

IIDH

Instituto Interamericano
de Derechos Humanos

4

Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina



Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Con el apoyo de:

Fondo de Población de las Naciones Unidas

Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo

© 2008 Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
Reservados todos los derechos.

346.013.4

I59a Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Reproducción asistida, género y derechos humanos
en América Latina / Instituto Interamericano de
Derechos Humanos. – San José, C.R. : IIDH,
2008 86 p.; 21.59 x 13.97 cm

ISBN 978-9968-917-80-3

1. Derechos reproductivos 2. Derechos sexuales 3. Fecundación
in vitro 4. Inseminación artificial.

Las ideas expuestas en los trabajos publicados en este libro son de exclusiva responsabilidad de los autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Se permite la reproducción total o parcial de los materiales aquí publicados, siempre y cuando no sean alterados, se asignen los créditos correspondientes y se haga llegar una copia de la publicación o reproducción al editor.

Equipo productor de la publicación:

Isabel Torres García
Coordinación académica

Denia Núñez Guerrero
Apoyo académico

Florencia Luna
Autora

“Encuentro en el parque” (2007)
Cortesía de la pintora costarricense Alma Fernández
Oleo y collage sobre cartón, 50 x 35 cm.
Ilustración de la portada

Unidad de Información y Servicio Editorial del IIDH
Diseño, diagramación y artes finales

Editorama S.A.
Impresión

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Apartado Postal 10.081-1000 San José, Costa Rica
Tel.: (506) 2234-0404 Fax: (506) 2234-0955
e-mail: uinformacion@iidh.ed.cr
www.iidh.ed.cr

Tabla de contenido

Presentación	7
1. Planteos generales	11
1.1. Introducción	11
1.2. Dimensión del problema	12
1.3. La infertilidad	16
2. Argumentos y debates.....	19
2.1. Técnicas reproductivas: argumentos a favor y en contra	20
2.2. Posición de las religiones	27
2.3. El debate sobre los embriones.....	30
3. Técnicas reproductivas: problemas éticos y de implementación	36
3.1. La inseminación artificial homóloga y heteróloga	36
3.2. La fecundación <i>in vitro</i>	41
3.3. La inyección intracitoplasmática del espermatozoide	46
4. El uso de las técnicas reproductivas en el contexto de América Latina	47
4.1. Mandatos y prácticas efectivas.....	48
4.2. Implicaciones del “doble estándar moral” con relación a la implementación de las técnicas de reproducción asistida	51

4.3. Implicaciones del “doble estándar moral” con relación a la infertilidad	55
5. El caso <i>Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros contra Costa Rica, petición 12.361</i>	59
5.1. Informe de admisibilidad N° 25/04 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos	59
5.2. Derechos humanos y salud reproductiva	62
5.3. Equidad y salud de la mujer en Costa Rica.....	65
5.4. Derechos humanos involucrados en el caso.....	68
5.5. Sentencia 2000-02306 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.....	77
5.6. Artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.	81

Presentación

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos y el Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA) han desarrollado acciones conjuntas desde el año 2002, en el marco de una fructífera alianza estratégica basada en la plena coincidencia de que el goce y ejercicio de los derechos humanos, constituyen la piedra angular de la democracia y del desarrollo.

En el trabajo de promoción y educación en derechos humanos de las mujeres que ambas entidades realizan, han identificado temas de especial preocupación en la región en la esfera de los derechos reproductivos. Es por ello que han propiciado procesos de investigación académica, que dan continuidad al estudio realizado y publicado hace algunos años “Promoción y defensa de los derechos reproductivos: nuevo reto para las instituciones nacionales de derechos humanos” (IIDH, UNFPA: 2003).

Mediante la presente publicación, se pone a disposición un compendio de cuatro investigaciones, con el fin de propiciar conocimientos que faciliten el debate, la argumentación y la toma de decisiones:

- Tomo 1: Los derechos reproductivos son derechos humanos.
- Tomo 2: Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos.
- Tomo 3: La anticoncepción oral de emergencia. El debate legal en América Latina.

Tomo 4: Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina.

El primer texto aborda a los derechos reproductivos desde una perspectiva de género y de derechos humanos. Analiza la evolución, alcance y contenido de los derechos reproductivos como parte de los derechos humanos universales y por ende, de las obligaciones de los Estados en esa materia.

El segundo presenta, desde una perspectiva jurídica, cómo la justicia constitucional ha resuelto en América Latina los casos en los que se han discutido demandas argumentadas como derechos sexuales y reproductivos.

El tercer texto sistematiza quince procesos judiciales constitucionales sobre la anticoncepción oral de emergencia, el cual constituye el método anticonceptivo que más controversias judiciales ha originado en América Latina, planteadas en Argentina, Colombia, Chile, Ecuador, México y Perú.

El cuarto y último analiza la reproducción asistida desde una perspectiva de género y derechos humanos en el contexto latinoamericano.

El IIDH y el Fondo de Población de Naciones Unidas (UNFPA), esperan continuar contribuyendo a ampliar los conocimientos en dichas temáticas y sobre todo, que la apropiación de los mismos se convierta en una herramienta de trabajo por parte de las instituciones de Estado y de las organizaciones de la sociedad civil en pro de los derechos humanos.

*Roberto Cuéllar M.
Director Ejecutivo*

Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina

Florencia Luna^{*}

^{*} Argentina, Doctora en Filosofía de la Universidad de Buenos Aires. Directora del Programa de Bioética de FLACSO-Argentina. Integra la International Association of Bioethics de la cual fue su presidenta durante el periodo 2003-2005 y el Council for International Organizations of Medical Sciences (CIOMS). Asesora temporal de la Organización Mundial de la Salud para el Planning Group Meeting for Ethical, Legal and Social Issues in Genetics. Directora y fundadora de la revista *Perspectivas Bioéticas* e Investigadora Adjunta del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de Argentina.

La autora agradece especialmente a Rebecca Cook, Esther Polak de Fried, Paola Bergallo, Bebe Loff, Natalia Righetti, Lino Barañao, Alejandro Morlachetti y Penny Weller por la información y el apoyo que le brindaron para la elaboración de este informe. La responsabilidad por su contenido, sin embargo, corresponde exclusivamente a la autora. El informe se ha basado, además, en otros textos de su autoría. Entre ellos, Luna F. "Assisted Reproduction Technology in Latin America: Some Ethical and Socio-Cultural Issues", en Vayena E., Rowe P.J., Griffin D. (eds.), *Current practices and controversies in Assisted Reproduction*, Ginebra, WHO, 2002; Luna F. y Salles A.L.F. (eds.) *Decisiones de vida y muerte*, Sudamericana, Buenos Aires, 1995; Luna F. "Reproducción asistida y 'sabor local': contexto y mujer en Latinoamérica", *Bioética* 9 (2): 83-98, 2001; Luna F. y Salles A.L.F. (en prensa) *Bioética en un mundo complejo*, México D.F., FCE.

1. Planteos generales

1.1 Introducción

Se llama técnicas de reproducción asistida (TRA) a los diferentes procedimientos que, en mayor o menor medida, pueden reemplazar o colaborar en uno o más pasos naturales del proceso de reproducción¹.

Generalmente, se parte de la base de que toda persona adulta tiene el derecho de procrear, y en la mayoría de los casos, la gente hace uso de ese derecho sin requerir asistencia de terceros. No sucede lo mismo cuando se trata de personas infértiles que deben apelar a tecnologías reproductivas. El hecho de tener que requerir intervención por parte de otro ya comienza a plantear problemas. Como se analizará en primer lugar, implica una interferencia en un acto muy íntimo y privado como es concebir un hijo, al estar ligadas a cuestiones tan personales como la reproducción, y a la manipulación de material germinal (sean éstos óvulos, espermatozoides o embriones) respecto de los cuales hay posiciones muy diversas desde las diferentes religiones, en las diferentes sociedades y en el mundo científico; muchos de los debates respecto de estas técnicas están teñidos por posiciones emocionales.

Involucran, además, la incorporación de técnicas científicas y médicas que parecen llevar a una “desnaturalización” y “medicalización” de este proceso. Rebecca Cook y Bernard Dickens recuerdan un comentario de Kleeegman y Kaufman respecto del desarrollo a la aceptación de la inseminación

¹ Más adelante, se explicará en qué consisten algunas de ellas como la fecundación in vitro, la inseminación artificial, el ICSI.

artificial que ilustra la “aversión” que ciertas tecnologías generan (algo semejante sucedió con los primeros trasplantes de corazón): “Cualquier cambio en las costumbres o las prácticas en esta área emocionalmente sobrecargada, ha generado siempre una primera respuesta de negación con horror de las costumbres establecidas o de la ley, luego de negación sin horror, luego una lenta y gradual curiosidad, estudio, evaluación, y finalmente una muy lenta pero constante aceptación”².

Indudablemente las técnicas de reproducción asistida presentan un campo muy complejo en donde conviven reacciones emocionales, y éstas se entrecruzan con preocupaciones y críticas racionales. A lo anterior se suman acendradas actitudes sociales (estereotipos de maternidad o virilidad), visiones divergentes sobre el rol de la mujer, la percepción positiva o negativa de la medicalización de ciertos procesos naturales. Se trata de un terreno con diferentes aristas de difícil abordaje. No permite una mirada única y simple, de todo o nada. Así en este trabajo se intenta desplegar las diferentes argumentaciones brindadas, explicitar problemas de implementación, señalar el impacto que la infertilidad tiene en el contexto local, así como el compromiso que puede estar involucrado desde los derechos humanos, la ética y la perspectiva de género.

1.2 Dimensión del problema

En primer lugar, deben ubicarse a las TRA en el contexto de la salud sexual y reproductiva. Durante la última década del siglo XX se explicita un concepto de salud sexual y reproductiva basada en la definición de salud aceptada por la Organización Mundial de la Salud (OMS). Esto es, la salud es un estado completo de bienestar físico y mental y social y no

² Cook R. y Dickens B.M. “Some Ethical and Legal Issues in Assisted Reproductive Technology”, *International Journal of Gynecology and Obstetrics* 55: 55-61, 56.G, 1999.

la mera ausencia de enfermedad o dolencias³. La Conferencia Internacional de Naciones Unidas sobre Población y Desarrollo, realizada en El Cairo en 1994 y la Cuarta Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre la Mujer, en Beijing en 1995, adopta un concepto integral de salud sexual y reproductiva⁴.

La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos de procrear y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia [...] el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permiten los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos⁵.

Si bien lo primero que se tiene en cuenta cuando se analiza este concepto es, por ejemplo, servicios de anticoncepción y procreación responsable apropiados, atención durante el embarazo y parto, prevención de enfermedades de transmisión sexual, atención del VIH, esta definición es bastante más amplia. Muchos de estos temas son acuciantes e involucran planteos que han formado parte de la lucha del movimiento de mujeres, así como de la concepción de los derechos reproductivos. Sin embargo esta definición no se agota en estas primeras cuestiones. Implica métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud reproductiva, así como también cubre el acceso a los métodos reproductivos médicamente asistidos,

³ Si bien como se verá en el párrafo sobre el derecho a la salud, la Observación N°14 del Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales no se basa en la definición de la OMS, se hace referencia al nivel más alto de salud física y mental, lo cual permite claramente abarcar la salud sexual y reproductiva.

⁴ Cook R., Dickens B., Fathalla M. *Salud reproductiva y derechos humanos*, Bogotá, Profamilia, Oxford, p. 74. 2003.

⁵ Cook, Dickens, Fathalla, *op. cit.*, p. 74.

incluyendo las tecnologías diseñadas para tratar la infertilidad y para permitirles a las parejas infértiles tener hijos⁶.

En segundo lugar, se quiere ubicar la magnitud del problema señalando que aproximadamente entre el 15 y el 20% de las parejas en edad fértil padecen algún problema de infertilidad, lo que equivale a que una de cada cinco parejas tiene problemas para lograr el embarazo⁷. En el 2003 se calculaba que más de 186 millones de parejas de países en desarrollo (excluyendo China) padecían problemas de fertilidad⁸. Un 40% de los casos de infertilidad tiene causa masculina, otro 40% es de origen femenino y el 20% restante tiene causas desconocidas. Es decir que, pese a que generalmente se asocian los problemas de infertilidad con la mujer, ya que ésta es la que “pone” el cuerpo, éstos no son problemas únicamente femeninos.

Si bien en lo que sigue se explorarán algunos de los argumentos a favor y en contra de su justificabilidad moral, actualmente la mayoría de estos procedimientos forman parte de los tratamientos o servicios médicos, aún si hay grandes variaciones respecto de cada sociedad y Estado en cuanto a la reglamentación y regulación. Desde 1998, y luego en el 2004 y 2007 la Sociedad Internacional de Fertilidad y Esterilidad publica un estudio que tabula las prácticas respecto de las técnicas de reproducción asistida. En la última versión, la de 2007 brinda datos de 57 países, calculando que éstos cubren dos tercios de la población mundial⁹. Así reporta si los países tienen regulaciones o leyes, o guías establecidas por sociedades

6 Esto aparece claramente en Cook, Dickens, Fathalla, *op. cit.*, p. 74. También en el “Resumen ejecutivo” de la Serie sobre Salud Sexual y Reproductiva de *The Lancet*, disponible en: http://www.who.int/reproductive-health/publications/es/srh_lancetseries_es.pdf, (fecha de acceso: nov. de 2007).

7 Chillik C. *¿Por qué no podemos tener un hijo?* Buenos Aires, Editorial Atlántida, p. 19. 2000.

8 Butler P. “ART in Developing Countries –A Response to Individual Need or a Social Priority?”, en *Progress in Reproductive Health Research*, Geneva, World Health Organization. 2003.

9 Jones H., Cohen J., Cook I., Kempers R. “IFFS Surveillance 07”, *Fertility and Sterility* 87(4): S1-S8, 2007.

médicas, si hay o no métodos de supervisión, cuántos embriones se transfieren, si hay anonimato, etc. Brinda un panorama del estado de la cuestión en términos de prácticas e implementación desde la perspectiva médica. El objeto de este trabajo fue elaborar un documento internacional autorizado que lograra un consenso respecto de lo posible y lo deseable en este ámbito. En la última versión señala –con cierta desazón– la dificultad de lograr tal consenso, debido a la gran diversidad de leyes y guías. Allí se reconoce que, en parte, las objeciones históricas a estas técnicas están ligadas a la destrucción de óvulos fertilizados considerados por algunos (generalmente asociados a ciertos grupos religiosos) como seres humanos. Así como también la posición contraria, sostenida por otras posiciones religiosas y grandes segmentos de la población que mantienen que los embriones u óvulos fecundados –tal como se utilizan en la aplicación clínica de la fertilización *in vitro* (FIV)– no merecen una protección especial. Según tal informe, estas visiones divergentes en relación al estatus moral del embrión probablemente son la causa principal de la divergencia de reglas y guías, debido a la presión ejercida por estos grupos en oposición. Si este fuera el análisis correcto de la situación parece imposible lograr un consenso respecto a estándares comunes para una vigilancia en un futuro cercano¹⁰.

Sin embargo resulta significativo que en el 2002, la OMS dedicara una reunión internacional de evaluación y un libro al estado de la cuestión después de 25 años de práctica y casi un millón de niños nacidos por medio de estas técnicas¹¹. De alguna manera este emprendimiento de la OMS muestra un reconocimiento como práctica establecida y reconocida que necesita un seguimiento.

¹⁰ Jones, Cohen, Cook, Kempers, *op. cit.*, S5.

¹¹ Report of a meeting on “Medical, Ethical and Social Aspects of Assisted Reproduction”, held at WHO headquarters at Geneva, Switzerland, 17-21 September 2001, edited by Effy Vayena, Patrick J. Rowe and P. David Griffin. WHO Publications, 2002.

1.3 Infertilidad

Antes de comenzar con los argumentos que defienden o atacan estas técnicas, vale la pena detenerse en una discusión fundamental: cómo se valora y se conceptualiza la infertilidad. Una primera cuestión que hay que tener en cuenta es que la conceptualización que se realice de la infertilidad va más allá de un mero juego teórico con palabras y tiene un fuerte impacto en la realidad. Así, analizar y esclarecer la terminología utilizada al hablar de “infertilidad”, “infecundidad” o “esterilidad” permite identificar supuestos, mandatos morales, imperativos de normalidad y distinguirlos de diagnósticos médicos. Este punto resulta sumamente relevante, por ejemplo, al momento de elaborar una legislación.

Respecto de las definiciones de los problemas reproductivos, muchos centros prefieren utilizar los términos de “infertilidad” o “infecundidad” más que “esterilidad” porque este último, sostienen, deja entrever cierta cristalización de un estado de cosas que gracias a las nuevas técnicas de reproducción asistida, puede ser revertido. En ciertas ocasiones, suele definirse a la “esterilidad” como el no logro del embarazo y a la “infertilidad” como la imposibilidad de sostener y llevar a término un embarazo. También se distingue entre *infertilidad primaria* que se da en aquellas personas que nunca lograron un embarazo y lo que se conoce como *infertilidad secundaria* (*strictu sensu*) que abarca a las personas que se embarazaron pero tuvieron abortos espontáneos. No debe confundirse este tipo último tipo de infertilidad secundaria con la infertilidad secundaria debido a secuelas por infecciones o abortos inseguros a la que se hará referencia más adelante¹².

Nótese que en general en las definiciones no hay ninguna referencia a problemas físicos. Así, la Asociación Médica Mundial señala que: “La concepción asistida es distinta del tratamiento de una enfermedad, ya que la imposibilidad de ser padres, sin intervención médica no siempre es considerada

¹² Véase acápite 4.3.

una enfermedad. Aunque puede tener profundas consecuencias psico-sociales y médicas no es en sí limitante de la vida. Sin embargo, es una importante causa de una enfermedad psicológica y su tratamiento es evidentemente médico”¹³. No obstante, hay quienes consideran que se trata de una enfermedad¹⁴.

Existen, al menos, dos tipos de conceptualizaciones. La primera es más restrictiva y está fuertemente ligada a la idea de la medicina como “terapéutica”; la segunda, por el contrario, es más amplia y se vincula con la idea de la medicina como “servicio al consumidor”. La primera acepción es la que prevalece en los centros de fertilización asistida que concentran su oferta de servicios en la pareja heterosexual.

Un análisis que exhibe las dos acepciones es el que provee Débora Diniz. Esta bioeticista brasilera distingue entre los conceptos de infecundidad “voluntaria” e “involuntaria” y sostiene que esta última es la que se traduce en términos médicos como “infertilidad”. Ella afirma que al centrar el análisis en la “pareja infértil” se deja de lado que *uno* de los integrantes de la pareja es el que posee el problema y que éste se solucionaría cambiando de pareja.

