

Filiación ~ Filiación en caso de técnicas de biogenética

Autores: Perez, Agustina; Vázquez Acatto, Mariana

Título: Donación de gametos y derecho a formar una familia en parejas del mismo sexo. ¿Cómo entender el acceso integral a técnicas de reproducción humana asistida en clave de derechos humanos?

Fallo Comentado: Tribunal Criminal Nro. 4 de La Plata ~ 2014-06-18 ~ N., V. A. y otra c. Instituto Obra Médica Asistencia (IOMA) s/ amparo

Publicado: RDF - 2015-I - 54

(*)

(**)

I. Introducción

El presente artículo se propone reflexionar acerca de un caso en que se resuelve otorgar la cobertura médica del tratamiento de fertilización in vitro (FIV) con donación de gametos a una pareja del mismo sexo, conformada por dos mujeres, en el ámbito de la provincia de Buenos Aires. Las actoras habían interpuesto una acción de amparo contra su obra social —IOMA (Instituto Obra Médico Asistencial de la Provincia de Buenos Aires)— con el objeto de que ésta responda por los gastos requeridos para la realización de un tratamiento de fecundación in vitro (FIV) con donación de gametas (en este caso, óvulos y esperma), dado que les resultaba imposible concebir de cualquier otro modo.

En las páginas que siguen, nos proponemos desarrollar los argumentos esgrimidos por las partes y los que motivaron la resolución del tribunal (1), así como la normativa vigente al momento de la emisión del fallo. Asimismo, realizaremos un análisis de constitucionalidad-convencionalidad de la norma provincial y haremos un recorrido por la jurisprudencia en materia de cobertura de los tratamientos de técnicas de reproducción humana asistida (en adelante TRHA) con ovodonación (donación de óvulos) para, finalmente, introducir las modificaciones realizadas en la legislación de la provincia de Buenos Aires, así como algunas disposiciones que prevé el proyecto de ley especial para la regulación de las TRHA, que cuenta actualmente con media sanción del Congreso Nacional (2).

II. Los hechos

La Sra. N., de 39 años y la Sra. B., de 51, se encuentran unidas en matrimonio. La Sra. N. sufre de endometriosis, con un diagnóstico de esterilidad primaria de varios años de evolución, según indican los peritos, mientras que la Sra. B. carece de útero. Por tal motivo, sumado a las fallas en tratamientos médicos previos, los profesionales intervinientes recomendaron la ovodonación con semen heterólogo.

La pareja inició trámite administrativo nro. 101.903/13, requiriendo cobertura de la técnica con donación de gametos y adjuntando oportunamente historia clínica. El día 1° de agosto de 2013 les fue denegada la práctica por parte de IOMA, argumentando que ella no encuadraba dentro de las resoluciones 8538/2010 (y su modificatoria 4310/2012) correspondientes a la fertilización asistida.

En virtud de ello, las Sras. N. y B. promueven acción de amparo contra IOMA, solicitando la cobertura integral de un tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad con donación de óvulos y de espermatozoides, debido a las patologías de infertilidad particulares que padecen, mientras se mantenga la prescripción médica.

III. Argumentos de las partes

1. Parte actora

Los argumentos de la parte actora se basan en el derecho a la salud, a la igualdad y a la no discriminación, así como en la arbitrariedad derivada de la aplicación de la ley provincial.

En primer término, las Sras. N. y B. argumentan que la obra social, al denegar la cobertura del tratamiento, lesiona su derecho a la salud y el derecho a la igualdad. En este sentido, entienden a la salud en los mismos términos de la Organización Mundial de la Salud (OMS), es decir, como un estado completo de bienestar físico, mental y social; que se encuentra contemplado en los artículos 14, 14 bis, 33, 42 y 75, inciso 22, de la

Constitución Nacional; 28 y 36, inciso 8º, de la Const. prov. (Bs. As.); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 22 y 25; Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 12, numeral 1º y numeral 2º, apartado d); Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), arts. 4º y 5º, normas estas que garantizan el derecho a la salud, a la integridad personal y al bienestar, destacando, además, que "...en el Preámbulo de la Organización Mundial de la Salud (OMS) se afirma que 'el beneficio de gozar de elevados niveles de salud, es uno de los derechos fundamentales de cada ser humano, sin distinción de raza, religión, credo político, condición social o económica'".

Por otro lado, las amparistas argumentan que la resolución invocada para la denegatoria del tratamiento por parte de IOMA limita en forma arbitraria e irrazonable la posibilidad de realizar tratamientos a las parejas de distinto sexo, y restringe este derecho a otras, por no permitir la donación de gametos (óvulos y espermatozoides) o embriones, necesarias para la procreación por medio de técnicas en casos de parejas del mismo sexo.

Agregan que si el Estado ha reconocido el derecho al matrimonio igualitario, lo debe hacer en su totalidad, y eso es sin restringir en modo alguno la formación de una familia.

Por otro lado, las actoras manifiestan que las restricciones para la aplicación de la ley 14.208 entran en colisión con las disposiciones de la ley 26.845 y el art. 12 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Por último, entienden que la resolución impugnada impone restricciones insalvables para la pareja, como lo es la donación de gametos, sin los cuales un matrimonio igualitario como el de ellas se ve impedido de procrear. Invocan la inconstitucionalidad de la ley provincial, por arbitraria y discriminatoria, aduciendo que precisamente la aplicación de dicha ley por la demandada obligó a su parte a acudir ante un órgano jurisdiccional para el reconocimiento de los derechos invocados, que claramente son reconocidos por la ley nacional 26.862, jerárquicamente superior a la ley provincial, teniendo en cuenta la pirámide normativa que rige nuestro sistema jurídico.

2. Parte demandada

La obra social IOMA denegó el tratamiento solicitado por las actoras por no encuadrar éste dentro de la resolución 8538/2010 (y su modificatoria 4310/2012) y luego, frente a la demanda judicial interpuesta por las actoras, adujo que ese accionar se ajustó a derecho, no resultando ilegítimo ni arbitrario.

Argumentó en ese sentido que la ley provincial por la que se rigen —ley 14.208— no contempla la utilización de óvulos o semen heterólogo (no perteneciente a la pareja), sino que reconoce la cobertura médico asistencial de las prácticas homólogas (con gametos propios de la pareja). Resalta, además, que la normativa nacional, ley 26.862, si bien "es de orden público y resulta operativa para las provincias como 'piso o mínimo docente', contiene normas no operativas ni imperativas en el orden público local", por lo que no le es aplicable. Para el caso en que el tribunal la considere aplicable, la demanda reafirma que la norma nacional delega competencia a la autoridad de aplicación provincial; por tanto, admite a IOMA fijar el modo y el lugar donde realizar los tratamientos, habilitar los establecimientos destinados a aportar gametos y auditar el tratamiento, de ser necesario.

