



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

ACUERDO

En la ciudad de La Plata, capital de la Provincia de Buenos Aires, a los dieciocho días del mes de Junio del año dos mil catorce, se reúnen los Sres. Jueces integrantes del Tribunal en lo Criminal n° 4 departamental Dres. **Julio Germán Alegre, Juan Carlos Bruni, y Emir Alfredo Caputo Tártara** con el objeto de dictar Sentencia definitiva en **Causa n° 4431** del registro de este Tribunal caratulada “**NOVOA, Verónica Andrea y otra c/ Instituto Obra Médico Asistencial (IOMA) s/ Amparo**”, habiéndose establecido que deberá observarse el siguiente orden de votación: Dres. Caputo Tártara, Alegre, Bruni.

ANTECEDENTES

Las Sras. VERÓNICA ANDREA NOVOA y SUSANA BOTTINELLI, con el patrocinio letrado de los Dres. Francisco Luciano Tufankchi y Ariel Jorge Door, promueven *Acción de Amparo* contra IOMA (Instituto Obra médico Asistencial de la Pcia. de Buenos Aires) ante la denegatoria de la mencionado institución de la cobertura de *fertilización in vitro de alta complejidad con donación ovocitaria (ovodonación) y espermatozoides* que requiere la patología de infertilidad que padecen la actoras.

Contestada la demanda por la Fiscalía de Estado, producida la prueba dispuesta por este Tribunal en los términos del art. 12 de la ley 13.928, y celebrada que fuera la *Audiencia* que prevé el art. 11 de la citada ley, no habiendo arribado las *Partes* a un acuerdo conciliatorio, y hallándose la Causa

en estado de dictar sentencia, el Tribunal resolvió plantear y votar la siguiente:

CUESTIÓN: ¿Es fundada la Acción de Amparo interpuesta?

A la Cuestión planteada el señor Juez doctor Emir Alfredo Caputo Tártara dijo:

I.-

a) Las señoras VERÓNICA ANDRÉA NOVOA y SUSANA BOTTINELLI, con el patrocinio letrado de los Dres. Francisco Luciano Tufankchi y Ariel Jorge Door, promueven Acción de Amparo contra IOMA ante la denegatoria del mencionado Instituto Médico Asistencial para la cobertura de *fertilización in vitro de alta complejidad con donación ovocitaria (ovodonación) y espermatozoides* que requiere la patología de infertilidad que padecen la actoras, unidas en matrimonio civil, cobertura que piden se disponga **en su integralidad y mientras se mantenga la prescripción de atención médica que ha sido indicada.** (fs. 03/23)

En cuanto a su legitimación, aducen las actoras que son afiliadas del IOMA, circunstancia que acreditan con la documental acompañada a fs. 25/27, extremo este que no ha sido controvertido por la demandada.

b) Acerca de la patología que torna necesaria la cobertura pretendida, expresan que la Sra. NOVOA, de treinta y nueve años de edad, tiene antecedente de ooforectomía izquierdo detectado en el año 2006. La nombrada había realizado inseminación intrauterina en dos oportunidades, ambas con semen heterólogo y con resultado negativo para embarazo.

Asimismo -se agrega- presenta quiste de contenido particulado en su interior compatible con quiste endometriósico. El ovario derecho contiene un



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

quiste complejo de ovario de 3 x 4.4 centímetros que podría corresponder a endometrioma, mientras que el ovario izquierdo ha sido removido quirúrgicamente. Sintetizan que el diagnóstico es de **endometriosis, salpingectomía unilateral**.

Prosiguen señalando que a raíz de dicho resultado, se diagnosticó en centros médicos especializados INFERTILIDAD, y se aconsejó realizar tratamiento de **fertilización in vitro de Alta complejidad con Donación Ovocitaria (ovodonación) y Espermatozoides**.

Por su parte, -adunan- que la Sra. BOTTINELLI es una persona de 51 años de edad, razón por la cual, es imposible que pudiera quedar embarazada, amén de que, la mentada, puntualmente **carece de útero**, dado que *ex ante* se le practicó una histerectomía completa.

c) Presentada que fue la petición a IOMA por parte de las actoras, mediante *Expediente Administrativo* n° 2914 23505, les fue denegada con fecha 01 de Agosto de 2013, argumentando *que la práctica solicitada no se encuadra dentro de las Resoluciones 8538/10 (y su modificatoria 4310 /12) correspondientes a la fertilización asistida*.

Concluyen afirmando que la omisión actual y lesiva en que incurre el IOMA en la cobertura total del tratamiento requerido, lesiona **el Derecho Constitucional a la Salud**, reconocido en los artículos 14, 14 bis, 33, 42 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional; 28 y 36, inciso 8, de la Const. Provincial (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 1 y numeral 2, apartado “d”); C.A.D.H. (Arts. 4 y 5), normas éstas

que garantizan el *Derecho a la Salud, a la Integridad Personal, y 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”***.”

d) Hacen también hincapié las *Actoras*, en que la conducta omisiva de IOMA lesiona el derecho a la Salud Psico-Física, pues la *infertilidad*, impacta de modo negativo en la salud psíquica de las personas que la padecen, y -de hecho- una de las actoras se encuentra en tratamiento psiquiátrico (fs. 36), amén del entorno familiar, consideración que resulta acorde con la conceptualización de la salud promovida desde hace décadas por la OMS según la cual esta implica un estado de completo bienestar físico, mental y social.

Por fin, enfatizan las actoras la lesión al Derecho a la Igualdad, amparado por el art. 11 y 36, inciso 4, de la Constitución Provincial, y diversos Tratados Internacionales de Derechos Humanos de jerarquía constitucional, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Arts. 1.1, 24, 17.4); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en especial, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Arts. 11.1 y art. 12), en tanto impone que *“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad, entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, **inclusive los que se refieren a la planificación de la familia**”*. En este sentido, expresan que **la resolución que se impugna, en la medida que impone restricciones insalvables para la pareja (como lo**



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

es la donación de espermatozoides, sin los cuales un matrimonio igualitario se ve impedido de procrear) y restricciones para la aplicación de la ley 14.208, entra en colisión con las disposiciones de la Ley 26.845 (Art. 2, inciso “c”, y art. 3, inciso “e” y concordantes); y especialmente, con el Art. 12 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, incorporada al Art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional.

Amplían diciendo que la Resolución 8538/10, limita en forma arbitraria e irrazonable la posibilidad de realizar estos tratamientos a las parejas del mismo sexo ya que restringe este derecho al no permitir la donación de gametos (óvulos y espermatozoides) o embriones, como así tampoco posibilita la inseminación con semen heterólogo. Y -añaden- que es lógico, que si el Estado ha reconocido el derecho al matrimonio igualitario, lo debe hacer en su totalidad, y eso es, sin dejar de lado ninguno de los elementos que restrinjan en modo alguno la formación de una familia, lo que se realiza en plenitud con la llegada de los hijos, que -en un matrimonio del mismo sexo- es imposible que se realice sin la donación de al menos óvulos o espermatozoides.

e) Por tal razón, requieren se dicte sentencia accogiéndose la acción de amparo instaurada disponiéndose la cobertura social de la *fertilización in vitro* de alta complejidad con donación de óvulos y espermatozoides, mientras perdure la condición de afiliados a IOMA.

II.-

a) A su turno, la Fiscalía de Estado, representada por la Dra. Stella Maris Ayoso, contestó la demanda impetrada (fs. 74/81) acompañando

Expediente Administrativo del IOMA 2914-23404/14 que contiene -en lo que aquí interesa- informe circunstanciado producido por la Dirección de Relaciones Jurídicas de dicho Instituto Obra Médico Asistencial sobre el particular (fs. 125/13), señalando la demandada que lo allí expresado resultan ser manifestaciones internas vertidas en el ámbito administrativo, cuyo contenido no forma parte del responde que efectúa dicha Fiscalía, representante en Juicio de IOMA.

b) Sentado lo que antecede, la demandada **admite** que, en efecto, la **afiliada registra el *Trámite Administrativo* n° 101.903/2013 requiriendo cobertura asistida con donación de gametos**, y que además la actora - conforme se desprende de la historia clínica adjunta a fs. 41- padece de esterilidad primaria, habiéndosele indicado tratamiento de alta complejidad (FIV) con donación ovocitaria (ovodonación), más donación de semen.

Y agrega, el Directorio de IOMA, con fecha 01/08/2013, por *Acta* n° 30, resolvió **no acceder a la autorización de lo solicitado, acorde al informe emitido por la Auditoría Especializada, en el cual se indica que la práctica solicitada no encuadra dentro de la Resolución 8538/10 (y su modificatoria 4310/12) correspondientes a fertilización asistida.**

Aduce que ese accionar se ajustó a derecho, no resultando ilegítimo, ni arbitrario.

En tal sentido destaca que el IOMA no contempla técnicas de fertilización asistida con la utilización de óvulos y semen heterólogos en sus convenios y resoluciones vigentes, dado que en la Ley provincial 14.208, y su reglamentación, se reconoce la cobertura médico asistencial de las prácticas médicas de **fertilización homóloga**, es decir con la utilización de gametos propios de cada integrante de la pareja.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

Concluye ratificando: que conforme al marco normativo provincial, la Ley 14.208 y su decreto reglamentario, se reconoce la cobertura médico asistencial de la técnica de fertilización asistida, pero haciendo especial hincapié en que dicha técnica debe ser homóloga, es decir, con utilización de gametas propias de cada integrante de la pareja. Por tanto, la pretendida técnica de fertilización asistida con ovodonación y donación de esperma no está contemplada dentro de la citada normativa, **sin que pueda ser advertida vulneración alguna al derecho a la salud de la afiliada por parte de IOMA, ello en tanto ésta ajustó su accionar a la Resolución 1/11, que expresamente establece que tanto la ovodonación, como la donación de semen, quedan excluidas de la cobertura de fertilización asistida.**

Por fin, resalta que la actora funda su petición en normativa de orden nacional constituyendo ello un error, dado que la misma, no es aplicable a IOMA.

c.- Sin perjuicio de ello, formula subsidiariamente manifestaciones vinculadas con la ley 26.862 (Ley Nacional de Reproducción Médicamente Asistida) para el supuesto de que este Tribunal la considere aplicable al IOMA.

