendo en cuenta que el CCC prevé que una de las fuentes posibles de la filiación son las TRHA, en la Argentina fue sancionada la Ley n.º 26862, de Reproducción Médicamente Asistida, con carácter de orden público, para complementar las disposiciones del CCC en la materia. De acuerdo con los fundamentos del Decreto n.º 956/2013, reglamentario de la mencionada norma, la “Ley n.º 26862 establece que pueden acceder a las prestaciones de reproducción médicamente asistida todas las personas, mayores de edad, sin que se pueda introducir requisitos o limitaciones que impliquen discriminación o exclusión fundadas en la orientación sexual o el estado civil de quienes peticionan por el derecho regulado”.

Con independencia de las integraciones normativas o de la pluralidad de fuentes que conviven en un sistema federal de distribución de competencias como el argentino, la mención efectuada de la Ley n.º 26862 (a favor, en principio, de un acceso amplio a la TRHA) tiene relevancia como punto de referencia, porque en esta causa está en juego si es plausible o si consiste en una restricción arbitraria la regulación de la APROSS que priva de cobertura a las mujeres que ya tuvieran hijos biológicos.

Las TRHA implican un fenómeno en el que coexisten la medicina reproductiva, la biotecnología y la ingeniería genética; todas ellas, conectadas desde una perspectiva bioética, y en las que las cuestiones éticas y deontológicas componen un núcleo (de preguntas y discusiones) insoslayable. Esto, en la medida en que ellas suponen una “disociación entre el fenómeno reproductor humano y el ejercicio de la sexualidad que viene a plantear una problemática que ha desbordado las estructuras jurídicas existentes”[8], al impactar y ampliar “las tipologías de familias”[9]. Desde esa óptica, las TRHA constituyen un universo en constante movimiento y abierto al progreso científico. Por eso, precisamente, por ejemplo, la Ley n.º 26862 brinda una definición parca: “A los efectos de la presente ley, 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. Podrán incluirse nuevos procedimientos y

técnicas desarrollados mediante avances técnico- científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación” (art. 1).

Un último aspecto que corresponde tratar ahora es el que vincula las TRHA con el concepto de salud reproductiva, dentro del derecho a la salud, pero íntimamente vinculado con el derecho a fundar una familia, al que ya nos hemos referido. En ese sentido, la Corte IDH ha destacado: “De acuerdo a la Organización Panamericana de la Salud (OPS), la salud sexual y reproductiva 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’”[10].

Como puede advertirse, se trata del inalienable derecho a la reproducción, que supone contar con información adecuada, así como 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.

En definitiva, a lo largo de este apartado ha quedado en claro que, en esta causa, está en juego el derecho de los actores a que la familia que han conformado –y no obstante la presencia de hijos afines de una relación anterior- se vea ampliada y enriquecida con hijos biológicos de los propios cónyuges. Con tal fin, los demandantes requieren a su obra social que les cubra las TRHA que les permita ejercer esa decisión reproductiva autónoma y, de paso, paliar la imposibilidad de tener hijos de forma natural que los afecta. Hasta la propia demandada reconoce que “el derecho a la salud reproductiva de los actores es indiscutido” (f. 288). En el caso se refleja con toda su intensidad –y relevancia- la íntima conexión que media entre los derechos a fundar una familia, la imposibilidad de circunscribir los trayectos familiares a un único modelo rígido, así como la posibilidad de acceder al avance científico y tecnológico para materializar el deseo de reproducirse como fruto y expresión del vínculo trabado –en este caso- entre los cónyuges.

8. NECESIDAD DE INTERPRETAR LA REGULACIÓN DE LA APROSS A LA LUZ DE UNA LECTURA CONFORME CON EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD FEDERAL

Habiendo delimitado la entidad de los derechos en disputa y el marco normativo que los sustenta, ahora ya nos encontramos en condiciones de analizar si resulta plausible o

arbitraria la restricción que establece la Resolución n.º 0087/10 de la APROSS y que deja fuera del programa de fertilización asistida a las mujeres que, como la actora en estos autos, ya cuenten con hijos biológicos.

Anticipamos que les asiste razón a los actores y que la sentencia de la Cámara (según el voto de la mayoría) conlleva una solución que requiere una necesaria adecuación contextual. Esto, para volver plenamente compatibles el derecho a la salud reproductiva que se reconoce a ambos integrantes de la pareja conformada por los actores con la cobertura parcial (50 %) que, sin embargo, se asegura solo al Sr. C.; esto, por entender que el porcentaje restante del costo que demande la técnica de fertilización asistida deberá ser subvencionado en forma particular por la Sra. O. debido a la circunstancia de contar con tres hijos biológicos de una relación anterior.