Esta perspectiva de la “pareja infértil” justificaría, según la autora, la demanda masiva de técnicas de reproducción asistida, entendidas como servicio de producción de bebés más que como tratamiento médico. Así también, sostiene que la “pareja infértil” se presenta más como una representación moral que como un diagnóstico médico. Es más, algunos sociólogos cuestionan la medicalización de esta condición.

¹³ Asociación Médica Mundial, “Resolución de la Asociación Médica Mundial sobre las Tecnologías de Reproducción Asistida” (Sudáfrica, Octubre 2006), Artículo 6, disponible en: <http://www.wma.net/s/policy/r3.htm>, (acceso: nov. de 2007).

¹⁴ Algunos autores que toman a la infertilidad como una enfermedad son Solano Castillo P. “El derecho a la salud y la reproducción asistida”, *Med. leg. Costa Rica* 20 (1): 15-27; Chillik, *op. cit.* 2003

Gay Becker y Robert Nachtigall¹⁵ plantean que la infertilidad es un problema social reconstruido como una enfermedad, ya que hasta los años 70 era visto, mayormente, como un problema psicosomático¹⁶. El cambio de enfoque puede atribuirse, entre otras cuestiones, justamente a los avances técnicos que hicieron posible el tratamiento médico¹⁷. Y lo que estas posiciones ponen en tela de juicio es la medicalización de estos procesos naturales o condiciones sociales.

Julien Murphy sostiene que la infertilidad es uno de los pocos términos médicos que es relacional, esto es que implica una condición o problema que incluye o involucra a una pareja y no a un individuo aislado. Ahora bien, el problema que puede presentarse se relaciona con la composición de esa pareja¹⁸.

Como se puede observar uno de los puntos en cuestión es si se trata de un “tratamiento médico” o de un “servicio”, esto es, si estamos frente a personas padeciendo una enfermedad o discapacidad o de personas que funcionan como clientes y demandan un servicio para cumplir con el deseo de paternidad o maternidad. De la valoración y conceptualización que se haga dependerá la justificación de los límites que se establezcan.

¹⁵ La literatura de los años 60 y 70 tomaba al problema de la falta de hijos involuntaria como una condición social definida como la no deseada ausencia de hijos. Becker G. y Nachtigall R. “Eager for Medicalization: The Social Production of Infertility as a Disease”, *Sociology of Health & Illness* 14 (4): 456-471, 457. 1992.

¹⁶ Stickler J. “The New Reproductive Technology: Problem or Solution?” *Sociology of Health & Illness* 14 (1): 111-132. 1992.

¹⁷ Strickler, *op.cit.*, 114.

¹⁸ La autora analiza en “Should Lesbians Count as Infertile Couples? Antilebian Discrimination in Assisted Reproduction” si una pareja de lesbianas puede ser descripta como una *pareja infértil*, en tanto la infertilidad es definida relacionalmente. La conclusión a la que llega es que no puede ser descripta de la misma manera que la pareja heterosexual porque se estaría importando un concepto para una situación completamente diversa y no se estaría tratando esa problemática particularmente. Murphy J.S. “Should Lesbians Count as Infertile Couples? Antilebian Discrimination in Assisted Reproduction”, en Donchin A. y Purdy L.M. (eds.), *Embodying Bioethics: Recent Feminist Advances*, Lanham MD, Rowman and Littlefield, 103-120. 1999.

De esto también dependerá si se considera adecuada o no la medicalización de la que ha sido objeto.

Este abanico de posibilidades que brinda a parejas homosexuales o a personas solas la posibilidad de tener un hijo, muchas veces es visto con rechazo por parte de algunos grupos que prefieren una visión tradicional de la familia, considerando a estas técnicas como las responsables de cierta degradación de los valores familiares.

Así pues, en relación a lo anterior, creo que vale la pena señalar la convivencia de estas diferentes acepciones de las TRA. Éstas oscilan desde posiciones sumamente restrictivas que abarcan únicamente a parejas heterosexuales en relaciones formales de matrimonio, parejas heterosexuales convivientes (puede exigir la demostración de años de convivencia) o puede no poner condiciones y permitir que cualquier persona que necesite de estas técnicas acceda a ellas (por ejemplo, que mujeres o varones individualmente soliciten estos procedimientos, así como también parejas homosexuales).

2. Argumentos y debates

Como ya se ha señalado el campo de la reproducción asistida está sembrado de debates. Se comenzará presentando algunos de los argumentos esgrimidos a favor y en contra de estas técnicas de manera general, para luego revisar dos tipos de consideraciones que han permeado el debate público (la posición de las religiones y el debate sobre embriones).

2.1 Técnicas reproductivas: argumentos generales a favor y en contra

En la argumentación a favor de las técnicas de reproducción asistida, puede señalarse:

- 1) ***Ayuda a la paternidad o a la maternidad:*** su peso radica en la necesidad y el derecho de los seres humanos a tener hijos biológicos. Considera la infertilidad como un problema que puede ser superado y a estas técnicas como un medio posible de lograrlo. Como veremos luego este argumento se puede respaldar desde la defensa de los derechos humanos, al considerar a estas prácticas como incluidas en la salud sexual y reproductiva y a la intimidad y privacidad familiar, entre otros.
- 2) ***Argumento del pluralismo:*** este argumento complementa el anterior. Agrega que aceptar y legislar sobre este tipo de técnicas implica comprometerse a que la gente las pueda elegir, pero no a que todas las personas deban someterse a ellas. No obliga a nadie a realizar una práctica con la que desacuerda. Señala la posibilidad de compatibilizar la posición de quienes que quieren superar su problema de infertilidad y quienes, por creencias religiosas, por ejemplo, no quieren someterse a ellas. Esto es, reconoce que pueden haber diferentes concepciones respecto, por ejemplo, de los embriones en relación a la criopreservación o al descarte de los mismos y es, justamente por eso, por la divergencia que puede implicar en convicciones religiosas, que algunas personas prefieren no someterse a estas técnicas así como otras no encontrarán mayores problemas.
- 3) ***Adquisición beneficiosa de conocimiento:*** se sostiene que, dado que el desarrollo de estas técnicas reproductivas requiere la investigación de estadios tempranos del embrión y del medio en donde éste se desarrolla, se obtiene por medio de ellas conocimiento acerca de la reproducción y los primeros estadios del embrión que puede ser usado para beneficiarnos. Por ejemplo, este conocimiento permite

determinar de qué manera el feto es afectado por toxinas en el medio ambiente y por drogas que usa la madre. En segundo lugar, el conocimiento adquirido sobre estadios tempranos del embrión y su evolución genética permite que se localicen defectos genéticos y así, en un futuro, evitar ciertas enfermedades. Además, el conocimiento sobre la situación ideal para que se realice la fecundación ayuda, paradójicamente, a mejorar las técnicas de contracepción. Si bien este argumento respalda estas técnicas, lo hace considerándolas como un medio para otro objetivo. Señala los beneficios secundarios que estas técnicas brindarían.

Entre los argumentos que rechazan el uso de estas técnicas se destacan los siguientes:

- 1) **Argumento de lo natural:** este argumento enfatiza lo antinatural y artificial de las técnicas. Señala que la gestación se realiza por medios mecánicos o tecnológicos o por contratos sociales, sin amor¹⁹. Concluye, que como consecuencia de lo anterior, el uso de las mismas llevará a la destrucción del matrimonio y de la institución de la familia.

Este argumento no parece estar bien fundamentado. Combina dos elementos: la crítica a lo no-natural y una versión del argumento de la “pendiente resbaladiza”. A lo primero se puede contra-argumentar explicando que, del hecho de que la técnica no sea natural o de que se realicen complicados contratos sociales, no implica que el bebé por nacer no sea deseado o querido. Además, el argumento de la antinaturalidad de las prácticas podría ser aplicado a toda la medicina en general, ya que lo que ésta hace es básicamente alterar el curso de la naturaleza e ir en contra de procesos –como las enfermedades– que son “naturales”. Es más, toda la historia de la humanidad puede leerse como una “lucha” en contra de la naturaleza.

¹⁹ Este es el caso de la maternidad sustituta, por la cual se puede gestar el hijo de otras personas con las cuales se realiza un contrato social.

Muchas veces subyace a esta crítica cierta idealización de los procesos naturales: lo natural por el hecho de ser natural parece calificar como bueno. Una suerte de falacia naturalista que confunde el “es” con el “debe”. En este sentido, vale la pena recordar que en la mayoría de las situaciones el problema no es la técnica, sino los usos (y abusos) que pueden hacerse de ella. Los seres humanos muchas veces buscan la maternidad o paternidad por motivos no necesariamente loables, pero esto puede llevarse a cabo por vías naturales o no-naturales. Lo que sucede es que al recurrir a un proceso tecnológico aquellas motivaciones parecen exhibirse de una manera desembosada.

Respecto del argumento de la “pendiente resbaladiza”, este esgrime que la aceptación o modificación de una práctica nos desliza a la aceptación de otras prácticas sociales las cuales, finalmente, destruirán la estructura social o llevarán al caos. Esto es, que la primera alteración que se efectúa del *status quo* implicará deslizarse por una pendiente resbaladiza, ya que una vez aceptado el primer cambio en cuestión resulta imposible poner límites o frenos. La lógica subyacente es que si se acepta a, entonces necesariamente tendremos que aceptar b, c, d.... Considera imposible establecer límites o criterios que distingan entre las diferentes prácticas. En general se considera a este tipo de argumento como falaz. En esta versión del argumento de la “pendiente resbaladiza” tampoco queda claro por qué el uso de estas técnicas podría destruir a la familia. Por otro lado, el riesgo de que esta técnica pueda llegar a generalizarse produciendo un caos social no parece muy factible, ya que sólo aquellas parejas con problemas de infertilidad utilizarían estas técnicas que son costosas, incómodas y que implican la intervención médica y el consumo de drogas y hormonas. Parecería, entonces, que la amorosa reproducción natural debería seguir siendo el método preferido para concebir hijos.

- 2) **Argumento de la “disolución social por la manipulación de material reproductivo”:** Se trata de otra versión del argumento de la “pendiente resbaladiza”. El mismo plantea que la aceptación de este tipo de técnicas conduciría al caos y a la disolución social (ya sea porque abrirían la puerta a experimentaciones con embriones u otras manipulaciones semejantes degradando el sentido de la vida y fomentando una “cultura de la muerte”) y que, ante este peligro, es mejor no aceptarlas. Nuevamente este razonamiento se puede criticar por el uso falaz del argumento de la “pendiente resbaladiza”. Hay, sin embargo, un punto que reviste importancia y éste se vincula con la posibilidad de abusos y malos usos de tales técnicas. Esta es una posibilidad, sin embargo, existen alternativas legales o regulaciones que pueden trazar límites y fijar condiciones para los usos de tales técnicas. No obstante es claro que regular o reglamentar no implica una prohibición total.
- 3) **Argumento de la opresión de las mujeres:** varias filósofas feministas han tratado de ubicar estas técnicas en un contexto histórico y social para evaluarlas. Hay dos líneas de análisis que llevan a dos críticas diferentes aunque relacionadas. La primera, señala que la inversión y énfasis en nuevas tecnologías que facilitan la maternidad o la paternidad biológicas, refuerza la idea de que las mujeres necesitan ser madres para sentirse satisfechas. Como la maternidad ha sido históricamente una justificación importante para limitar sus oportunidades en la sociedad, muchas feministas tienen cierta aprehensión a estos desarrollos tecnológicos que ponen a la maternidad en el centro de la vida de las mujeres²⁰. Estas técnicas, entonces, serían más opresivas que liberadoras, en la medida en que fomentan el rol reproductor de las mujeres. En una línea semejante, se ha argumentado que la mera existencia de técnicas como la fecundación *in vitro* (FIV) para tratar la infertilidad femenina hace que se someta a una presión

²⁰ Strickler, *op. cit.*, 119-120.

indebida a las mujeres infértiles, de las cuales se espera demasiado (aún a costa de daños psicológicos) para superar su infertilidad. La mera posibilidad de lograr un embarazo por medio de la FIV puede hacer más difícil que aquellas mujeres que son infértiles asuman esta condición, ya que se sienten presionadas a intentar este tipo de técnicas.

En segundo lugar, otro tipo de argumentación desde el feminismo señala que la concepción tecnológica transfiere el control reproductivo de las mujeres a los médicos. Aunque reconozcan que algunas mujeres que son incapaces de concebir se pueden beneficiar de estas tecnologías, la literatura feminista, afirma que a nivel de la sociedad, esta tecnología daña a las mujeres en tanto grupo colectivo más que ayudarla²¹. Así, se concentran en los daños que las mujeres sufrieron en manos de lo que consideran una medicina dominada por los hombres y señalan los posibles abusos de las técnicas reproductivas. También subrayan que los varones han tratado por años de asumir el control sobre las capacidades reproductivas de las mujeres y que lo pueden lograr con la implementación de estas técnicas.

Estas posiciones son afines a una línea de pensamiento feminista, caracterizado como “radical”, de acuerdo al cual se plantea una fuerte oposición al desarrollo de estas técnicas²². Sin embargo, esto no agota la posición del feminismo²³. Dentro del mismo feminismo hay críticas. Por ejemplo, Elaine Denny²⁴ señala que la mayor debilidad

²¹ Strickler, *op. cit.*, 120.

²² Véase Rothman B.K. *Recreating Motherhood, Ideology and Technology in a Patriarchal Society*, Norton. New York, 1989.

²³ Véase Callahan J. “Feminism and Reproductive Technologies”, en Donchin A. y Purdy L.M. (eds.), *Embodying Bioethics: Recent Feminist Advances*, Lanham MD, Rowman and Littlefield, 1999. Para un panorama general de las posiciones feministas respecto de estos temas. También Tong R., *Feminist Approaches to Bioethics*, Westview, Colorado, 1997, p. 162 y ss.

²⁴ Denny E. “Liberation or Oppression? Radical Feminism and In Vitro Fertilization”, *Sociology of Health & Illness* 16 (1): 62-80. 1994.

de este tipo de argumentación es pensar a las mujeres como universalmente oprimidas y pasivas; objetando que, en general, la literatura feminista ha tomado un enfoque teórico excluyendo la visión de las propias mujeres.

Así, las posiciones feministas pueden variar sustancialmente hacia una postura liberal cuyo acento esté puesto en la autonomía y la elección de las mujeres, o hacia posiciones también basadas en una perspectiva de género pero fundamentadas en los derechos humanos, como elementos fundamentales en el logro de la justicia e igualdad para todas las mujeres. En este sentido, sobre todo en determinadas sociedades, estas técnicas amplían la autonomía de las mujeres: le permiten desarrollarse, estudiar, ser profesionales y elegir quizás más tardíamente la maternidad. Esto tiene como consecuencia la posibilidad de superar algunas de las restricciones biológicas que la reproducción impone a la mujer como diferente del varón.

- 4) ***Argumento de la posibilidad de adopción:*** este argumento no ataca a las técnicas reproductivas en sí, sino que señala que no es necesario que quienes son infértiles recurran a ellas, dado que siempre existe la posibilidad de adoptar un bebé.

Es importante notar que este argumento puede ser usado también para objetar la reproducción natural. La existencia de niños que necesitan un buen hogar es independiente de la fertilidad o infertilidad de quienes pueden adoptar. Como el argumento de la adopción, podría extenderse no sólo a parejas infértiles sino también a cualquier pareja. Vale la pena preguntarse si no se trata injustamente a las personas con problemas de fertilidad, al hacer recaer en ellas todo el peso de la adopción.

Por otro lado no puede negarse el valor altamente positivo y ético que surge cuando se adopta un bebé: implica hacer un bien al niño que frecuentemente se encuentra en instituciones públicas y es recibido por una familia que

lo quiere y educa, involucra un bien para esa pareja que logra su deseo de formar una familia y también entraña un bien para la sociedad. En esta ecuación todos parecen ganar y, efectivamente, en la mayoría de los casos es así. Sin embargo, puede objetarse este argumento por ser supererogatorio: esto es, una exigencia que podemos realizar si así lo deseamos, pero que no estamos obligados a efectuar.

De hecho, ésta parece ser una de las decisiones más “fáciles” y éticamente ideal. Paradójicamente, no es la opción más elegida. Los motivos son variados: 1) Querer tener un hijo propio (de la misma sangre); 2) Las dificultades inherentes al proceso de adopción, como por ejemplo la falta de “disponibilidad” de bebés para adoptar, con la consecuente espera durante varios años para hacerlo así como también en muchos casos²⁵ años de angustia (aún cuando el niño ya vive con la familia adoptiva) para obtener los papeles y la adopción definitiva; 3) Requerimientos económicos y sociales por parte del Estado (personas de escasos recursos o con una “moral” no aceptada pueden ser rechazadas como candidatas para la adopción); 4) Desconocimiento de los antecedentes de salud del niño a adoptar.

Estos son, entre otros, los motivos que hacen que una pareja acuda a las tecnologías reproductivas. Si bien es moralmente deseable adoptar un niño, no puede ser una obligación el tener que hacerlo. Muchas veces se confunden estos dos argumentos y del hecho de que es éticamente ideal adoptar, se infiere que deben prohibirse las técnicas de reproducción asistida. Efectivamente, si se acepta que es éticamente ideal adoptar, lo es en general y no sólo en el caso de parejas infértiles.

En función de estas razones, hay que tener en claro que tanto las técnicas de reproducción asistida como la de adopción son dos alternativas diferentes que serán elegidas

²⁵ Éste es el caso de la Argentina.

según las posibilidades y problemas de cada persona y cada pareja.

Así puede señalarse que no existen objeciones contundentes en contra de estas técnicas desde una visión general del tema. Sin embargo, además de los argumentos generales a favor y en contra de estas técnicas, es necesario individualizar cada técnica, reflexionar cuidadosamente sobre cada una de ellas y tener en cuenta problemas de implementación de estas prácticas así como que un adecuado marco legal puede ayudar a evitar que se haga un mal uso de estas técnicas pensadas primariamente para ayudar a superar el problema de la infertilidad.

Antes de comenzar con los problemas específicos de cada técnica, es necesario reflexionar acerca de dos tipos de consideraciones que han permeado el debate público. La primera se relaciona con la posición de las religiones y la segunda con el debate que genera la manipulación de embriones.

2.2 Posición de las religiones

Una de las oposiciones más importantes a estas técnicas proviene del campo de las religiones. Las críticas provenientes del campo religioso, están basadas en textos escriturales, verdades reveladas o dogmas propios de cada una, si bien algunas de ellas refuerzan esta base de tipo religioso con desarrollos teóricos. Una primera cuestión a destacar es que las principales religiones no presentan una posición monolítica. Defienden puntos de vista diversos aunque, algunas, son bastante reacias a aceptar estas técnicas.