En este entendimiento, señala que para el supuesto de probarse la plataforma fáctica prevista por la actora -necesidad, correcta indicación, y posibilidad fáctica y médica del tratamiento requerido- el IOMA daría cobertura sólo si se cumplieran los extremos de la ley 26.862 y su reglamentación. *“Ello, porque si pesa sobre esta Parte el deber de solventar económicamente el tratamiento, cierto es que debe probarse que el mismo resulta ser el adecuado para el caso concreto, y que tiene posibilidades médicas favorables”*.

En este orden de ideas manifiesta la obligación de interpretar y aplicar la ley de modo **posible, razonable y responsable**.

Y en tal sentido expresa y reitera la idea de que si bien la Ley Nacional 26.862 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. En tal inteligencia, -prosigue- la determinación de quién dé cobertura de realizar el tratamiento es de incumbencia local, y también, a través de qué institución sanatorial.

Reafirma entonces que las esferas de competencia que la norma nacional delega a la autoridad de aplicación provincial, admite a IOMA fijar el modo y el lugar donde realizar los tratamientos, habilitar los establecimientos destinados a aportar gametos, auditar el tratamiento, de ser necesario, más de un°

d.- Peticiona, en principio, que de resolverse la aplicación al caso de la Ley Pcial. 14.208, se rechace la demanda; y, subsidiariamente, de considerarse aplicable la Ley Nacional 26.862, requiere se “adecue el caso a la misma, y a lo que fije IOMA, de acuerdo a sus competencias reservadas”.

III.-

Corrido que fue traslado a la *Parte Actora* de la contestación de la demanda, el mismo fue contestado a fs. 137/142, oportunidad en que la actora ratifica los términos de su presentación inicial, y entre otras consideraciones, invoca la inconstitucionalidad de la ley 14.208 en la que fundó su negativa IOMA por arbitraria y discriminatoria, aduciendo que precisamente la aplicación de la ley provincial 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,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

jerárquicamente superior a la ley provincial teniendo en cuenta la pirámide normativa que rige nuestro sistema jurídico.

IV.-

a) Ambas *Partes*, oportunamente ofrecieron prueba; sin perjuicio de ello, y a tenor de las facultades reguladas por el artículo 12 de la ley 13.928, este Tribunal solicitó la remisión a IOMA, “*ad effectum videndi et probandi*”, del Expediente Administrativo n° 101.903/2013 (fs.133), recibíéndose copia certificada que luce agregada por cuerda al *Principal*, y que traduce documentalmente las manifestaciones de ambas partes en el sentido de la iniciación del trámite por la *Actora*, y la denegatoria por parte de IOMA.

b) Además, el Tribunal complementariamente, dispuso la designación de *Audiencia*, en los términos del art. 11 de la Ley 13.928, con la finalidad de articular los distintos presupuestos emergentes de dicha normativa, disponiendo que -previo a ella- se realicen sendas pericias -tanto por Perito Médico de la Asesoría Pericial departamental, cuanto por profesional médico de la Cátedra de Ginecología de la Facultad de Ciencias Médicas de la U.N.L.P., con la finalidad de que 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, convocándose -incluso- a los *Peritos* a la *Audiencia* fijada (fs. 143/144).

b) 1. Así, y conforme luce a fs. 150/152 vta., se pronunció el Dr. Rubén Alejandro Neme, Perito Médico Forense de la Asesoría Pericial Departamental, especialista en obstetricia, con conocimientos y experiencias en las técnicas de fertilización asistida.

En él se pone de manifiesto, luego del análisis de las constancias médicas obrantes en autos, *que la Sra. Botinelli, de 51 años de edad, presenta antecedente de histerectomía (extirpación quirúrgica del útero), mientras que la Sra. Novoa, de 39 años de edad, cuenta con antecedente de ooforectomía y salpingectomía izquierda (extirpación quirúrgica de ovario y trompa de Falopio, respectivamente) en el año 2006, y dos inseminaciones intrauterinas con semen heterólogo (semen de donante) con resultados negativos para embarazo. Es así que se trata de una pareja con diagnóstico de esterilidad primaria, en donde la Sra. Novoa es la única persona del matrimonio con posibilidades de engendrar y lógicamente, se requiere de semen de donante por tratarse de una pareja del mismo sexo*". "Se le efectuaron los estudios que la especialidad indica para infertilidad, arrojando el perfil hormonal un resultado de **FSH mayor a 20 UI /ml en dos oportunidades**, y **hormona antimulleriana (AMH) de 0,16**. La ecografía ginecológica informó la presencia de una formación quística en ovario derecho, con características compatibles con endometrioma.

En lo referido a las características de la patología que sufre la Sra. Novoa -única integrante de la pareja con posibilidades de engendrar- explica el profesional que la nombrada presenta diagnóstico de esterilidad primaria de varios años de evolución, con antecedente de salpingo, ooforectomía izquierda y dos inseminaciones intrauterinas sin éxito. Agrega que los estudios realizados **revelaron una FSH elevada, hormona antimulleriana baja, y un probable quiste endometrioso**. Explica el profesional que "niveles séricos de FSH basales (día 3-5 del ciclo) por encima de 10 mUI/ml indican una **baja reserva ovárica**. El valor de FSH, se correlaciona con las tasas de éxito de la FIV, comprobándose que mujeres con cifras basales de FSH **mayor de**



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

20 mUI/ml tienen mal pronóstico (valor predictivo). El tratamiento de elección en éstas mujeres es la donación de ovocitos”.

Aduna: “la AMH, es un marcador que también refleja la reserva ovárica, y la respuesta de la paciente a los tratamientos de estimulación y su posibilidad de embarazo, puede ser medida en cualquier momento del ciclo. Valores entre 0,7 y 3,5 se consideran normales; **niveles por debajo de 0,7 sugieren baja reserva ovárica, como es el caso de la actora.**”

Se exploya asimismo el profesional sobre la endometriosis (presuntiva) que aqueja a la actora (Sra. NOVOA) explicando que: “previo al abordaje quirúrgico de un posible endometrioma ovárico, especialmente si se trata de una recurrencia, se sugiere evaluar la reserva folicular con la determinación de FSH y Estradiol basales. Si los valores se encuentran alterados, se sugiere discutir con la paciente las dos alternativas: discutir la cirugía, o ir directamente a la fertilización *in vitro* (no hay ningún metaanálisis en condiciones de responder la pregunta si la extirpación quirúrgica de la endometriosis moderada-severa, aumenta la tasa de embarazo)”. “La paciente debe ser asesorada con respecto a los riesgos de reducción de la función ovárica posterior a la cirugía y a la posibilidad de pérdida del ovario; la decisión debe ser reevaluada en caso de cirugía ovárica previa. El análisis de la reserva folicular y la edad de la mujer deberían tenerse en cuenta para la toma de decisiones”.

En atención a las consideraciones formuladas a la luz de su ciencia, concluye el profesional: “Considerando los antecedentes reproductivos de la Sra. Novoa: edad avanzada, falla en tratamientos previos, sumados a los elementos analizados...(baja reserva folicular -falla ovárica precoz- y el

posible endometrioma) resultan todos ellos factores que disminuyen la respuesta al tratamiento hormonal, la calidad ovocitaria y las chances de embarazo. Por lo tanto, la ovodonación con semen heterólogo (por tratarse de un matrimonio de igual sexo) constituye el método de fertilización asistida que podría aumentar las chances de embarazo en la pareja, siendo éste la finalidad del mismo. (Subrayado, me pertenece).

Asimismo, expresa el Perito Médico Forense, que: “la no realización del tratamiento, o su diferimiento podría acarrear consecuencias psicológicas en la pareja, y que la edad límite sugerida para indicar ovodonación es 50 años.” (*Idem* ant.).

b) 2. Por su parte, la Dra. Adriana Elisabet Zabala, médica especialista en ginecología, M.P.116.247, también especialista en medicina reproductiva (S.A.ME.R.) docente de la cátedra “A” de Ginecología de la Facultad de Medicina de la UNLP, en su dictamen obrante a fs. 163, brindó información técnica referente a la necesidad y/o factibilidad de la realización del tratamiento de fertilización asistida con donación de gametos, óvulos y espermatozoides solicitado por la *Actora*.