Considera que en virtud de dicha ley y su reglamentación, para que el Instituto cubra económicamente el tratamiento, debe además probarse que él resulta ser el adecuado para el caso concreto y que tiene posibilidades médicas favorables.

Sustentado en estos argumentos, la demandada solicita que, en principio, de resolverse la aplicación al caso de la ley provincial 14.208, se rechace la demanda; y subsidiariamente, de considerarse aplicable la ley nacional 26.862, requiere que se "adecue el caso a la misma, y a lo que fije IOMA, de acuerdo a sus competencias reservadas".

IV. La regulación del acceso a las técnicas de reproducción humana asistida al momento del fallo

En el ámbito de la provincia de Buenos Aires, finalizando el año 2010, se sanciona la ley 14.208 (3) de cobertura médica de los tratamientos de reproducción humana asistida, que en su artículo 1º reconoce a la infertilidad como una enfermedad, por tanto ordena la cobertura médico asistencial integral de los tratamientos, pero la limita a aquellas técnicas homólogas reconocidas por la OMS. A su vez, en el artículo 4º establece, para acceder a las TRHA, el requisito de ser habitante de la provincia, con un mínimo de residencia de dos años, debiendo

priorizarse en el acceso a quienes carezcan de cobertura médica.

El decreto reglamentario 2980/2010 (4), por su parte, define a las técnicas homólogas como aquellas en las que se utiliza gametas propias de cada integrante de la pareja (art. 1º), y agrega otras limitantes al acceso: como la edad de las mujeres (entre 30 y 40 años), la prioridad de las parejas que no tengan hijos producto de dicha relación, la cantidad de tratamientos a realizar (un tratamiento de alta complejidad por año, hasta un máximo de dos), entre otros.

Como consecuencia de dicha regulación, se circunscribió la cobertura de los tratamientos a las parejas heterosexuales cuyos gametos fueren útiles y se les negó el acceso: a las parejas heterosexuales en las que los gametos de alguno de sus integrantes no fueran aptos para la fecundación, a aquellas personas solas que proyectaren formar una familia monoparental y también a aquellas parejas del mismo sexo, que necesariamente requieren de la donación de gametos de terceros para poder llevar a cabo su proyecto parental. Algunos denominan estas dos últimas situaciones como casos de infertilidad "social" o "estructural"(5), dado que su imposibilidad de procrear está dada por factores vinculados a la composición de la pareja, independientemente de su salud física.

Posteriormente, y avanzando con la ejecución de los derechos garantizados por la norma, el Instituto de Obra Medico Asistencial (IOMA) emitió la resolución 8538/2010 (6), la que, en lo que a este caso interesa, establece respecto de los criterios para la inclusión de los afiliados (1.B) que "la atención en fertilización asistida homóloga está dirigida a las parejas de afiliados de IOMA con diagnóstico de infertilidad, y tiene como objetivo principal brindar la cobertura necesaria que permita la concepción de un hijo biológico dentro de la pareja constituida. La Ley Provincial de Fertilización Asistida 14.208 y su decreto reglamentario 2980 así como la presente resolución, entienden por 'homóloga' a toda técnica de fertilización asistida que emplee gametas sólo provenientes de ambos miembros de la pareja, por lo tanto no se podrán ingresar solicitudes de cobertura que no cumplan con la inclusiones emanadas de dicha ley". Consecuentemente, la resolución establece, entre las exclusiones de la cobertura (punto 1.C)], las "c) Solicitudes de donación de gametas (óvulos o espermatozoides) o de embriones" y la "d) Inseminación con semen heterólogo, entendiéndose por semen heterólogo a aquél proveniente de un hombre que no sea el integrante de la pareja".

Es dable destacar, tal como lo hace el tribunal en su fallo, que la normativa anteriormente expuesta (de diciembre 2010 y enero 2011) fue sancionada con posterioridad a la incorporación del matrimonio civil de parejas del mismo sexo en nuestro ordenamiento jurídico, por ley nacional 26.618, sancionada el 15 de julio de 2010.

Por su parte, y siendo el caso de la provincia de Buenos Aires un antecedente de gran relevancia en torno a la regulación de las TRHA, el Congreso de la Nación sancionó en el año 2013 (7) la ley 26.862, de "Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción medicamente asistida", la que posteriormente fue reglamentada por el decreto 956/2013 (8).

La normativa nacional amplía los términos en los que se había regulado el acceso a las técnicas en el ámbito de la provincia de Buenos Aires, no definiendo a la infertilidad, ni viendo a las técnicas desde la óptica del derecho a la salud únicamente, sino más bien garantizando el acceso integral a los procedimientos a toda persona mayor de edad que hubiere prestado su consentimiento previo, libre e informado, independientemente de cuál sea su orientación sexual o estado civil.

Específicamente, el artículo 8º de la ley nacional establece que tanto el sector público como privado de salud, las obras sociales y las entidades de medicina prepaga "incorporarán como prestaciones obligatorias y a brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción medicamente asistida, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación. Quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO) estos procedimientos, así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad de aplicación, la cual no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios" (el destacado nos pertenece).

En lo que respecta a la donación de gametos, el decreto reglamentario agrega que, de requerirse gametos o embriones donados, éstos deberán provenir exclusivamente de los bancos de gametos o embriones debidamente inscriptos en el Registro Federal de Establecimientos de Salud (ReFES), que funcionará dentro de la órbita de la autoridad de aplicación. A su vez, la donación de gametos y/o embriones deberá estar incluida y nunca tendrá

carácter lucrativo o comercial.

En síntesis, es posible concluir que la norma nacional, vigente al momento en que se denegara la cobertura solicitada por las amparistas, ya había ampliado los derechos en torno al acceso y cobertura de TRHA que otorgaba la norma provincial y, por tanto, era preciso aplicarla al caso en concreto.

V. Lo resuelto por el tribunal

El tribunal, en su análisis, retoma, en primer lugar, a la CADH y la consecuente obligación que nació para el Estado argentino de adecuar la legislación interna a la Convención. Enfatiza que dicha obligación se reitera en el art. 28, CADH, que, bajo el acápite "Cláusula Federal", establece para los Estados federales la obligación del gobierno nacional de tomar de inmediato las medidas pertinentes para que las provincias adecuen también su legislación a los postulados internacionales.

