



Una categoría sospechosa y el derecho fundamental de la no discriminación a la mujer

Nombre y apellido: Constanza María Pujol

Legajo: VABG 106166

DNI: 23.519.984

Año 2022

Temática: Cuestiones de Género

Fallo: “O.,A. F. Y OTRO C/ADMINISTRACIÓN PROVINCIAL DEL SEGURO DE SALUD (APROSS) – AMPARO (Ley 4915) –RECURSO DE APELACIÓN” del Tribunal Supremo de Justicia de Córdoba, Sala Electoral y de Competencia Originaria Sentencia de fecha 27/02/2018

Profesor: Romina Vittar

Sumario:

I- Introducción. II- Antecedentes del caso. Historia procesal de la causa y decisión del TSJ. III- El amparo como medio más expedito de peticionar el reconocimiento de derechos constitucionales IV- Análisis de los argumentos centrales del TSJ V- Consideración sobre las técnicas humanas de reproducción asistida– VI- Reflexiones finales - VII- Conclusión - VIII-Referencias

I- Introducción:

El caso analizado a continuación es el resuelto en forma definitiva por el Tribunal Supremo de Justicia de Córdoba, mediante Sentencia de fecha 27/02/2018, en los autos “O.,A. F. Y OTRO C/ADMINISTRACIÓN PROVINCIAL DEL SEGURO DE SALUD (APROSS) – AMPARO (Ley 4915) –RECURSO DE APELACIÓN”¹, en los que se solicita la cobertura por parte de la Obra Social de una TRHA (Técnica de reproducción humana asistida).

Esta Sentencia, además de contener el debate sobre una cuestión muy íntima y sensible al ser humano, como lo es la decisión de concebir un hijo, muestra algunos condimentos y novedades que surgen a poco de su lectura. En ella podemos vislumbrar un reflejo de las problemáticas y dinámicas actuales de la familia y la sociedad.

El fallo evaluó cuestiones relevantes de la época, como ser: si hubo una transgresión del principio de igualdad ante la ley (art. 16 de la CN) del derecho de intimidad y autodeterminación (art. 19 de la CN) y de los Tratados Internacionales incorporados a nuestra Constitución mediante el art. 75 inc. 22., específicamente de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 1 y 16.1, inciso e)² y demás tratados sobre Derechos Humanos incorporados a nuestra Ley Suprema, como así también si se vulneró la Ley Nacional n.º 26.862³ de Reproducción Médicamente Asistida, con carácter de orden público.

El problema jurídico primordial que presenta este fallo es axiológico, esto es, la colisión de una propiedad relevante establecida en una regla (Resolución N°0087/10 de la APROSS)⁴ y un principio superior con jerarquía constitucional como es el derecho a la igualdad y a la no discriminación contra la mujer.

En las reflexiones que siguen, analizaré cómo interpretó el TSJ de Córdoba la jerarquía concerniente al derecho a la igualdad, contemplado en el articulado constitucional de la nación y el bloque de convencionalidad.

¹<https://om.csjn.gov.ar/JurisprudenciaOM/consultaOM/verSentenciaExterna.html?idJurisprudencia=4416>

² Convención sobre la Eliminación contra todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada en diciembre de 1979, por Res. 34/180 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Ley 23179 (1985). Incorporada al art. 75 inc. 22 de la CN, año 1994.

³ Ley 26.862 (2013) Honorable Congreso de la Nación Argentina y Decreto reglamentario 956/2013.

⁴Resolución APROSS N° 0087/10 B.O. 2010. Recuperado de: <http://www.desuso.apross.gov.ar/Multimedios/pdfs/768.pdf>

Asimismo, como un derivado de este problema, intentaré responder al interrogante de si existe en la normativa cuestionada una contradicción con el derecho a la salud reproductiva y a formar una familia, consagrados en la legislación mencionada supra.

Finalmente, efectuaré reflexiones respecto de la potestad/deber que del que han sido investidos los Tribunales argentinos por numerosas leyes contemporáneas, de juzgar con perspectiva de género y para resolver las cuestiones planteadas por las partes que involucran los principios consagrados en los Tratados internacionales incorporados mediante la reforma de la Constitución Nacional del año 1994, que gozan de jerarquía constitucional y supralegal y en su caso, tornarlos operativos.

II- Antecedentes del caso. Historia procesal y decisión del TSJ:

a) Antecedentes del caso:

Como todos los expedientes judiciales, que tratan de las historias de vida, en éste nos encontraremos con la de un matrimonio, formado por un hombre que no tuvo hijos y una mujer que fue madre de tres hijos de una unión anterior, que decide compartir un proyecto familiar en común y ansía completar e integrar sus sentimientos en un nuevo hijo.