En este sentido resulta muy importante el criterio propiciado por el Ministerio Público Fiscal que, al dictaminar, argumentó que correspondía hacer lugar al recurso de apelación formulado por los actores. Esta conclusión se asentó sobre dos premisas:

1) La decisión de tener hijos biológicos por medio de las TRHA conforma la reservada esfera de los derechos a la integridad, a la libertad personal, así como a la vida privada y familiar de los actores. Desde este costado, el hecho de que el Sr. C. haya trabado una relación parental afín con los hijos de su cónyuge no invalida su derecho a tener hijos biológicos propios con la Sra. O..

2) La fertilidad, infertilidad o problemas similares vinculados con la reproducción suponen categorías científicas que pesan sobre ambos integrantes de la pareja y ambos gozan por igual del derecho a constituir una familia biológica o genética con la ayuda de las TRHA. Por ende, el acceso integral a las técnicas médicos-asistenciales –en conexión con dicho derecho compartido por los cónyuges- debe ser garantizado a ambos actores.

En la misma dirección, puede sumarse que, tal como ya se ha dicho, no puede admitirse bajo ningún punto de vista el argumento de la APROSS de que la necesidad de ser padre del Sr. C. se encuentra razonablemente satisfecha por los vínculos que ha entablado –fruto de un ensamble familiar- con los hijos de su actual esposa, la Sra. O.. Ser progenitor afín supone el legítimo ejercicio de una opción afectiva válida pero que en ningún caso puede cancelar el derecho a la reproducción y a la propia descendencia. Se trata de

decisiones que pueden coexistir plenamente en el marco de un determinado diseño familiar, como el elegido por los actores, pero llevarlas adelante o no compete exclusivamente a la personalísima, invulnerable y recoleta esfera de la autodeterminación (art. 19, CN).

Resulta evidente que, a la luz de las particulares circunstancias de la causa, la Resolución n.º 0087/10 de la APROSS –como pareciera inferirse de la sentencia del tribunal a quo– no puede ser interpretada de forma literal para, de forma apriorística y absoluta, excluir del programa de reproducción asistida garantizado por la obra social a todas las mujeres que “hayan tenido hijos biológicos”, como reza el artículo 1 de dicha resolución. Rendirse a una lectura de tales características supondría contravenir el propio fin buscado por la Ley n.º 9695 que, al introducir una nueva prestación a aquellas con las que ya contaba la APROSS (como inciso n del art. 12 de la Ley n.º 9277), postulaba que la cobertura de tratamientos de fertilización asistida lo era “para promover el desarrollo familiar”. Este objetivo es el que 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. En efecto, una misma persona puede fundar sucesivas familias a lo largo de su finita existencia y los hijos que pueda tener en el marco de una de ellas no pueden bloquear el derecho a tener otros (también biológicos, aunque mediante la ayuda de las TRHA) en el contexto de la nueva trayectoria familiar en curso. Cabe recordar que el presente caso versa sobre un matrimonio conformado por personas de distinto sexo que, para paliar el hecho de que no pueden tener hijos de forma natural y más allá de que la mujer cuenta con hijos de una relación anterior, reclaman el derecho de acceder a un tratamiento de fertilización asistida para el cual ambos aportarán material genético propio, en el M. de lo que se denomina fertilización homóloga.

Como puede advertirse, 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 la Ley n.º 9695 en consonancia con los numerosos tratados internacionales a los que se ha hecho referencia en el acápite anterior. Y este requerimiento, necesariamente, tiene que ser

dispensado o respondido en forma autónoma en función del derecho intangible de ambos miembros de la pareja de fundar una nueva familia y de tener hijos biológicos como fruto de esa unión, con independencia de los que pudieran tener en virtud de relaciones anteriores.

En otras palabras: 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. 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. En efecto, 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”.

A lo anterior se puede sumar que la resolución de la APROSS en cuestión, si no es interpretada adecuadamente, corre el riesgo de cercenar -más allá de lo razonable- el derecho de gozar de los avances del progreso científico y tecnológico en tanto pueden estar predispuestos al servicio de la salud reproductiva. Por eso, la Corte IDH ha concluido: “Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona”[11].