Luego de concordar con que el amparo era la vía idónea para el reclamo, el tribunal pasa a fundar sus argumentos primera y principalmente en el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) "Artavia Murillo v. Costa Rica"⁽⁹⁾, del 28 de noviembre de 2012. Destaca que en dicha oportunidad la Corte IDH estableció que el art. 11 de la CADH conlleva a "la debida protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada y familiar"⁽¹⁰⁾. Luego resalta el precedente "Atala Riffo y Niñas v. Chile"⁽¹¹⁾, oportunidad en que la Corte IDH dispuso: "la orientación sexual de una persona también se encuentra ligada al concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones"⁽¹²⁾. Señala entonces la existencia de un derecho a la vida privada y vida privada familiar que incluye el derecho a la integridad física y psíquica de una persona.

Luego cita algunos precedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y observaciones del Comité de Derechos Humanos y enumera artículos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Protocolo de San Salvador, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, entre otros, todos ellos en relación a la vida privada, la libertad reproductiva, el derecho al acceso al progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva, el derecho a formar una familia ligado con los anteriores e incluso realiza un análisis, basado casi íntegramente en el caso "Artavia Murillo", acerca del embrión no implantado y si éste es o no es persona, cuestión que si bien no se circunscribía al thema decidendum del caso, motivó una opinión del tribunal al respecto.

Respecto de la normativa provincial, el tribunal destaca que, como señalamos en el acápite anterior, todas ellas (ley provincial, decreto y resolución 8538/2010 de diciembre de 2010 y enero de 2011) son posteriores a la sanción de la ley 26.618 de Matrimonio Civil, de julio de 2010 (popularmente conocida como Ley de Matrimonio Igualitario), "de lo que cabe inferir que el legislador provincial y el Instituto (IOMA) que dicta su resolución ad hoc, excluyeron deliberada y discriminatoriamente a los supuestos de matrimonio igualitario, negándoles la posibilidad de cobertura de fertilización asistida".

Acto seguido, pasa a analizar la ley provincial 14.208 y establece que el objetivo de dicha norma es reconocer a la infertilidad humana como enfermedad y, por tanto, "garantizar el mayor nivel de tratamiento médico asistencial integral dentro del ámbito de las parejas que padezcan esta patología, para la procreación de un hijo biológico"⁽¹³⁾ (art. 3°).

Prosigue su análisis con base en el decreto reglamentario 2980/2010, que regula en su art. 1° que "se entiende como fertilización homóloga, a la utilización de gametas propias de cada integrante de la pareja", lo que "resulta ser un insalvable obstáculo para las actrices del sub lite, por su natural e intrínseco carácter de integrantes de un matrimonio igualitario —conformado por dos mujeres del mismo sexo— de donde surge claramente la imposibilidad de una fertilización (homóloga) (...) lo cual como vengo anunciando constituye una flagrante discriminación de la normativa legal de este Estado provincial para con un matrimonio igualitario". A su vez, retoma la resolución y da cuenta de que ella prohíbe dentro de las TRHA las solicitudes de donación de gametas (art. 1.C.c) y la inseminación con semen heterólogo (art. 1.C.d)].

Como se adelantó, el juez transcribe pasajes del caso "Atala" en torno al principio pro-homine o "norma más favorable al ser humano"⁽¹⁴⁾ y la prohibición de discriminación, en especial al considerar a la "orientación sexual como categoría de discriminación prohibida"⁽¹⁵⁾, puesto que "un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual"⁽¹⁶⁾, concluyendo que "clara e inequívocamente (...) la legislación provincial sobre la que se apoya IOMA para denegar el beneficio peticionado por las afiliadas (...) es abiertamente discriminatorio toda vez que

imposibilita desde toda óptica a las amparistas, a gozar del beneficio de la fecundación in vitro, para así, aspirar al logro del objetivo de procrear en el seno del matrimonio igualitario legalmente formado por las aquí peticionantes, a los fines de la completa integración de la familia, buscando con la tecnología actual afrontar y vencer la enfermedad que aqueja a una de las actrices del sub lite, la Sra. V. A. N., derechos humanos estos todos amparados por la legalidad convencional, a la que adscribió nuestro país (sin reservas, en lo puntual) según se vio, desde 1984/1994".

Por último, el juez analiza la legislación nacional, ley 26.862, de junio de 2013, que, según argumenta, "ha dado un importante paso en materia de igualdad de acceso a los derechos reproductivos (...) una mirada que tiende hacia la comprensión del ser humano en su integralidad", teniendo como objetivo "garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida" (art. 1º). A su vez, destaca que ella no permite introducir requisitos o limitaciones en relación a la orientación sexual o el estado civil de los beneficiarios y que se trata de una norma de orden público a la que las demás provincias deben subsumirse.

Por lo tanto, y con base en la ley nacional 26.862, que resuelve declarar plenamente aplicable al caso, el tribunal impone hacer lugar a la acción incoada, ordenando a IOMA que arbitre los medios y tome los recaudos necesarios para satisfacer los gastos y costos que insuma la fertilización in vitro requerida.

En síntesis, mientras las amparistas basaron su pretensión en el derecho a la salud, a la igualdad y a la no discriminación por aplicación de una ley provincial arbitraria, la defensa no expresó argumentos sólidos sino que se limitó a expresar que su competencia se rige por la normativa provincial y las resoluciones del organismo y que, por tanto, su respuesta no fue arbitraria ni ilegal, sino una lógica consecuencia de la aplicación del ordenamiento vigente, alegando que "la actora funda su petición en normativa nacional, constituyendo ello un error, dado que la misma no es aplicable a IOMA"(17).

El tribunal, que no realizó un análisis pormenorizado de los argumentos de la obra social, amplió el alcance de la protección exigida por las amparistas invocando los derechos a la libertad; la vida privada y la vida privada familiar (derecho a ser padre o no serlo); el derecho a hacerse del avance científico; a formar una familia y a la no discriminación por ley (provincial) ni por orientación sexual (basándose principalmente en el caso "Atala" de la Corte IDH). También se encargó de resaltar el carácter de self-executing de los tratados internacionales invocados, a quienes es obligatorio analizar como instrumentos vivos y a la necesidad de una cobertura integral en los términos de la ley nacional.

VI. Observaciones respecto del fallo

El fallo comienza exponiendo los hechos y las circunstancias objetivas que se plantean en el caso. Entre ellas, resalta que las mujeres involucradas estaban "unidas en matrimonio" y que tenían la edad de 39 y 51 años.

En lo que respecta al hecho de que estuvieran casadas, constituye éste un dato irrelevante a los fines de la cobertura, dado que —como bien establece la ley 26.862— para ser beneficiario/a de la técnica sólo se requiere ser mayor de edad y prestar el debido consentimiento (art. 8º), "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" (decreto reglamentario 956/2013, considerandos).