Al no poder cumplir este anhelo, el matrimonio acude al diagnóstico científico en busca de una respuesta. El médico diagnostica infertilidad respecto de la pareja y le plantea la posibilidad de sortear ese impedimento mediante un tratamiento in vitro (técnica ICSI), que se inscribe dentro de las TRHA (Técnicas de Reproducción Humana asistida) reconocidas por nuestro ordenamiento legal (Código Civil y Comercial de la Nación, Ley Nacional N° 25.673⁵ y su reglamentaria N°26.862⁶ -de orden público y “de aplicación en todo el territorio de la República” (art. 10)- y la Ley provincial de Córdoba N°9695⁷).

En vista del diagnóstico brindado y a raíz del costo que insumen dichas técnicas, los actores solicitan a la obra social en la que se encuentran afiliados (APROSS), que les brinde la cobertura del tratamiento de fertilización asistida y reciben la negativa por parte de ésta invocando la resolución 0087/10⁸, reglamentaria de la ley 9.695⁹.

La resolución 0087/10¹⁰ mencionada, dispone excluir a las afiliadas que hayan tenido hijos biológicos de los alcances del programa de fertilización asistida aprobado por la resolución N° 178/09¹¹.

b) Historia procesal:

Ante la negativa a cubrir el tratamiento por parte de la Obra Social, los reclamantes deciden interponer un amparo regulado por la Ley provincial N°4915¹². La

⁵ Ley No. 25.673 de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, B.O. del 22/11/2002.

⁶ Ob. Cit. nota 3.

⁷ Ley 9695, Modificatoria Ley 9277, Provincia de Córdoba, B.O. 27/11/2009

⁸ Ob. Cit. nota 4.

⁹ Ob. Cit. nota 7

¹⁰ Ob. Cit. nota 4.

¹¹ Resolución APROSS N°0178/09, B.O.11/02/2010.

¹² Ley N°4915, Ley de Amparo, Provincia de Córdoba, B.O. 20/01/1967.

causa se inicia en la Cámara en lo Contencioso Administrativo de Segunda Nominación de la ciudad de Córdoba, la que por voto mayoritario, resuelve hacer lugar parcialmente a la acción interpuesta y ordenar a la APROSS que incluya al Sr. M. A. C. en el programa de fertilización asistida reclamado, hasta cubrir el 50% del costo de los aranceles y rechazar la demanda de la actora Sra. A. F. O., en virtud de dos consideraciones principales:

1) La reglamentación 0087/10¹³ de la APROSS que excluye de la cobertura del programa establecido por la Resolución N° 178/09¹⁴ de la Obra Social demandada a las afiliadas que hayan tenido hijos biológicos.

2) El argumento de que, al basarse el sistema de las obras sociales en la equidad y universalidad de sus prestaciones, se debe ampliar la posibilidad de formar una familia a personas que no hayan tenido hijos biológicos, asignando de manera eficiente los recursos escasos disponibles.

Por ello, considera el Tribunal Contencioso Administrativo, que no existió por parte de la Obra Social demandada discriminación ni arbitrariedad manifiesta respecto de la Sra. O. Asimismo rechaza el planteo de inconstitucionalidad de los actores respecto del art. 13 de la ley 9277¹⁵ y de las resoluciones de la APROSS N°00178/09 y 0087/10 y se imponen las costas por el orden causado.

Este fallo es apelado por los actores y los autos son elevados a conocimiento del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, donde se efectúa la fundamentación del recurso por la parte actora y el correspondiente traslado de ley, el que es contestado por la Obra Social demandada. Finalmente, se da intervención al Ministerio Público Fiscal, el que emite pronunciamiento opinando que el fallo debe ser revocado e ingresan los autos a resolución del Tribunal.

c) Decisión del Tribunal Supremo de Justicia:

La sala Electoral resuelve, por voto único y decisión unánime, hacer lugar a la apelación interpuesta por los actores y revocar la sentencia dictada por la Cámara en lo Contencioso Administrativo, en consecuencia dispone hacer lugar a la demanda promovida y disponer que la Obra Social demandada cubra el costo total (100%) del tratamiento de fertilización requerido por los actores. Finalmente efectúa una exhortación a la APROSS a que adecue las regulaciones y prácticas de las prestaciones en materia de técnicas humanas de reproducción asistida, a las disposiciones de la CN y de los tratados internacionales de derechos humanos. Impone las costas a la demandada vencida y no se pronuncia en la resolutive respecto de la inconstitucionalidad planteada por los actores.

d) Argumentos centrales de la decisión:

En los considerandos 7 de la Sentencia del TSJ, podemos distinguir que uno de los hechos en que se apoya para resolver la cuestión es la familia conformada por los actores. La familia ensamblada, “aquella que se constituye después de una separación, divorcio o viudez, cuando uno o ambos integrantes de la pareja tienen hijos de una unión

¹³ Ob. Cit. nota 4.

¹⁴ Ob. Cit. nota 11

¹⁵ Ley N° 9.277, Creación de la APROSS, Provincia de Córdoba, B.O.29/12/2005

anterior.”(Aída Kemelmajer de Carlucci, 2014, p.13) es el modelo de familia que formaron los actores y constituye el punto de partida del análisis efectuado; asimismo dota de entidad según su criterio a la demanda interpuesta, por el reconocimiento expreso que en los tratados internacionales tiene el derecho a fundar una familia y por el lugar central que a ésta le corresponde en la sociedad.