En él explica que “se requieren dos gametas, una femenina u ovocito y otra masculina o espermatozoide para la obtención de un cigoto o embrión evolutivo. Por lo tanto, la falta de uno, o los dos gametos, es factible de ser corregido mediante la donación de las mismas por un tercero que pasa a denominarse *donante*, siendo los integrantes de la pareja denominados *receptores*. En el caso en cuestión, se requiere de la donación de espermatozoides para lograr la concepción. La edad de la mujer futura gestante es el factor determinante más importante a la hora de predecir el éxito de un



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

tratamiento de fertilización asistida en lo que respecta a la chance de embarazo, salud fetal, materna y resultados peri natales. Existen patologías de evolución benigna pero con efecto devastador sobre la reserva ovárica, como ser la endometriosis ovárica que dificultan la realización de una técnica de Fertilización Asistida de Alta Complejidad con óvulos propios entorpeciendo un paso fundamental de la misma, que es la hiperestimulación ovárica controlada y punción folicular debido a la baja respuesta de que es pasible dicha paciente. Para soslayar esta dificultad puede recurrirse a la utilización de esquemas personalizados de hiperestimulación ovárica o a la donación de ovocitos.” Agrega, finalmente “respecto a la factibilidad de realizar Fertilización Asistida con gametas donadas, que a la fecha, estos deben ser realizados recurriendo a bancos privados dado que -al momento- no se cuenta con bancos públicos por mí conocidos en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, pero son factibles de realizarse.”

b) 3. Finalmente, se celebró la *Audiencia* designada en los términos del art. 11 de la Ley 13.928, con la presencia de las *Actoras* con patrocinio letrado, la representante de Fiscalía de Estado, la representante de IOMA, como así, de los referidos Peritos que emitieran sus respectivos dictámenes. Tanto la *Actora* como la *Demandada* ratificaron sus posturas, que fueran reseñadas con detalle precedentemente, siendo que los profesionales explicaron oralmente al Tribunal las consideraciones y conclusiones plasmadas en las pericias, oyéndose también a las actoras, Sras. VERÓNICA ANDREA NOVOA y SUSANA BOTTINELLI.

En dicha *Audiencia* el Tribunal, a tenor de lo normado por el art. 11 inciso 1 de la Ley 13.928, resolvió conceder un plazo a las partes a fin de

viabilizar que a nivel institucional las *Partes* dialoguen con la finalidad de que evalúen acerca de si existe alguna forma de darle solución al conflicto, y transcurrido que sea, se habrá de entender que no hubo acuerdo, (sin perjuicio de una eventual presentación formal por la negativa) y se avocará a resolver el Tribunal lo que por derecho corresponda.

b) 4. Consentida expresamente por las *Partes* dicha decisión, y transcurrido el plazo otorgado, las *Actoras*, en presentación ahora obrante a fs. 170, pusieron en conocimiento del Tribunal que no obstante haber mantenido una reunión entre sus letrados patrocinantes con el Director de Relaciones Jurídicas de IOMA, no han podido arribar a un acuerdo, solicitando se tenga presente lo manifestado, y se dicte Sentencia.

V.-

DESARROLLO

Muchos aspectos surgen de un planteo como el *sub análisis* seguramente de gran interés jurídico-social, atento el alcance de esta clase de decisiones que -a estar con los temas a abordar- resultan innovadoras, considerando el marco socio-jurídico-cultural de referencia relativamente anterior, en el que no se barajaban aspectos institucionales que hoy resultan un realidad tangible, de efectiva tutela legal y jurisdiccional.

Sin perjuicio de lo expuesto, se impone -en estricto análisis de la *acción* incoada en autos- circunscribirse a la puntual *pretensión procesal*, inserta en la acción emergente de la demanda traída a consideración de este órgano jurisdiccional, sin perjuicio de abordar en lo indispensable, aspectos que se vinculan de manera estrecha con la *actio sub lite*.

A fin de circunscribir el *thema decidendum*, en harto breve sinopsis,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

cabe expresar que las *ampararistas* piden que su obra social (IOMA, en el caso) se haga económicamente cargo de los gastos que les insume un tratamiento de 'fecundación in vitro' (FIV), dado que -según expresan- les resulta imposible por cualquier otro medio concebir, en el caso, a ambas (femeninas integrantes del matrimonio igualitario) aunque por diversas razones, expuestas y abonadas por ellas mismas, con diversa evidencia. (Véase *ut supra*).

Será pues este el "norte a seguir", como *objeto del proceso*, que debe resolverse en definitiva en esta instancia, sin perjuicio de que -tangencial y/o complementariamente- deban resolverse -además- otros aspectos, en tanto relacionados con aquel.

Han pasado muchos años ya, más de treinta, desde la Sanción de la Ley 23.054 (B.O.: 27-03-1984) que incorporó a nuestra legalidad, en un primer paso, la "Convención Americana sobre Derechos humanos", conocida como *Pacto de San José de Costa Rica*, vigente en la región (no en nuestro país), desde el 22 de Noviembre de 1969. La ratificación completa de esta Convención, llegó con la Reforma a nuestra Carta Magna Nacional en 1994, que la incorporó (entre otras) a través del art. 75, inciso 22, hoy vigente.

Hubieron -como era de esperar- algunas resistencias a su aplicación lisa y llana a nuestra *Legalidad*, ora por la Doctrina, ora por la Jurisprudencia. Desde su primigenia vigencia a través de la mentada Ley 23.054, abagué -con suerte diversa en la práctica, y desde diversos roles procesales- por la aplicación *self executing* de sus disposiciones.

Costó -en síntesis- entender que el país se sometía a una jurisdicción *supra nacional*, que excedía, en su caso, a la propia Constitución Nacional, y

que estaba por encima de los resolutorios de la mismísima Corte Suprema de Justicia Nacional.

Sin entrar en detalle -pues a esta altura son ya *archi* conocidos- la *Corte de Costa Rica* ordenó en algunos supuestos a la Nación adecuar su legislación interna a la Convención; o en su caso, señaló a la máxima jurisdicción del país, como debía interpretarse la normativa convencional.

Es pues que con este alcance, sintetizado en extremo en los párrafos que anteceden, habré de desarrollar el camino de mi tesis en el *sub lite*, con cita de normas del *Pacto* y la respectiva interpretación que de las mismas, que de manera docente y/o informativa ha hecho la mentada *Corte Interamericana de Costa Rica*, en puntuales de *Casos* que le fueron planteados para su resolución.

Veamos.

Por el art. 1° de la Convención, los Estados Partes se comprometen a (síntesis) respetar derechos y libertades que reconoce dicho *Pacto*, y a garantizar el libre y pleno ejercicio a toda persona...sin distinción de raza, color, sexo, etc. o de cualquier otra índole. Luego, y de seguido, el art. 2° agrega: (síntesis) Si el ejercicio de los derechos y libertades de mención no estuvieren ya garantizados en, o por, la legalidad interna, los Estados Partes, se obligan a adoptar las mismas, mediante las pertinentes creaciones y/o modificaciones constitucionales o legales que correspondan.

Nos dirá el art. 28 (que lleva el acápite: *Cláusula Federal*) en su inciso 1° del *Pacto* que la legalidad supranacional adoptada por el país, en los casos de Estado Federal, como el nuestro, el gobierno nacional del Estado Parte de que se trate, debe cumplir con todas las materias propias de la Convención, sobre las que se ejerce jurisdicción legislativa y judicial. Aclarando, en su inciso 2°, que en lo relativo a los Estados que integran la confederación (v.g.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

nuestros estados provinciales), el gobierno “Nacional” *debe de inmediato* tomar las medidas pertinentes, para que -según proceda- adopten las provincias las disposiciones de la Convención.

Por el art. 31 de la Convención, se señala que podrán ser incluidos otros derechos y libertades, debe entenderse, por encima de los que proclama el *Pacto*, siguiéndose -claro está- los protocolos del régimen.

Por fin, el art. 25 del *Pacto*, ratifica la vía del *amparo* judicial, de primigenia vigencia *pretoriana* en nuestro país, luego legal (nacional y provinciales), y finalmente constitucional, respetándose las respectivas jurisdicciones provinciales.

Veamos ahora como la *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, y otros Tribunales Internacionales de la materia (que indicaré en su caso) tratan la temática que directa e indirectamente, se relaciona con el caso *sub lite*.

Habré de sintetizar (deductiva y/o inductivamente) la opinión del Tribunal de que se trate, en normas de la *Convención* o *Tratado* que aplique, en las que abrevaré para el caso de autos, sobre lo que volveré en detalle al abordar el *sub lite*.

Resaltaré subrayándolas, cuestiones de interés.

En el “*Caso Artavia Murillo y otros* (“fecundación *in vitro*”) *Vs. Costa Rica*”, Sentencia de 28 de Noviembre de 2012, dijo en el n° 142 de su Resolución: “*El artículo 11 de la Convención Americana requiere la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada y familiar*”.

De su lado, en el *Caso “Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador*”. Sentencia de 21 de Noviembre de 2007. Serie “C”, n° 170, párraf.

52, expresó: “Esta Corte ha interpretado en forma amplia el artículo 7 de la Convención Americana al señalar que éste incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana”.

En igual sentido en: “Atala Riffo y Niñas Vs. Chile”, párraf. 136. Se dijo: “La Corte Interamericana, ha resaltado el 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”.

En análogo sentido, dijo la Corte Interamericana: “La protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior”. Cfr. Caso “Rosendo Cantú y otra Vs. México”. Sentencia del 31 de Agosto de 2010. Serie C N° 216, párraf. 119; y, Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, párraf. 162.

Esta misma temática doctrinaria se reiteró en pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derecho Humanos (T.E.D.H.): “Caso Dudgeon Vs. Reino Unido”, (N° 7525/76), Sentencia de 22 de Octubre de 1981, párraf. 41; “Caso



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

X y Y Vs. Países Bajos”, (n° 8978/80), Sentencia de 26 de Marzo de 1985, párraf. 22; “*Caso Niemietz Vs. Alemania*”, (N° 13710/88), Sentencia de 16 de Diciembre de 1992, párraf. 29; “*Caso Peck Vs. Reino Unido*”, (N° 44647/98), Sentencia del 28 de Abril de 2003, párraf. 57; “*Caso Pretty Vs. Reino Unido*”, (N° 2346/02), Sentencia de 29 de abril de 2002. Final, 29 de Julio de 2002, párraf. 61, donde se puede leer en versión original: “*The concept of ‘private life’ is a broad term not susceptible to exhaustive definition. It covers the physical and psychological integrity of a person. It can sometimes embrace aspects of an individual's physical and social identity. Article 8 also protects a right to personal development, and the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world. Although no previous case has established as such any right to self-determination as being contained in Article 8 of the Convention, the Court considers that the notion of personal autonomy is an important principle underlying the interpretation of its guarantees*”.