Sólo las vertientes religiosas más conservadoras comparten la idea de que estas técnicas son moralmente inaceptables. Los representantes de esta posición extrema son las personas católicas apostólicas romanas practicantes que se oponen a cualquiera de estas técnicas debido a la artificialidad que

implican. Una de las razones que ofrecen es la inseparable conexión entre el significado unitivo y procreativo del matrimonio. A quienes son católicos practicantes no les está permitido disociar estos dos sentidos. Debido a esto también ha habido una férrea oposición de representantes del catolicismo al aborto y a métodos anticonceptivos como el uso del preservativo (aún frente a una pandemia como el sida). Otro de los problemas que señalan es la manipulación de embriones humanos. Estos son considerados personas, por lo tanto se cuestiona la criopreservación, la pérdida de embriones durante los diferentes procesos y, sobre todo, el descarte de los mismos. La Iglesia Católica Apostólica Romana sostiene una de las posiciones más estrictas, prohíbe la inseminación con esperma del marido, ya que media una masturbación en la obtención del semen. La inseminación con esperma del marido ha sido atacada fundándose en que el acto de procrear no es permisible cuando no es el producto de las relaciones sexuales de la pareja²⁶.

En otros casos resulta difícil establecer cuál es la posición de una religión. Por ejemplo, respecto del Islam o del Judaísmo se considera que no son monolíticos y que hay diversidad de visiones debido a las diferentes escuelas de jurisprudencia, sectas y niveles de observancia religiosa²⁷.

La religión musulmana acepta la mayoría de las técnicas pero rechaza la donación de embriones, óvulos, y esperma; sólo el esperma del marido puede dar lugar a la inseminación, la fecundación *in vitro* se autoriza en el caso de matrimonios. Un rasgo esencial de la identidad musulmana y la estructura familiar es la autenticidad del linaje²⁸. La donación de esperma fractura el linaje genético familiar, es análogo al adulterio y se

²⁶ Congregación para la doctrina de la fe, *La instrucción sobre el respeto de la vida humana en su origen y sobre la dignidad de la procreación*, Ediciones San Pablo, en Richard, H., 1990.

²⁷ Serour G. y Dickens B. "Assisted Reproduction Developments in the Islamic World", *International Journal of Gynecology and Obstetrics* 74: 187-193, 188. 2001.

²⁸ Serour y Dickens, *op.cit.*, 188.

condena; sin embargo se acepta el diagnóstico preimplantatorio y la transferencia de embriones sin rasgos patológicos. A diferencia del catolicismo, consideran que la vida humana que requiere protección comienza dos o tres semanas después de la concepción y la implantación uterina²⁹.

En el judaísmo se encuentran las posiciones reformistas (que son los más abiertos en general y, en particular, con respecto a estas técnicas), las posiciones conservadoras (que mantienen una posición intermedia) y las posiciones de los ortodoxos que son las más religiosas. Por ejemplo, algunas de estas últimas rechazan la donación de espermatozoides y de óvulos, como también a las madres portadoras o subrogantes, pero aceptan la mayoría de estas técnicas. En 1978 en Israel, el Rabino Jefe Sefardi Ovadiah Josef, dió su aprobación a la FIV³⁰. Una de las exigencias que formulan algunos de los judíos ortodoxos es la presencia de veedores que monitoreen el proceso y sobre todo que fiscalicen que no haya contaminación o equívocos con el material germinal. Estos veedores pueden ser rabinos o médicos observantes y están presentes durante la extracción de óvulos, los procesos de laboratorio y las transferencias. También hay diferencias respecto de la Iglesia Católica sobre el tema de cuándo el alma entra el cuerpo; según ciertas citas del Antiguo Testamento ésta lo hace aproximadamente a los cuarenta días.

La religión protestante acepta las técnicas de reproducción asistida por infertilidad o por indicaciones genéticas, no por mera conveniencia; acepta la donación de óvulos y de espermatozoides pero no acepta a las madres portadoras o subrogantes.

Así pues, desde el campo religioso algunas de estas tecnologías han sido fuertemente rechazadas generando

²⁹ Serour y Dickens, *op.cit.*, 190.

³⁰ Bleich D. "Test-tube Babies", en Rosner F. y Bleich D. *Jewish Bioethics*, Hebrew Publishing Company, New York, 1987, p. 81. Allí también señala David Bleich que la FIV que simula la procreación natural, controlada y diseñada para aliviar la infertilidad debida a la anomalía de las trompas de Falopio, puede restaurar la felicidad y paternidad de una pareja sin niños.

movimientos de oposición, así como fuertes cabildeos para prohibirlas. Sin embargo, tal como se puede observar, entre ellas no comparten una visión unificada al respecto y varían sobre la permisibilidad de las prácticas.

Las personas religiosas, sin duda, deben seguir las enseñanzas y dogmas de su fe, lo que no implica que todas las y los ciudadanos de un país deban regirse obligatoriamente por tales mandatos. El problema surge cuando existe la presión de imponer el dogma religioso en la legislación de un país secular, como es el caso de muchos de los países de América Latina³¹.

2.3 El debate sobre los embriones

Si bien, como se verá en la próxima sección, no todas las técnicas manipulan óvulos fecundados o embriones, algunas de ellas lo hacen. Éste es el caso de las técnicas más complejas como la FIV (fecundación *in vitro*) y el ICSI (inyección intracitoplasmática del espermatozoide). Esta posibilidad plantea problemas morales que se relacionan con el estatus moral del embrión. Esto es, qué tipo de entidad es el embrión: ¿se trata de una persona plena, una persona potencial, o simplemente un conjunto de células que merecen respeto pero al cual no se puede atribuir derechos?

Un primer punto a señalar es que no hay consenso respecto de lo que se denomina como “embrión”. La terminología oscila entre ovocitos (en los que ha ingresado el núcleo de un espermatozoide aunque no se ha producido la singamia o unión

³¹ En la Argentina, hay una relación estrecha entre la Iglesia y el Estado, pero la Constitución sostiene la libertad de culto. Algo semejante sucede en Bolivia, Perú y Colombia. Las Constituciones de Chile, Ecuador y México únicamente hablan de libertad de conciencia; y Brasil y Uruguay proponen, directamente, un Estado laico. Véase CLADEM, Investigación sobre el tratamiento legal del aborto en América Latina y el Caribe, disponible en: <http://www.derechos.org/cladem/aborto>, (fecha de acceso: enero de 1999).

de los gametos)³², óvulos fecundados, cigotos hasta el término pre-embrión. Es más, en la última revista de *Theoretical Medicine and Bioethics* hay una polémica entre Gómez Lobo y Strong respecto del uso o no del término pre-embrión en la literatura científica y acerca de su posibilidad de desarrollo³³. También hay disidencias respecto de lo que se considera como “concepción”; para algunos la concepción debe identificarse con la anidación (la fijación del embrión a la pared uterina) que sucede 14 días después de la singamia³⁴.

Así desde la ciencia hay versiones divergentes. Por ejemplo científicos, como Lino Barañao³⁵, analizan ciertos conceptos erróneos usados para sustentar el estatus del embrión como equivalente a un ser humano. Barañao señala que se suele afirmar que “toda la información que corresponde a un ser humano está presente en el óvulo fecundado”. Sin embargo, este embriólogo objeta que esta afirmación sea verdadera por cuanto sólo considera la información genética presente en el ADN. Afirma que es la unidad materno-fetal la que puede dar origen a un nuevo individuo por cuanto es la madre quien aporta la energía necesaria para que el embrión se desarrolle. El embrión aislado no tiene el potencial para tal desarrollo. Es condición necesaria pero no suficiente. Este planteo señala la diferencia de información que existe entre un huevo y un ave³⁶. Otra forma de plantear este tipo de diferencia

³² Rabinovich-Berkman R. “La tutela de los embriones congelados”, *La ley*, 2005-09-16, p. 1, 2005.

³³ Gómez-Lobo A. “A Note on Metaphysics and Embriology”, *Theoretical Medicine and Bioethics*, vol. 28 N 4: 337-340 (2007) y Strong C. “Embriology, Metaphysics and Common Sense: A Response to Gómez-Lobo”, *Theoretical Medicine and Bioethics*, vol. 28 N 4: 341-347. (2007).

³⁴ Coco R y Arribere R “Pertinencia y legitimidad del diagnóstico preimplantatorio” en www.pgd-fecunditas-com.ar/5st.paper.asp, (fecha de acceso octubre 2005).

³⁵ Dr. en Ciencias Químicas. Especialista en embriología. Presidente de la Agencia Nacional de Promoción Científica.

³⁶ Barañao L. “¿Es el embrión un niño de microscópicas dimensiones?”, en Becher D. y Mammini S. *Buscado: 200 respuestas sobre reproducción asistida*, Editorial Tiempo, Buenos Aires, 1995, pp.121-122.

consiste en analizar lo que normalmente se manifiesta entre cualquier persona y el presidente de una nación. Todas las y los ciudadanos de un país democrático pueden ser presidentes del mismo, pero esta potencialidad³⁷ no implica que tengamos que conferir a todos los ciudadanos los mismos privilegios y tratos que brindamos al presidente actual, o en ejercicio. De igual manera, se argumenta, no se puede confundir ni tratar a embriones de la misma manera que a las personas.

Por otro lado, hay que considerar que el 80% de los embriones que se forman no llegan a desarrollarse porque son portadores de anomalías cromosómicas incompatibles con la vida³⁸. Sólo el 30% de las gestaciones llegan a término. El 70% se interrumpe antes o durante la fase de la implantación³⁹. Y esto sucede tanto naturalmente como artificialmente con estas tecnologías. Esta gran cantidad de óvulos fecundados se pierden y en la mayoría de las ocasiones la mujer no se da cuenta. Por lo tanto, se explica, no debe sobre valorarse al embrión, pre-embrión u óvulo fecundado sino a aquel que logró implantarse y tiene posibilidades reales de desarrollo. La fertilidad humana es altamente ineficaz⁴⁰. Así, se argumentará, el embrión aislado no tiene capacidad de evolución propia ni la potencialidad que se esgrime.

Desde la ética tampoco hay consenso, si bien una gran cantidad de posiciones éticas no consideran al embrión una persona. La noción de persona tiene una fuerte tradición filosófica, desde Locke en adelante, y excede entidades tales como los embriones. Las posiciones que consideran al embrión una persona, en general, están ligadas al punto de vista de la

³⁷ Es más, la idea de potencialidad es cuestionada, como se verá un poco más adelante, por Singer y Dawson en el caso de los embriones ex útero.

³⁸ Chillik, *op. cit.*, 239.

³⁹ Chillik, *op. cit.*, 133.

⁴⁰ Chillik, *op. cit.*, 133.

moral católica⁴¹. Por ejemplo, para John Noonan la condición necesaria para que una entidad sea considerada humana en sentido pleno es puramente biológica⁴². Por ejemplo, Noonan sostiene que en el momento de la concepción dos seres humanos transmiten un código genético humano a otro ser y, por ende, a partir del momento de la concepción se considera al cigoto como un ser humano individual con derecho a la vida⁴³. Algunas objeciones plantean que esto no es así ya que en los primeros estadios el óvulo fecundado puede subdividirse y dar origen a gemelos, por lo tanto no habría tal individualidad: un embrión de ocho células no puede ser considerado un individuo ya que tiene la potencialidad de generar varios individuos idénticos⁴⁴. Por otro lado, el punto de vista sobre el comienzo de la vida humana a nivel individual se correlaciona, en general, con las visiones sobre el comienzo de la vida humana como especie. Así quienes sustentan la creencia en un origen instantáneo del individuo en la fecundación tienden a suscribir un punto de vista instantaneísta (o creacionista en la versión inglesa) de la especie humana como un acto de creación divina. Por el contrario la ciencia ha demostrado que nuestra especie es el producto de un proceso evolutivo continuo a partir de precursores no humanos⁴⁵.

A esta perspectiva se contrapone otra posición, representada por pensadores como Michael Tooley⁴⁶ y Mary Anne Warren.

⁴¹ Una excepción por ejemplo es Donald Marquis, “¿Por qué es inmoral el aborto?” en Luna y Salles, 1995, *op. cit.*

⁴² Noonan Jr. J. *The Morality of Abortion: Legal and Historical Perspectives*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1970; Schwarz S. *The Moral Question of Abortion*, Loyola University Press, Chicago, 1990.

⁴³ Véase Noonan, *op. cit.*

⁴⁴ Chillik, *op. cit.*, 239.

⁴⁵ Green R.M. *The Human Embryo Research Debates. Bioethics in the Vortex of Controversy*, Oxford University Press. New York, 2001.

⁴⁶ Tooley argumenta que para que un ser determinado posea el derecho a la vida, éste debe poder auto concebirse como un sujeto de experiencias continuas: “la propiedad no potencial que hace que un individuo sea una persona, es decir, que hace que la destrucción de algo sea

Éstos consideran que el embrión y el feto carecen de estatus moral precisamente porque no poseen las características necesarias que definen a una persona. En este caso, no se cuestiona la humanidad biológica del feto sino que se rechaza la identificación de lo biológico con lo moral. Se distingue, entonces, entre vida humana y persona. Sólo las personas son miembros de la comunidad moral y poseen derechos que pueden ser violados por las acciones de otros. Por ejemplo, Mary Anne Warren identifica un grupo de características esenciales que definen a la persona, entre los que se cuentan el razonamiento, la actividad auto-motivada y la autoconciencia⁴⁷. Estas características de ninguna manera están presentes en los óvulos fecundados.

En una posición intermedia entre las dos perspectivas recién mencionadas, se encuentran una variedad de versiones moderadas de acuerdo con las cuales la etapa de desarrollo en la que se encuentra el feto es determinante, puesto que éste comienza a poseer estatus moral a partir de un cierto momento en el embarazo⁴⁸. Nuevamente en estas posiciones, el óvulo fecundado no entra en debate; lo que se intenta encontrar son criterios para determinar el momento a partir del cual el feto se convierte efectivamente en un ser con derechos, entre ellos el derecho a no ser destruido. Margarita Valdés, por ejemplo, afirma que el concepto de persona no es aplicable al feto en los primeros meses de gestación debido a que carece de cualquier tipo de experiencia sensible o propiedades psicológicas moralmente relevantes. Pero reconoce que en algún momento de su desarrollo, después del primer trimestre,

intrínsecamente incorrecta y seriamente incorrecta [...] es la propiedad de ser un sujeto perdurable de intereses no momentáneos [...]”. Ni el embrión ni el feto satisfacen esta condición. Tooley M. *Abortion and Infanticide*, Oxford University Press, New York, 1983, p. 303.

⁴⁷ Warren M. A. (1995) “Sobre el status moral y legal del aborto” en Luna y Salles, *op. cit.*, 196.

⁴⁸ Para una discusión breve de los distintos criterios que han sido utilizados, véase Salles, “Introducción”, en Luna y Salles, (1995) *op. cit.*, 163-176.

es posible que comience a tenerlas y esto nos obliga a tratarlo con consideración⁴⁹.

Otras posturas moderadas consideran que la adquisición de estatus moral es gradual. Una representante es L. W. Sumner, quien defiende la sensibilidad como criterio para determinar el estatus moral del feto⁵⁰. De acuerdo con Sumner este criterio posee ventajas importantes. En primer lugar, admite de grados. Es detectable sobre la base de estudios del sistema nervioso fetal. Sumner sostiene que pese a que no existe un punto preciso a partir del cual el feto adquiere estatus moral, algunos casos son de resolución sencilla. Por ejemplo, es evidente que un óvulo fecundado no siente, por lo cual su destrucción no es moralmente ilícita. Por ejemplo, la ciencia considera que recién alrededor de los 14 días después de la concepción aparece la cresta neural, que es el primer esbozo del sistema nervioso. Por eso en Inglaterra se permite investigar en embriones hasta los 14 días.

Finalmente vale la pena señalar el argumento de Singer y Dawson respecto del concepto de potencialidad, quienes marcan una diferencia entre el embrión in útero ya implantado y los embriones ex útero, por ejemplo los creados por la FIV o el ICSI⁵¹. Éstos últimos, según los autores, necesitan de una acción humana deliberada para que tengan alguna posibilidad de desarrollo real. En este sentido el concepto de potencialidad no parece funcionar. Y explican que si por potencialidad se entiende posibilidad, ésta realmente es muy baja en el caso de los embriones ex útero. Mientras que la

⁴⁹ Valdés M. *Controversias sobre el aborto*, México D.F., Instituto de Investigaciones Filosóficas-UNAM, Fondo de Cultura Económica. 2001.

⁵⁰ En su forma primitiva se trata de la capacidad de sentir las sensaciones de placer y dolor, pero a medida que se desarrolla incluye deseos, objetivos, gustos y valores. Véase Sumner W. "El aborto", en Luna y Salles, (1995) *op. cit.*, 216-225.

⁵¹ Singer P., Dawson K. "IVF Technology and the Argument from Potential", *Ethical Issues in Modern Medicine* (Arras J. y Rodhen N.), Mayfield Publishing Company. Mountain View, 1983.

situación de los embriones *in útero* (ya implantados) tienen buenas posibilidades de llegar a ser personas a no ser que se interrumpa deliberadamente este proceso. En este sentido, según los autores, no son válidos los argumentos que giran alrededor del aborto para la situación de los embriones en un laboratorio.

3. Técnicas reproductivas: problemas éticos y de implementación

En esta sección se pasará revista a los problemas éticos y de implementación de algunas de estas técnicas: la inseminación artificial homóloga y heteróloga, la fecundación *in vitro* y la inyección intracitoplasmática del espermatozoide, más conocida como ICSI.

3.1 Inseminación artificial homóloga y heteróloga

Una de las técnicas más antiguas y más simples es la inseminación artificial (IA). Este procedimiento reemplaza la relación sexual en la pareja como medio para lograr el embarazo y se utiliza, especialmente, para superar algunos casos leves de infertilidad masculina y femenina. La inseminación artificial se puede realizar con el espermatozoide de la pareja (homóloga) o con el de un donante (IAD), también denominada heteróloga.

Un problema serio que se presenta con esta técnica es la posibilidad de embarazos múltiples. Con frecuencia, antes de inseminar artificialmente se dan drogas a la paciente para inducir la ovulación. Se produce la posibilidad de superovulación, lo cual incrementa el riesgo de embarazos múltiples. Si bien este problema no es privativo de la IA, es justamente con estas técnicas más simples –que muchas veces implica menor sofisticación técnica y podrían ser objeto de ciertos “descuidos” o monitoreos insuficientes– en las que se da los mayores niveles de incidencia. Por otro lado, como la

fecundación se produce “naturalmente” resulta más difícil de controlar que, por ejemplo en la fecundación *in vitro* (FIV) en la cual se puede decidir, directamente, transferir un número determinado de embriones (que en algunos casos puede ser sólo uno o dos)⁵².