Otro hecho relevante tomado en cuenta, es la exclusión de la cobertura, tanto por parte de la APROSS como del Tribunal inferior en grado, respecto de la actora que ha tenido hijos biológicos, sin tener en cuenta las circunstancias particulares del caso. Cuestiona que ambos hayan considerado a la vida misma como una cuestión estática, sin mutación posible.

Agrega el Tribunal, en abono de su postura, el reconocimiento del derecho a la salud sexual y reproductiva, que menciona y transcribe en lo pertinente (considerandos 7) para poner de relieve que las personas físicas, en este caso los actores, gozan de la prerrogativa de decidir libremente sobre su derecho a concebir, las formas y los tiempos para hacerlo, así como a determinar el número de descendencia que desean.

Por último valora en el considerando 8 que el decreto reglamentario¹⁶ de la Ley N° 26.862¹⁷, en tanto norma complementaria del Cód. Civ. y Com., sienta como marco que el acceso a las prestaciones de reproducción asistida es irrestricto y no pueden introducirse requisitos previos para concederlo por lo que, infieren, se “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”.

Este último argumento es el central en el fallo y el que con detenimiento desarrollan los sentenciantes, efectuando un análisis de la exclusión efectuada, a la luz de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Estados Unidos y la CSJN.

III- El amparo como medio más expedito de petitionar el reconocimiento de derechos constitucionales

El amparo constituye, en el ámbito del derecho procesal argentino, la vía más expedita para petitionar ante las autoridades el reconocimiento de derechos, a los que quizá el tiempo que insumiría un proceso convencional y ordinario, podría tornar desventajosos, o bien ilusorios.¹⁸. Tiene dicho la Corte Suprema de la Nación que:

“Siempre que se amerite el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, deben los jueces habilitar las vías del amparo, ya que la existencia de otras vías procesales que pueden obstar a su procedencia no puede formularse en

¹⁶ Decreto n.º 956/2013, Reglamentario de la Ley N° 26.862 P.E.N., B. O. del 23/7/2013. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=217628>

¹⁷ Ob. Cit. nota 3.

¹⁸ CSJN “Daman S.A. s/ Amparo” Fallo del 15/10/1998. Recuperado de: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/consultaSumarios/buscarSumariosFallo.html?idSumario=34662>

abstracto sino que depende —en cada caso— de la situación concreta a examinar”¹⁹

En los fallos “Siri”²⁰ (año 1957) y “Kot”²¹ (de 1958) nuestro máximo Tribunal nacional receptó amparos interpuestos contra actos de autoridades públicas y contra particulares, introduciendo así este proceso en forma pretoriana, y como una derivación del hábeas corpus, en los casos en que “lo que estaba en juego no era su libertad ambulatoria, sino otros derechos que requerían protección inmediata” (Recalde, 2020, p.183).

La acción de amparo fue reglamentada tanto en el orden nacional (Ley N°16986²²) y provinciales (Ej.:Ley N° 4915²³ Córdoba) como el medio más acorde para petitionar la protección de estos derechos.

En el mismo proceso evolutivo y ya dentro del orden internacional, fueron reconocidas nuevas categorías de derechos como los de tercera y cuarta generación que surgieron del ordenamiento jurídico internacional a través de la Carta de las Naciones Unidas (1945)²⁴, La Declaración Universal de los Derechos del Humanos (1948)²⁵ y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1978)²⁶, entre otras fuentes, los que requerían de una efectiva y rápida tutela.

Estas nuevas categorías de derechos fueron definitivamente consagradas en nuestro ordenamiento por la reforma constitucional del año 1994 en el art. 75 inc. 22 e integran actualmente, dentro de los once instrumentos internacionales que menciona el inciso, el bloque de convencionalidad, con carácter complementario y jerarquía idéntica a nuestra Ley Suprema, como lo sostiene Bidart Campos (2013).

En consonancia con esta tendencia, la vía del amparo, de características y finalidad especiales ingresó en la reforma mencionada en el art. 43 como tutela contra actos de autoridades públicas o de particulares y contra cualquier forma de discriminación; lesión de los derechos ambientales, al derecho del usuario y del consumidor.

Asimismo, el artículo 75 inciso 23, incorporó como un deber del Congreso el de legislar sobre medidas de acción positiva a fin de garantizar la igualdad real de oportunidades en grupos vulnerables e históricamente discriminados o no escuchados, como posibles beneficiarios de este tipo de tutela. Ellos son; mujeres, niños, ancianos y personas con discapacidad.