En relación a la edad para acceder a los tratamientos, el decreto provincial 2980/2010, que regula la ley provincial, establece limitaciones y prevé que podrá acceder la mujer (no aclara si para los hombres rigen iguales parámetros) que tenga entre 30 y 40 años (art. 4º). A su vez, el decreto exige en el 4.b) que presenten declaración jurada determinando la "composición del núcleo familiar", exigencia que supera las establecidas por la ley nacional.

Pese a que una de las amparistas se encontraba comprendida dentro de la franja etaria a la que se limitan los tratamientos, es dable preguntarnos acerca de si es válido limitar el acceso a los tratamientos en virtud de la edad de los requirentes, así como —en caso de que el límite sea admisible— cuál sería la edad máxima razonable para dicha limitación y en qué argumentos estaría fundada, ¿es lo mismo en el caso de la mujer que en el de un hombre?

La Corte IDH, al referirse a las TRHA, nos dice que en sí mismas tienen un "impacto desproporcionado en las mujeres" y que esta noción "está ligada(a) a (la) de discriminación indirecta"(18). En este sentido, el impacto desproporcionado no sólo se proyecta sobre el cuerpo de la mujer, que es objeto de estudio y de intervenciones médicas para estimularlo hormonalmente, sino que además, de no permitirse el acceso integral a las TRHA, se afecta "tanto a hombres como a mujeres y les puede producir impactos desproporcionados diferenciados por la existencia de estereotipos y prejuicios en la sociedad"(19), que en muchas oportunidades se ven acentuados por

la condición de homosexualidad de la persona que exige el uso de las técnicas y la donación de gametos para llevar adelante su proyecto parental. Ello sin contar los traumas psicológicos por los que tienen que atravesar aquellas personas que ven frustradas sus expectativas de conformar una familia naturalmente, ya sea por infertilidad médicamente diagnosticada como por infertilidad estructural, cuestión ampliamente analizada en el caso "Artavia Murillo".

En definitiva, en virtud del modo en que debe garantizarse el acceso a los tratamientos establecido por la norma nacional y la regla básica de jerarquía de las normas, ni la condición de estar o no unidas en matrimonio, ni la edad, ni mucho menos el ser una pareja del mismo sexo constituyen, en los términos de la ley 26.862 y su decreto reglamentario, obstáculo alguno para que puedan acceder a la cobertura integral de las técnicas, con el consecuente acceso a donación de gametos.

Por otro lado, y en lo que respecta a la interpretación amplia que realiza el tribunal del derecho a la salud, consideramos que bien podría éste haber analizado transversalmente los alcances de este derecho, p. ej., en relación al art. 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (como sí lo hizo la Corte IDH en mencionado caso "Artavia Murillo"), o incluso en relación a la observación general 14 de 2000 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que dispuso no sólo que la salud es un derecho fundamental y necesario para el ejercicio de los demás derechos, sino que para ser efectivo se deben contemplar los siguientes elementos esenciales e interrelacionados: 1) disponibilidad (entendida como cantidad suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos con los que el Estado debe contar); 2) accesibilidad a ellos, que debe entenderse como no discriminación, accesibilidad física, accesibilidad económica (asequible) y acceso a la información; 3) aceptabilidad en relación a que los establecimientos, bienes y servicios deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados; y 4) calidad de ellos (párr. 12).

Finalmente, y reflexionando acerca de la exigencia de la parte demandada de comprobación previa por parte de la accionante de que la técnica requerida es la adecuada para el caso concreto y que tiene posibilidades médicas favorables, ella resulta a primera vista desproporcionada e incluso podría pensarse como revictimizante de la Sra. N., quien previamente ya había presentado su historia clínica a IOMA con indicaciones de profesionales. Asimismo, es dable mencionar que el tribunal se valió de nuevos estudios realizados por peritos profesionales, que abonaron a las exigencias requeridas por la obra social.

El tribunal no tuvo en cuenta las consecuencias discriminatorias de la admisión de las pretensiones de la demandada —discriminación indirecta en relación con la situación económica (20)—, toda vez que, de no requerir la cobertura por parte de IOMA o de contar con los medios económicos para solventar los gastos de la técnica con material heterólogo —que a los fines prácticos es lo mismo—, la pareja no se hubiera visto obligada a ventilar sus asuntos privados ante el tribunal y mucho menos se habría visto compelida a poner a disposición su cuerpo y su psiquis para que dos nuevos profesionales, un perito médico forense de la Asesoría Pericial Departamental y una profesional a cargo de la Cátedra de Ginecología de la Facultad de Ciencias Médicas de la UNLP "se expidan, en esencia, sobre la informada patología de la actora, como así, de corresponder, la necesidad y/o factibilidad de realización del tratamiento requerido en la acción incoada, y las consecuencias que podría acarrear su no efectivización o diferimiento".

Recordamos que la Corte IDH, en el fallo "Artavia Murillo", hartamente mencionado por el tribunal provincial, sentenció que "los Estados deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos"(21). Resulta evidente, tal como lo argumentó el órgano judicial, que las exigencias establecidas por las resoluciones y el decreto reglamentario invocado por IOMA no cumplen con dicha obligación de abstención que establece la Corte IDH.

VII. Control de constitucionalidad-convencionalidad en el caso, ¿una oportunidad perdida?

En esta etapa hemos de analizar, al menos someramente, tres cuestiones que no fueron invocadas en el fallo objeto del presente comentario: 1) si era necesario y oportuno realizar un control de constitucionalidad; 2) si era a su vez necesario o no realizar un control de convencionalidad, atento a la jurisprudencia de la Corte IDH, y 3) teniendo en cuenta lo establecido por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación (Corte Sup.) en relación a la forma en que los tratados de derechos humanos, con jerarquía constitucional, deben regir en nuestro país (art. 75.22, CN).

Respecto del primer punto, de la lectura del fallo en comentario observamos que tan sólo una vez aparece mencionada la palabra "inconstitucionalidad", de la mano de la parte actora, quien, según la letra del caso, "invoca la inconstitucionalidad de la ley 14.208". Luego, el tribunal, específicamente el juez Caputo Tártara, quien desarrolla la cuestión planteada, no vuelve a mencionar dicho remedio procesal.

¿Qué es entonces la inconstitucionalidad? Como ya decía Bidart Campos, "supremacía de la constitución" significa que "todo orden jurídico político del Estado debe ser congruente o compatible con la Constitución formal"(22). La supremacía de la Constitución y de ciertos tratados de derechos humanos supone una "gradación jerárquica (...), cuando esa relación de coherencia se rompe hay un vicio o defecto al que llamamos 'inconstitucionalidad'(23). Al mismo tiempo, el control de constitucionalidad constituye una "garantía de los particulares 'contra' o 'frente' al Estado, para defenderse de sus actos o normas inconstitucionales"(24). Nuestro país tiene organizado el control de constitucionalidad bajo el órgano jurisdiccional de manera difusa, lo que significa que cualquier juez puede —y debe— llevarlo a cabo.