Un último argumento es posible añadir si no se pierde de vista que, más allá de los distintos regímenes que rigen a las obras sociales nacionales y provinciales, la Ley n.º 26862, en tanto norma complementaria del CCC, sienta como marco que “pueden acceder a las prestaciones de reproducción médicamente asistida todas las personas, mayores de edad, sin que se pueda introducir requisitos o limitaciones que impliquen discriminación

o exclusión fundadas en la orientación sexual o el estado civil de quienes peticionan por el derecho regulado”, como puede leerse en los fundamentos del Decreto n.º 956/2013, reglamentario de la mencionada norma.

La aclaración tiene pertinencia, porque la resolución de la APROSS introduce un criterio de exclusión de las mujeres por tener hijos biológicos que no rige para los hombres; es decir, establece un factor de distinción por razones de sexo que no está debidamente justificado y que corre el severo riesgo de estatuir lo que, según la doctrina y la jurisprudencia, se denomina una categoría sospechosa de vulnerar el principio de igualdad. En efecto, si en el caso de autos se invirtieran las circunstancias que condicionan a ambos actores, el resultado sería otro. Vale decir: si el Sr. C. fuera el que contara con hijos biológicos como consecuencia de una relación anterior, al calor de una interpretación estricta y apegadamente literal de la Resolución n.º 0087/10, nada impediría que él accediera al programa de fertilización asistida. Dada las implicancias constitucionales en juego, la resolución en cuestión debe ser interpretada adecuadamente para no configurar una categoría sospechosa, porque, cuando esto ocurre, se invierte la carga argumental y el órgano que la ha fijado es el que debe probar que no se lesiona la igualdad garantizada por nuestro bloque de constitucionalidad y de convencionalidad federal. En efecto, en ese sentido, algunos doctrinarios han explicado: “La Corte Suprema de Justicia de la Nación, inspirada en la jurisprudencia de su par de los Estados Unidos, estableció que las distinciones que el Estado realice entre las personas dirigidas a justificar un trato diferente y que estén basadas en criterios tales como la nacionalidad o el sexo se presumen inconstitucionales por violar el derecho a la igualdad ante la ley establecido en la Constitución Nacional en su art. 16. Esa presunción en contra de la categoría o criterio escogido sólo podrá ser superada por el Estado si éste demuestra la existencia de un interés estatal urgente que justifique en forma excepcional la aplicación de esa categoría que, en el lenguaje del tribunal de los Estados Unidos, se ha calificado como ‘sospechosa’.

El examen que proponen ambas Cortes Supremas es conocido como test de ‘escrutinio estricto’ y pone en cabeza del Estado, con el fin de derribar esa presunción, la carga de justificar el trato diferente exigiéndole que demuestre que no está violando el principio de igualdad constitucional. La persona afectada, asimétricamente, tiene la prerrogativa de no tener que argumentar que ha sido afectado su derecho constitucional a la igualdad de

trato ante la ley, pues en el caso de tratos diferentes fundados en categorías sospechosas, se presume que la afectación existió por el solo recurso a un criterio de esas características”[12].

La larga cita anterior pone de manifiesto –y eso es lo que justifica su pertinencia- lo imprescindible que resulta que, en el momento de interpretar la Resolución n.º 0087/10, de la APROSS, dentro del rango de lecturas jurídicas posibles, se opte por aquella que evite la construcción de una categoría sospechosa para la debida igualdad constitucional, como lo sería postular de forma rígida e invariable -y al margen de las particularidades de cada caso- que las mujeres, por el solo hecho de serlo, quedan automáticamente excluidas del programa de fertilización en la medida en que ya tuvieran hijos biológicos. Esta forma de razonar pondría a las mujeres encerradas en dicha categoría en desigualdad primordial respecto de los hombres que también contarán con hijos biológicos.

En definitiva, tal como está redactada la resolución, urge que, antes de cualquier instancia judicial, en la propia órbita de sus competencias, la APROSS priorice las salidas hermenéuticas que la libren posteriormente del plus de tener que argumentar que no ha construido una categoría sospechosa. En ese sentido resulta clave una debida ponderación de las circunstancias que rodearan a la demanda de cada afiliado porque, a título de mera hipótesis, también podría requerir la prestación una mujer cuyo hijo biológico, luego de nacer, hubiera fallecido. En función de una interpretación reducida a una básica lectura literal de la Resolución n.º 0087/10, dicha afiliada no podría petitionar la inclusión en el programa de fertilización, pese a que la promoción del desarrollo familiar ha sido el valor y el fin que ha tenido en miras la Ley n.º 9695 al establecer las TRHA entre las prestaciones susceptibles de ser exigidas a la APROSS.