Así también vale la pena tener en cuenta la incidencia de este tipo de gestaciones. De 1980 a 1997 el número anual de recién nacidos vivos de mellizos aumentaron un 52% mientras que el resto de las gestaciones múltiples se incrementaron un 404%. Las drogas para la inducción de la ovulación (IO), superovulación (SO) son las responsables del mayor porcentaje (respecto de las técnicas de reproducción asistida (*in vitro*, GIFT y ZIFT (*zigote intrafallopian transfer*)). Un estudio reciente muestra que de 10 a 69% de gestación de trillizos puede atribuirse a IO y SO, que 24 a 30% estaban asociadas con TRA y 7 a 18% a situaciones espontáneas⁵³.

Éste es un problema que generalmente no se ha tenido suficientemente en cuenta en las discusiones éticas. Los embarazos múltiples de mellizos, trillizos, cuatrillizos o más no sólo plantean riesgos de salud a la madre (como, por ejemplo, pre-eclampsia, partos antes de término y diabetes gestacional), sino también a los niños gestados (la prematuridad cuenta para la morbilidad y mortalidad)⁵⁴ así como también problemas sociales. La falta de conciencia de este hecho parece deberse a ciertas actitudes sociales: ante el tan ansiado deseo de tener un hijo, un embarazo de mellizos o trillizos parece

⁵² Por ejemplo, en Bélgica mayoritariamente se transfiere un solo embrión. Véase la próxima sección y Jones, Cohen, Cook, Kempers, *op. cit.*, S19.

⁵³ The Practice Committee of the American Society for Reproductive Medicine, “Multiple Pregnancy Associated with Infertility Therapy”, *Fertility and Sterility* 86 (4), S106. 2006.

⁵⁴ La muerte de fetos únicos, mellizos y trillizos van de 4.3 por 1000; 15.5 por 1000 y 21 por 1000 respectivamente. La muerte de uno o más fetos en una gestación múltiple durante el primer trimestre es más común y puede llegar al 25% en embarazos logrados por TRA. The Practice Committee of the American Society for Reproductive Medicine, *op. cit.*, S106.

“duplicar” o “triplicar” la felicidad de la pareja y culminar la formación completa de la familia. No celebrar la ansiada gestación –en estos casos múltiples–, si bien “un poco” desmedida parece acercarse a la ingratitud y búsqueda egoísta de la perfección. Sin embargo, tal como se ha señalado estos embarazos conllevan numerosos trastornos y distan de ser tales éxitos.

La existencia de embarazos múltiples puede acarrear otro problema y éste es el verse en la necesidad de hacer una reducción embrionaria o un aborto selectivo de uno o más de los embriones implantados. Esto permite continuar con el embarazo de dos o a lo sumo tres embriones con menos riesgo para la madre y para los embriones, pero implica verse en la paradójica situación de tener que someterse a un aborto, cuando lo que se quiere es concebir un niño. Ya veremos que además esto puede no resultar accesible en muchos países de América Latina.

En general, el problema de los embarazos múltiples está vinculado a un inadecuado seguimiento del proceso. Por este motivo, toda mujer que está en esa situación debe ser cuidadosamente monitoreada –generalmente se hace por medio de ecografías y dosajes hormonales–. Debe, además, mediar un consentimiento informado adecuado ya que existen riesgos colaterales: náuseas, vómitos, aumento del tamaño del ovario y posibilidad de formación de quistes en el ovario; y la mujer debe ser adecuadamente informada y protegida.

En el caso de inseminación artificial con donante (IAD), además de las anteriores, se plantean objeciones respecto del donante. De éste se hacen estudios de antecedentes hereditarios, familiares, y una extensa historia clínica donde consta el aspecto físico, coeficiente intelectual y otros datos particulares. En algunos países, como en EEUU, el receptor, teniendo en cuenta estos datos, efectúa la selección del donante; en otros, como la Argentina, la selección la hace el equipo médico respetando el grupo sanguíneo y características fenotípicas de la pareja.

Una causa de preocupación relacionada con esta práctica y las nuevas técnicas reproductivas que suponen la donación de material genético es la posible implementación de programas eugenésicos, los cuales propondrían la utilización de las técnicas con fines moralmente cuestionables, que no se vinculan con la superación del problema de infertilidad. En este sentido, cabe hacer una distinción entre fines terapéuticos y fines eugenésicos. Una técnica tiene un *fin terapéutico* cuando se la utiliza para superar una enfermedad, un problema físico grave o una malformación. Una técnica tiene un *fin eugenésico*, cuando se la utiliza para controlar la “calidad” del niño que resulta, es decir, es un instrumento para elegir y crear niños “a gusto del consumidor” (sexo, color de ojos, altura, coeficiente intelectual, etcétera). Esta distinción es muy interesante porque, autorizadas estas técnicas, permite discriminar entre ciertos casos más aceptables que otros. Por ejemplo, una situación es recurrir a un donante para evitar transmitir al posible hijo una terrible enfermedad genética, como la Corea de Huntington, y otra es buscar un donante de determinado tipo físico o recurrir al banco de esperma de los premios Nóbel con el fin de “mejorar” al niño o lograr una criatura de nivel superior. Al respecto vale la pena señalar que estos intentos son bastante burdos. El hijo nacido del banco de premios Nóbel puede heredar la baja estatura, calvicie, miopía e incluso enfermedades del supuesto sabio, y carecer de la inteligencia y genialidad buscada.

Otro problema con la IAD es qué sucede con la “paternidad” de ese padre, ya que no es padre –genéticamente hablando– de ese futuro hijo. En algunos estados de EEUU la adopción por parte del padre social es “inmediata” si la madre y el padre social están casados y consienten en realizar la IAD (esta paternidad “inmediata” le quita los derechos de paternidad al padre genético). En otros estados debe hacerse una adopción

formal de ese hijo para que el padre genético no pueda reclamar por él en un futuro⁵⁵.

La pregunta que surge, inevitablemente, es si la identidad del donante debe ser revelada a las parejas inseminadas y qué información se debe dar, en un futuro, al niño (en la práctica, generalmente, no se dice la identidad del donante). La cuestión es más general, plantea si se debe mantener el secreto en las técnicas que implican material genético heterólogo ya sea éste semen, óvulos o embriones donados.

Existe una tendencia a mantener el secreto y el silencio. “En países como Chile, menos del 10% de las parejas con bebés nacidos como resultado de las técnicas de reproducción asistida desean expresar públicamente sus visiones de la tecnología que les permitió ser padres. Más aún, *ninguna de las parejas que fueron padres con la asistencia de donantes de gametos les informó esto a sus hijos*”⁵⁶. Esto puede resultar problemático para el niño, no sólo por la inclusión del secreto en la familia, o por el descubrimiento inesperado del niño de cierta información que se le ha negado, sino también por posibles diferencias genéticas con sus padres (suponer o descartar ciertas enfermedades de base genética). A diferencia de la adopción, en la cual el modelo que ha ido prevaleciendo es el de informar desde pequeño al niño respecto de su origen, distinguiéndose la madre biológica de la madre adoptiva, esto no ha prevalecido en dichas técnicas. En parte, esta tendencia al secreto se explica por provenir de un modelo medicalizado. Ciertamente, mantener el secreto y “mostrar” un embarazo (en los casos en los que no hay un alquiler de vientre) evita revelar las imposibilidades y angustias que probablemente llevaron a utilizar estas técnicas así como también resuelve problemas de “autoestima” generadas por la imposibilidad

⁵⁵ Véase Tong R., *Feminist Approaches to Bioethics*, Westview, Colorado, 1997, p. 165 y ss.

⁵⁶ Zegers-Hoschchild F. “Cultural Diversity in Attitudes Towards Intervention in Reproduction”, en Geoffrey M. H., Waites J. et al. (eds.) *Current Advances in Andrology (Proceedings of the VI International Congress of Andrology)*, Monduzzi Editors, Italy, 1997, pp. 411-417.

de procrear porque en ciertos casos imaginarios sociales se identifica la procreación con la virilidad. Sin embargo, con el avance y popularización de los tests de ADN, mantener el secreto hasta resulta una actitud anacrónica que posiblemente deberá ser reconsiderada. Por ello existen varios países que cuestionaron este tipo de política y favorecen la información veraz, rechazando el anonimato de los donantes. Mientras que, por ejemplo, Suecia (1985), Austria (1992), Holanda (2004), el Reino Unido (2006) adoptaron una legislación que permite el acceso a esta información (en el 2007 ya eran 18 países con este tipo de legislación⁵⁷); Noruega (1987) y España (1996) legislaron el anonimato⁵⁸.

La IA y la IAD son técnicas simples que no logran resolver gran parte de los problemas de infertilidad, por ejemplo en los casos debidos a daños tubarios, trompas dañadas, endometriosis severas hay que recurrir a la FIV. Además, después de tres o cuatro intentos de inseminación⁵⁹ se entra en una meseta y el chance de lograr un embarazo es muy baja. Por ello la IA consiste en un primer paso y sólo es utilizable cuando hay ciertos problemas leves de fertilidad.

3.2 Fecundación *in vitro*

Otro tipo de técnica más sofisticada es la fecundación *in vitro* (FIV). El primer bebé que nació con esta técnica fue Louise Brown en 1978 (Inglaterra). Existen diferentes variaciones de la misma. Una primera opción es la *transferencia de óvulos frescos fecundados*⁶⁰. La técnica consiste en la extracción

⁵⁷ De los registrados en Jones, Cohen, Cook, Kempers, *op. cit.*, S33.

⁵⁸ Luna F. "Assisted Reproduction Technology in Latin America: Some Ethical and Socio-Cultural Issues", en Vayena E., Rowe P.J., Griffin P.D. (eds.), *Current Practices and Controversies in Assisted Reproduction*, Geneve, WHO, 2002.

⁵⁹ Cada intento de inseminación artificial tiene un 16% de posibilidad de lograr un embarazo.

⁶⁰ Los óvulos fecundados también son denominados como embriones o como pre-embriones.

de óvulos de la mujer. El procedimiento de aspiración de gametos femeninos (óvulos) requiere un monitoreo cuidadoso del ciclo de inducción en el cual la mujer recibe las drogas de fertilidad, un procedimiento quirúrgico para aspirar los óvulos (laparoscopia), hoy en día frecuentemente reemplazada por una aspiración trasvaginal bajo control ecográfico y una técnica de laboratorio especial para este tratamiento. Una vez obtenidos los óvulos se los pone en una probeta con una solución similar a la que se encuentra en las trompas de Falopio. A esta solución se le agrega el espermatozoide. El óvulo fertilizado puede examinarse durante un par de días mientras se divide celularmente, para después introducirlo por la vagina en el útero. Cuando el embrión se implanta en la pared uterina hay embarazo. De esta manera, la tecnología logra superar, por ejemplo, el bloqueo de las trompas de Falopio, que impedía que el espermatozoide llegara al óvulo.

Una de las primeras críticas que se dirigieron contra esta técnica apuntaba a sus efectos, se cuestionaba si el uso de este método podía traer malformaciones en el niño o problemas de salud en la mujer. Con respecto a los efectos en el niño, este tipo de objeciones ha sido rebatida por la experiencia, dado que el porcentaje de bebés que nace con anomalías es de un 3% (el mismo porcentaje de anomalías en bebés concebidos naturalmente). En lo que concierne a los efectos en la salud de la mujer, todavía no se han obtenido resultados concluyentes con respecto a los efectos a largo plazo que puede traer el uso de drogas y hormonas para inducir la ovulación, por ello es importante que las pacientes sean adecuadamente informadas. Pero como se ha visto, lo mismo se aplica a técnicas menos sofisticadas como la IA.

Una segunda opción es la *transferencia de óvulos fecundados congelados*. En este caso la técnica anterior se complementa con otro procedimiento: el congelamiento (criopreservación) de embriones no transferidos. Como ya se ha visto esta posibilidad plantea problemas morales si se acepta que el embrión es una persona. Si se considera su estatus moral

como una persona potencial, o simplemente un conjunto de células, éstos merecerán respeto pero no se les puede atribuir derechos. La criopreservación como tal no presenta mayores inconvenientes. Es más, con esta técnica se preservan los embriones, los mismos son fácilmente recuperables para volver a intentar otro embarazo y se protege la salud de la mujer al no someterla a hormonas y procedimientos invasivos evitables.

Para evitar críticas y respetar algunas convicciones religiosas o personales, existe la posibilidad de no congelar ni producir más embriones que los que se pueden implantar. La criopreservación de embriones es un procedimiento que puede no utilizarse. Esta precaución soluciona los problemas de las personas religiosas; aunque cabe señalar el costo físico, psíquico y económico que supone para la mujer tener que someterse a esta intervención –hormonas y drogas para sobreovular, cirugía o laparoscopia para la extracción de los óvulos– cada vez que intenta realizar una FIV. Hay que tener en cuenta que, generalmente, se considera necesario someterse, por lo menos, a tres FIV para poder lograr un embarazo. Así, desde el punto de vista de la mujer y los riesgos que el procedimiento implica, la criopreservación resulta altamente beneficiosa. La solución que se prevé, en un futuro no muy lejano, es la posibilidad de criopreservar las gametas en forma separada –óvulos y esperma–. De hecho ya existe cierta experiencia en el congelamiento de óvulos, pero se trata de una técnica todavía en experimentación. Y, aún si esta técnica se refinara, uno de los problemas a tener en cuenta es que presenta un porcentaje de éxito bastante más bajo que la transferencia de óvulos fecundados criopreservados.

Otro problema vinculado al anterior, plantea cómo se debe tratar al embrión sobrante. Esto sucede cuando se logró el o los embarazos y quedaron embriones criopreservados. Nuevamente las decisiones a tomar dependen de la consideración del embrión que se mantenga. Las opciones pueden variar desde donarlos, ya sea a otras parejas infértiles o donarlos para investigación o eventualmente descartarlos.

Con esta técnica –a semejanza de la IA– también existe el riesgo de embarazos múltiples. Éstos se producen cuando se transfiere un número excesivo de embriones. Un punto que genera fuertes controversias es la cantidad de embriones a transferir por ciclo. En relación a este punto se puede señalar que mientras EE.UU. privilegia el éxito en el logro de embarazos y para ello sostiene la política de transferir alrededor de cuatro embriones por ciclo (debe aclararse que no se trata de una política explícita, ya que EE.UU. no tiene una regulación legal única al respecto), obtiene con ello el altísimo índice del 38% de embarazos múltiples⁶¹. En contraposición, esto es analizado con horror por los especialistas europeos. Ellos abogan por la transferencia de uno o a lo sumo dos embriones. Los países nórdicos respaldan la transferencia de un único embrión. Por ejemplo Bélgica, cuyo sistema de salud público cubre estos procedimientos, tiene una política explícita al respecto: financia estos tratamientos y en mujeres menores de 36 años sólo transfiere un embrión en los dos primeros intentos (ciclos). Si esto falla, desde el tercer al sexto ciclo se pueden transferir dos embriones. Y, en el caso de mujeres de 39 años o mayores se permite transferir hasta tres embriones desde el primer ciclo⁶².

Considérese el impacto del contexto socio-económico y sanitario en estas situaciones. En sociedades como la de los EE.UU. en las cuales los costos de estas técnicas se pagan privadamente, las pacientes son consideradas como “clientes” y se privilegia el logro del embarazo aún si esto implica mellizos, trillizos o cuatrillizos. En cambio, en algunos países de Europa, en el contexto de la medicina socializada, cuyo costo provee el Estado, las reglas a respetar son más estrictas. No se privilegia el “deseo” o la “ansiedad” de la pareja. Se brinda un determinado tratamiento estipulado por el sistema

⁶¹ SART (Society for Assisted Reproductive Technology), “Surveillance 1998: Society for Assisted Reproductive Technology Registry”, *Fertility and Sterility* 71: 798-807.

⁶² Jones, Cohen, Cook, Kempers, *op. cit.*, S 19.

de salud nacional. Así se puede ver como los porcentajes de embarazo múltiple son muy diferentes en cada país. Son muy bajos en Europa del Norte, Australia y Nueva Zelanda y altos en América Latina, Estados Unidos y Europa del Sur y del Este. La diferencia está vinculada a lo siguiente: los especialistas europeos no sólo apuntan a las dificultades de un embarazo múltiple⁶³. También se considera la morbilidad neonatal y la crianza de dos o más bebés en sociedades en las que es muy difícil tener una infraestructura de ayuda mínima o cuando ésta es posible, resulta sumamente costosa. Además evalúan los costos económicos y sociales para el sistema de salud (ya que es significativa la cantidad de días de internación hospitalaria que estos bebés requieren) y para las familias en los casos de nacimientos múltiples de niños prematuros o con serios problemas de salud. Pero nótese que si bien hay políticas claras, se consideran los casos en particular, la edad de la mujer, etc.

Una última cuestión relacionada con este procedimiento es que brinda la posibilidad de hacer un diagnóstico genético pre-implantatorio (DGI), el cual permite detectar las anomalías y malformaciones de los embriones que se implantarán. Este tipo de diagnóstico también ha sido cuestionado como eugenésico, dado que implica una forma de selección. Sin embargo, parecería que transferir un embrión sano no implica un acto eugenésico. Y, si se adopta la distinción entre fines eugenésicos y fines terapéuticos, vemos que puede ser aceptable éticamente transferir un embrión de determinado sexo –para evitar que herede una enfermedad genética (un ejemplo de tal tipo de enfermedad es la distrofia muscular, que se hereda en varones pero no en mujeres)– mientras que no lo es si se elige el sexo por capricho o porque se considera que determinado sexo es mejor que otro.

⁶³ Véase Bergh T., Ericson A., Hillensjö T., Nygren K.G. et al. “Deliveries and Children Born After *In Vitro* Fertilization in Sweden 1982-1995: A Retrospective Cohort Study”, *The Lancet* 354: 1579-85. (1999).

3.3 La inyección intracitoplasmática del espermatozoide

Una técnica semejante a la FIV en la cual la fecundación del óvulo se realiza extra-corporalmente es la inyección intracitoplasmática del espermatozoide (ICSI). La diferencia de esta técnica con la FIV se da en la fertilización del óvulo. En esta técnica, que data de 1986, se selecciona un solo espermatozoide por óvulo, se lo carga en una aguja especial y se lo inyecta dentro del óvulo mediante micromanipuladores. Una vez fertilizado el óvulo se procede de manera similar a la fertilización *in vitro*.