A su vez, bien es sabido que la inconstitucionalidad también puede cambiar con el tiempo (25) y ello tiene su correlato en la interpretación dinámica y evolutiva que debe dársele de los tratados internacionales (26) y en que los derechos humanos son, como bien desarrolla Bobbio, construcciones sociales "susceptibles de transformación y expansión"(27).

En este sentido, la declaración de inconstitucionalidad, en tanto cuestión de derecho, responde al principio "iura novit curia", que significa que "el juez suplente el derecho que las partes no le invocan o que le invocan erróneamente"(28). Por tanto, el juez depende de las partes en lo que tiene que fallar (en los hechos), pero no en cómo debe fallar (conforme a derecho), por lo que el órgano jurisdiccional está llamado a ejercer este control de oficio con independencia del peticitorio de las partes (29), de lo que se deduce que el tribunal desaprovechó una oportunidad única de pronunciarse sobre la cobertura integral de TRHA en la provincia de Buenos Aires —tanto sobre la ley y el decreto reglamentario como sobre la resolución, en la tesis de que lo accesorio sigue a lo principal (30)—, en especial, con arreglo a la situación particular de las actoras (pareja del mismo sexo que requería de la donación tanto de óvulos como de semen). En este sentido, por más que la sentencia declarativa de inconstitucionalidad se limite sólo al caso concreto (no erga omnes), no puede negarse su carácter ejemplificador (31), aunque no garantice a los individuos ningún tipo de resultado sustantivo, "les brinda la oportunidad concreta y efectiva de ser partícipes en las decisiones que se toman sobre sus derechos y sus circunstancias particulares"(32).

Pero el argumento del control de constitucionalidad por sí solo no basta. Es necesario traducir esta figura a un concepto y vocabulario compatible con el derecho internacional (33). Lo que nos lleva al segundo punto: la Corte IDH ha hecho énfasis en la obligatoriedad de los instrumentos de derechos humanos regionales ratificados por los Estados y en sus pronunciamientos, concluyendo que el tribunal doméstico debe llevar a cabo un "control de convencionalidad", que no es ni más ni menos que un análisis de compatibilidad entre la norma jurídica interna y las prescripciones convencionales, "debiendo articular dos efectos: invalidar la norma doméstica contraria a la convención y su jurisprudencia y, paralelamente, interpretar el derecho interno 'conforme' el orden regional"(34).

En este sentido, el surgimiento de la doctrina del control de convencionalidad comienza a partir del caso "Almoacid Arellano y otros v. Chile", de 2006 (35), más específicamente de su párr. 124 se expresa: "La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana".

Luego, la Corte IDH precisó estos alcances en el caso "Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Perú"(36), agregando que dicho análisis debe ser realizado con el objeto de que "el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también 'de convencionalidad' ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes" (el destacado nos pertenece, párr. 128).

De lo anterior se concluye, por un lado, que los jueces domésticos deben realizar el control de convencionalidad tal y como deben realizar el control de constitucionalidad —que no se agota, como se pretendería en el fallo en comentario, en recurrir a pasajes de casos de la Corte IDH en relación con el *thema decidendum*— y que, a su vez, tal control debe tener en cuenta la interpretación que la Corte IDH ha hecho sobre la CADH, sobre la cual es intérprete última o, lo que es más, deberá también tener en cuenta lo que los órganos máximos de control y

monitoreo de tratados hayan entendido e interpretado sobre sus normas internacionales (ahondaremos esta cuestión en el punto 3, tal como lo adelantamos).

Por último, esta obligación es extendida por la Corte IDH en el caso "Gelman"⁽³⁷⁾ a todos los órganos del Estado y en todos sus niveles, puesto que, en tanto la acción u omisión de cualquiera de éstos puede generar responsabilidad internacional ⁽³⁸⁾ —incluso actos violatorios cometidos por terceros que en principio no le serían atribuibles al Estado podrían ser causal de dicha responsabilidad ⁽³⁹⁾—, correcto es que todos realicen un control de convencionalidad. Por lo tanto, en el caso se estableció que "la sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del derecho internacional (...) (Por tanto) la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo 'susceptible de ser decidido' por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un 'control de convencionalidad', que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial"⁽⁴⁰⁾, puesto que "cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél"⁽⁴¹⁾.

Como ha podido observarse en el caso que nos convoca, pese a la reiterada cita de la jurisprudencia interamericana y de la normativa internacional aplicable, el tribunal no invoca siquiera una vez el "control de convencionalidad" ni razona de manera tal que su sentencia sea una consecuencia ineludible de dicho proceso argumentativo. En cambio, basa su decisión última en la existencia de una ley nacional de cobertura: "de ahí pues que a los fines de conceder la petición de las actoras se lo hace sobre la base —conforme todo lo ut supra expuesto— de la ley nacional 26.862, que se declara ad hoc plenamente aplicable al sub lite".

Por último, resta analizar cómo ingresa el control de convencionalidad y la exigencia de la Corte IDH de tomar en cuenta sus opiniones consultivas y su jurisprudencia, pese a que el tribunal las ha invocado sin hacer mención expresa de la razón que lo habilita a hacerlo.

Esta reflexión da paso al tercer punto de este acápite, que pretende analizar cuál es el alcance y la forma en que los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional rigen en nuestro país. Ello nos lleva a reflexionar sobre el famoso e incansablemente citado art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional y en especial a dilucidar el significado de la fórmula "en las condiciones de su vigencia", no sin notar que nuestro país ratificó la CADH en 1984; luego, ocho años más tarde, en el caso "Ekmekdjian v. Sofovich" (1992), estableció la subordinación del derecho argentino al derecho internacional y recién en 1994 otorgó, expresamente, jerarquía constitucional a algunos tratados de derechos humanos.

Con lo anterior queremos concluir que

— La Corte Suprema ya consideraba a los instrumentos de derechos humanos como superiores a la legislación interna previa reforma constitucional (al menos a la CADH), por lo que pretender argumentar que la obligación de respetar el derecho internacional y ejercer un control de constitucionalidad-convencionalidad nace en 1994 carece de sentido. Ello es, a su vez, fiel reflejo de las obligaciones contraídas por los Estados al ratificar la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en especial en relación al art. 26, "Pacta sunt servanda" (todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe), y al art. 27, en virtud del cual "una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado".