Las consideraciones desarrolladas no resultan atemperadas por la defensa intentada por la APROSS de que no hay derechos absolutos (lo que incluye a los que están en discusión en la causa) y de que la obra social funciona alrededor del principio de solidaridad, razón por la que el sistema colapsaría si se tuvieran que cubrir los requerimientos de todos los beneficiarios a “su antojo” (f. 288 vta.). Se equivoca la parte demandada: estos autos no versan sobre dos afiliados empeñados en torno a un capricho, sino de dos personas que demandan la concreción de unas de las decisiones más trascendentes y personalísimas de la existencia: la de procrear, reproducirse mediante el auxilio de las TRHA y extender la

familia con hijos biológicos de los propios cónyuges, todo lo cual constituye un derecho humano fundamental reconocido y garantizado por numerosos tratados internacionales que conforman nuestro bloque de constitucionalidad y de convencionalidad federal (art. 75, inciso 22, CN).

La misma suerte corre el argumento de la APROSS de que los actores no han demostrado que carecen de los medios económicos necesarios para solventar el 50 % del tratamiento que debería correr por cuenta de la Sra. O. por quedar excluida del programa de fertilización asistida al contar con tres hijos biológicos como producto de una relación anterior. Exigir esto sería introducir un elemento discriminador sin ninguna justificación y al borde de la arbitrariedad, dado que la Ley n.º 9695, al sumar los tratamientos de fertilización asistida como una nueva prestación a cargo de la APROSS (en el M. del art. 12, inciso n de la Ley n.º 9277) en pos de “promover el desarrollo familiar”, no sujetó el ejercicio de semejante derecho a ninguna condición; menos, a una de naturaleza económico- financiera. En la misma senda puede situarse el argumento de la Cámara de que la exclusión sería procedente en función de un criterio de preferencia -a la hora de asignar recursos- a favor de quienes no han concebido un hijo biológico frente a quienes sí lo han hecho (como sería el caso de la Sra. O.). Pero esta forma de razonar corre el peligro de concebir la vida de las personas desde una perspectiva estática, como conformadas por un único e irreversible capítulo (el correspondiente al de los hijos ya concebidos), sin posibilidades para segundas –o más- proyecciones reproductivas. Esta visión, de no ser actualizada, puede lesionar, específicamente en el caso de la mujer, el derecho de planificar “libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos” (Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 16.1, inciso e). De suyo que este derecho incluye, como en el caso de estos autos, el de elegir con quién tener nueva descendencia con la ayuda de las TRHA, en el M. del derecho inalienable de fundar una familia.

En definitiva, las razones brindadas ponen de manifiesto que la interpretación efectuada por el tribunal a quo sobre la Resolución n.º 0087/10, de la APROSS, no puede ser sostenida sino a riesgo de que dicha reglamentación colisione frontalmente con el bloque de constitucionalidad y de convencionalidad federal. He allí la necesidad de que, en función de las particulares circunstancias de la causa y teniendo en cuenta que la

declaración de inconstitucionalidad es siempre el último recurso al que se debe acudir, la regulación sea releída de forma tal que pueda resultar conforme con el plexo de derechos garantizados por dicho bloque. En ese sentido, conviene recordar lo siguiente: “No cabe duda alguna que los derechos sexuales y reproductivos integran la nómina de los derechos humanos y, como tales, son inalienables, integrales e inseparables de la condición de persona. Asimismo, se ha afirmado que una interpretación de las leyes de salud y del complejo de las normas reglamentarias que condujera a frustrar la tutela amplia y generosa de los derechos constitucionales a la vida y a la salud resultaría incompatible con principios elementales de hermenéutica jurídica, pues es regla de oro que las normas de jerarquía inferior deben ser interpretadas de un modo compatible con los principios, derechos y garantías de orden constitucional”[13].

Tal como se acaba de señalar, dentro del rango de posibilidades hermenéuticas que posibilita el texto de una norma, siempre debe optarse por aquella que la vuelva compatible o conforme con el bloque de constitucionalidad y de convencionalidad federal. Por ello, corresponde exhortar a las autoridades de la APROSS a que, en materia de cobertura de THRA como la demandada en este caso, adecuen progresivamente las normas, prácticas y reglamentaciones a las disposiciones de la CN y de los tratados internacionales de derechos humanos. Este requerimiento es una manifestación del despliegue del control de constitucionalidad y de convencionalidad que demanda a la judicatura un rol activo en pos de que todas las prácticas estatales sean conforme a la Constitución y a los pactos suscriptos por la Argentina con el fin de evitar posibles y ulteriores responsabilidades internacionales.