Esta técnica se utiliza en los casos en los cuales fundamentalmente hay serios problemas con los espermatozoides. De hecho, no se sabe bien la causa, pero han aumentado los casos de infertilidad masculina en los últimos años. Se piensa que algunos motivos están relacionados con el estrés, el consumo de tabaco y sobre todo con contaminantes ambientales⁶⁴. Los casos que resultan problemáticos son aquellos en los se utiliza esta técnica porque el semen del varón presenta graves problemas como la ausencia de espermatozoides (azoospermia) o la muerte de los espermatozoides en el eyaculado (necrozoospermia). Para recuperar espermatozoides vivos se hace una punción epididimaria o del testículo para recuperar espermatozoides inmaduros pero vivos. Las técnicas –que datan de los últimos 5-8 años en los centros de la Argentina– se llaman respectivamente: MESA y TESE⁶⁵.

El problema que surge es que no se sabe con certeza por qué no existen espermatozoides o estos son anómalos. La no producción o muerte de los espermatozoides está asociada –en algunas ocasiones– a ciertas enfermedades, esto es, existen riesgos de transmitir a la descendencia ciertas afecciones

⁶⁴ Chillik, *op. cit.*, 20.

⁶⁵ Véase “Boletín informativo” disponible en: <http://www.fecunditas.com.ar>, (acceso en Nov. de 2007).

severas. A pesar de esto, se efectúa esta técnica y, cuando hay riesgo de enfermedades genéticas, se le sugiere a la pareja que realicen un diagnóstico genético pre-implantatorio (DGI), aunque se sabe que sólo brinda cierta información parcial respecto de algunas enfermedades. Ciertas enfermedades de transmisión genética están asociadas a espermogramas “anormales”, por tanto, existe un 50 % de posibilidad de que esas enfermedades sean transmitidas a la descendencia⁶⁶. Esta situación es particularmente difícil para la pareja y, para la mujer especialmente, porque puede estar embarazada de un hijo genéticamente relacionado –este es uno de los principales objetivos de las técnicas de reproducción asistida: tener hijos relacionados genética o biológicamente– pero este hijo puede tener severas enfermedades y, más aún, puede heredar los mismos problemas de infertilidad de su padre⁶⁷.

4. El uso de las técnicas reproductivas en el contexto de América Latina

Como se ha visto en la sección anterior, las TRA no están exentas de desafíos y de problemas de implementación. Implican, entre otras cuestiones, un manejo de la información

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ Otro tipo de técnica es el GIFT (transferencia intratubaria de gametas). Ambas técnicas (FIV y GIFT) utilizan el mismo procedimiento de aspiración de gametas femeninas. El GIFT consiste en la transferencia de dos óvulos junto con esperma en un catéter, por medio del cual se colocan en el tercio externo de las trompas de Falopio. Si es posible, se vuelve a repetir esta técnica en la otra trompa de Falopio. En general se transfieren hasta cuatro embriones: dos en cada trompa o cuatro en una. Si se transfieren más, en una mujer joven, vuelve a aparecer el riesgo de embarazo múltiple. La maternidad sustituta o subrogada consiste en la combinación de las técnicas de IA o FIV con un nuevo tipo de contrato social: la gestación de un feto por parte de una mujer que, después del nacimiento, no será la madre social del bebé. Hay diferentes tipos de contratos: en algunos casos, la mujer gesta un embrión provisto mediante FIV (el embrión es genéticamente de los que serán los padres de crianza). En otros, la madre gestacional puede aportar no sólo su vientre sino su material genético (óvulo), en cuyo caso se hace IAD con semen de la pareja que efectuó el contrato. Véase Luna y Salles, *op. cit.*

que debe ser veraz, no generar falsas expectativas, ni jugar con la ansiedad y el deseo por un hijo. Deben involucrar un trato cuidadoso de los pacientes, en especial de las mujeres que son quienes en estas prácticas “ponen el cuerpo”. ¿Qué sucede cuando hacemos uso de estas técnicas en el contexto de América Latina? Veámoslo en los siguientes apartados.

4.1 Mandatos y prácticas efectivas

En primer lugar quizás valga la pena resaltar la importancia que tener hijos tiene, en general, para las parejas, pero en especial para las mujeres⁶⁸, ya que muchas veces están dispuestas a utilizar estas técnicas, que son muy invasivas con el cuerpo de la mujer, aún si el problema es masculino (como se acaba de señalar, la infertilidad por causas masculinas está aumentando). Es más, en muchos casos las mujeres “escondan” el problema de sus parejas porque para éstos la imposibilidad de tener hijos se asocia con falta de virilidad. En este sentido, si bien las TRA abren nuevas posibilidades, también generan nuevas “necesidades”. Una mujer, que teniendo los recursos económicos para intentarlo, no lo hace, puede parecer no estar realmente comprometida con el deseo de formar una familia. En este sentido, el feminismo tiene un punto cuando plantea la sutil presión social del contexto. América Latina, en general, con su idealización de la maternidad, no es ajena a esta tendencia. Como se ha señalado, esto no debe implicar que las mujeres sean pasivas o carezcan de la autonomía necesaria para revisar sus actitudes. Sin embargo, para esto es necesario brindar la información adecuada, señalar los riesgos involucrados y los porcentajes de éxito, así como los costos tanto económicos como psicológicos.

Por otro lado, en muchos países de América Latina estas tecnologías casi no están reguladas. Una excepción a esta tendencia es Costa Rica. Como se verá con mayor detalle en el

⁶⁸ Strickler, *op. cit.*

acápito 5, desde el 2000 este país prohibió todas las prácticas de reproducción *in vitro* y también la inseminación artificial con donante. Sólo permite la inseminación homóloga, una de las técnicas más simples y menos eficaces. Como ya se señaló, los problemas de infertilidad deben ser muy leves para que la inseminación homóloga brinde buenos resultados. Esta legislación genera “turismo reproductivo”, fundamentalmente, hacia Colombia.

La mayoría de los países de América Latina no tienen regulación. En Brasil sólo hay resoluciones como la del Consejo Federal de Medicina y proyectos de ley⁶⁹. En México y Brasil las técnicas de reproducción asistida se ofrecen a matrimonios o a parejas estables y la criopreservación de embriones está permitida. En ambos la donación de espermatozoides u ovocitos está permitida. En el caso de Brasil, se acepta el alquiler de vientres sólo si un pariente está dispuesto a someterse a dicho procedimiento. No se admite, en principio, la comercialización de este procedimiento. En este sentido, la posición de Brasil, es una de las más “abiertas” de la región.

Los países con una regulación de tipo “informal” (esto es, sin una regulación legal) enfrentan problemas diferentes. Al no haber una prohibición explícita, estas técnicas están permitidas. Éste, por ejemplo, es el caso de la Argentina⁷⁰ y de la mayoría

⁶⁹ Guilhem D. y Machado do Prado M. “Bioética, legislação e tecnologias reprodutivas”, *Bioética* 9 (2), 2001. Para una visión más actualizada de los proyectos de ley en discusión en Brasil, véase Diniz D. “Tecnologias Reprodutivas Conceptivas: o estado da arte do debate legislativo brasileiro”, *Jornal Brasileiro de Reprodução Humana Assistida* 7 (3): 10-19. (2003)

⁷⁰ En el caso de Argentina, algunos proyectos de ley son tan restrictivos que habrían hecho imposible la implementación de estas técnicas. Otras propuestas son bastante intrusivas, por ejemplo, durante el año 2005, un abogado mediante una acción de tipo precautoria iniciada en 1993 se erigió en “tutor de los embriones”. A raíz de esto, la justicia porteña requirió los listados de los embriones criopreservados a los centros de fertilidad, violando la confidencialidad de las parejas que habían recurrido a estas tecnologías. En el 2006, el tutor renunció como tutor de los embriones pero se nombró, en esta ocasión, a una tutora: Silvia Dascal. Y se estableció, previa reunión con los principales centros de reproducción asistida de la ciudad de Buenos Aires, que los centros

de los países de la región. Uno de los desafíos ético-prácticos que enfrentan los médicos de estos países –en el nivel de la práctica privada– está relacionado con la *imposición de límites*. La falta de regulación hace que la práctica “de hecho” de los médicos que trabajan en reproducción asistida tenga mucho peso. Así otra influencia del contexto se percibe en una posición, al menos pública, de auto-limitación de las técnicas con el objetivo de evitar resquemores o críticas sociales. ¿Cuáles son los límites en las intervenciones médicas? ¿Deben los médicos proveer las técnicas de reproducción asistida a mujeres solteras? ¿Y a las parejas homosexuales? ¿La edad debe determinar el límite? ¿Las mujeres post-menopáusicas pueden tener acceso a estas técnicas?

La falta de una ley que establezca los usos admitidos y prohibidos de estas técnicas implica una presión para los “proveedores”. Ellos deben tomar decisiones al respecto, sin una regla externa que fije los límites.

Esta situación cobra relevancia en América Latina, considerando las posiciones ya mencionadas, de parte de la Iglesia Católica. Esta rechaza estas técnicas, pero, incluso personas católicas que privada y personalmente las aceptan, pueden llegar a tener problemas con algunos de sus procedimientos y con quiénes sean los que las utilicen (por ejemplo, mujeres solteras, post-menopáusicas, etc.). Por tanto, con el rechazo de las técnicas de reproducción asistida, podría plantearse que se genera un “doble estándar moral”. Por ejemplo, de manera mayoritaria, población que se declara católica, utiliza métodos de anticoncepción no aceptados por la misma Iglesia Católica; se recuerda que ésta solo reconoce: el método Ogino-Knaus o del ritmo, el método de Billings o del moco cervical y el método de la temperatura basal.

informarán cada seis meses sobre el número de embriones congelados pero sin revelar la identidad de los progenitores. Esta medida estará vigente hasta que el Congreso dicte una ley que regule las técnicas de reproducción asistida. En este sentido, es comprensible que el modelo de prohibición total de Costa Rica genere aprensión.

La situación antes descrita no sólo se observa en el caso de las tecnologías de reproducción asistida. En todo caso, al respecto, nótese que en 1984 nació el primer bebé con reproducción asistida en la región (sólo seis años después de Louise Brown en Inglaterra)⁷¹; durante 1995, 7000 ciclos de reproducción asistida que incluyen 351 ciclos con ovocitos donados se practicaron en 59 centros en América Latina⁷². Según Ester Polak de Fried, combinando los reportes de Cohen et al (el *IFFS Surveillance*) del 2007 y la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, los ciclos oscilan en 24,588 hasta más de 50,000 por año⁷³. En el año 2000 se incrementó el número de centros registrados en América Latina a 95. Y, en el reporte del 2007 del *IFFS Surveillance* en el que participaron nueve países de América Latina, se informaba la presencia de 263 centros. Podría pensarse, entonces, que la solución a la presión ideológica está resuelta por el ejercicio de este “doble estándar moral”; sin embargo, como se verá a continuación, esta respuesta es problemática.

4.2 Implicaciones del “doble estándar moral”⁷⁴ con relación a la implementación de las técnicas de reproducción asistida

En este apartado se señalarán ciertos puntos que aparecen específicamente en la implementación de las técnicas de

⁷¹ Acero L. “Trends in Latin American New Reproductive Technologies and Gender: Social Practices, Ethics and Views on Motherhood”, presentado en First Cardiff-Lancaster International Conference on Genomics and Society, The Royal Society, March 2-3, 2004 y publicado en *Journal of Genomics and Society, Special Issue*, London, 2005.

⁷² Zegers-Hoschchild, *op. cit.*, 412.

⁷³ Polak de Fried E. “Justice and Socio-Cultural Issues Regarding Infertility and ART”, *Syllabus*, 17 de octubre 2007, ASRM Annual Meeting, Washington D. C.

⁷⁴ Se trata de un criterio moral que se aplica con más rigor en un grupo (o persona) que en otro. La doble moral es injusta porque viola el principio de justicia conocido como imparcialidad. La imparcialidad es el principio según el cual los mismos criterios se aplican a todas las personas sin parcialidad ni favoritismo. La doble moral viola este

reproducción asistida, señalando cómo en la práctica en América Latina se privilegia sutilmente el bienestar de los embriones por encima del de las mujeres y sus parejas.

Un elemento que no se debe pasar por alto es la importancia que se otorga a los óvulos fecundados o embriones. Esto se encuentra presente en algunas actitudes, en la terminología utilizada y en ciertas prácticas que determinan y limitan disimuladamente las opciones que pueden ofrecérsele a una mujer o a una pareja. Se tomarán como ejemplo cuatro actitudes y prácticas que ponen esto de manifiesto y que se plantean en muchos centros de reproducción asistida en la Argentina:

- 1) El rechazo a criopreservar embriones cuando no existe ninguna ley que lo prohíba.
- 2) La obligación de donar embriones.
- 3) La terminología que se utiliza: “adopción prenatal”.
- 4) La paradoja de introducir el diagnóstico genético pre-implantatorio cuando no se acepta el descarte de embriones.

Las primeras cuestiones están relacionadas con posibles límites o daños del bienestar de las mujeres para proteger a los embriones.

Para evaluar el primer punto es necesario aclarar la lógica del procedimiento. Como ya se mencionó, las técnicas más complejas como la fertilización *in vitro* o el ICSI necesitan fertilizar los óvulos *ex útero* para luego transferirlos a la mujer. Hay que tener en cuenta que el éxito de estas técnicas no es alto y que frecuentemente hay que repetir el proceso durante varios ciclos para lograr el embarazo.

A pesar de que existe consenso acerca de la importancia y los beneficios de la criopreservación de embriones u óvulos

principio pues toma en cuenta a las personas según diferentes criterios.
<http://www.worldbook.com/wb/Home>

fecundados internacionalmente, los centros argentinos dedicados a la fertilidad se plantean límites en la cantidad de embriones que se congelan. Existe una tendencia según la cual los centros criopreservan cada vez menos embriones con el objeto de reducir su número y evitar problemas con el *status quo*. Esto tiene como consecuencia que las mujeres deban someterse más frecuentemente a tratamientos de hiperestimulación con hormonas y medicamentos, con los inconvenientes y daños que ello implica. Pese a que las complicaciones no son sumamente frecuentes, son lo suficientemente severas como para evitarlas cuanto sea posible. Este es el caso del Síndrome de hiperestimulación ovárica así como el posible aumento del riesgo de cáncer de ovario (por ejemplo, se ha relacionado con el uso de citrato de clomifeno durante 12 meses consecutivos y se ha visto el aumento en la incidencia de tumores *borderline* que no llegan a ser malignos)⁷⁵.

Una segunda cuestión es que en general en América Latina, a diferencia de la mayoría de los países industrializados, no se ofrece la posibilidad de descartar los embriones supernumerarios. La única alternativa explícita en los centros argentinos –cuando una persona no quiere utilizar los embriones restantes– es la de donarlos a otra pareja. De modo que esta “donación inducida” prácticamente es una obligación, que puede acarrear serios daños psicológicos. Y puede resultar especialmente dolorosa en el caso en que la “donante” no pudo quedar embarazada.

Una tercera consideración surge con esta práctica de la “donación de embriones” y su actual denominación: “adopción prenatal”. La terminología que se utiliza tiene mucho peso, implica una determinada manera de interpretar los hechos. La expresión “adopción prenatal” es engañosa y conlleva la idea de una “adopción real”. No se trata de un término neutral

⁷⁵ Nasca P. C., Greenwald P. *et al.* “An Epidemiologic Case-Control Study of Ovarian Cancer and Reproductive Factors”, *American Journal of Epidemiology* 119: 705-713. (1984).

y con esta denominación, los embriones son tratados como “huérfanos”, analogía que conduce a ciertas paradojas: si le concediéramos a los embriones la condición de personas, el proceso de criopreservación resultaría, por lo menos, extraño: ¿cómo podríamos congelar personas? Esta terminología resulta bastante problemática y debería ser abandonada.

Un último problema está relacionado con el estado de salud del embrión y la prohibición del descarte de embriones. Mientras que la Federación Internacional de Sociedades de Fertilidad estimula el control de enfermedades graves que pudieran significar una amenaza para la salud del futuro niño, como se ha señalado, gran parte de los países de América Latina no acepta la eliminación de los embriones sobrantes ni la práctica del aborto. Brasil, en tanto admite este tipo de aborto, es la excepción⁷⁶.

Los países que no permiten descartar embriones, incluso en el caso de anomalías genéticas, enfrentan otra paradoja. Ése, por ejemplo, es el caso de Chile y Argentina. Como veíamos, aún en la situación en la que los embriones hayan sido investigados y se haya probado que poseen serios problemas genéticos, igualmente deberían ser transferidos (porque no pueden ser descartados). La mayoría de los centros informan que no descartan embriones. Esto conduciría a una mujer a la situación de aceptar la transferencia del embrión y llevar adelante un embarazo con el conocimiento de que su futuro hijo padecerá una grave enfermedad, que incluso podría ser fatal.

Por consiguiente, o se prohíbe el diagnóstico genético pre-implantatorio –lo cual puede lesionar los derechos de tal pareja y resultar penoso para ella y su futura descendencia, especialmente si están utilizando este procedimiento para evitar la transmisión de una enfermedad genética– o bien se permite su realización, junto con la posibilidad de descartar los embriones con problemas genéticos. Sin embargo, la mayoría

⁷⁶ Véase Guilhem y Machado do Prado, *op. cit.*

de los centros de fertilidad niegan que ofrezcan esta última opción.

Como puede observarse, existen, algunas contradicciones al tratar de implementar técnicas de reproducción asistida

4.3 Implicaciones del “doble estándar moral” con relación a la infertilidad

Como se ha señalado en el apartado anterior, la condena social y ciertas ideologías tienen influencia en la práctica e implementación de estas técnicas, con repercusiones en la salud reproductiva en general y en la reproducción asistida en particular. Y esto se manifiesta en la *infertilidad secundaria debido a secuelas por infecciones o abortos inseguros*. No debe confundirse este tipo de infertilidad secundaria a enfermedades o problemas previos con la *infertilidad primaria* y la *infertilidad secundaria (strictu sensu)*; esta última se presenta en mujeres que se embarazaron pero tuvieron abortos espontáneos⁷⁷.

En este apartado se intentará mostrar cómo la falta de salud sexual y reproductiva y una disimulada discriminación hacia las mujeres, que habitualmente se pasa por alto, lleva a este tipo de infertilidad secundaria y, por lo tanto, impacta en la necesidad de las técnicas de reproducción asistida.

En primer lugar, la carencia de *educación sexual y de métodos anticonceptivos* tiene como consecuencia una gran cantidad de embarazos no deseados y abortos ilegales. Particularmente preocupante es la cantidad de embarazos adolescentes o madres-niñas. En algunos países como Brasil, se suma a lo anterior, la sesgada difusión de las ligaduras tubarias muy precoces. Se trata de un procedimiento anticonceptivo de muy difícil reversión que luego genera la necesidad de tratamientos sofisticados de reproducción asistida para lograr un embarazo.

⁷⁷ Véase acápite 1.3.