Nota: Mantengo idioma de origen ante eventual error de traducción que de seguido efectúo: “El concepto de "vida privada" es un término amplio no susceptible de definiciones exhaustivas. Cubre la integridad física y psicológica de una persona. A veces puede abarcar aspectos de la identidad física y social de un individuo. El artículo 8 también protege el derecho al desarrollo personal, y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior. Aunque ningún caso anterior ha establecido como un derecho como a la libre determinación como está contenido en el artículo 8 de la Convención, la Corte considera que la noción

de autonomía personal es un principio importante que subyace a la interpretación de sus garantías".

El mismo Órgano de referencia, T.E.D.H., *in re "R.R. Vs. Polonia"*, (nº 27617/04), Sentencia del 26 de Mayo de 2011, párraf. 197, dijo: *"La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona"*.

La Corte Interamericana, en Casos ya citados (*"Rosendo Cantú y otra Vs. México"*, párraf. 119 y *"Atala Riffo y Niñas Vs. Chile"*, párraf. 162), proclamó: *"La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. Además, la Corte ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres"*. (Caso *"Gelman Vs. Uruguay"*. Sentencia de 24 de Febrero de 2011 Serie C Nº 221, párraf. 97).

Ya pues enfilados en lo vinculado con la *maternidad-paternidad*, el Tribunal Interamericano, ha dicho: *"Esta Corte considera que la decisión de ser o no, madre o padre, es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico"*.

Nótese que en similar sentido, el Tribunal Europeo (T.E.D.H.), *Caso Evans Vs. Reino Unido*, (nº 6339/05), Sentencia de 10 de Abril de 2007, párrafs. 71 y 72, donde el T.E.D.H. señaló que el concepto de: *"`private life`" incorporates the right to respect for both the decisions to become and not to become a parent*". Nota: Mantengo idioma de origen ante eventual error de traducción que de seguido efectúo: "Vida privada incorpora el derecho a que se



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

respete tanto las decisiones para llegar a ser y no llegar a ser uno de los padres”, y precisó respecto a la reglamentación de la práctica de FIV que: “*The right to respect for the decision to become a parent in the genetic sense, also falls within the scope of Article 8*”. Nota: Mantengo idioma de origen ante eventual error de traducción que de seguido efectúo:

“El derecho a que se respete la decisión de convertirse en uno de los padres en el sentido genético, también entra en el ámbito del artículo 8”.

En el *Caso “Dickson Vs. Reino Unido”*, (n° 44362/04), Sentencia de 4 de Diciembre de 2007, párraf. 66, la Corte expresó respecto a la técnica de la reproducción asistida que: “*Article 8 is applicable to the applicants’ complaints in that the refusal of artificial insemination facilities concerned their private and family lives which notions incorporate the right to respect for their decision to become genetic parents*”. Nota: Mantengo idioma de origen ante eventual error de traducción que de seguido efectúo: “El artículo 8 es aplicable a las reclamaciones de los demandantes en que la negativa de las instalaciones de inseminación artificial de que se trate de su vida privada y familiar que incorporan las nociones del derecho, a que se respete su decisión de convertirse en padres genéticos”.

En el *Caso “S.H. y otros Vs. Austria”*, (n° 57813/00), Sentencia de 03 de Noviembre de 2011, párraf. 82, la Corte se refirió explícitamente al derecho de acceder a las técnicas de reproducción asistida, como la FIV, señalando que: “*the right of a couple to conceive a child and to make use of medically assisted procreation for that purpose is also protected by Article 8, as such a choice is an expression of private and family life*”. Nota: Mantengo idioma de origen ante eventual error de traducción que de seguido efectúo: “El derecho de una

pareja de concebir un niño y para hacer uso de la procreación médicamente asistida a tal efecto también está protegido por el artículo 8, como una opción de este tipo es una expresión de la vida privada y familiar".

Veamos ahora en enfoque de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*. En su art. 16, inciso 1, establece el derecho de los hombres y mujeres a casarse y fundar una familia, y en el inciso 3 establece que “*la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado*”.

De su lado, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* en su artículo 23.2 reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.

El *Comité de Derechos Humanos*, Observación General n° 19, Comentarios generales adoptados por el Comité de Derechos Humanos, Artículo 23 - La familia, 39° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 171 (1990), párraf. 5, se proclama: “*El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos*”.

Nótese que a diferencia de lo dispuesto en el *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, en el cual sólo se protege el derecho a la vida familiar bajo el artículo 8 de dicho Convenio, la *Convención Americana* cuenta con dos artículos que protegen la vida familiar de manera complementaria. El artículo 11.2 de la *Convención Americana* está estrechamente relacionado con el derecho reconocido en el artículo 17 de la misma. El artículo 17 de la *Convención Americana* reconoce el papel central de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona y en la sociedad en general. Se trata pues de un derecho tan básico de la *Convención Americana*, que no es posible su derogación, ni aún en situaciones extremas.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

La Corte Interamericana en el ya mentado Caso “Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica, Sentencia de 28 de Noviembre de 2012, dijo en el párrafo 146 de su decisorio: “el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho”.

La Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer reconoce en su artículo 16 (e), el derecho a la autonomía reproductiva por el cual las mujeres gozan del derecho “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”. Acerca de este punto, la Corte Interamericana en el fallo citado en el párrafo anterior dijo: “Este derecho es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad”.

Más adelante, en el Consid. n° 150 del mismo resolutorio se dijo: “el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho al goce de los beneficios del progreso científico ha sido reconocido internacionalmente y, en el ámbito interamericano, se encuentra contemplado en el artículo XIII de la Declaración Americana y en el artículo 14.1 “b)” del Protocolo de San Salvador.

En la Declaración sobre la Utilización del Progreso Científico y Tecnológico en Interés de la Paz y en Beneficio de la Humanidad, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 3384

(XXX), de 10 de Noviembre de 1975, párraf. 3., remarcó la relación entre el mentado *Progreso Científico y Tecnológico* y la satisfacción de las necesidades materiales y espirituales de todos los sectores de la población.

A estar con lo que vengo recopilando, conforme al artículo 29 b) de la *Convención Americana*, el alcance de los *derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia*, derivado de los artículos 11.2 y 17.2 de la *Convención Americana*, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones. Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona.

Acerca de lo que acabo de expresar (destacando con subrayado lo que considero relevante), resulta aclaratorio y complementario lo reseñado por la *Corte Interamericana* en el *ut supra* mencionado Caso “*Artavia Murillo*” al dar tratamiento al fenómeno de la *Fecundación in Vitro* (FIV) expresando: “*la FIV refleja que puede pasar un tiempo entre la unión del óvulo y el espermatozoide, y la implantación. Por tal razón, la definición de “concepción” que tenían los redactores de la Convención Americana, ha cambiado. Antes de la FIV, no se contemplaba científicamente la posibilidad de realizar fertilizaciones fuera del cuerpo de la mujer*”.

A fin de contextualizar la idea, será necesario tener en cuenta como referencia que por entonces (1969) la Real Academia de la Lengua Española definía “concepción” como: “acción y efecto de concebir”; “concebir”: como



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

“quedar preñada la hembra”; y “fecundar” como: “unirse el elemento reproductor masculino al femenino para dar origen a un nuevo ser”.

En el fallo en comentario se cita la opinión de uno de los peritos que tuvo ocasión de dictaminar, tal el caso del perito Zegers, quien dijo: *“En 1969, nadie imaginó que sería posible generar vida humana fuera del cuerpo de la mujer. Fueron diez años más tarde, que se comunicó por primera vez el nacimiento del primer bebé usando TRA”*.

En el mismo Caso “Murillo”, la Corte Interamericana da cuenta de la existencia de dos corrientes vinculadas por lo que debe entenderse por “concepción”, a saber:

a) Una lo traduce como el momento de encuentro, o de fecundación, del óvulo por el espermatozoide, generándose de la fecundación la creación de una nueva célula: el cigoto. (Hay una corriente científica que considera al cigoto como un organismo humano que alberga las instrucciones necesarias para el desarrollo del embrión).

b) La otra corriente, entiende por “concepción”, al momento de implantación del óvulo fecundado en el útero. Y ello así, debido a que la implantación del óvulo fecundado en el útero materno faculta la conexión de la nueva célula, el cigoto, con el sistema circulatorio materno que le permite acceder a todas las hormonas y otros elementos necesarios para el desarrollo del embrión.

Véase en tal sentido, para ambas Corrientes, los siguientes *Artículos Científicos*: Maureen L. Condic, *“Preimplantation Stages of Human Development: The Biological and Moral Status of Early Embryos”*, en: *“Is this cell a Human Being?”*, Springer-Verlag Berlin, 2011; y del mismo autor:

“When Does Human Life Begin? A Scientific Perspective”, en: “The Westchester Institute For Ethics & the Human Person”, Vol 1, N°1, 2008; Jerome Lejeune, “El Origen de la Vida Humana”, en: Diario ABC, Madrid, 1983; Natalia López Moratalla y María J. Iraburu Elizalde, “Los primeros quince días de una vida humana”, Ediciones Universidad de Navarra, 2004; Tanya Lobo Prada, “Inicio de la vida”.