Desde este punto de vista, la exhortación que se propicia puede cifrarse en el mandato de conocer y decidir sobre los puntos regidos por la Constitución (arts. 116 de la CN y 160 de la CP, en concordancia con el art. 75, inciso 22, CN), incluso de oficio; esto, en conexión con el deber de velar que sean dictadas “las medidas legislativas o de otro carácter” que sean necesarias para asegurar los derechos y garantías reconocidos por la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH, art. 2).

9. COSTAS

En relación con las costas, corresponde que sean impuestas a la parte vencida en virtud del principio general objetivo de la derrota, previsto por el artículo 130 del CPCC, al que corresponde remitir de conformidad con el artículo 17 de la Ley n.º 4915.

Así votamos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, LOS SEÑORES VOCALES DOCTORES AÍDA LUCÍA TERESA TARDITTI, DOMINGO JUAN SESIN, LUIS ENRIQUE RUBIO, MARÍA DE LAS MERCEDES BLANC DE ARABEL, MARÍA MARTA CÁCERES DE BOLLATI, SEBASTIÁN CRUZ LÓPEZ PEÑA y JULIO C. SANCHEZ, EN FORMA CONJUNTA,

DIJERON:

Por las razones expuestas, corresponde:

I) Hacer lugar al recurso de apelación promovido por los actores y, como consecuencia, revocar la Sentencia n.º 21, de fecha 08 de marzo de 2017, dictada por la Cámara Contencioso-Administrativa de Segunda Nominación de la ciudad de Córdoba.

II) 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) Exhortar a la APROSS a que, progresivamente, adecue las regulaciones y prácticas, en relación con las prestaciones en materia de técnicas humanas de reproducción asistida, a las disposiciones de la CN y de los tratados internacionales de derechos humanos, de conformidad con el deber que pesa de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que fueran necesarias para cumplir con los compromisos

internacionales asumidos por la Argentina (art. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

IV) Imponer las costas a la vencida (art. 130 del CPCC por remisión del art. 17 de la Ley n.º 4915).

Así votamos.

Por los motivos expuestos, y habiéndose expedido el Fiscal Adjunto del Ministerio Público de la Provincia,

SE RESUELVE:

I) Hacer lugar al recurso de apelación promovido por los actores y, como consecuencia, revocar la Sentencia n.º xx, de fecha 08 de marzo de 2017, dictada por la Cámara Contencioso-Administrativa de Segunda Nominación de la ciudad de Córdoba.

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

IV) Imponer las costas a la vencida (art. 130 del CPCC por remisión del art. 17 de la Ley n.º 4915). Protocolícese, hágase saber, dese copia y bajen.-

- [1] Kemelmajer de Carlucci, Aída; Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014, La Ley, 8 de octubre de 2014.
- [2] Corte IDH, sentencia (fondo, reparaciones y costas), caso “Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, 24 de febrero de 2012, parágrafo 142.
- [3] Kemelmajer de Carlucci, Aída; Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014, ob. cit.
- [4] Rosatti, Horacio; El Código Civil y Comercial desde el Derecho Constitucional, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 201.
- [5] Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora; “Técnicas de Reproducción HumA. Asistida”, en Bergel, Salvador D.; Flah, Lily R.; Herrera, Marisa; Lamm, Eleonora y Wierzba, Sandra M.; Bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación, Bs. As., LL, 2015, p. 310.
- [6] 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”, parágrafo 272.
- [7] 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”, parágrafo 146.
- [8] Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora; “Técnicas de Reproducción HumA. Asistida”, ob. cit., p.297.
- [9] Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora; “Técnicas de Reproducción HumA. Asistida”, ob. cit., p.297.
- [10] 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”, parágrafo 149.
- [11] 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”, parágrafo 150.
- [12] Saba, Roberto; “Igualdad, clases y clasificaciones: ¿qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”, en Gargarella, Roberto (coordinador); Teoría y crítica del Derecho Constitucional, Bs. As., Abeledo Perrot, 2008, t. II, págs. 695 y 696.

[13] Briozzo, Soledad; “Algunas consideraciones sobre la protección del derecho humano a la salud reproductiva”, LL, DFyP, 6 de septiembre de 2017, 277, apartado IV.

TARDITTI, Aida Lucia Teresa

VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

SESIN, Domingo Juan

VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

RUBIO, Luis Enrique

VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

BLANC GERZICICH de ARABEL, Maria de las Mercedes VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

CACERES de BOLLATI, María Marta

VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

LOPEZ PEÑA, Sebastián Cruz

VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

SANCHEZ, Julio Ceferino VOCAL DE CAMARA