¹⁹ CSJN María, Flavia Judith c. Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos y Estado provincial, 30/10/2007, Fallos: 330:4647

²⁰ CSJN “Siri, Angel S/Recurso de Hábeas Corpus” Fallo del 27/12/1957. Recuperado de: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/consultaSumarios/buscarSumariosFallo.html?idSumario=93809>

²¹ CSJN “Samuel, Kot S.R.L. S/Recurso de Hábeas Corpus” Fallo del 05/9/1958. Recuperado de: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/consultaSumarios/buscarSumariosFallo.html?idSumario=95236>

²² Ley N° 16.986, Acción de Amparo, B.O. del 20/10/1966.

²³ Ob. Cit. nota 12

²⁴ Carta de las Naciones Unidas, ONU, 1945. Recuperado de: <https://www.un.org/es/about-us/un-charter/full-text>

²⁵ Declaración Universal de los Derechos del Humanos, ONU, 10/12/1948. Recuperado de: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

²⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos 18/7/1978. Recuperado de: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Al día de hoy, nuestros Tribunales, de acuerdo con lo prescripto en la Ley suprema y la jurisprudencia de la CSJN, han receptado definitivamente a este medio como tutela de los derechos fundamentales tales como la vida y la salud de las personas: “En este sentido, la Corte ha dicho reiteradamente que tiene por objeto una efectiva protección de derechos (Fallos: 321:2823) y ha explicitado la imprescindible necesidad de ejercer esa vía excepcional para la salvaguarda del derecho fundamental de la vida y de la salud (Fallos: 325:292 y sus citas)”.²⁷

Entre los principios y derechos fundamentales reconocidos en los instrumentos internacionales incorporados a nuestra Carta Magna (art. 75 inc. 22), encontramos el principio de igualdad y no discriminación respecto de las mujeres contemplado en el articulado de la CEDAW²⁸ que será analizado en los siguientes párrafos a fin de contemplar el razonamiento del TSJ de Córdoba a la luz de las expresas previsiones contenidas en el mismo.

IV- Análisis de los argumentos centrales del TSJ

La discriminación arbitraria como negación de la igualdad no se encuentra expresamente contemplada en el articulado de la Constitución, pero su operatividad se colige de numerosos artículos (16, 33, 43) y surge de los tratados que integran el bloque de convencionalidad federal. Estos “obligan a dar efectividad a los derechos que reconocen, en favor de todas las personas; y de inmediato estipulan cuáles discriminaciones quedan impedidas (motivos de raza, nacimiento, sexo, religión, color, idioma, nacionalidad, origen social, opiniones, condición social, etc.)” (Bidart Campos, T. I, p. 144).

Nuestra Corte Suprema Nacional ha sostenido en numerosas oportunidades la característica fundamental que debe revestir un acto o una norma para respetar la igualdad ante la ley y, por ende, no resultar contrario al bloque de constitucionalidad y convencionalidad federal:

El principio de la igualdad de todas las personas ante la ley, según la ciencia y el espíritu de nuestra Constitución, no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias, de donde se sigue forzosamente que la verdadera igualdad consiste en aplicar en los casos ocurrentes la ley según las diferencias constitutivas de ellos. (Fallos 16:118)²⁹.

²⁷ Cám. Federal de Paraná: “T., S. R. C. IOSFA S/ AMPARO LEY 16986” Fallo del 09/05/2022. ERREIUS - Cita digital: IUSJU013909F; Recuperado de: <https://www.erreius.com/Jurisprudencia/documento/2022051110307784/amparo-de-salud-obras-sociales-cobertura-integral-protesis-criterio-medico>

²⁸ Ob. Cit. nota 2

²⁹ CSJN. Fallos 16:118 Recuperado de: http://www.sajj.gob.ar/doctrina/dacf070004-grillo-igualdad_condiciones.htm#:~:text=Nuestra%20Corte%20Suprema%20ha%20dicho,iguales%20circunstancias%2C%20de%20donde%20se

Y con respecto a la discriminación, señala que ella no implica sólo una distinción de trato de una persona respecto de otra, sino que además esta diferencia debe constituir un trato desfavorable a alguien por un motivo prohibido. Al contemplar el alcance de la Ley de Actos Discriminatorios (Ley N° 23.592)³⁰, la CSJN sostuvo que “...ésta no sanciona toda discriminación, sino exclusivamente aquella que en forma arbitraria restrinja de algún modo o menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional” (Fallos 314:1531³¹ y ss.).

A diferencia de lo que sostiene el Tribunal Supremo de Justicia de Córdoba en el considerando 8, entiendo que surge a priori que la denegación contenida en la resolución N°0087-10³² de la APROSS configura una abierta transgresión al art. 16.1, inciso e, de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en tanto niega a las afiliadas que hayan tenido hijos biológicos a la fecha del dictado de la resolución, respecto a los hombres, “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” (CEDAW³³, 1979).

Este adelanto de mi postura respecto al fallo corresponde a los argumentos que desarrollaré a continuación y a la doctrina y jurisprudencia citada en los mismos. Sin embargo, en el análisis de todos los argumentos expresados, se llegará a la certeza de la validez de esta afirmación.