La Dra. Maureen L. Condic, citada en el párrafo anterior, afirma que: *“Una mujer ha concebido cuando el embrión se ha implantado en su útero. La palabra concepción hace referencia explícita a la preñez o gestación, que comienza con la implantación del embrión, ya que **la concepción o gestación es un evento de la mujer, no del embrión**. Sólo hay evidencias de la presencia de un embrión, cuando éste se ha unido celularmente a la mujer y las señales químicas de este evento pueden ser identificadas en los fluidos de la mujer. Esta señal corresponde a una hormona llamada Gonadotropina Coriónica y **lo más precoz que puede ser detectada es siete días después de la fecundación, con el embrión ya implantado en el endometrio**”.*

Monroy Cabra, otro de los especialistas que dictaminaron en el Caso “Murillo”, dijo que: *“La palabra concepción es “un término médico científico y que ha sido interpretado en el sentido de que se produce con la fusión entre óvulo y el espermatozoide”.*

La Corte Interamericana, sobre la base de estas dos opiniones, en el caso bajo análisis expresó que además de estas dos posibles hipótesis sobre el momento en que se debe entender que sucede la “concepción”, se plantea una cuestión diversa respecto al momento en que se considera que el embrión ha alcanzado un grado de madurez tal como para ser considerado “ser humano”.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

Algunas posturas indican que el inicio de la vida comienza con la fecundación, reconociendo al cigoto como la primera manifestación corporal del continuo proceso del desarrollo humano, mientras que otras consideran que el punto de partida del desarrollo del embrión y entonces de su vida humana es su implantación en el útero, donde tiene la capacidad de sumar su potencial genético con el potencial materno. Por fin, con criterio diverso, con alcance minoritario, para otras corrientes de doctrina, la vida comenzaría cuando se desarrolla el sistema nervioso.

Vuelvo a citar al especialista que tuvo ocasión de dictaminar en el Caso “Murillo” Maureen L. Condic; quien en su ya citado artículo: *‘Preimplantation Stages’* dijo que *“Hoy día, hay poco consenso entre científicos, filósofos, eticistas y teólogos acerca del momento en que comienza la vida humana. Mientras que muchos afirman que la vida comienza en “el momento de la concepción”, no se ha definido rigurosamente precisamente cuando ocurre este momento. De hecho, los órganos legislativos de diferentes países han definido el “momento” de concepción de manera muy diferente. Por ejemplo, el de Canadá define el embrión humano como “un organismo humano durante los primeros cincuenta y seis días de su desarrollo luego de la fecundación o la creación, que es muy similar a la definición propuesta en los Estados Unidos de América. Recientes declaraciones de parte de bioeticistas, políticos y científicos han sugerido que la vida humana comienza aún más tarde, a la etapa de las ocho células (aproximadamente tres días después de la fecundación). Por ejemplo, Peters 2006); cuando el embrión se implanta en el útero (cinco-seis días después de la fecundación; Agar (2007), Hatch (2002), o*

al momento de la formación del estría primitiva (dos semanas después de la fecundación)”.

La *Corte Interamericana*, en Caso bajo comenario (“*Murillo*”) sobre la base de estas opiniones parcialmente transcritas, coincidió a señalar que no existe una definición consensuada respecto a la controversia de cuándo empieza la vida humana, expresando que se trata de una cuestión valorada de diversas formas desde una perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa.

Sin perjuicio de lo expuesto, para la *Corte Interamericana*, hay concepciones que ven en los óvulos fecundados una vida humana plena; empero, hace una salvedad, cuando dice: *“Algunos de estos planteamientos pueden ser asociados a concepciones que le confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones. Estas concepciones no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten”.*

Luego de todas estas consideraciones sintetizadas en lo que antecede, la *Corte Interamericana* se pronuncia de manera concreta sobre estos temas en los párrafos 186 y s.s., que -sin perjuicio de lo ya adelantado- paso de seguido a comentar y enunciar en forma sucinta.

El *Máximo Órgano Jurisdiccional de la Convención*, informa cómo debe interpretarse el término “concepción”, a la luz de lo normado en el *Pacto*. Al respecto, dice que la prueba científica diferencia dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. Y afirma, que existe la concepción, sólo al cumplirse el segundo



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

momento. Y agrega que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un “ser humano”, lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Por tanto, si un embrión no se implanta en el útero, no puede desarrollarse al no recibir los nutrientes necesarios, siendo el útero, el ambiente adecuado para su desarrollo.

Volviendo al término “concepción”, expresa que esto no se da sino en el cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede. En esta inteligencia, sólo será posible establecer si se ha producido o no un embarazo, una vez se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada “Gonodotropina Coriónica”, sólo detectable en la mujer que tiene un embrión unido a ella.

Vuelve la Corte a aludir al momento de normar su contenido la *Convención* (año 1969) y explica cómo debe interpretarse la frase “en general” que luce en el 4.1 del *Pacto*, en la segunda oración, después de la primer coma, y dice: “*el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española señala que significa “en común, generalmente” o “sin especificar ni individualizar cosa alguna”. Según la estructura de la segunda frase del artículo 4.1 de la Convención, el término “en general” se relaciona con la expresión “a partir de la concepción”. La interpretación literal indica que dicha expresión se relaciona con la previsión de posibles excepciones a una regla particular. Los demás métodos de interpretación permitirán entender el sentido de una norma que contempla excepciones”*”.

Luego, y ya de manera clara y puntual, la *Corte* dice que debe entenderse el término “concepción”, **desde el momento en que ocurre la implantación**; por tanto, antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la *Convención Americana*; y añade que la citada expresión “en general”, autoriza inferir excepciones a la regla, pero -precisa- la interpretación -según el sentido corriente- no permite precisar el alcance de dichas excepciones.

De seguido propicia aplicar al mentado Art. 4. 1 de la *Convención*, con el método de interpretación sistemática e histórica, evolutiva y teleológica. Así pues las cosas, dice la *Corte* que según el *argumento sistemático*, las normas deben ser interpretadas como parte de un todo cuyo significado y alcance deben fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenecen. Y añade: “*al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

inscribe (inciso tercero del artículo 31), esto es, el derecho internacional de los derechos humanos”.

Luego de dar cuenta de aspectos sumamente interesantes que por razones de economía y celeridad se impone remitir al fallo propiamente dicho, en el Consid. 253, y bajo el acápite “C.3.b) Regulaciones y prácticas sobre la FIV en el derecho comparado”, se expresa que en algunos países, como Argentina, Chile y Uruguay, ya están tratando de tomar medidas para que los tratamientos de reproducción asistida se encuentren cubiertos por los programas o políticas de salud estatal. En lo puntualmente inherente a nuestro país, se alude en nota al pie que por entonces, la Cám. de Diputados había dado media sanción a lo que a la postre se convertiría en la Ley Nacional n° 26.862, promulgada finalmente, el 25 de Junio de 2013, sobre la que volveré oportunamente, líneas abajo.

Ya sobre el final del aquí parcialmente comentado Caso “Murillo”, la Corte Interamericana, aclara un aspecto que resulta ser de sumo interés a los fines aquí perseguidos, tal cuando en el Consid. 326, expresa: “*El Tribunal ha señalado que el presente caso no se relaciona con un presunto derecho a tener hijos o un derecho a acceder a la FIV. Por el contrario, el caso se ha concentrado en el impacto generado por una interferencia desproporcionada en decisiones sobre la vida privada, familiar y los demás derechos involucrados, y el impacto que tuvo dicha interferencia en la integridad psicológica*”.

En efecto. Las interpretaciones y proclamas del *Tribunal Interamericano* que he tomado aquí, ora en transcripción parcial, ora sintetizando sus argumentaciones, apuntan a enfatizar la solemne, enfática,

categorico, amplio y actualizado reconocimiento que se hace al *derecho a la vida, familiar, privada y demás derechos involucrados*, como así -y en su caso- a la incidencia psicológica que del lesionado, produce la violación a estas mandas convencionales.

En el *sub lite* se observa que las actoras de autos, residentes en nuestro Estado provincial (Pcia. de Bs. As.) y afiliadas al Instituto Obra Médico Asistencial, precisamente de esta provincia, se ven perjudicadas y discriminadas por la legalidad que les impide el acceso al tratamiento de fertilización a través de la única manera posible para el caso de las cónyuges, por sus respectivas condiciones de personas del sexo femenino, a lo que debe adunarse, las acreditadas dificultades y/o imposibilidades médico-físicas que presentan para la concepción.

En efecto. La normativa que se aplica al caso para denegar la petición de las cónyuges, es abiertamente perjudicial y discriminatoria la condición y situación de las *amparistas*.

Veamos, en análisis inductivo, como se plasma en autos el aserto que antecede.

La Resolución n° 8.538/10 del Instituto de Obra Médico Asistencial del **30 de Diciembre de 2010**, se dicta en consideración y teniendo en cuenta lo reglado por el Decreto Reglamentario n° 2980 del **29 de Diciembre de 2010**, de la Ley Pcia. de Bs. As.14.208 (Sanción: 02/12/2010; Promulgación: 22/12/2010; Boletín Oficial: 03/01/2011).

En el tercer párrafo de los Considerandos de la metadata Resolución 8530/10 del IOMA, se puede leer, lo que a continuación se transcribe, que resulta ser ratificatorio de lo que acabo de expresar en el párrafo anterior de este Resolutorio: “*Que la presente propuesta encuentra sustento en lo*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

normado por la Ley n° 14.208 de la Provincia de Buenos Aires, y su Decreto Reglamentario n° 2980 que reconoce a la Infertilidad Humana como una enfermedad y obliga al IOMA a incorporar dentro de sus prestaciones, la cobertura médico integral en Fertilización Asistida para sus afiliados”.