En segundo lugar, debe considerarse la gran cantidad de abortos ilegales realizados en muy malas condiciones con serias consecuencias en la salud de las mujeres. Por ejemplo, en la Argentina, el 40% de las camas de ginecología y obstetricia de los hospitales públicos están ocupadas por las complicaciones de tales abortos. En México, se calcula que 600.000 mujeres requieren hospitalización por esta causa. En América Latina se estima que se realizan 4 millones de abortos clandestinos por año⁷⁸. En relación al tema que nos concierne, las secuelas de tales abortos en malas condiciones no resultan un hecho aislado e independiente, por el contrario, constituyen gran parte de las causas de los problemas de infertilidad en la región.

En tercer lugar, la falta de educación sexual y prevención conlleva también a una gran cantidad de infecciones de transmisión sexual (ITS). Las ITS constituyen otra de las causas más importantes de la infertilidad secundaria. Por ejemplo, éste es el caso de la gonorrea no tratada. La investigadora María Yolanda Makuch cita un estudio brasileño en el cual el 42% de las mujeres que consultan por infertilidad padecen de obstrucción tubaria debido a infecciones del tracto reproductivo⁷⁹.

De igual manera, en Argentina, Brasil y Chile no se hace un testeo regular de clamidia (una inflamación de las trompas de Falopio sin síntomas, que sin tratamiento puede llevar a la infertilidad femenina). Dadas las dificultades de negociación en relación al uso del preservativo, la clamidia es una fuente muy habitual de infección femenina, especialmente en el caso de poblaciones vulnerables⁸⁰. Confirmando lo anterior, el reporte *Progress in Reproductive Health Research* señala

⁷⁸ Olivares C. "Dilemas éticos de la interrupción del embarazo", en Figueroa J. G. (comp.) *Elementos para un análisis ético de la reproducción*, UNAM, México, 2001, pp. 218-226, p. 225.

⁷⁹ Fernández M. S., Bahamondes L. "Incidência dos fatores etiológicos de esterilidade conjugal nos hospitais universitários de Campinas", *Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetricia* 18:29-36. (1996).

⁸⁰ Galvez Pérez T. y Matamala M. "La economía de la salud y el género en la reforma de salud", *Actas de la Conferencia sobre género, poder*

que: “Gran parte de la infertilidad en los países en desarrollo se puede atribuir a daños causados por infecciones en el tracto reproductivo, notablemente por la gonorrea y la infección por clamidia”⁸¹.

Sumado a esto hay que contabilizar también los mitos o tabúes en la materia, así como los recursos escasos en el sistema público de salud que implican una mala atención de la salud y complicaciones posteriores que repercuten en serios problemas de infertilidad. Makuch describe los problemas de información inadecuada en el área de las enfermedades de transmisión sexual. En su estudio señala que las mujeres entrevistadas eran incapaces de entender la relación que existe entre las infecciones del tracto reproductivo previas y su infertilidad tubaria presente. Más aún, había coincidencias cuando se comparaba la información que recordaban las mujeres con la que los médicos reportaban haber provisto⁸². Esto sugiere que los mismos médicos no brindaban la información relevante.

Este tipo de infertilidad no es la prevalente en los países industrializados. Nótese que tanto América Latina como África comparten altos índices de infertilidad secundaria, a diferencia de Europa y Estados Unidos. En África corresponde a un 55% y en América Latina a un 40%⁸³. Polak de Fried reporta datos similares en África donde el porcentaje varía: la infertilidad por factor tubario en Nigeria es del 35-65% y en Durban 77%. En América Latina se habla de 25 a 40 % con diferencias notorias entre ciudades como Buenos Aires y provincias con pobre

y equidad, Organización Panamericana de la Salud (OPS), Chile, abril 2002.

⁸¹ Patricia Butler (2003) “ART in Developing Countries –A Response to Individual Need or a Social Priority?” *Progress in Reproductive Health Research*, World Health Organization, Geneve p. 2 (mi traducción).

⁸² Makuch M., Botega N., Bahamondes L. (2000) “Physician –Patient Communication in the Prevention of Female Reproductive Tract Infections: Some Limitations”, *Cadernos Saude Publica* 16 (1): 249-253.

⁸³ Cates W. Farley *et al.* “Worldwide Patterns of Infertility: Is Africa different?”, *The Lancet* 2: 596-598. (1985)

salud materna y escasos recursos, por ejemplo Chaco o Jujuy. En cambio en los países desarrollados este tipo de infertilidad se reduce a un 5-10%.⁸⁴ Indudablemente las causas de este tipo de infertilidad están relacionadas con la falta de recursos y la falta de respeto al derecho a la salud reproductiva.

Este es un tema que merece mayor análisis y revisión del “doble estándar moral”. Aún si se rechaza el respeto por las decisiones informadas de las mujeres y las parejas respecto de cuándo concebir un hijo, no puede pasarse por alto que las prácticas desesperadas actuales (recurrir a curanderas, abortos caseros o ilegales e inseguros), la falta de cuidados, prevención y educación en temas de salud sexual y reproductiva tienen altos costos en la vida y salud de las mujeres de América Latina, en el sistema de salud público y en la sociedad en general.

En segundo lugar, hay una interrelación estrecha entre la salud sexual y reproductiva y la reproducción asistida. Nótese como situaciones que, a primera vista, parecen alejadas –como la carencia de una adecuada prevención, respeto, educación y cuidado de la salud reproductiva– deja graves secuelas que inciden en la necesidad de la reproducción asistida. Lo anterior implica incorporar una visión no-dicotomizada sino integral de la salud sexual y reproductiva. Se trata, además, de casos de infertilidad que pudieron haber sido prevenidos.

En tercer término, estos datos muestran que aquellas personas en las cuales recae el problema de infertilidad en América Latina no son iguales a los de otras sociedades y afecta especialmente a poblaciones vulnerables, con escasos recursos. Así en América Latina, en contraste por ejemplo con Europa, el paradigma de la mujer de clase media o alta que por motivos laborales o profesionales posterga la maternidad y decide tardíamente formar una familia, no es el adecuado. De ninguna manera esta población es la que agota el perfil epidemiológico de la región. La infertilidad secundaria debida

⁸⁴ Polak de Fried, *op. cit.*

a infecciones y a una mala salud sexual y reproductiva, muestra implicaciones de este “doble estándar moral” y de una actitud discriminatoria hacia las mujeres en general, y afecta muy especialmente a aquellas que no tienen recursos y no pueden cuidar adecuadamente su salud. Todo lo antes expresado revela una situación bastante más compleja que los paradigmas y estereotipos que se exportan de las sociedades industrializadas. Por lo tanto debe extenderse la comprensión del alcance del problema de la infertilidad en América Latina.

Vale la pena retomar el reporte citado que ilustra la situación de la mujer infértil en situaciones de escasez: “Además del dolor personal y el sufrimiento que causa, la incapacidad de tener niños —especialmente en las comunidades pobres— puede crear problemas mayores, particularmente para la mujer en términos de estigma social, dificultades económicas, aislamiento social y aún violencia”⁸⁵. Lamentablemente esta es la situación de una parte de las mujeres que padecen infertilidad en la región.

5. El caso *Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros contra Costa Rica*, petición 12.361

En esta sección se analizará el caso contra Costa Rica presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los derechos principales afectados.

5.1. Informe de admisibilidad N° 25/04 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

El análisis anterior tiene sentido a la luz del caso presentado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) el caso *Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros contra Costa Rica*, petición 12.361 motivados por la disposición del Estado de Costa Rica, que mediante su Corte Suprema prohibió la FIV y la IA heteróloga, anulando un decreto (N° 24029-S) que regulaba estas prácticas desde 1995.

⁸⁵ Patricia Butler (2003) *op. cit.* p. 2 (traducción de la autora).

Tal decreto aceptaba estas técnicas sólo para matrimonios, prohibía la fertilización de más de seis óvulos y obligaba a transferir a todos a la cavidad uterina de la paciente, prohibía además descartar o preservar embriones para futuros ciclos (esto es, criopreservar o donar embriones).

En el informe N° 25/04 de la CIDH acepta la admisibilidad del caso y señala la competencia *ratione personae* en tanto cualquier persona o grupo de personas están facultadas para presentar peticiones ante la CIDH. En este caso se trataría de las víctimas individualizadas, mujeres y varones en busca de tratamientos para la esterilidad. En cuanto a la *ratione materiae* la Comisión observa que la petición denuncia la supuesta violación de los derechos humanos protegidos por la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (en adelante “la Convención” o “la Convención Americana”) en especial sus artículos 1, 2, 4, 5, 8, 11 (2), 17, 24, 25, 26 y 32; los artículos 3, 10 y 15 del *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (en adelante “Protocolo de San Salvador”) y de los artículos 1 y 7 (h) de la *Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer*, (en adelante “Convención de Belém do Pará”).

En tercer lugar, la Comisión considera que tiene competencia *ratione temporis* porque estos hechos tuvieron lugar cuando la obligación de respetar y garantizar los derechos de la *Convención* estaba vigente, así como también tiene competencia *ratione loci* dado que las violaciones se cometieron en Costa Rica.

La Comisión también señala otros requisitos que hacen admisible la petición como, por ejemplo, el agotamiento de los recursos internos, el plazo de la presentación y la falta de duplicidad de procedimiento y cosa juzgada internacionalmente.

La Comisión señala que desarrollos en el derecho internacional que se retrotraen a la Conferencia de Teherán, al Programa de Acción del Cairo, y la Plataforma de Acción de Beijing han reconocido el derecho de las parejas y de los individuos:

“(...) de decidir libre y responsablemente el número y espaciamiento de sus hijos y de disponer de la información, la educación y los medios necesarios para hacerlo, y el derecho para alcanzar los más altos niveles de salud sexual y reproductiva. También se incluye el derecho a adoptar todas las decisiones relativas a la procreación, sin discriminación, coacción, ni violencia, según lo establecido en los instrumentos de derechos humanos”⁸⁶.

La CIDH señala que en su etapa de fondo examinará el *derecho a fundar una familia*, junto con el *derecho a la protección de la vida privada y familiar* para analizar si la acción estatal encaminada a restringir el acceso a medidas que favorecen la planificación familiar y la procreación, son compatibles con la *Convención Americana*. Finalmente en la conclusión declara admisible la denuncia en cuanto a los artículos 1, 2, 11, 17 y 24 de la *Convención Americana*. Estos artículos abarcan desde la obligación de respetar y hacer efectivos derechos y libertades sin discriminación alguna, no ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas a la vida privada o familiar, así como el derecho a fundar una familia.

Por este motivo, en lo que sigue se considerará brevemente la relación de este caso con la salud sexual y reproductiva, la situación de Costa Rica y los derechos humanos mencionados por el presente informe de admisibilidad de la CIDH.

5.2 Derechos humanos y salud reproductiva

Tal como se señaló en un comienzo, las TRA atañen a la salud sexual y reproductiva de las personas y, en este sentido,

⁸⁶ Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 1994, Informe N° 25/04. El subrayado es de la autora.

están fuertemente vinculadas a los derechos reproductivos. Sin embargo tal como señala el resumen ejecutivo de la Serie sobre Salud Sexual y Reproductiva de *Lancet* “las conductas sexuales, la planificación familiar, el aborto, las infecciones de transmisión sexual (ITS) y los derechos sexuales y reproductivos no son asuntos que suelen discutirse”⁸⁷. Este tipo de temas tienden a despertar opiniones acaloradas, muchas veces generan situaciones incómodas y dan lugar a malos entendidos. En América Latina son considerados por muchos, temas tabú y en ciertos países muy tímidamente comienzan a plantearse como elementos relevantes para las políticas públicas. Pese a ello las cifras de morbi-mortalidad materna y el sufrimiento involucrado hacen que no puedan continuar ignorándose.

En ese sentido, la cuarta Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (CIDP) en 1994 en el Cairo marcó un cambio fundamental en las actitudes hacia el crecimiento poblacional. Se abandonó el concepto clásico de control de la población y los programas masivos de planificación familiar para centrarse en un enfoque basado en las *necesidades* y los *derechos sociales y reproductivos* de las personas. Ciento setenta y nueve países –entre ellos Costa Rica– y más de mil doscientas ONG adoptaron un programa de acción que estableció que la promoción de la salud y los derechos reproductivos, así como el acceso universal a los servicios y a la información sobre salud sexual y reproductiva, constituyen estrategias clave para el bienestar de las sociedades, erradicar la pobreza y alcanzar los objetivos de desarrollo⁸⁸.

⁸⁷ Resumen ejecutivo de la Serie sobre salud sexual y reproductiva de *The Lancet*, disponible en: http://www.who.int/reproductive-health/publications/es/srh_lancetseries_es.pdf, (fecha de acceso: nov. de 2007).

⁸⁸ En el 2000 la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó la Declaración del Milenio y los Objetivos de Desarrollo del Milenio. Sin embargo, la salud sexual y reproductiva no fue incluida como un tema prioritario, si bien muchos de sus componentes han sido distribuidos entre varios de estos objetivos. En la Cumbre Mundial del 2005, los gobiernos corrigieron hasta cierto punto esta omisión y se

Así la formulación de los derechos reproductivos en el Plan de Acción de la IV Conferencia Mundial de la Mujer, Beijing 1995, dice:

Los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Estos derechos se basan en el *reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos, y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva.* (El subrayado es de la autora)

La mayor tradición en el área está vinculada a la salud sexual y reproductiva en cuanto a la morbilidad y mortalidad materna: la falta de acceso a anticonceptivos o a tratamientos de las ITS o del VIH en las mujeres embarazadas, fueron los primeros puntos a considerar y trabajar. Eso es absolutamente justificable, porque involucra sufrimientos, enfermedades y muertes básicamente evitables; situaciones que implican años de postergación de las mujeres y que, generalmente, afectan en mayor medida a la población en situación de pobreza. Como ya se mencionara, desde la lectura de los países industrializados, las TRA se visualizaron como un “lujo” ya que se las identificó con mujeres de clase media o alta, que decidían tardíamente tener hijos y debían recurrir a estas tecnologías. Sin embargo, tal como se señalara en el acápite 4.3, esto no necesariamente es así respecto a América Latina. Por lo tanto, su no consideración puede involucrar una visión sesgada del alcance de los derechos reproductivos.

Por otra parte, en el resumen ejecutivo de la Serie sobre Salud Sexual y Reproductiva del *Lancet*, se incluye

comprometieron a alcanzar el acceso universal a la salud reproductiva para el año 2015. *Ibidem*.

específicamente a la reproducción asistida como parte de la atención a la salud sexual y reproductiva. Este documento especifica que: “La atención de la salud *sexual y reproductiva* incluye: mejorar la atención prenatal, durante el parto, el posparto y del recién nacido, *brindar servicios de planificación familiar de calidad, incluyendo servicios de reproducción asistida*; eliminar el aborto inseguro, combatir las ITS, incluyendo el VIH, y las infecciones del tracto reproductivo, el cáncer de cuello uterino y otras morbilidades ginecológicas y promover la salud sexual”⁸⁹.

En este contexto, resulta discriminatorio considerar única y exclusivamente *los deseos “negativos” de la planificación familiar* –involucrando por ejemplo el uso de métodos anticonceptivos– y excluir *los deseos “positivos” de la planificación* al buscar los medios para lograr un embarazo. Y en este sentido parece claro que este tipo de tecnología médica es fundamental para poder planificar una familia y tener hijos cuando la vía natural no es viable. Así como es válido poder recurrir a la anticoncepción de emergencia o a tecnologías más sofisticadas frente a problemas ginecológicos, de igual forma deberán considerarse estas técnicas. Este reclamo resulta más fuerte, cuando se tiene en cuenta la infertilidad secundaria debida a secuelas por el maltrato y descuido previo de la salud de las mujeres.

En sintonía con este punto vale la pena considerar el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo ya que en el apartado 7.17 hace mención explícita a estas técnicas:

Se insta a los gobiernos, a todos los niveles, a que implanten sistemas de supervisión y evaluación de servicios orientados hacia el usuario, con miras a detectar, prevenir y controlar abusos por parte de los directores y proveedores de los servicios de planificación de la familia y a asegurar el mejoramiento constante de la calidad de los servicios. Con

⁸⁹ *Ibidem*. (El subrayado es de la autora).

este fin, los gobiernos deberían garantizar la conformidad con los derechos humanos y la observancia de las normas éticas y profesionales en la *prestación de los servicios de planificación de la familia y otros servicios conexos de salud reproductiva* con el fin de asegurar el *consentimiento responsable, voluntario e informado y también con respecto a la prestación de los servicios. Deberían proporcionarse técnicas de fecundación in vitro de conformidad con directrices éticas y normas médicas apropiadas*⁹⁰.

Al respecto vale la pena tener en cuenta en este libro, los apartados previos en los cuales se evaluaron las posibles objeciones éticas así como los problemas de implementación que estas técnicas pueden enfrentar.

5.3 Equidad y salud de la mujer en Costa Rica

Un rasgo característico del desarrollo socio-económico de Costa Rica ha sido la inversión del Estado en el ámbito de lo social, por lo que pese a tener un bajo Producto Interno Bruto (PIB) *per cápita* (si se lo compara con países industrializados), muestra indicadores de desarrollo sociales similares, por ejemplo, respecto del analfabetismo. En el campo de la salud, Costa Rica se destaca por una elevada cobertura de servicios y la asignación de una proporción del PIB cercana al 6%⁹¹. En igual sentido otro reporte del Ministerio de la Salud de Costa Rica y de la oficina regional de la Organización Panamericana de la Salud (OPS) señala: “Como en la mayoría de los países, la salud de la población de Costa Rica ha presentado en las últimas décadas una mejoría progresiva. Mientras que el

⁹⁰ Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo. Punto 7.17 Disponible en (fecha de acceso: nov. de 2007): http://www.unfpa.org/spanish/icpd/icpd_poa.htm. (El subrayado es de la autora).

⁹¹ Ministerio de la Salud de Costa Rica, Organización Mundial de la Salud y oficina regional de la Organización Panamericana de la Salud (OPS) *Las desigualdades de salud en Costa Rica: una aproximación geográfico-poblacional*, OPS, Costa Rica, enero 2004, p.6.

número de defunciones en 1980 era de 4,8 cada mil habitantes, 20 años después era de 3,8 por 1000. En el mismo período la mortalidad de los niños menores de un año disminuyó un 44,6% y la mortalidad a edades tempranas descendió en un 42,9%”⁹².

Sin embargo, el mismo reporte señala en su comienzo que el análisis de los indicadores nacionales y sus tendencias suelen enmascarar importantes diferencias entre los grupos poblacionales de un país. En este sentido y, si se va a tener en cuenta la equidad como un principio ético rector, es necesario hacer un análisis más profundo. Así, el *Análisis de indicadores de género y salud* señala que: “Costa Rica mostró, entre 1988 y 2004, un incremento del PBI de 4,7%, sin embargo, la última Encuesta Nacional de Ingresos y Gastos de los Hogares, revela que para el 2004, los ingresos del *quintil más rico aumentaron en 96%*, mientras que en el *quintil más pobre sólo un 7%*”⁹³.