En su fallo el TSJ, expone que la exclusión respecto de la actora establece un factor de distinción por razones de sexo que no está debidamente justificado y que corre el “severo riesgo de estatuir”(sic) una “categoría sospechosa” de vulnerar el principio de igualdad (como se denomina a las comprendidas en este tipo de discriminación en la jurisprudencia de la Corte Suprema de EEUU).

La Corte de la Nación, con cita de la jurisprudencia de su par estadounidense ha efectuado un largo análisis en el transcurso de los años, a través de los casos que llegaron a su resolución y, en el decir de Saba (2008), ha concluido que para que una diferencia de trato no sea considerada como formación de las denominadas “categorías sospechosas”, la categoría o distinción efectuada debe ser razonable, no debe ser arbitraria y además “debe fundarse la diferencia de trato en una relación justa y sustancial entre ella y el objeto buscado por la legislación, de modo que todas las personas ubicadas en circunstancias similares deben ser tratadas del mismo modo.”.

³⁰ Ley N°23.592 Ejercicio de Derechos y Garantías Constitucionales -Medidas contra Actos Discriminatorios-B.O. 05/9/1988.

³¹ CSJN “Comunidad Homosexual Argentina c/ Resolución Inspección General de Justicia s/ personas jurídicas” Fallo del 22/11/1991. Recuperado de: <https://sjconsulta.esjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=2974>

³² Ob. Cit. nota 4

³³ Ob. Cit. nota 2

Ninguno de los parámetros anteriores pareciera aplicarse a la exclusión que efectúa la resolución cuestionada de las “mujeres que hayan tenido hijos” que merezca reconocer que no vulnera la Constitución y la CEDAW³⁴.

Con respecto a la razonabilidad la Rae nos dice que es “Cualidad de razonable (ll conforme a razón)” y al buscar el término “razón”, encontramos la “Razón de Estado”, que es la que más se aproxima a los objetivos y términos debatidos en este caso, definida como: 2. f. Consideración de interés superior que se invoca en un Estado para hacer algo contrario a la ley o al derecho.

Para tener razonabilidad, el reglamento 0087/10³⁵, debería estar fundamentado en algún interés superior, cosa que no ocurre. Además, respecto a la no arbitrariedad, tendría que superar el mismo filtro, porque de él no se desprenden razones válidas para su dictado. Y la relación justa entre la diferencia de trato y el objeto buscado tampoco sería un parámetro que el análisis de este reglamento pudiera superar, dado que tampoco contiene precisiones sobre el objeto que persiguió su dictado.

En definitiva, y más allá de la opinión personal vertida, agregaré que nuestro máximo Tribunal:

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 nacionalidad² o el sexo³, se presumen inconstitucionales por violar el derecho a la igualdad ante la ley establecido en la Constitución Nacional en su Artículo 16⁴. (Saba, 2008, p. 2)

Esta presunción invierte la carga de la prueba y pone en cabeza del órgano que dictó el acto, el deber de probar en el proceso judicial, que éste no reúne las características reseñadas, es decir, que no violaría el principio de igualdad constitucional y releva a la parte damnificada de tener que efectuar en la causa prueba alguna respecto de esta situación.

En efecto, pareciera que ninguno de estos extremos fue justificado por la APROSS según surge de los fundamentos transcriptos en el fallo. La exclusión que plantea es a todas luces inconstitucional, efectuado el “escrutinio estricto” propuesto por el Tribunal de Estados Unidos y vulnera tanto el derecho a la igualdad contemplado en el art. 16 de la Constitución Nacional como el artículo citado de la CEDAW. Su redacción margina de los alcances del programa aprobado por la resolución 178/09³⁶, sin dar lugar a dudas y sin justificar un interés superior, a las mujeres (Afiliadas) que hayan tenido hijos biológicos.

Afirma Bidart Campos que:

³⁴ Ob. Cit. nota 2

³⁵ Ob. Cit. nota 4

³⁶ Ob. Cit. nota 11

Como el derecho judicial de la Corte tiene establecido que los jueces no pueden prescindir de las normas vigentes que resultan aplicables a las causas que han de sentenciar, salvo cuando a esas normas las declaran inconstitucionales, hemos de aceptar que para desaplicar una norma injusta el juez tiene que declararla inconstitucional. (Bidart Campos T I P. 27/28)

Aquí se encuentra la primera y más relevante cuestión a resolver en el caso analizado. A priori luce como una contradicción afirmar en el fallo que las normas, prácticas y reglamentaciones deben ser adecuadas a las disposiciones de la CN y de los tratados internacionales de derechos humanos y luego agregar que su reglamento y/o artículo discriminatorio no será declarado inconstitucional ya que éste “es el último recurso al que se debe acudir”. Esta contradicción reviste suma gravedad tratándose de una cuestión de género, ya que en lo referente a la no discriminación de las mujeres, nuestro país ha convenido la adopción de medidas de acción positiva para contrarrestar la segregación por género y revertir los patrones socioculturales que la sustentan.