Ex profeso en destacado con **negrita**, todas las fechas relevantes de las disposiciones citadas, a saber: Ley 14.208; su Dec. Reglamentario 2980; y Resolución 8538 del IOMA.

Nótese -y remarco- que todas dichas fechas, resultan ser posteriores a la creación y puesta en vigencia en nuestro país del llamado *Matrimonio Igualitario*, que se incorporara al Código Civil a través de la Ley 26.618, Sancionada: **Julio 15, de 2010** y Promulgada: **Julio 21, de 2010**.

Para expresarlo en gruesos trazos: La Ley 26.618 de *Matrimonio Igualitario*, **data de Julio de 2010**; La Ley Pcia. Bs. As. 14.208, su Dec. Reg. 2980 y Res. Ioma 8538, **datan de Diciembre 2010/Enero 2011**.

Ergo. Cuando la Pcia. de Bs. As. decidió legislar sobre ***Reconocimiento de la Infertilidad Humana como enfermedad. Reconocimiento de la cobertura médico asistencial integral de las prácticas médicas a través de las técnicas de fertilización asistida*** (Ley y Dec. Citados); y el I.O.MA. dicta la Resolución 8533, aprobando las modalidades de implementación de la cobertura de Fertilización Asistida, así como los alcances, criterios de inclusión y requisitos para los afiliados aspirantes a la prestación, sobre la base de dicha legislación provincial, se hallaba en plena vigencia la Ley 26.618 de *Matrimonio Igualitario*, Sancionada: **Julio 15, de 2010** y Promulgada: **Julio 21, de 2010**.

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.

En efecto. No otra cosa cabe suponer de la normativa emergente de dicho conjunto de disposiciones, lo que de seguido sintetizo de la forma más abreviada posible, remitiéndome -desde ya- *brevitatis causae* a la totalidad de sus textos.

Comienzo por la norma madre, esto es, La ley (Pcia. Bs. As.) 14.208, de la que transcribiré alguna de sus disposiciones **destacando** (y/o referenciando brevemente) las frases pertinentes.

Art. 3°.- Son objetivos de la presente, entre otros:

*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.***

Ref. sobre lo subrayado: Huelga expresar que hija o hijo biológico es el **hijo natural de una persona**. Incluso habiendo sido concebido mediante técnicas artificiales sigue siendo hijo biológico, **siempre que sea descendiente genético de sus padres.**

Art. 5°.- Incorpórese dentro de las prestaciones del Instituto de Obra Médico Asistencial (I.O.M.A.), la cobertura médico asistencial integral conforme el objeto de la presente.

Art. 7°.- El Poder Ejecutivo determinará la Autoridad de Aplicación. Créase en el ámbito de dicha Autoridad el Consejo Consultivo Médico de Fertilidad Asistida. El mismo dictará su propia reglamentación dentro de los 90 días de constituido, que incluirá la constitución de un Comité Asesor de Bioética transdisciplinario.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

La Autoridad de Aplicación fijará, además, las prestaciones que se ofrecerán a las parejas beneficiarias, teniendo en cuenta los avances científicos en la materia.

En orden deductivo, veamos ahora al Decreto 2980/2010 (del 29/12/10; B.O.: 03/01/11) del Poder Ejecutivo Provincial (P.E.P.) que aprueba la reglamentación de la Ley 14.208.

En sus “Considerandos” se puede leer:

Que el derecho a la salud ha sido reconocido expresamente en diversos tratados internacionales con jerarquía constitucional y en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires;

Que la Ley n° 14208 tiene por objeto el reconocimiento de la infertilidad humana como enfermedad, de conformidad con los criterios internacionales sustentados por la Organización Mundial de la Salud;

Que asimismo se reconoce la cobertura médico asistencial integral de las prácticas médicas a través de las técnicas de fertilización homólogas reconocidas por dicha Organización;

Ref. sobre lo subrayado: La inseminación artificial es homóloga, si el espermatozoide procede del marido o de la persona conviviente. En cambio, la inseminación artificial es heteróloga, si el espermatozoide procede de un donante distinto del marido o conviviente.

Con el nombre de “*fertilización in vitro*” (FIV) se indica una técnica dirigida a obtener una concepción a través del encuentro *in vitro* de los gametos masculinos y femeninos: el embrión que así se obtiene se traslada luego al útero femenino. Consecuente con lo dicho, la fertilización *in vitro* puede ser homóloga, si se utilizan los gametos de la pareja solicitante; o

heteróloga, cuando se usan gametos procedentes de un donante extraño a la pareja.

De lo aquí adelantado, se encarga de aclararlo el ANEXO ÚNICO de la Reglamentación de la referida Ley 14.208, cuando en su Art. 1° dice: “*Se entiende como fertilización homóloga, a la utilización de gametas propias de cada integrante de la pareja*”.

Vamos poniendo de manifiesto el perfil de la normativa bajo análisis. Conforme lo hasta aquí dicho, el marco dispositivo legal resulta ser un insalvable obstáculo para las actoras del *sub lite*, por su natural e intrínseco carácter de integrantes de un *matrimonio igualitario* constituido por dos femeninas, de donde surge claramente la imposibilidad de una fertilización heteróloga a la vez que la utilización de gametas propias de cada integrante de la pareja; lo cual -y como lo vengo anunciando- constituye una flagrante discriminación de la normativa legal de este Estado provincial para con un matrimonio igualitario de los regulados por la ley Ley 26.618, sobre lo que - como ya adelanté- volveré en detalle.

Para culminar con el análisis inductivo, vemos ahora lo dispuesto por la Resolución 8538 (del 30/12/2010; B.O.: 03/10/2011) del Instituto Obra Medico Asistencial (IOMA), en lo inherente a la *Cobertura de Fertilización Asistida* por parte de este Instituto, lo cual -y como no puede ser de otra manera- habrá de ratificar lo consignado en el párrafo anterior.

En sus “Considerandos”, se puede leer:

“Que la presente propuesta encuentra sustento en lo normado por la Ley n° 14.208 de la Provincia de Buenos Aires y su Decreto Reglamentario n° 2980 que reconoce a la Infertilidad Humana como una enfermedad y obliga al IOMA a incorporar dentro de sus prestaciones, la cobertura médico integral



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

en Fertilización Asistida para sus afiliados”.

Luego, en la parte resolutive propiamente dicha, y en lo que aquí interesa destacar, se dice: *El Honorable Directorio del Instituto de Obra Médico Asistencial de la Provincia de Buenos Aires, Resuelve:*

Art. 4º: Reconocer las inclusiones y exclusiones de los módulos y prácticas consignados en el Anexo 2 Inc. B y que forma parte de la presente, de conformidad con los considerandos citados anteriormente.

Veamos ahora lo vinculado con las subrayadas *Inclusiones y Exclusiones*, a estar con la Resolución bajo análisis.

“1.B Criterios de Inclusión para los Afiliados.

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 n° 11.028 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.

1.C Exclusiones.

No serán incorporados a la cobertura de Fertilización Asistida, los afiliados con alguna de las siguientes condiciones.

c) Solicitudes de donación de gametas (óvulos o espermatozoides) o de

embriones.

d) Inseminación con semen heterólogo, entendiéndose por semen heterólogo a aquél proveniente de un hombre que no sea el integrante de la pareja.

Valga lo que sigue a modo de adelanto de *conclusiones*: Como clara e inequívocamente se advierte, de lo que vengo expresando, con más lo consignado en este último tramo con transcripción de disposiciones legales y/o reglamentarias (las que he subrayado en lo pertinente, ex profeso a fin de enfatizar la tesis sustentada) la '*legalidad*' de la Pcia. de Buenos Aires sobre el punto, es discriminatoria, para casos como el de las actoras *sub lite*, a la vez que violatorio de la diversa normativa *ut supra* citada y comentada de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, violatoria de la igualdad ante la ley, y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en especial, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, conforme Normas *ut supra* citadas, en algunos casos, coincidentes con mandas de la Constitución Nacional y de la Pcia. de Bs. As..

Antes de entrar al análisis de la Ley Nacional 26.862, que desde ya adelanto aplicaré al *sub lite*, formularé breves comentarios sobre base de lo dicho en el párrafo anterior, siguiendo los lineamientos de un fallo de la *Corte Interamericana* que ya he citado *ut supra* a otros efectos. Tal, el caso "*Atala Riffo*", y bajo el acápite de: "*La orientación sexual como categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención Americana*", dijo la Corte Interamericana, en los Considerandos o párrafos del resolutorio que de seguido transcribo atento la elocuencia de sus contenidos, y la adecuación al *sub lite*:

83.- "*La Corte ha establecido, al igual que el Tribunal Europeo de*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

Derechos Humanos, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”.

84.- “En este sentido, al interpretar la expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1. de la Convención, debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano”.

85.- “Los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término “otra condición social” para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas. La expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1. de la Convención debe ser interpretada por la Corte, en consecuencia, en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo”.

86.- “Al respecto, en el Sistema Interamericano, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (en adelante “OEA”) ha aprobado desde 2008 en sus sesiones anuales cuatro resoluciones sucesivas respecto a la protección de las personas contra tratos discriminatorios basados en su orientación sexual e identidad de género, mediante las cuales se ha exigido la

adopción de medidas concretas para una protección eficaz contra actos discriminatorios”.