— La frase "en las condiciones de su vigencia" quiere decir "tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación"⁽⁴²⁾ y que "las decisiones y observaciones de los comités encargados de monitorear el cumplimiento de los tratados sirven como pautas interpretativas"⁽⁴³⁾.

— En cualquier caso, la Corte Suprema ya ha incorporado la doctrina del control de convencionalidad en su jurisprudencia ⁽⁴⁴⁾.

VIII. Una modificación reclamada

Tanto antes como con posterioridad a la sanción de la normativa provincial que otorga cobertura médica a los tratamientos de reproducción humana asistida, se han suscitado casos ante la justicia por los que se solicitó el acceso y cobertura integral de procedimientos de alta complejidad con donación de gametas y las resoluciones a las que se arribó no fueron coincidentes. Sin ánimo de agotar los precedentes jurisprudenciales en la temática, desarrollaremos a continuación algunos de los que se encuentran publicados.

En el año 2009 (antes de la sanción de la ley 14.208), la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata confirmó la resolución que denegaba la cobertura del tratamiento a una pareja heterosexual en el fallo "B., C. y otra v. Unión Personal de la Nación"⁽⁴⁵⁾. Posteriormente, y en el mismo sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires rechazó el recurso extraordinario interpuesto por una mujer a la que en primera instancia se le reconoció el derecho a la prestación médica prescripta (ovodonación) y se le denegó luego en segunda instancia ⁽⁴⁶⁾.

Ya habiéndose sancionado la normativa provincial, el Juzgado en lo Correccional n. 2 del Departamento Judicial de Azul resolvió hacer lugar a la acción de amparo promovida por una pareja de distinto sexo y condenó a IOMA a brindar cobertura integral hasta dos tratamientos de reproducción asistida de alta complejidad mediante la técnica ICSI (microinyección espermática introcitoplásmica) con utilización de semen homólogo y óvulos donados, y declaró —por inconstitucional— la absoluta inaplicabilidad a la situación personal de los amparistas, de las exclusiones contenidas en los arts. 1º y 5º, ley 14.208, en los arts. 4º y 5º, Anexo único, en el decreto 2980/2010 y en la resolución 8538/2010. Aunque dicha resolución fue revisada posteriormente por la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata, la que consideró que el diverso tratamiento que le brindaba el legislador local a la fertilización homóloga respecto de la heteróloga contaba con adecuada justificación y, consecuentemente, alejaba la distinción de trato de todo reproche de arbitrariedad, capricho, o censurable discriminación ⁽⁴⁷⁾.

También deniega la cobertura la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca ⁽⁴⁸⁾, argumentando, entre otras cosas, que con la fecundación heteróloga se vulnera el derecho de los hijos a ser concebidos en el matrimonio y por el matrimonio y agrega que desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas.

En el año 2013, previo a la sanción de la ley de cobertura nacional, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala 2ª, se expide en dos oportunidades a favor de otorgar la cobertura del tratamiento de ovodonación. En el primer caso ⁽⁴⁹⁾, otorgándola en un 50% y fundando la decisión en que la donación de ovocitos u "ovodonación", como técnica de reproducción asistida, permite que una mujer proporcione óvulos a otra, a fin de que esta última pueda lograr un embarazo. En este sentido, argumenta que ella no debe ser negada, aun cuando carezca de previsión legal, pues tal extremo no constituye un obstáculo, en la medida en que la práctica no se halla prohibida por la ley, cuando existe una prescripción médica que la recomienda. Y en otro caso ⁽⁵⁰⁾, con similares fundamentos, la sala otorga cobertura integral de la técnica.

Por su parte, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala 1ª, en "H. A. F. y otro v. OSDE s/amparo"⁽⁵¹⁾, resolvió rechazar el recurso interpuesto por los actores contra la obra social, en atención a la novedad y complejidad de las cuestiones planteadas.

Finalmente, y con posterioridad a la sanción de la ley 26.862, existen precedentes que denegaron la cobertura de los tratamientos de alta complejidad con donación de gametos ⁽⁵²⁾, argumentando que la práctica no puede ser dispuesta en las condiciones actuales, puesto que dicha norma y su decreto reglamentario establecen la obligación de inscripción de los establecimientos médicos donde funcionen bancos receptores de gametos y/o embriones en un registro único en el ámbito del Ministerio de Salud y que en caso de que la TRHA requiera de aquéllos, deben provenir exclusivamente de los bancos debidamente inscriptos y deben tener en cuenta también aspectos relativos al consentimiento del donante (cfr. art. 4º de la ley 26.862 y arts. 4º y 8º del Anexo I del decreto 956/2013), pero dicho registro no se encontraba en funcionamiento ni había centros médicos habilitados para funcionar.

Pese a no ser una cuestión del todo resuelta, podemos decir que, al menos en lo que respecta a la legislación de la provincia de Buenos Aires, ella ha sido recientemente modificada, con el objeto de compatibilizar sus preceptos con los de la normativa nacional.

Así, el 16 de julio de 2014, la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires sancionó la ley 14.611 ⁽⁵³⁾, que modifica —entre otros— el artículo 1º de la ley 14.208 ⁽⁵⁴⁾, ampliando la cobertura de los tratamientos con donación de gametas y estableciendo específicamente la prohibición de introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios ⁽⁵⁵⁾.

En este sentido, vemos como sumamente positivo tanto la adecuación de la normativa provincial a la ley nacional, como el hecho de que el tribunal arribara a una decisión favorable a la cobertura del tratamiento solicitado por las amparistas, pese a no haber contado con tales lineamientos normativos provinciales al momento de decidir en dicho sentido.

Por último, y a los fines de entender a las TRHA y el contexto social en que se insertan, destacamos que el 1º de

octubre de 2014 se sancionó el nuevo Código Civil y Comercial unificado (CCiv.yCom.) (56), que incorpora a las técnicas de reproducción humana asistida como una tercera fuente de filiación, autónoma e independiente de las ya reguladas: filiación biológica y adoptiva. Estableciendo como factor determinante en la filiación por TRHA a la voluntad procreacional, la que deberá estar plasmada en el consentimiento previo libre e informado, prestado ante el centro médico. La cláusula transitoria segunda del nuevo CCiv.yCom. dispone que la protección del embrión no implantado esté dada por una ley especial, la que manda a sancionar.