Expresa la CEDAW³⁷ que los países firmantes “convienen en seguir, **por todos los medios apropiados y sin dilaciones**, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto se comprometen a:... c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, **la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación**. (art. 2).

Además, en el art. 7 de la Ley 26.485³⁸ se pone en cabeza de los tres poderes del Estado, sean del ámbito nacional o provincial, la adopción de “las medidas necesarias” y precisa que “ratificarán en cada una de sus actuaciones el respeto irrestricto del derecho constitucional a la igualdad entre mujeres y varones.”

Para zanjar la contradicción que surge de la resolución cuestionada con la normativa, obiter dicta, el Tribunal efectúa un llamado a que se adecúe la reglamentación de la demandada a los lineamientos de los numerosos tratados internacionales sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres a fin de evitar posibles responsabilidades internacionales, en especial ante la CIDH de continuar su incumplimiento.

Afirma el Tribunal que esta exhortación se adecua al mandato de conocer y decidir sobre los puntos regidos por la Constitución, en conexión con el deber de velar que se dicten “las medidas legislativas o de otro carácter” (sic) que sean necesarias para asegurar los derechos y garantías reconocidos por la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH, art. 2).

³⁷ Ob. Cit. nota 2

³⁸ Ley 26.485. (2009). Ley de Protección Integral a las Mujeres. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

Pues bien, las medidas adoptadas, como veremos a continuación, no han surtido el efecto deseado y siguen en pugna las disposiciones del reglamento cuestionado y los derechos de las afiliadas.

Como bien lo señala en su razonamiento el Tribunal, si la suerte hubiese querido que sea el hombre en esta pareja el que contara con hijos biológicos de una previa unión y la mujer no fuese madre biológica con anterioridad, los actores quizá no hubiesen necesitado el auxilio de la justicia para hacer valer sus derechos, y el actor podría haber sido beneficiado por la cobertura de la APROSS sin necesidad de transitar una instancia judicial que supone, además de erogaciones económicas, desgastes emocionales para las víctimas de este tipo de discriminaciones injustas.

Esta reflexión, relativiza cualquier otro argumento de la demandada y coloca a esta decisión de no declarar inconstitucional una reglamentación que a todas luces lo es, dentro del reproche de las omisiones reclamadas insistentemente a nuestros Tribunales por la CIDH respecto a la eficiencia y, sobre todo a la eficacia³⁹ que deben primar en las instancias jurisdiccionales, máxime cuando, transcurridos casi dos años del fallo en estudio, el mismo Tribunal (con diferencia de integración respecto de un solo miembro)⁴⁰, continúa desarrollando los mismos argumentos y efectuando textualmente la misma exhortación que hiciera en el caso bajo análisis.

Una sentencia dictada en un caso similar por el TSJ en forma posterior a la comentada, demuestra que la demora en tramitar y resolver con acierto los asuntos que requieren de mayor celeridad puede llevar a la revictimización, o a tornar ilusorios los derechos de las mujeres. El fallo⁴¹ hizo lugar parcialmente a la demanda, con costas por el orden causado y con una previsión de posibilidades de lograr el embarazo deseado mucho más baja, en virtud de los avatares de un proceso que demoró dos años en ser resuelto entre ambas instancias.

V- Consideración sobre las técnicas humanas de reproducción asistida

Es necesario, además, reflexionar sobre la importancia de las TRHA en la actualidad, a partir de las novedosas formas de constitución familiar que fueran receptadas por nuestro ordenamiento de fondo (Cód. Civ. y Com.), ya que la familia devino en una institución cultural con numerosas tipologías de concertación. La realidad actual nos muestra, a la par de la familia tradicional, familias ensambladas o formadas por personas de igual sexo, que merecen la protección legal que emana de nuestra Ley Suprema.

³⁹ Corte IDH. Caso Furlan y familiares Vs. Argentina. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246196 196.

⁴⁰ TSJ de Córdoba “A., V. L. y Otro C/Adminstración Provincial Del Seguro De Salud (APROSS) – Amparo (LEY 4915) – Recurso de Apelación”, Sent. del 27/12/2019, Recuperado de: <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2020/01/FA.-PCIAL.-TRIB.-SUPERIOR-JUSTICIA-C%C3%93RDOBA.-TRHA-Cobertura.-.pdf>

⁴¹ TSJ de Córdoba “A., A. D. V. y Otro C/ Administración Provincial de Seguros de Salud (APROSS) - Amparo (LEY 4915) - Recurso de Apelación” Sentencia del TSJ de fecha 17/10/2019, Recuperado de: <https://om.csjn.gov.ar/JurisprudenciaOM/consultaOM/verSentenciaExterna.html?idJurisprudencia=4454>

Como sostienen Bladilo, De La Torre, Herrera (2017), las TRHA surgieron como una respuesta hacia la infertilidad y luego se convirtieron en el acceso a la paternidad para muchas personas y parejas en el mundo que no necesariamente contaran con ese diagnóstico médico. Con la incorporación al Cod. Civ. y Com. de las mismas como una fuente generadora de filiación, se reconocieron situaciones que ya de hecho existían.