La información refleja claramente una situación de inequidad. Así también en el último Informe de País de los Objetivos de Desarrollo del Milenio se reconoce que entre 1990 y 2003, la incidencia de la pobreza en hogares con jefatura femenina superó al menos en 50% los valores correspondientes a hogares con jefatura masculina, e incluso en varios años esta diferencia superó el 100%. Añade que, al inicio de los noventa, el porcentaje de jefas pobres superaba a los jefes en 3,2 puntos porcentuales y en el 2004 esa diferencia es aún más marcada, 6,7 puntos⁹⁴.

El país se divide en cantones y los que se encuentran en la zona central, en los alrededores de San José (la capital) tienen

⁹² Bortman, Marcelo, *Indicadores de salud ¿Mejoró la equidad? Costa Rica 1980-2000*, Ministerio de la Salud de Costa Rica, Oficina regional de la Organización Panamericana de la Salud (OPS), Costa Rica, 2002, p.6.

⁹³ Allen Flores P., Arroba Collins A., Bustamante Castillo X., Rojas Espinoza M. *Análisis de indicadores de género y salud*, Costa Rica, 2005, p. 4. El subrayado es de la autora.

⁹⁴ *Ibidem* p. 5.

mayor desarrollo y mejores índices en general, pero esto no es igual en gran parte de los cantones más alejados y aquellos ubicados cerca de las zonas de frontera. De manera que esta situación de inequidad afecta en mayor medida a las mujeres, considerando la feminización de la pobreza y en ese marco la jefatura femenina de hogar.

Otra cuestión relevante es considerar los indicadores de salud en relación con las mujeres en general y, en especial, con los puntos que se señalaron como determinantes de la infertilidad secundaria especificada en apartados anteriores. Si se toman datos específicos de la salud de las mujeres esto se hace todavía más evidente. Por ejemplo, la mortalidad materna, sobre todo por causas prevenibles, es un indicador de baja prioridad social otorgada a un problema que afecta sólo a mujeres, particularmente a las pobres, ya que desde hace más de 50 años se cuenta con el conocimiento y la tecnología necesarias para impedir dichas defunciones⁹⁵.

La mortalidad del país para el 2004 fue de 3,2 por cien mil nacidos vivos; Costa Rica, junto con Cuba, Chile y Argentina, muestran los índices más bajos de la región. Pero hay que tener en cuenta que no sólo la mitad de esas muertes son prevenibles, sino que si se desglosa por su distribución geográfica nuevamente se observa un patrón coincidente en donde las provincias de Guanacaste (5,8), Puntarenas (4,0) y San José (4,2) presentan valores superiores al nacional⁹⁶. En las conclusiones y recomendaciones se señala que uno de los problemas urgentes es la alta proporción de nacimientos en madres adolescentes. Otro de los informes señala que el porcentaje de madres menores de 15 años se mantuvo estable durante estas dos décadas en valores de 1 a 1,2 %⁹⁷. Ello evidencia la necesidad de fortalecer la educación sexual y provisión de métodos anticonceptivos adecuados. También

⁹⁵ *Ibidem* p. 9.

⁹⁶ *Ibidem* p. 10.

⁹⁷ Bortman, *op. cit.* p. 23.

en las conclusiones se puntualiza que otro tema poco tratado y no visto como prioritario es lo relativo a las ITS y el cáncer de cervix, cuya génesis está explicada por una infección de transmisión sexual⁹⁸.

Esta revisión muy general de índices de salud y pobreza muestra como en Costa Rica, pese a índices globales satisfactorios, la situación de pobreza agrava la condición de vulnerabilidad en el goce y ejercicio de derechos, la cual suma a la desigualdad en razón de género.

En lo que concierne a la demanda en cuestión parece relevante tener en cuenta estos datos, ya que la prohibición de la FIV y la IA heteróloga afecta entonces a las mujeres y a su posibilidad de desarrollo equitativo en Costa Rica, sobre todo a las mujeres pobres de este país.

5.4 Derechos humanos involucrados en el caso

Los derechos más pertinentes a invocar y la forma cómo se podría demostrar que han sido transgredidos dependen de los hechos particulares de la supuesta violación y de las causas subyacentes de la mala salud sexual y reproductiva⁹⁹. Se analizan a continuación los más relevantes:

a. Derecho a la intimidad

Así un primer derecho a plantear en el caso de Costa Rica es el derecho a la intimidad. Tal como lo señala el informe de la CIDH, éste aparece en el Artículo 11 de la *Convención Americana*, el cual trata el tema de la protección de la honra y de la dignidad. También está presente en documentos tales como la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*; esta se refiere explícitamente al derecho de la intimidad en su artículo 12: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su

⁹⁸ Allen Flores et al., *op. cit.* p.10.

⁹⁹ Cook, Dickens, Fathalla, *op. cit.* pto.4.

vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación”¹⁰⁰.

Esto también se establece en el artículo 17 del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* así como se plantea de forma aún más contundente en el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, en el artículo 8. El mismo, en su inciso 1¹⁰¹, trata el derecho al respeto a la vida privada y familiar. Allí se señala que: “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”.

En este sentido parece quedar claro que la vida privada y familiar es uno de los objetivos de protección básicos. Poder decidir la forma de planificar la familia y poder tener acceso a métodos adecuados parece formar parte de estas decisiones íntimas y privadas. Esto está directamente relacionado con la autonomía de las personas, esto es, con la posibilidad de elaborar un plan de vida y actuar de acuerdo con el mismo. La autonomía es uno de los principios fundamentales de la ética. Y, en este caso se trata de la autonomía reproductiva, aquella que permite tomar decisiones fundamentales respecto de tener o no un hijo. El derecho a la intimidad protege a las personas en sus vidas privadas y forma parte de las obligaciones de los Estados de respeto y garantía de los derechos humanos.

Es más, teniendo en cuenta jurisprudencia relevante reciente respecto de los derechos humanos se puede visualizar la importancia de la integridad personal y psicológica. Desde esta perspectiva es posible respaldar pedidos en relación a la FIV o a la terminación de un embarazo cuando éstos afectan la integridad física o psicológica, por ejemplo, en los contextos en los cuales la privación de la capacidad de ser madre tiene consecuencias significativas sociales y emocionales. Véase el

¹⁰⁰ Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 12.

¹⁰¹ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, Artículo 8, inciso 1.

caso Tysiac versus Polonia resuelto por la Corte Europea de Derechos Humanos el 20 de marzo del 2007¹⁰².

b. Derecho a formar una familia

En segundo lugar debe considerarse que el artículo 17 de la *Convención Americana*, al que el informe de la CIDH hace referencia, protege el derecho del hombre y la mujer a fundar una familia y puede funcionar como base para garantizar los derechos reproductivos recién analizados.

Los derechos reproductivos pueden interpretarse en relación directa con el derecho a formar una familia. En los casos de las personas con problemas de fertilidad esto resulta todo un desafío y es el recurso a las TRA el que les puede permitir hacer efectiva la formación de tal familia. En este sentido, además del citado artículo 17 de la *Convención Americana*, vale la pena considerar el peso que otros instrumentos de derechos humanos brindan a la familia. En el artículo 16 de la *Declaración universal de derechos humanos* se señala: “La

¹⁰²El caso Tysiac versus Polonia (Expediente N° 5410/03) tratado por la Corte Europea de Derechos Humanos el 20 de marzo de 2007, consistía en un rechazo a terminar el embarazo de una mujer con una enfermedad oftalmológica que subsecuentemente sufrió problemas severos en los ojos. Las garantías constitucionales polacas al derecho a la vida y la protección legislativa al derecho a la vida desde la concepción, brindaban un acceso muy limitado a la finalización del embarazo. En este sentido el caso puede resultar relevante para analizar la petición de Costa Rica en términos de la interpretación de la Corte Europea del Artículo 8 de la *Convención europea*. El gobierno polaco argumentó que el embarazo y su interrupción no pertenecían únicamente a la esfera de la vida privada de la madre y que cuando una mujer estaba embarazada, su vida privada se conectaba estrechamente con la del feto en desarrollo. La Corte Europea, rechazó este argumento reconociendo que en la jurisprudencia europea el concepto de “vida privada” atiende a la integridad física y moral de la persona e incluye cuestiones relacionadas con la decisión de embarazarse o terminar el embarazo. La Corte reitera que la “vida privada” es un término amplio, que acompaña, entre otras cosas, aspectos de la identidad física y social incluyendo el *derecho a la autonomía personal, al desarrollo personal* y a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior.

familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”¹⁰³.

Si lo anterior se considera a la luz del 5º párrafo de la Observación General N° 19 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: “El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos. Cuando los Estados Partes adopten políticas de planificación de la familia, éstas han de ser compatibles con las disposiciones del Pacto y sobre todo no deben ser ni discriminatorias ni obligatorias.”¹⁰⁴.

La prohibición por parte del Estado de Costa Rica de la FIV y de la IA con donante parece implicar políticas públicas en relación a la planificación familiar que resultan discriminatorias y conllevan dejar sin la posibilidad de formar una familia y tener hijos a las personas con problemas de fertilidad. Al no haber posibilidad alguna de acceso a estas tecnologías en su propio territorio empuja, además, hacia un turismo reproductivo, al que sólo pueden acceder personas con los medios económicos y sociales que les permitan pagar estas técnicas, además de poder viajar a otro país y permanecer durante tales tratamientos.

c. Derecho a no ser discriminado

El apartado anterior introduce el problema de la discriminación que estaría implicado en esta situación. Esto aparece en el artículo 24 de la *Convención Americana* como también es sumamente claro el artículo I de la *Convención*:

“Los Estados Partes en esta *Convención* se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que

¹⁰³ *Declaración universal de derechos humanos*, Artículo 16.3. Otros documentos que establecen lo mismo son el *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales*, Artículo 10, y el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, artículo 23.

¹⁰⁴ Observación General N° 19 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

esté sujeta a su jurisdicción, *sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*”¹⁰⁵.

En primer lugar, ambos artículos abarcan la situación de las personas con problemas de infertilidad, para las cuales estas técnicas son la única opción para tener un hijo y realizar su planificación familiar.

En segundo lugar, dado que estas técnicas se realizan mayormente en el cuerpo de la mujer y que, por lo general, es la mujer la que es estigmatizada por la falta de hijos (si bien la infertilidad puede tener origen masculino), también serían aplicables los artículos que hacen referencia a la no discriminación de las mujeres. Hay que tener en cuenta, además, que Costa Rica ratificó la *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* (conocida por su sigla en inglés CEDAW) en la ley 6968 del 2 de octubre de 1984; así, en estos casos se puede considerar el artículo 10 h y el artículo 14.2. b. A modo de ejemplo, se puede ver cómo el artículo 12.1 continúa la línea antes planteada: “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*”¹⁰⁶.

En este sentido, las recomendaciones del Comité de la CEDAW son bastante claras y relevantes y parecen aplicables a la demanda en cuestión. La Recomendación General número 24 del Comité de la CEDAW hace referencia al tema “mujer y salud” y señala la obligación de los Estados de respetar el

¹⁰⁵ *Convención americana de derechos humanos*, Artículo 1.

¹⁰⁶ *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, Artículo 12.1.

acceso de la mujer a los servicios médicos y de abstenerse de “poner trabas a las medidas adoptadas por la mujer para conseguir sus objetivos en materia de salud”. En varias observaciones finales, el Comité de la CEDAW ha manifestado su preocupación por el limitado acceso de las mujeres a los servicios e información en materia de salud reproductiva, criticando los factores que entorpecen la asistencia médica a las mujeres, incluyendo consideraciones religiosas, la privatización de la salud y las restricciones presupuestarias.

En tercer lugar, dada la situación de equidad y salud de Costa Rica y la particular situación de las mujeres de los cantones más pobres, el peso de la discriminación recae sobre ellas como ya se dijo. Estas mujeres que no han sido adecuadamente asesoradas o atendidas en su salud sexual y reproductiva, tienen secuelas e infecciones que las llevan a la infertilidad y no tienen posibilidad alguna de acceso a las TRA en su país. Así, puede considerarse que el derecho a la salud impone la obligación de atender problemas de salud específicos de la población y esto tiene mayor fuerza cuando hay una falla en los programas de promoción de la salud, por ejemplo, para evitar ITS, para brindar anticonceptivos y una adecuada educación sexual. Todo esto tiene incidencia en la planificación familiar ya sea por la vía negativa o positiva.

Para fundamentar esto además de los tratados y convenciones de derechos humanos, no sólo se puede invocar el principio general de *no discriminación* sino también otro principio vital como el *de equidad*.

d. Derecho a la salud

Los derechos anteriores deben ser complementados con el derecho a la salud y específicamente, el derecho a la salud reproductiva.

Tal como se señala en el segundo párrafo de la Observación N° 14 del Comité, de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, existen numerosos instrumentos de derecho internacional que reconocen el derecho del ser humano a

la salud. En el párrafo 1 del artículo 25 de la *Declaración universal de derechos humanos* se afirma que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”. El *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales* contiene el artículo más exhaustivo del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho a la salud. En virtud del párrafo 1 del artículo 12 del *Pacto*, los Estados Partes reconocen “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, mientras que en el párrafo 2 del artículo 12 se indican, a título de ejemplo, diversas “medidas que deberán adoptar los Estados Partes... a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho”.

Además, el derecho a la salud se reconoce, en particular, en el inciso iv) del apartado e) del artículo 5 de la *Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial* de 1965; en el apartado f) del párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12 de la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* de 1979; así como en el artículo 24 de la *Convención sobre los Derechos del Niño* de 1989. Varios instrumentos regionales de derechos humanos como la Carta social europea de 1961 en su forma revisada (Art. 11), la Carta africana de derechos humanos y de los pueblos de 1981 (Art. 16), la *Convención Americana* (Art. 26) y el *Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* de 1988 (Art. 10), también reconocen el derecho a la salud. Análogamente, el derecho a la salud ha sido proclamado por distintos Comités de tratados, así como también en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 y en otros instrumentos internacionales.

Si bien en la Observación N° 14 mencionada se aclara que no se adopta la definición de salud de la OMS, en el mismo

apartado se hace referencia al “más alto nivel posible de salud física y mental”, el cual no se limita al derecho a la atención de la salud. Por el contrario, el historial de la elaboración y la redacción expresa del párrafo 2 del artículo 12 reconoce que el derecho a la salud, abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana.

Así el párrafo 8 de dicha observación continúa señalando que el derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, *con inclusión de la libertad sexual y genésica*, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. Entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas *oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud* y hace especial hincapié en la libertad sexual y genésica. En el párrafo 11 incluye explícitamente a la salud sexual y reproductiva y su nota 12 referida a la salud genésica permite considerar a las TRA como parte de la planificación familiar: “La salud genésica significa que la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección, así como el derecho de acceso a los pertinentes servicios de atención de la salud que, por ejemplo, permitirán a la mujer pasar sin peligros las etapas de embarazo y parto”¹⁰⁷.

Si bien la infertilidad no se considera en general una enfermedad, como se ha visto, muchas de sus causas se deben a *problemas físicos* concretos (lesiones tubarias, trompas dañadas, endometriosis severas, etc.) que justamente estas técnicas permiten sortear. Por otra parte, hay que tener en cuenta que en muchos casos la imposibilidad de lograr un

¹⁰⁷ Observación N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Nota 12 (Párrafo 14).

embarazo puede generar *trastornos psicológicos o sufrimiento psíquico*. Ésta es por ejemplo, la posición que sostiene la Asociación Médica Mundial respecto de las TRA¹⁰⁸. Y finalmente, debe recordarse que estas técnicas forman parte de la *planificación familiar* a las que personas con este tipo de padecimiento pueden recurrir. Así pues, en todos estos sentidos el derecho a la salud puede relacionarse con las TRA.

Por otro lado, puede argumentarse que cuando la realización de otros derechos reconocidos (como el de la dignidad humana, la no discriminación y la equidad) depende de la provisión de un tratamiento de salud particular, tal como la FIV para responder a una infertilidad secundaria por un pobre cuidado de la salud, los Estados están obligados a brindar estos tratamientos. Y esta obligación se amplifica cuando es necesaria para corregir discriminaciones pasadas, abusos o fallas al proveer servicios adecuados.

e. Derecho a beneficiarse del progreso científico

Finalmente amerita considerar el derecho a beneficiarse del progreso científico que está reconocido en la *Declaración universal de derechos humanos* y el artículo 15 del *Pacto de derechos económicos, sociales y culturales*. En el artículo 15.1.b señala que: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: a) Participar en la vida cultural; b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones”.

Este artículo del *Pacto* tiene por objeto asegurar que quienes integran la sociedad puedan disfrutar de los adelantos científicos, en especial los grupos desfavorecidos, que incluye el derecho a dar y recibir información sobre adelantos resultantes de los nuevos conocimientos científicos y tener acceso a cualquier novedad que pueda acrecentar el disfrute de los derechos contenidos en el *Pacto*.

¹⁰⁸ Véase acápite 1.3.

Este derecho, entonces, resulta relevante a la hora de considerar las TRA. Tales técnicas involucran progresos científicos que permiten superar problemas físicos que impiden el logro y continuación del embarazo, brindan la posibilidad de tener hijos y superar el sufrimiento que conlleva los intentos fallidos de embarazo.

¿Qué puede justificar la no consideración de los derechos humanos recién señalados? Quizás la presencia de otros derechos que limiten los anteriores, ya que éstos no son derechos absolutos. En este sentido es relevante considerar qué sucede con la alegada pérdida de óvulos fecundados que plantea la Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica.

5.5 Sentencia 2000-02306 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica

La sentencia de la Corte Suprema de Costa Rica da mayor trascendencia a la posibilidad de la pérdida de óvulos fecundados, con respecto a la situación de las personas a las que se les impide tener acceso a los tratamientos que les permitiría formar una familia. Dejando de lado lo desactualizados de los datos científicos citados (algunos de más de 15 años de antigüedad (1982-1985), la sentencia gira alrededor de la protección debida a los óvulos fecundados. En ésta se dice:

A juicio de este Tribunal no basta con establecer las restricciones que contiene el Decreto, pues la aplicación de la Técnica de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria, aún con ellas, atenta contra la vida humana. El embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación, y lo que es fundamental para la Sala, no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte. Ha quedado

claro a este Tribunal que durante la ejecución de la técnica FIVET, se transfieren al útero los embriones previamente fecundados en laboratorio a sabiendas de que la mayor parte de ellos está destinada a no generar un embarazo: no van a seguir una gestación normal, pues no se implantan, o bien se implantan pero su desarrollo se interrumpe a causa de un aborto espontáneo (...) La objeción principal de la Sala es que la aplicación de la técnica importa una elevada pérdida de embriones, que no puede justificarse en el hecho de que el objetivo de ésta es lograr un ser humano, dotar de un hijo a una pareja que de otra forma no podría tenerlo. Lo esencial es que los embriones cuya vida se procura primero y luego se frustra son seres humanos y el ordenamiento constitucional no admite ninguna distinción entre ellos¹⁰⁹.