Actualmente, y con fundamento en esta cláusula transitoria —entre otros—, existe un proyecto de ley especial que obtuvo media sanción en la Cámara de Diputados de la Nación el día 12 de noviembre de 2014 (57) y que tiene por objeto regular el alcance, los derechos y las relaciones jurídicas derivadas del empleo de las técnicas de reproducción humana asistida y la protección del embrión no implantado, en concordancia y de forma complementaria con lo dispuesto en el CCiv.yCom. y en la ley 26.862 y su reglamentación vigente.

En particular, en lo que respecta a la donación de gametos, dicho proyecto establece que "las personas que se sometan a técnicas de reproducción humana asistida pueden aportar su propio material genético y/o el de su pareja para llevar a cabo el embarazo, o recibir gametos femeninos y/o masculinos aportados por terceros" (art. 2º). Dispone, además, límites de edad para ser aportante de gametos (35 años para las mujeres y 40 para los hombres) (art. 3º); la obligatoriedad de la realización de estudios clínicos previos a la donación (art. 4º); la formalización de la donación mediante un convenio escrito (art. 5º) y el carácter compensatorio de éste —ausencia de carácter lucrativo o comercial— (art. 6º); más un límite a la utilización del material genético de un mismo donante, hasta un máximo de seis nacimientos con vida (art. 8º); la posibilidad de criopreservar los gametos (arts. 11/12); la obligación de cesar su preservación o ser destinados a la investigación una vez transcurridos diez años de haber sido obtenidos (art. 12); la reserva y confidencialidad de los datos del donante (art. 16) y la función de registro de donantes incorporada a las del registro creado por la ley 26.862 (art. 20), entre otras cosas.

En síntesis, ansiamos la pronta sanción de este proyecto aprobado en la Cámara de Diputados de la Nación. Consideramos que es una normativa necesaria, que puede arrojar luz sobre cuestiones aún no reguladas en materia de técnicas de reproducción humana asistida, evitando que ciertas cuestiones, como las del caso bajo análisis, sean judicializadas y sometidas al arbitrio de un tribunal, o limitadas en virtud de la ausencia de regulación.

IX. Conclusiones

El precedente analizado es un claro ejemplo de resolución judicial en la que un tribunal garantiza el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida en sentido amplio. Lo hace conforme lo establecido en la norma nacional y en consonancia con lo dispuesto por los tratados de derechos humanos y las interpretaciones realizadas por los organismos jurisdiccionales de la región.

No agota su análisis en la garantía del derecho a la salud, sino que lo amplía a otros derechos involucrados, como son el derecho a la libertad, a la vida privada familiar —libre de injerencias estatales arbitrarias—, el derecho a formar una familia, el derecho a gozar de los beneficios de la ciencia y del progreso científico, sin ser discriminado en ello.

Si bien saludamos las conclusiones arribadas por el tribunal y la amplia doctrina y jurisprudencia invocada, lamentamos que este proceso argumentativo no se haya traducido en un control de convencionalidad-constitucionalidad efectivo que redundara en la declaración de inconstitucionalidad de la normativa provincial, reclamada por las accionantes. Asimismo, coincidimos con lo resuelto por el sentenciante, que permite a esta pareja acceder al tratamiento de alta complejidad, con óvulos y semen donado, siendo ésta la única posibilidad de hacer efectivo su derecho a formar una familia y el resto de los derechos involucrados.

Consideramos de gran importancia, para garantizar el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida de manera integral y uniforme en todo el territorio nacional, que las provincias que no hubieran adherido a la ley 26.862 o que, habiéndolo hecho, restrinjan de manera arbitraria la cobertura allí dispuesta, readecúen sus legislaciones en clave de derechos humanos —como lo ha hecho la provincia de Buenos Aires— para evitar incurrir como Estado argentino en algún tipo de responsabilidad internacional.

Reiteramos que las limitaciones en el acceso a las técnicas en ningún modo pueden fundarse en la orientación sexual de las personas o el estado civil de ellas, por ser estas "categorías sospechosas" que, de aplicarse, vulnerarían el principio de igualdad y no discriminación que rige en materia de derechos humanos. Negar la cobertura de los tratamientos con donación de gametos es negar el derecho de ciertos grupos de personas a acceder a las técnicas de reproducción humana asistida —como es el caso de las parejas del mismo sexo o las

personas solas—; si los prestadores de salud siguen negando su cobertura, continuará un sinnúmero de reclamos judiciales como el presente.

(*) Comentario a fallo: Trib. Crim. n. 4 La Plata, 18/6/2014, "N., V. A. y otra v. Instituto Obra Médico Asistencial (IOMA) s/amparo", causa nro. 4431.

(**) Abogadas, egresadas de la Universidad de Buenos Aires. Integrantes del grupo de investigación UBACyT 2013-2016: "Hacia una ley especial sobre técnicas de reproducción humana asistida. Bioética, derechos humanos y familias", dirigido por la Dra. Marisa Herrera.

(1) No es un dato menor que se trata de la resolución de un tribunal en lo criminal. Éste se encuentra integrado por los Dres. Julio Germán Alegre, Juan Carlos Bruni y Emir Alfredo Caputo Tártara.

(2) Proyecto 581 y 4058-D-14 - OD 1003, sancionado en la Cámara de Diputados de la Nación el día 12 de noviembre de 2014. Él es producto de un arduo trabajo de las comisiones de Acción Social y Salud Pública, de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, de Legislación General y de Presupuesto y Hacienda, por el que se logró unificar los proyectos presentados referidos a la temática, principalmente el proyecto de ley de la Sra. diputada María del Carmen Bianchi y otros (0581-D-2014) y el de la Sra. diputada Mara Brawer y otros (4058-D-2014).

(3) Sancionada el 2/12/2010, promulgada el 22/12/2010; publicada en el BO el 3/1/2011.

(4) Fecha de emisión: 29/12/2010; publicada el 3/1/2011.

(5) Herrera, Marisa; De La Torre, Natalia y Bladilo, Agustina, "Cubrir y descubrir la lógica de la doctrina jurisprudencial en materia de técnicas de reproducción asistida", AP AP/DOC/521/2013, y Urbina, Paola A., "El activismo judicial frente a la omisión legal", LL Online AR/DOC/2754/2014, entre otros.

(6) Fecha de emisión: 30/12/2010; publicación: 3/1/2011.

(7) Precisamente el 5/6/2013; promulgada de hecho: 25/6/2013.

(8) Emitido el 19/7/2013, publicado en el BO el 23/7/2013.

(9) Corte IDH, "Caso Artavia Murillo y otros ('fecundación in vitro') v. Costa Rica". Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

(10) Ídem, párr. 142.

(11) Corte IDH, "Caso Atala Riffo y niñas v. Chile". Sentencia de 24 de febrero de 2012. Fondo, Reparaciones y Costas.

(12) Ídem, párr. 136.