Si en el caso que analizamos, la actora hubiese formado una pareja con otra mujer, ambas tuvieran hijos biológicos y fueran afiliadas a la APROSS, la exclusión hubiera sido doble.

La mención en el fallo: “Esta forma de razonar pondría a las mujeres encerradas en dicha categoría en desigualdad primordial respecto de los hombres que también contaran con hijos biológicos” es una clara definición de la discriminación arbitraria que sufrieron en particular la actora y en general, las mujeres comprendidas por la mentada resolución. Las mismas fueron excluidas desde su dictado, del “derecho inalienable de fundar una familia”.

Una vez más aparece en escena el principio de igualdad y no discriminación.

No es una patología o una "cuestión de salud" la que está presente en toda situación de reproducción asistida, como acontece cuando se trata de una pareja integrada por dos personas del mismo sexo o en casos de mujeres sin pareja.¹¹ Aquí es otro el derecho humano comprometido, a saber: el derecho a formar una familia. (Bladilo, De La Torre, Herrera, 2017).

Si tenemos en mira el universo de casos que se tramitan actualmente y que van seguir presentándose en la justicia referidos a la denegación de cobertura de estos tratamientos por parte de las obras sociales que integran el sistema de salud argentino, se debería poner énfasis en la unificación de criterios y la adopción de medidas acordes, tanto a la naturaleza de los derechos reclamados, como a la legislación dictada como contrapartida de la evolución de las formas de estar en familia.

VI- Reflexiones finales

La declaración de inconstitucionalidad, si bien no tiene efecto “erga omnes”, tendrá como consecuencia que “ante una sentencia judicial, sobre todo si emana de la Corte Suprema que considera inconstitucional a un acto o una ley, el efecto se multiplicará y sus efectos se proyectarán hacia todos los otros casos futuros ” (Recalde, p. 323).

También habrá una modificación necesaria en el comportamiento de los prestadores de servicios de salud que, al decir de Bidart Campos (2002), aprenderán una lección de rango constitucional, como lo es la primacía de la dignidad de la persona humana, su vida y su salud sobre las ganancias económicas.

Más allá de todas las argumentaciones jurídicas referidas a una u otra postura respecto a los límites de la decisión de los órganos jurisdiccionales reflejadas en este fallo y

de los intentos de doctrina y jurisprudencia por sistematizar los supuestos que contemplan las normas, no debemos olvidar que el derecho no es una ciencia exacta, sino social y es esta característica, la que le da una impronta de humanidad a las resoluciones de los órganos jurisdiccionales.

Esto es, creo, la razón de ser de los mismos, la resolución de los casos complejos, siempre será (o debería ser) la de un hombre o mujer, contemplando con empatía y razonabilidad, la vida de otros hombres y mujeres. Couture (2010, ps. 288 y 289) lo explica de forma prístina:

La lógica juega un papel preponderante en toda actividad intelectual; pero su función no es exclusiva. Ni el juez es una máquina de razonar ni la sentencia una cadena de silogismo. Es, antes bien, una operación humana, de sentido preferentemente crítico, pero en la cual la función más importante incumbe al juez como hombre y como sujeto de voliciones. Se trata, acaso, de una sustitución de la antigua logicidad de carácter puramente deductivo, argumentativo, conclusional, por una logicidad de carácter positivo, determinativo, definitorio.

En este sentido, los Tribunales Supremos provinciales, deben ser la guía de los tribunales inferiores para evitar a las partes y al mismo órgano jurisdiccional, el desgaste y los perjuicios señalados en el apartado IV, que implica la tramitación de una causa, cuando no la imposibilidad económica de hacerlo. Deben, además, receptar los precedentes de la CSJN para dotar al sistema jurídico de unidad (Bidart Campos, P. 51) Cuentan, para ello con amplias facultades de acuerdo a cada ordenamiento procesal. Lo que no tienen permitido hacer, es apartarse de la ley aplicable al caso sin declararla inconstitucional.

VII.- Conclusión

Luego de las reflexiones efectuadas, puedo afirmar que la resolución 0087/10 de la demandada, sin lugar a dudas estatuye una categoría sospechosa y viola sin razones válidas, ni fundamentos, la igualdad entre mujeres y hombres. De haber declarado su inconstitucionalidad el TSJ, hubiera evitado posteriores causas por el mismo motivo y la frustración de los derechos reproductivos de muchas mujeres.

La contradicción existente entre los razonamientos efectuados por el TSJ y lo resuelto, es consecuencia de la tibia postura asumida. Los argumentos poco contundentes y nada claros para descartar la inconstitucionalidad, llevaron al dictado de una Sentencia que si bien en su resolutive respeta la perspectiva de género y se adecua a la normativa constitucional y convencional, resulta en sus esquivas decisiones vacía de justicia.