La Sala Constitucional retoma el criterio que para los fines correspondientes emitió la Procuraduría General de la República, señalando que: "...la Convención Americana de Derechos Humanos no da margen de duda en cuanto al hecho de que la protección a la vida anterior al nacimiento constituye un derecho fundamental –artículo 4–. La Convención se manifiesta expresamente porque existe vida humana a partir de la concepción, y, en virtud de la aprobación por ley N° 4534 del 23 de febrero de 1970, esa Convención tiene valor constitucional"¹¹⁰.

Así, el punto central en esta sentencia es considerar la protección que se debe a los óvulos fecundados y, en particular, relacionándola con el artículo 4 de la *Convención Americana* y sus implicancias.

Para poder ubicar esta objeción, parece relevante volver sobre el apartado "El debate sobre los embriones", en el cual se explicita que desde la ética y el mundo científico no hay acuerdo respecto de la terminología o el estatus de los embriones. La

¹⁰⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, Res: 2000-02306, punto IX. Conclusiones: B).

¹¹⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, Res: 2000-02306, punto 4.

posición mencionada por la sentencia de la Corte Suprema de Costa Rica respecto del comienzo de la vida es una de las presentes en este debate, existiendo otras posiciones éticas igualmente respetables que cuestionan la asimilación de los óvulos fecundados con personas.

También se ha señalado en el apartado “Posiciones de las religiones” que este tipo de planteamiento responde a la visión particular de la Iglesia Católica Apostólica Romana, pero que religiones como la musulmana o la judía no se adhieren a esta misma concepción respecto del comienzo de la vida, los embriones y la protección debida y que por ejemplo, aceptan la FIV. En esta misma línea parece necesario considerar que en Costa Rica, así como en cualquier democracia, conviven fieles de diferentes religiones así como personas no religiosas. La prohibición de la FIV impide su acceso a todas las personas, independientemente de la religión que profesen. Su permisión no obliga a quienes son católicos a practicarla, pudiendo decidir si hacen o no uso de ella, en el marco de sus creencias religiosas.

Finalmente es necesario considerar desde el derecho internacional de los derechos humanos, el desarrollo en estos temas. La sentencia señala, específicamente, que la misma está de acuerdo con el derecho internacional. En relación con el derecho a la vida, no existe un consenso sobre cuándo comienza la vida, si desde la concepción o hasta después del nacimiento. Por ejemplo, se han realizado diferentes análisis jurídicos y académicos sobre los siguientes tres escenarios contextuales: 1) donde los instrumentos legales “guardan silencio” sobre el inicio del derecho a la vida; 2) donde el lenguaje es ambiguo; y 3) donde los instrumentos legales claramente indican que el derecho a la vida se protege desde el momento de la concepción¹¹¹.

¹¹¹ Walsh J. y Mollmann M., “Derecho internacional de los derechos humanos y aborto en América Latina”, disponible en: <http://hrw.org/spanish/informes/2006/wrd0106/wrd0106sp.pdf>, (fecha de acceso: julio de 2005).

En el caso de los instrumentos internacionales de derechos humanos que no se refieren explícitamente sobre el inicio de la protección del derecho a la vida, ello ha sido interpretado por los órganos encargados de su supervisión y por personas expertas en derechos humanos, como una indicación de que el derecho a la vida no está protegido sino hasta después del nacimiento de un ser humano. Por ejemplo, en el caso *Paton contra Reino Unido* de 1980, la Comisión Europea de Derechos Humanos resolvió que, con respecto a la aplicación concreta de las limitaciones explícitas al derecho a la vida en la Convención, el lenguaje “toda persona” (en inglés: “*everyone*”, en francés “*toute personne*”), no cubre a los no nacidos¹¹².

En este sentido, la negociación del texto del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* (PIDCP) también arroja luz sobre este punto. Durante estas negociaciones se rechazaron un conjunto de propuestas que hubieran incluido un lenguaje para proteger el derecho a la vida desde el momento de la concepción, y diferentes análisis jurídicos señalan que el artículo 6 (1) del PIDCP estipula que el derecho a la vida es inherente a “la persona humana,” entendida como “la persona nacida”¹¹³.

También se señala que algunos instrumentos internacionales de derechos humanos contienen un lenguaje ambiguo en lo que respecta al derecho a la vida, lo cual ha resultado en interpretaciones dispares. Éste es el caso de la *Convención sobre los derechos del niño* (CDN)¹¹⁴. El único instrumento

¹¹² En el mismo caso, se resolvió que aún si al feto le competiese alguna protección, el artículo 2 (derecho a la vida) no impediría que una mujer obtuviera un aborto durante la primera etapa del embarazo para proteger su salud física y mental. Walsh y Mollmann, *op. cit.*, 7.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ Por ejemplo, dicen Walsh y Mollmann, para el Dr. James Bohan la CDN puede interpretarse como constituyente de un derecho a la vida del feto. El artículo 6 de la CDN estipula que “todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida”. En el artículo 1 se define al “niño” como un ser humano menor de dieciocho años. El preámbulo estipula que la *Convención* se adoptó “teniendo presente” que la *Declaración de los derechos del niño* estipula que el niño necesita “protección y

internacional de derechos humanos que posibilita la aplicación del derecho a la vida desde la concepción es la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, uno de los documentos regionales, que es, además, el citado por la sentencia anteriormente mencionada.

5.6 Artículo 4 de la *Convención Americana de Derechos Humanos*

¿Cómo se ha interpretado este artículo en el derecho internacional? Se puede hablar de un consenso respecto de cómo interpretar este artículo 4 de la *Convención Americana*, ya que, en 1981, se le solicitó al órgano que se le ha encomendado la competencia de promover la observancia y respeto de los derechos humanos en el sistema interamericano –la Comisión Interamericana de Derechos Humanos–, que *estableciera si las disposiciones relativas al derecho a la vida contenidas en estos documentos eran compatibles con el derecho de la mujer a acceder a abortos legales y seguros*. La Comisión concluyó que sí lo eran, como se verá a continuación.

La consulta llegó a la Comisión a través de una petición presentada contra el gobierno de los Estados Unidos por personas cercanas a un grupo llamado *Catholics for Christian Political Action* (Católicos por la Acción Política Cristiana), a raíz de que un médico fuera absuelto del cargo de “homicidio involuntario” tras realizar un aborto en 1973; el caso es conocido como el caso *Baby Boy*. Los peticionarios solicitaron

cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”. Tomado como un todo, Bohan insiste que estas provisiones establecen un derecho legal del feto a la vida. Sin embargo, Rebecca Cook y Bernard Dickens señalan que durante las negociaciones para la CDN en los años 80, se presentó una propuesta similar a la presentada durante las negociaciones para el PIDCP, que igualmente fue debatida y rechazada. Mientras el lenguaje preambular hace referencia a la debida protección legal antes del nacimiento, el lenguaje operativo define el término “niño” como un ser humano menor de dieciocho años. Por lo tanto, es mayoritariamente entendido que las provisiones de la CDN legalmente aplicables contienen un consenso histórico de que la protección legal del ser humano empieza con un nacimiento vivo.

a la Comisión que declare que los Estados Unidos violó el derecho a la vida de acuerdo a la *Declaración americana de los derechos y deberes del hombre*, usando la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* como instrumento interpretativo. Durante el proceso de deliberación en torno al caso *Baby Boy*, la Comisión examinó rigurosamente las disposiciones sobre el derecho a la vida, contenidas tanto en la *Declaración* como en la *Convención*, analizando también la labor preparatoria de ambos documentos, para así esclarecer los objetivos deseados y el propósito de la letra de las disposiciones¹¹⁵.

En el caso de la *Declaración*, la Comisión expresó que:

Con respecto al derecho a la vida reconocido en la *Declaración*, es importante notar que los signatarios que actuaron en Bogotá en 1948 rechazaron cualquier redacción que hubiera extendido ese derecho a los que están por nacer... [y]... la Conferencia... adoptó una simple declaración del derecho a la vida, sin referencia a los que están por nacer y lo vinculó a la libertad y seguridad de la persona. Parecería entonces incorrecto interpretar que la *Declaración* incorpora la noción de que exista el derecho a la vida desde el momento de la concepción. Los signatarios enfrentaron la cuestión y decidieron no adoptar un lenguaje que hubiera claramente establecido ese principio¹¹⁶.

Con respecto a la *Convención* –que, tal como se indicara previamente, protege el derecho a la vida, “en general, a partir del momento de la concepción”–, la Comisión encontró que la redacción del derecho a la vida en el artículo 4 había sido muy consciente y que la intención de los fundadores de la convención al incluir la cláusula “en general” había sido

¹¹⁵ Walsh y Mollmann, *op. cit.*, 8.

¹¹⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, White y Potter [Caso “Baby Boy”], Resolución N° 23/81. Caso 2141, Estados Unidos el 6 de marzo de 1981, OEA/Ser.L/VIII 54 Doc. 9 Rev.1.16 de octubre de 1981.

precisamente la de permitir que exista legislación doméstica no restrictiva respecto al aborto¹¹⁷.

Teniendo en cuenta lo anterior la Comisión corrigió la lectura selectiva de la *Convención americana sobre derechos humanos* hecha por los peticionarios:

[Q]ueda en claro que la interpretación que adjudican los peticionarios de la definición del derecho a la vida formulada por la *Convención americana* es incorrecta. La adición de la frase “en general, desde el momento de la concepción” no significa que quienes formularon la *Convención* tuviesen la intención de modificar el concepto de derecho a la vida que prevaleció en Bogotá, cuando aprobaron la *Declaración americana*. Las implicancias jurídicas de la cláusula “en general, desde el momento de la concepción” son substancialmente diferentes de las de la cláusula más corta “desde el momento de la concepción”, que aparece repetida muchas veces en el documento de los peticionarios¹¹⁸.

Al respecto, la jurista Cecilia Medina en su libro sobre “La Convención Americana: teoría y jurisprudencia”, analizando el sentido de este artículo señala que: “Cualquiera que haya sido la idea de los que redactaron el artículo 4.1 de la Convención, y si no se quiere recurrir a los trabajos preparatorios, la disposición no puede interpretarse sino de acuerdo a las

¹¹⁷ La comisión comentó: “se reconoció durante la sesión de redacción en San José que esta frase dejaba abierta la posibilidad que los Estados Parte a una futura convención podrían incluir en su legislación local ‘los más diversos casos de aborto’”, refiriéndose a la posibilidad de que algunos países podrían incluir el aborto legal bajo este artículo. Walsh y Mollmann, *op. cit.*, 8.

¹¹⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, White y Potter [Caso “Baby Boy”], Resolución N 23/81. Caso 2141, Estados Unidos el 6 de marzo de 1981, OEA/Ser.L/VIII 54 Doc. 9 Rev.1.16 de octubre de 1981.

La Comisión también citó las intervenciones de varios países, inclusive los Estados Unidos y Brasil, en las cuales las delegaciones habían clarificado que interpretaban el texto del párrafo 1 del artículo 4 en el sentido de que “deja a la discreción de los Estados Parte el contenido de la legislación a la luz de su propio desarrollo social, experiencia y factores similares”.

normas de la hermenéutica de los tratados, que exigen un criterio *pro persona* y dinámico”¹¹⁹. Señala además, que la razón de la protección establecida en este artículo, “...tiene que ver con el respeto que el ordenamiento jurídico debe a la mujer que emprende la importante tarea, para ella y para la sociedad, de traer un hijo al mundo y, por lo tanto, el objeto directo de la protección es la madre embarazada. La protección al feto se realiza indirectamente a través de la protección de la madre...”¹²⁰

En el anterior sentido, en lo que respecta a la Sentencia de la Corte Suprema de Costa Rica antes mencionada, la lectura selectiva de la Corte parece incorrecta y por lo tanto no puede considerarse que los “óvulos fecundados” estén abarcados por el derecho a la vida defendido en el artículo 4 de la *Convención Americana*¹²¹.

Pareciera, por lo tanto, no tener sentido atentar contra el derecho a fundar una familia, a tener hijos, a la intimidad y privacidad familiar y a la no discriminación, prohibiendo los TRA; ello también vulnera el derecho al acceso a la salud y a los beneficios del conocimiento científico.

Finalmente, puede ser relevante señalar un último punto en relación a este caso, que involucra la dimensión de la decisión tomada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de

¹¹⁹ Medina, C. *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*. Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derecho. Universidad de Chile, Chile, 2003, p. 73.

¹²⁰ *Ibidem* p. 75.

¹²¹ O que se trate de “microabortos” tal como aduce la Sentencia. María José Lubertino en relación a un fallo argentino señala lo siguiente: “No es nueva en nuestro país y parece ser un denominador común con el resto de países latinoamericanos la falta de incorporación de la perspectiva de género en la jurisprudencia y la existencia de fallos con connotaciones sexistas o misóginos o la adopción de parámetros o prejuicios de la moral católica como filtros de interpretación”. Lubertino, M.J. “Un fallo abortivo: la suprema corte de justicia de la nación contra la anticoncepción de emergencia”, disponible en: http://www.ispm.org.ar/documentos/fallo_abortivo.html, p. 8, (fecha de acceso: Nov. de 2007).

Costa Rica y el peso moral en cuestión. El filósofo Thomas Pogge señala que el acceso inseguro a los objetos de los derechos humanos, es más serio cuando su fuente es oficial; y menciona: “A igualdad de otros factores, es más importante que nuestras leyes y los agentes y organismos del Estado no deban poner ellos mismos en peligro los objetos de los derechos humanos que el hecho de que deban proteger estos objetos de otros peligros sociales”¹²². En una nota a pie de página de su artículo, hace las siguientes distinciones:

(...) La siguiente ilustración utiliza seis escenarios diferentes, ordenados de acuerdo a su importancia moral intuitiva, en los que, debido a las instituciones sociales prevalecientes, ciertas personas inocentes son evitablemente privadas de algunos nutrientes vitales V (las vitaminas contenidas en, digamos, fruta fresca). Las deficiencias de primera clase son *oficialmente ordenadas*, paradigmáticamente por la ley (restricciones legales impiden que ciertas personas compren alimentos que contienen V). Las deficiencias de segunda clase surgen de conductas *legalmente autorizadas* de sujetos privados (los vendedores de alimentos que contienen V *legalmente* se niegan a venderlos a ciertas personas). Las deficiencias de tercera clase son *previsiblemente causadas* por las conductas no coordinadas de sujetos bajo reglas que no los mencionan específicamente (ciertas personas, que sufren pobreza extrema dentro de un orden económico mal concebido, no pueden costear la compra de alimentos que contienen V). Las deficiencias de cuarta clase surgen de la conducta privada que está *legalmente prohibida pero generalmente tolerada* (los vendedores de alimentos que contienen V se niegan *ilegalmente* a venderlos a ciertas personas, pero el cumplimiento de la ley es laxo y las penalidades leves). Las deficiencias de quinta clase surgen de *factores naturales cuyos efectos las reglas sociales dejan sin mitigar evitablemente* (ciertas personas son incapaces

¹²² Pogge T. “La importancia internacional de los derechos humanos”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica* 2 (1), UTDT.

de metabolizar V debido a un defecto genético tratable pero no están recibiendo el tratamiento que corregiría su discapacidad). Las deficiencias de sexta clase, finalmente, surgen de factores auto-causados cuyos efectos las reglas sociales dejan sin mitigar evitablemente (ciertas personas son incapaces de metabolizar V debido a una enfermedad tratable auto-causada –como consecuencia, quizá, del mantenimiento por largo tiempo del hábito de fumar, con total conocimiento de los peligros médicos asociados a ello– y no están recibiendo el tratamiento que corregiría la enfermedad). Detrás de la importancia moral que le atribuimos a estas distinciones yace la idea de que nuestras instituciones sociales y sus órganos legales y políticos no deberían meramente proveer justicia, sino también simbolizarla¹²³.

Así, si se reconsidera el caso de Costa Rica, se puede ver una semejanza con el primer escenario de Pogge; este marca el peso moral que tiene una restricción como la que formula el Estado de Costa Rica, que imposibilita de forma total el acceso a este tipo de procedimientos en todo el país.

Se ha tratado mediante esta publicación, de propiciar conocimientos que faciliten el debate, la argumentación y el análisis sobre la reproducción asistida. En el caso contra Costa Rica ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, habrá que esperar cómo resuelve este órgano del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

¹²³Pogge, *op. cit.*, Nota 18.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Asamblea General (2007 - 2009)

Thomas Buergenthal
Presidente Honorario

Sonia Picado S.
Presidenta

Mónica Pinto
Vicepresidenta

Margareth E. Crahan
Vicepresidenta

Pedro Nikken
Consejero Permanente

Mayra Alarcón Alba
Line Bareiro

Lloyd G. Barnett

César Barros Leal

Allan Brewer-Carías

Marco Tulio Bruni-Celli

Antônio A. Cançado Trindade

Gisèle Côté-Harper

Mariano Fiallos Oyanguren

Héctor Fix-Zamudio

Robert K. Goldman

Claudio Grossman

María Elena Martínez

Juan E. Méndez

Sandra Morelli Rico

Elizabeth Odio Benito

Nina Pacari

Máximo Pacheco Gómez

Hernán Salgado Pesantes

Wendy Singh

Rodolfo Stavenhagen

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Paolo G. Carozza
Luz Patricia Mejía
Felipe González
Florentín Meléndez
Víctor E. Abramovich
Clare Kamau Roberts
Paulo Sérgio Pinheiro

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Cecilia Medina-Quiroga
Diego García-Sayán
Manuel E. Ventura Robles
Sergio García-Ramírez
Leonardo Franco
Margarette May Macaulay
Rhadys Abreu Blondet

Roberto Cuéllar M.
Director Ejecutivo

Los programas y actividades del Instituto Interamericano de Derechos Humanos son posibles por el aporte de agencias internacionales de cooperación, fundaciones, organizaciones no gubernamentales, agencias del sistema de Naciones Unidas, agencias y organismos de la Organización de Estados Americanos, universidades y centros académicos. Las diferentes contribuciones fortalecen la misión del IIDH, reforzando el pluralismo de su acción educativa en valores democráticos y el respeto de los derechos humanos en las Américas.