(13) Nótese que biológico no es lo mismo que genéticamente propio, aunque el tribunal interpreta que "hijo biológico o natural (es aquel que), incluso habiendo sido concebido mediante técnicas artificiales, (...) es descendiente genéticamente de sus padres". La palabra "gen", "genético" o sus derivados no figuran en la ley provincial.

(14) Caso "Atala Riffo", cit., párr. 84.

(15) Ídem, párrs. 87 a 92.

(16) Ídem, párr. 93.

(17) Punto II del fallo en comentario.

(18) "Caso Artavia Murillo", cit., párr. 287.

(19) Ídem, párr. 294.

(20) Categoría también desarrollada por la Corte IDH en el caso "Artavia Murillo", párrs. 303 y ss.

(21) "Caso Artavia Murillo", cit., párr. 286.

(22) Bidart Campos, Germán, "La supremacía y el control de la constitución", capítulo V en Manual de la Constitución Reformada, t. I, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1998, p. 334.

(23) Ídem.

(24) Ídem, p. 352.

(25) Ídem, p. 254.

(26) Cfr. "Caso Ivcher Bronstein v. Perú". Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C, nro. 54, párr. 38, y "Caso González y otras ('Campo Algodonero') v. México". Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, nro. 205, párr. 244, párr. 33; "Caso Artavia Murillo v. Costa Rica", cit., párr. 173, entre otros.

(27) Bobbio, Norberto, "Presente y futuro de los derechos del hombre", capítulo IV, en El problema de la guerra y las vías de la paz, Ed. Gedisa, Barcelona, 1982, p. 138. En este sentido, Bobbio ejemplifica que "Los derechos citados en la Declaración (de derechos del Hombre) no son los únicos y posibles entre los derechos del hombre: son los derechos del hombre histórico tal como se configuraban ante la mente de los redactores de la Declaración después de la tragedia de la Segunda Guerra Mundial", p. 140.

(28) Bidart Campos, Germán, "La supremacía...", cit., p. 367.

(29) Bidart Campos, Germán, "La supremacía...", cit., p. 367.

(30) Bidart Campos, Germán, "La supremacía...", cit., p. 370.

(31) En tal sentido ver, además de Bidart Campos, Ekmekdjian, Miguel Ángel, Manual de la Constitución Argentina, Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2008, p. 46, entre otros.

(32) Elías, José S., "El control judicial de constitucionalidad", en Gargarella, Roberto (coord.), La Constitución en 2020, 48 propuestas para una sociedad igualitaria, Ed. Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2011, p. 298.

(33) Bidart Campos, Germán, "La supremacía...", cit., cit. p. 334.

(34) Sagüés, María S., "El control de convencionalidad: lineamientos y desafíos a la luz de la experiencia del caso argentino", en "Acciones protectoras de derechos humanos", Revista Estudios Constitucionales del Centro de Estudios Constitucionales de Chile, en prensa, p. 2.

(35) Corte IDH, "Caso Almoacid Arellano y otros v. Chile". Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

(36) Corte IDH, "Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Perú". Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

(37) Corte IDH, "Caso Gelman v. Uruguay". Sentencia de 24 de febrero de 2011. Fondo y Reparaciones.

(38) Cfr. Cfr. "Caso Velásquez Rodríguez", párrs. 164, 169 y 170; "Caso Cantoral Huamani y García Santa Cruz", párr. 79; "Caso Zambrano Vélez y otros", supra, nota 10, párr. 103; "Caso Ximenes Lopes", párr. 172; "Caso Baldeón García", párr. 140, y "Caso de la Masacre de Pueblo Bello", párr. 112, entre otros.

(39) Cfr. "Caso de la 'Masacre de Mapiripán' v. Colombia", supra, nota 38, párr. 111; "Caso de la Masacre de Pueblo Bello v. Colombia". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C, nro. 140, párr. 113, y "Valle Jaramillo y otros v. Colombia", supra, nota 29, párr. 77, entre otros.

(40) Caso "Gelman", cit., párr. 239.

(41) Ídem, párr. 193.

(42) Corte Sup., 7/4/1995, "Giroldi, Horacio D. y otro s/recurso de casación", AP 953181.

- (43) Corte Sup., 13/3/2012, "F., A. L. s/medida autosatisfactiva", LL AR/JUR/1682/2012.
- (44) Ver por ej. Corte Sup., 13/7/2007, "Mazzeo, Julio L. y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad", AP 70038266, párr. 21.
- (45) C. Fed. Mar del Plata, 17/12/2009, "B., C. y otra v. Unión Personal de la Nación", AP 70058010.
- (46) Sup. Corte Bs. As., 10/11/2010, "T., M. J. v. Instituto de Obra Médico Asistencial - IOMA", AP 70067449.
- (47) C. Cont. Adm. Mar del Plata, 4/9/2012, "I., M. A. y D., L. M. v. IOMA s/amparo", AP AP/JUR/3143/2012.
- (48) C. Fed. Bahía Blanca, 14/12/2012, "Kittler, Claudia N. v. Osecac s/acción de amparo". Infojus FA12400275.
- (49) C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 2ª, 20/5/2013, "B., M. A. v. OSDE", AP AR/JUR/27347/2013.
- (50) C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 2ª, 30/5/2013, "D., A. K. y otro v. Instituto de Obra Médico Asistencial - IOMA", AP AR/JUR/27429/2013.
- (51) C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 1ª, 28/5/2013, "H. A. F. y otro v. OSDE s/amparo", Microjuris MJ-JU-M-81060-AR | MJJ81060 | MJJ81060.
- (52) C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 1ª, 17/9/2013, "P. K. R. y otro v. OSDE s/sumarísimo", causa 8311/2011, elDial AA82E9; en igual sentido, la C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 1ª, 6/5/2014, "M. L. M. A. y otro v. Medicus S.A s/ amparo de salud", causa 111/2014/CA1, elDial AA894B.
- (53) Promulgada el 3/9/2014 y publicada el 19/9/2014.
- (54) En los mismos términos que el artículo 8º de la ley nacional 26.862.
- (55) "Art. 1º.— (Texto según ley 14.611, art. 1º) La presente ley tiene por objeto el reconocimiento de la infertilidad humana como enfermedad, de acuerdo a los criterios internacionales sustentados por la Organización Mundial de la Salud (OMS). Asimismo se reconoce la cobertura médico asistencial integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos, las terapias de apoyo y los procedimientos y técnicas de baja y alta complejidad que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones, que la Organización Mundial de la Salud (OMS) define como de reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación, la cual no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios".
- (56) Ley 26.994, promulgada el 7/10/2014 y publicada el 8/10/2014.
- (57) Ver nota 1.