VIII- Referencias

Doctrina

- Bidart Campos, Germán (2002)**, Los contratos de adhesión a planes médicos. El derecho a la salud y a la vida, más algunas aperturas y estrecheces judiciales, La Ley, 2002-C, 628).
- Bidart Campos, Germán (2013)** Manual de la Constitución Reformada”, Ediar, 2013.
- Bladilo Agustina, De la Torre Natalia, Herrera Marisa (2017)**, “Las técnicas de reproducción humana asistida desde los derechos humanos como perspectiva obligada de análisis”, Rev. IUS vol.11 no.39 Puebla ene./jun. 2017
- Couture, Eduardo (2010)** Fundamento del Derecho Procesal Civil, La Ley 26/11/2007, 1
• LA LEY 2007-F , 1434
- Kemelmajer de Carlucci, Aída (2014)**, Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014 - Revista Jurídica La Ley - 8 de octubre de 2014.
- Recalde, María Cecilia (2020)**, Comentarios a nuestra Constitución Nacional; prólogo de Mario A.R. Midón, 1ª ed., Ed. ConTexto, 2020.
- Saba, Roberto (2008)**; “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.

Legislación:

- Constitución de la Nación Argentina Ley 24430, (1994)** Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>.
- Ley 23179 (1985). Incorporada al art. 75 inc. 22 de la CN, año 1994.** Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW). Honorable Congreso de la Nación Argentina. Recuperado de: <https://e-legis-ar.msal.gov.ar/hdocs/legisalud/migration/html/6452.html>
- Ley 26.994 (2014)**, Código Civil y Comercial de la Nación, B.O. 08/10/2014
- Ley 26.862 (2013)** Honorable Congreso de la Nación Argentina, B.O. 26/6/2013 y Decreto reglamentario de la misma N°956/2013.P.E.N., B. O. 23/7/2013

Resolución APROSS N° 0087/10 B.O. 2010. Recuperado de:
<http://www.desuso.apross.gov.ar/Multimedios/pdfs/768.pdf>

Resolución APROSS N°178/09 B.O. 11/02/2010. Recuperado de:
<https://www.desuso.apross.gov.ar/Multimedios/pdfs/769.pdf>

Ley No. 25.673 (2002) de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, B.O. del 22/11/2002.

Ley 9277 (2005), Creación de la APROSS, Provincia de Córdoba, B.O.29/12/2005.
Recuperado de: <https://e-legis-ar.msal.gov.ar/hdocs/legisalud/migration/html/12951.html>

Ley 9695 (2009), Modificatoria Ley 9277, Provincia de Córdoba, B.O. 27/11/2009.
Recuperado de: <https://e-legis-ar.msal.gov.ar/hdocs/legisalud/migration/html/15400.html>

Ley N°4915 (1967), Ley de Amparo, Provincia de Córdoba, B.O. 20/01/1967

Ley N° 16.986 (1966), Acción de Amparo, B.O. del 20/10/1966

Carta de las Naciones Unidas (1945), ONU, 1945.

Declaración Universal de los Derechos del Humanos (1948), ONU, 10/12/1948.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (1978) 18/7/1978.

Ley N°23.592 (1988) Ejercicio de Derechos y Garantías Constitucionales -Medidas contra Actos Discriminatorios- B.O. 05/9/1988.

Ley 26.485 (2009). Ley de Protección Integral a las Mujeres. Honorable Congreso de la Nación Argentina.B.O. 14/4/2009.

Jurisprudencia

TSJ de Córdoba “O.,A. F. Y OTRO C/ADMINISTRACIÓN PROVINCIAL DEL SEGURO DE SALUD (APROSS) – AMPARO (Ley 4915) –RECURSO DE APELACIÓN” Fallo del 27/12/2018.

CSJN “Daman S.A. s/ Amparo” Fallo del 15/10/1998.

CSJN María, Flavia Judith c. Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos y Estado provincial, 30/10/2007, Fallos: 330:4647

CSJN “Siri, Angel S/Recurso de Hábeas Corpus” Fallo del 27/12/1957

CSJN “Samuel, Kot S.R.L. S/Recurso de Hábeas Corpus” Fallo del 05/9/1958.

Cámara Federal de Paraná “T., S. R. C. IOSFA S/ AMPARO LEY 16986” Fallo del 09/05/2022. ERREIUS - Cita digital: IUSJU013909F

CSJN “Comunidad Homosexual Argentina c/ Resolución Inspección General de Justicia s/ personas jurídicas” Fallo del 22/11/1991.

Corte IDH. Caso Furlan y familiares Vs. Argentina. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246196 196.

TSJ de Córdoba “A., V. L. y Otro C/Adminstración Provincial Del Seguro De Salud (APROSS) – Amparo (LEY 4915) – Recurso de Apelación”, Sent. del 27/12/2019.

TSJ de Córdoba “A, A. D. V. y Otro C/ Administración Provincial de Seguros de Salud (APROSS) - Amparo (LEY 4915) - Recurso de Apelación” Sentencia del TSJ de fecha 17/10/2019.