87.- “Respecto a la inclusión de la orientación sexual como categoría de discriminación prohibida, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que la orientación sexual es “otra condición” mencionada en el artículo 1º del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante “Convenio Europeo”), el cual prohíbe tratos discriminatorios. En particular, en el Caso *Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, el Tribunal Europeo concluyó que la orientación sexual es un concepto que se encuentra cubierto por el artículo 14 del Convenio Europeo. Además, reiteró que el listado de categorías que se realiza en dicho artículo es ilustrativo y no exhaustivo. Asimismo, en el Caso *Clift Vs. Reino Unido*, el Tribunal Europeo reiteró que la orientación sexual, como una de las categorías que puede ser incluida bajo “otra condición”, es otro ejemplo específico de los que se encuentran en dicho listado, que son consideradas como características personales en el sentido que son innatas o inherentes a la persona”.

88.- “En el marco del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales han calificado la orientación sexual como una de las categorías de discriminación prohibida consideradas en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos indicó en el caso *Toonen Vs. Australia* que la referencia a la categoría “sexo” incluiría la orientación sexual de las personas. Igualmente, el Comité de Derechos Humanos ha



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

expresado su preocupación frente a diversas situaciones discriminatorias relacionadas con la orientación sexual de las personas, lo cual ha sido expresado reiteradamente en sus observaciones finales a los informes presentados por los Estados”.

89.- *“Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales determinó que la orientación sexual puede ser enmarcada bajo “otra condición social”. Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño , el Comité contra la Tortura y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer han realizado referencias en el marco de sus observaciones generales y recomendaciones, respecto a la inclusión de la orientación sexual como una de las categorías prohibidas de discriminación”.*

90.- *“El 22 de diciembre de 2008 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la “Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”, reafirmando el “principio de no discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género”.*

91.- *“Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas (supra párrs. **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** a **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.**), la Corte Interamericana deja*

establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual”.

92.- “En lo que respecta al argumento del Estado de que para la fecha de emisión de la sentencia de la Corte Suprema no habría existido un consenso respecto a la orientación sexual como categoría prohibida de discriminación, la Corte resalta que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido. El hecho de que ésta pudiera ser materia controversial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana”.

93.- “Un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual. Ello violaría el artículo 1.1. de la Convención Americana. El instrumento interamericano proscribire la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual la que no



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención”.

Sin perjuicio de valorar -por su directa vinculación al *sub lite*- la totalidad de lo transcrito (y remitiéndome al resto, *brevitatis causae*), me he permitido subrayar algunas frases que ratifican la tesis aquí sustentada.

Clara e inequívocamente se observa en lo consignado, la protección total que hace el sistema todo de los Derechos Humanos, hacia la discriminación en razón de la orientación sexual. Como he dicho -y cabe reiterarlo una vez más con remisión al detalle vertido *ut supra* para abreviar- la legislación provincial en cuya base se apoya el IOMA para denegar el beneficio peticionado por las afiliadas actoras del *sub lite*, 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 actoras del *sub lite*, la Sra. VERÓNICA ANDREA NOVOA, 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.

Tal como lo adelanté líneas arriba, a diferencia de la aquí criticada legislación de la Pcia. De Bs. As. En la materia bajo estudio, no ocurre lo mismo con la Ley Nacional 26.862 (Sanción: 05/06/2013; Promulgación: 25/06/2013; Boletín Oficial 26/06/2013)

En efecto, en mi opinión, con la sanción de la Ley n° 26.862 se ha dado

un importante paso en materia de igualdad de acceso a los derechos reproductivos. Presenta en su normativa -podíamos decir- una mirada que claramente tiende hacia la comprensión del ser humano en su integralidad, en sus valores, emociones, y por sobre todo y en lo puntual, considerando sus deseos de una maternidad o paternidad que por diferentes razones puede verse postergada, o en su caso, imposibilitada.

Sin perjuicio de transcribir y/o comentar disposiciones (artículos, párrafos, frases, etc.) de sus normas, paso de seguido a formular algunos comentarios genéricos del espíritu y finalidad perseguida por la aquí comentada Ley Nacional 26.862.

Con el referido alcance, es del caso señalar que con la misma, se incorporan como prestaciones obligatorias, 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: 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**. Incluye en el PMO (Programa Médico Obligatorio) de estos procedimientos, así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo (Art. 8).

Sin perjuicio que como en todos los casos ocurre la reglamentación fija los plazos para la adecuación; de criterios de priorización; determinación de limitaciones en función de edades (máximas o mínimas) para su acceso; cantidad total de tratamientos por persona; y cualquier otra modalidades de cobertura en orden a la complejidad, de acuerdo a los estándares médicos



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

vigentes. Empero, resulta significativamente importante destacar que el texto legal establece que no se podrán introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios.

Hoy día prevalece ampliamente en doctrina que el concepto de salud ha superado aquella tríada tradicionalmente otrora propuesta por la Organización Mundial de la Salud (O.M.S.) del *bienestar "bio-psico-social"*, para transformarse en un **producto social dinámico**. Desde esta nueva óptica, *la salud es el resultado de determinantes tales como la biología humana, el ambiente, el sistema sanitario y los estilos de vida*, entre muchos otros, que deben integrarse en conjunto para su comprensión y análisis.

Acorde pues con esta nueva *definición amplia de salud*, se incorpora el concepto de salud reproductiva, y se entiende por **fertilización o reproducción humana asistida** *el conjunto de técnicas utilizadas en el ámbito de la medicina reproductiva, para intentar la fecundación de un óvulo y un espermatozoide.*

Hasta la sanción de la Ley n° 26.862, se ha transitado un largo camino, signado por proyectos de leyes en la materia que oscilaron entre las prohibiciones y las restricciones hasta llegar -no sin dificultades, por cierto- a un criterio más amplio del derecho de acceso a las técnicas de reproducción humana asistida apuntadas a toda la población.

En tal sentido cabe mencionar a las leyes provinciales, que comenzaron a abrir paso al reconocimiento de la infertilidad como una enfermedad, con diferentes restricciones en relación a la cantidad total de tratamientos, tipo de cobertura y edad de las mujeres que se someterían a ellos. Entre otras,

podemos citar el aquí criticado régimen instaurado por la ya comentada Ley n° 14.208 (y demás normativa complementaria) de la provincia de Buenos Aires; asimismo es del caso citar también Ley n° 4557 de Río Negro, Ley n° 9695 de Córdoba, Ley n° 2258 de Neuquén, Ley n° 3225 de Santa Cruz, etc..

Sin perjuicio de lo ya consignado líneas arriba, es del caso reiterar que nuestra Nación jurídicamente organizada, ha asumido compromisos internacionales en relación a las técnicas de reproducción humana asistida. En tal sentido, deben destacarse las garantías referidas a la eliminación de toda forma de discriminación entre hombres y mujeres para el acceso a los servicios de atención médica, la planificación familiar, embarazo y parto, derechos reconocidos -como se adelantó- por la *Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, como así, por la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer*, lo cual que la autoriza a decidir sobre su salud sexual y reproductiva. De su lado, también se asegura el derecho a beneficiarse del progreso científico a través de las prescripciones contenidas en la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, lo cual se replica en el artículo 15 del *Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. En su caso, el ejercicio del derecho de fundar una familia, de conformidad con el artículo 17 de la *Convención Americana*, lo cual debe ser aplicado a la luz del 5° párrafo, de la Observación General n° 19, del *Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas*.

Yendo al texto de la Ley Nacional 26.862, cabe destacar aquellas disposiciones más relevantes a la vez que relacionadas con los fines en nuestro caso perseguidos. Transcribo de seguido total y/o parcialmente algunas de sus



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

normas, enfatizando en aquellos aspectos que reflejan los comentarios ya realizados desde el abordaje de esta Ley Nacional.

Así, en su Art. 1º, que lleva el acápite de Objeto, se consigna: “*La presente ley tiene por objeto **garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida***”.

Por su parte, de su Art. 6º, primer inciso, se impone destacar el amplio campo de cobertura que se ofrece. Veamos: “Funciones. El Ministerio de Salud de la Nación, sin perjuicio de sus funciones como autoridad de aplicación y para llevar a cabo el objeto de la presente, deberá:

- a) “*Arbitrar las medidas necesarias para **asegurar el derecho al acceso igualitario de todos los beneficiarios a las prácticas normadas por la presente***”;

Sin duda, una de sus más importantes normas, resulta ser el Art. 8º, que lleva como acápite: *Cobertura*. Sin perjuicio de que algo líneas arriba -en el comentario previo que realicé- se destacó, en la porción que aquí interesa acentuar se dice: “...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 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**...”.

*“...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...**”.*

Huelga expresar -y como lo adelanté- que el destacado y/o subrayado que realizo, tiende a poner de relieve los aspectos que dan sustento a mi tesis, en el claro sentido de aplicar estas disposiciones, apartándome (en virtud de las razones *ut supra* expuestas) de la criticada normativa provincial. Y ello así, sin dejar de considerar la égida jurisdiccional de cada uno de los Estados (Nacional y provinciales) a tenor de nuestro sistema *federal* (en el caso) de gobierno.

Nótese que en este último sentido, el último de los artículos (nº 10.-) de la aquí comentada Ley, dice: *“Las disposiciones de la presente ley son de orden público y de aplicación en todo el territorio de la República. **Se invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a sancionar, para el ámbito de sus exclusivas competencias, las normas correspondientes**”.*

Con encomiable diligencia, y en seguro conocimiento de las limitaciones de algunas leyes provinciales ya sancionadas (entre las que se incluye Bs. As., claro está) el legislador Nacional insta, sugiere, invita en definitiva a los Estados provinciales, a imitar los alcances que a la temática bajo examen, confiere la Ley Nacional. Precisamente a estos fines, y respetando la égida de competencia de cada Estado en nuestro sistema federal (*derechos no delegados*: Art. 121 y cc. de la Const. Nac.), es que líneas arriba consigné y comenté lo emergente del Art. 28 de la *Convención Americana* (que



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

ahora transcribo en lo pertinente), llevando como acápite “Cláusula Federal”, y en su inciso 2 dice: *“Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que correspondan a las jurisdicciones de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y a sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta convención”*.

Lo expuesto podría decirse *de lege ferenda*, empero, hoy la doctrina y jurisprudencia es unánime, ora en la aplicación *self executing* de la normativa convencional (*a fortiori* de este trascendencia), ora en la posibilidad de aplicar en nuestra jurisdicción una Ley Nacional que aborda igual derecho que la provincial, y lo hace con un alcance o cobertura mayor o superior.

En esta inteligencia, en el ya referido y comentado Caso “*Artavia Murillo Vs. Costa Rica*”, la *Corte Interamericana de DD. HH.*, en sus Considerandos 334 y 335, con cita de otros precedentes de igual magnitud, dijo:

“La Corte recuerda que el Estado debe prevenir la recurrencia de violaciones a los derechos humanos...y, por eso, adoptar todas las medidas legales, administrativas y de otra índole que sean necesarias para evitar que hechos similares vuelvan a ocurrir en el futuro, en cumplimiento de sus deberes de prevención y garantía de los derechos fundamentales reconocidos por la Convención Americana”.

“En particular, y conforme al artículo 2 de la Convención, el Estado tiene el deber de adoptar las medidas necesarias para hacer efectivo el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención. Es decir,

los Estados no sólo tienen la obligación positiva de adoptar las medidas legislativas necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos en ella consagrados, sino que también deben evitar promulgar aquellas leyes que impidan el libre ejercicio de estos derechos, y evitar que se supriman o modifiquen las leyes que los protegen”.(Destacado y subrayado, me pertenecen).

De ahí pues que a los fines de conceder la petición del 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*.

Se impone pues hacer lugar a la acción incoada por las actoras, ordenando al Instituto Obra Medico Asistencial, arbitre los medios y tome todos los recaudos a que hubiere lugar, para satisfacer los gastos y costos que insuma la fecundación *in vitro* requerida, utilizándose en este caso según proceda, gametos masculinos (absolutamente indispensables en el caso) y femeninos para el eventual logro de una concepción segura.

Sin perjuicio de lo expuesto, y en otro orden, deberán oportuna y eventualmente, por ante quien corresponda, tomarse los recaudos a que hubiere lugar, para almacenar ocultos todos los datos de los *donantes anónimos*, los que sólo se revelaran eventualmente y de ser requeridos en el futuro por el niño/a (atento el *superior interés* que lo ampara: Art. 3.1 y cc. de la *Convención sobre los Derechos del Niño*, Ley 23.849, B.O.:22/10/90; Art. 75, inc. 22 C.N.), pero también, del joven o adulto, vinculado todo con su derecho a la real identidad; o en su caso, por aspectos inherentes y vinculados a su salud física o psíquica.

En consecuencia, por todas las razones expuestas, a la Cuestión planteada voto por la afirmativa, por ser ello mi sincera convicción



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

Artículos: 1º, 2, 7, 11, 17, 19, 25, 28, inciso 1 y 2, 31 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*; Art. 16, incisos 1 y 3, y cc. de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*; Arts. 8 y cc. del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*; Arts. 23.2 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*; Arts. 11.1,12, y cc. *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*; Arts. 1º, 14, 14 bis, 16, 31, 33, 42, 43, primer párrafo, 75, inciso 22, 121, ss. y cc. de la Constitución Nacional; Arts. 11, 20, inciso 2, y 36, inciso 4, ss. y cc. de la Constitución de la Pcia. de Bs. As.; Arts. 1º, 6, inciso a), 8, 10 y cc. de la Ley Nac. 26.862; Art. 3.1 y cc. de la Ley 23.849; Ley Nac. 26.618; Ley Pcia. de Bs. As. 14.208, su Dec. Regl. 2980 y Res. 8538/10 del I.O.M.A., **a contrario**; Arts. 1, 4, 11, 12, 13, 14, ss. y cc. de la Ley Pcia. de Bs. As. 13.928 T.O.; como así, toda la Jurisprudencia sobre *Derechos Humanos* vinculadas con el tema *sub lite* de la *Convención Americana*, como así, de otros órganos mundiales aquí citadas.

A la Cuestión planteada el señor Juez doctor Julio Germán ALEGRE votó en idéntico sentido y por los mismos fundamentos que el señor juez doctor Caputo Tártara por ser ello su sincera convicción.

Artículos: 1º, 2, 7, 11, 17, 19, 25, 28, inciso 1 y 2, 31 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*; Art. 16, incisos 1 y 3, y cc. de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*; Arts. 8 y cc. del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*; Arts. 23.2 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*; Arts. 11.1,12, y cc. *Convención sobre la*

Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; Arts. 1°, 14, 14 bis, 16, 31, 33, 42, 43, primer párrafo, 75, inciso 22, 121, ss. y cc. de la Constitución Nacional; Arts. 11, 20, inciso 2, y 36, inciso 4, ss. y cc. de la Constitución de la Pcia. de Bs. As.; Arts. 1°, 6, inciso a), 8, 10 y cc. de la Ley Nac. 26.862; Art. 3.1 y cc. de la Ley 23.849; Ley Nac. 26.618; Ley Pcia. de Bs. As. 14.208, su Dec. Regl. 2980 y Res. 8538/10 del I.O.M.A., a contrario; Arts. 1, 4, 11, 12, 13, 14, ss. y cc. de la Ley Pcia. de Bs. As. 13.928 T.O.; como así, toda la Jurisprudencia sobre *Derechos Humanos* vinculadas con el tema *sub lite* de la *Convención Americana*, como así, de otros órganos mundiales aquí citadas.

A la Cuestión planteada el señor Juez doctor Juan Carlos BRUNI dijo:

Adhiero a la postura de mi colega Dr. Caputo Tátara, sin perjuicio de ello, debo poner de manifiesto mi objeción al funcionamiento del IOMA y las discriminaciones que realiza en cuanto al otorgamiento o no, de diversas coberturas, las que *prima facie* se presentan incoherentes o injustas. Así pues las cosas, la que aquí se resuelve conceder, considero lo es en desmedro de otras de menor envergadura que debieran otorgarse.

Así lo voto por ser ello mi sincera convicción.

Arts. 1, 4, 11, 12, 13, 14, ss. y cc., *a contrario*, de la Ley Pcia. de Bs. As. 13.928 T.O.

POR ELLO, y de conformidad con los Artículos: 1°, 2, 7, 11, 17, 19, 25, 28, inciso 1 y 2, 31 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*; Art. 16, incisos 1 y 3, y cc. de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*; Arts. 8 y cc. del *Convenio Europeo de Derechos*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

Humanos; Arts. 23.2 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*; Arts. 11.1, 12, y cc. *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*; Arts. 1º, 14, 14 bis, 16, 31, 33, 42, 43, primer párrafo, 75, inciso 22, 121, ss. y cc. de la Constitución Nacional; Arts. 11, 20, inciso 2, y 36, inciso 4, ss. y cc. de la Constitución de la Pcia. de Bs. As.; Arts. 1º, 6, inciso a), 8, 10 y cc. de la Ley Nac. 26.862; Art. 3.1 y cc. de la Ley 23.849; Ley Nac. 26.618; Ley Pcia. de Bs. As. 14.208, su Dec. Regl. 2980 y Res. 8538/10 del I.O.M.A., a contrario; Arts. 1, 4, 11, 12, 13, 14, 17, ss. y cc. de la Ley Pcia. de Bs. As. 13.928 T.O.; como así, toda la Jurisprudencia sobre *Derechos Humanos* vinculadas con el tema *sub lite* de la *Convención Americana*, como así, de otros órganos mundiales aquí citadas, **el Tribunal por unanimidad RESUELVE** en la **Causa nº 4431** de su registro:

1.- HACER LUGAR A LA ACCIÓN DE AMPARO interpuesta por VERÓNICA ANDREA NOVOA y SUSANA BOTTINELLI, con el patrocinio letrado de los Dres. Francisco Luciano Tufankchi y Ariel Jorge Door, contra el Instituto Obra Médico Asistencial (IOMA), ordenando al accionado otorgue, por donde corresponda, la cobertura de *fertilización in vitro de alta complejidad con donación ovocitaria (ovodonación) y espermatozoides* que requiere la patología de infertilidad que padecen la actoras en su integralidad y mientras se mantenga la prescripción de atención médica que ha sido indicada, o la que se prescriba. Oportunamente, se ofrezca a las actoras, a los fines de su elección, lista de nosocomios que estén autorizados, para el adecuado asesoramiento, pertinentes tratamientos previos, acceso según su caso a los bancos de donación de ovocitos y espermatozoides, y fertilización propiamente dicha, en todas sus etapas; o toda otra medida necesaria a los fines aquí resueltos;

todo lo cual operará de inmediato, atento lo reglado por el art. 17 y cc. de la Ley 13.928.

2.- Deberán oportuna y eventualmente, por ante quien corresponda, tomarse los recaudos a que hubiere lugar, para almacenar ocultos todos los datos de los *donantes anónimos*, los que sólo se revelaran eventualmente y de ser requeridos en el futuro por el niño/a (atento el *superior interés* que lo ampara: Art. 3.1 y cc. de la *Convención sobre los Derechos del Niño*, Ley 23.849, B.O.:22/10/90; Art. 75, inc. 22 C.N.), pero también, del joven o adulto, vinculado todo con su derecho a la real identidad; o en su caso, por aspectos inherentes y vinculados a su salud física o psíquica.

3.- Imponer las Costas a cargo de la demandada.

Arts. 14, 25 y cc. Ley 13.928; y doctrina Artículo 73 del C.P.C.C.

REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE.