

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PAMPA



**FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS Y
JURÍDICAS**

**SEMINARIO SOBRE APORTACIONES TEÓRICAS
RECIENTES**

TÍTULO: Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en perspectiva de
Derechos Humanos.

Apellido y Nombres del/los alumno/s: Rodriguez Sarasola María Emilia, Weigel
Lapacó Amparo Belén, Zain Yamila.

Asignatura sobre la que se realiza el Trabajo: Derecho Internacional Público.

Encargado de Curso Prof.: Bertolé Cecilia.

Año que se realiza el trabajo: 2017.

Lugar: Santa Rosa

Índice

Introducción	2
Salud reproductiva.....	4
Técnicas de Reproducción Asistida y Fecundación in Vitro	8
Opinión de los órganos de protección de Derechos Humanos.....	10
Técnicas de reproducción asistida en el marco internacional.....	11
Salud reproductiva y planificación de la familia.....	11
Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo 5 al 13 de septiembre de 1994.	11
Observación General N°19, Comité de los Derechos Humanos, 39° período de sesiones, 1990.	18
Recomendación General N°24, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, La Mujer y la Salud, 2 de febrero de 2009.....	20
Derecho de las mujeres al acceso a la salud y no discriminación.	24
Sistema Interamericano de Derechos Humanos	27
La Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	27
Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica	28
Fertilización asistida en Argentina.....	51
Análisis de la ley 26.862	53
Conclusión	60
Referencias.....	66

Introducción

La presente tesis tiene como objetivo plasmar los resultados producto de una investigación sobre el derecho a la salud en relación con las mujeres. Más precisamente centraremos nuestro análisis en las técnicas de reproducción humana asistida.

El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política, condición económica o social.

El derecho a la salud está consagrado en tratados internacionales y regionales de derechos humanos y en las constituciones de países de todo el mundo.

Así, algunos de los Tratados sobre Derechos Humanos que hacen mención a este derecho son:

- La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 25 establece que *“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar (...)”*
- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 12 prescribe: *“1. Los Estados Parte en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y el medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole y la lucha contra ellas; d) La creación de*

condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.”

- Por su parte, la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en su artículo 12.1 establece que *“Los Estados parte 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”*

Asimismo el Protocolo de San Salvador atendiendo a la Organización Mundial de la Salud sostiene que toda persona tiene derecho a la salud entendida ésta como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.

Estos Tratados Internacionales tienen jerarquía constitucional de acuerdo al artículo 75 inciso 22 de nuestra Constitución y por lo tanto junto con la misma y las leyes que en su consecuencia se dicten forman la Ley Suprema de nuestro país, de acuerdo al artículo 31 de la misma.

Por su parte, la Constitución de la Organización Mundial de la Salud establece que el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano.

El derecho a la salud incluye el acceso a una atención sanitaria oportuna, aceptable, asequible y de calidad satisfactoria, significa que los Estados deben crear las condiciones que permitan que todas las personas puedan vivir lo más saludablemente posible.

“El derecho a la salud no debe entenderse como el derecho a estar sano. La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades” (Organización Mundial de la Salud, 2017)

Implica para los Estados no solo una obligación de medios sino también una obligación de resultados, la primera consiste en asegurar el mismo acceso a la atención médica para el conjunto de su población a diferencia de la segunda que implica el deber de asegurar una buena salud para todas las personas. (Humanium, 2017)

El Derecho a la salud involucra múltiples aspectos y resultaría imposible abarcar todas sus aristas. Por lo tanto, resulta necesario reducir nuestro ámbito de investigación centrando de este modo nuestro análisis en las técnicas de reproducción humana asistida.

Salud reproductiva

La Organización Mundial de la Salud (2017) sostiene que:

La salud reproductiva aborda los mecanismos de la procreación y el funcionamiento del aparato reproductor en todas las etapas de la vida, implica la posibilidad de tener una sexualidad responsable, satisfactoria y segura, así como la libertad de tener hijos y cuando se desee (...) supone que las mujeres y los hombres puedan elegir métodos de control de la fertilidad seguros, eficaces, asequibles y aceptables, que las parejas puedan tener acceso a servicios de salud apropiados que permitan a las mujeres tener un seguimiento durante su embarazo y que ofrezcan a las parejas la oportunidad de tener un hijo sano.

Según la organización mencionada la infertilidad es “una enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que la infertilidad es una limitación funcional reconocida como una enfermedad, y por lo tanto las personas que la padecen deben estar protegidas por los derechos de las personas que sufren alguna discapacidad, lo cual implica el derecho que tienen éstas de acceder a las técnicas que sean necesarias para resolver su problema de salud.

El Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) define las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) como:

Todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye, pero no está limitado sólo a, la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero subrogado. Técnicas de Reproducción Asistida no incluye inseminación asistida (inseminación artificial) usando espermatozoides ni de la pareja ni de un donante. (International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y Organización Mundial de la Salud (OMS, 2017)

Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida pueden clasificarse según el lugar donde se produce la concepción en intracorpóreas (la concepción se produce dentro del cuerpo de la mujer) o extracorpóreas (se produce fuera del cuerpo de la mujer).

A su vez pueden practicarse con material de la propia pareja, denominada fertilización homóloga; o también comprometer material genético de un tercero, denominada fertilización heteróloga (Herrera, Manual de Derecho de las Familias, 2015).

La infertilidad si bien puede afectar tanto a hombres como a mujeres, tiene un impacto desproporcional y mayor sobre ellas. El sufrimiento de la mujer infecunda puede acarrear problemas dentro del matrimonio o incluso conducir a la estigmatización.

La Organización Mundial de la Salud ha señalado que si bien el papel y la condición de la mujer en la sociedad no deberían ser definidos únicamente por su capacidad reproductiva, la feminidad es definida muchas veces a través de la maternidad (Artavia Murillo y otros "Fecundación in vitro", 2012).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo al referirse a los efectos de la prohibición de acceder a un procedimiento de fecundación in vitro, consideró que la misma tuvo un impacto específico y desproporcionado frente a las mujeres ya que la utilización de las tecnologías de reproducción asistida recae en el cuerpo de las mujeres por lo tanto su prohibición afecta directamente la autonomía de éstas sobre su propio cuerpo (Brena, 2012).

La Corte Interamericana señaló en diversas ocasiones que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres, la decisión de ser madre o no es parte del derecho a la vida privada e incluye la decisión de ser madre o padre en sentido genético o biológico.

En su declaración el perito Paul Hunt en el caso Artavia Murillo y Otros "Fecundación in vitro" Vs. Costa Rica afirma que "en muchas sociedades se le atribuye la infecundidad en gran medida y en forma desproporcionada a la mujer, debido al persistente estereotipo de género que

define a la mujer como la creadora básica de la familia". (Artavia Murillo y otros "Fecundación in vitro", 2012)

Puede afirmarse entonces que lo relativo a las Técnicas de Reproducción Asistida tiene un impacto muy importante en la salud y el bienestar de las mujeres y por ello centramos en las mismas nuestro análisis.

En primer lugar abordaremos el tema en el ámbito Internacional y como perteneciente al amplio campo que involucra el derecho a la salud.

Luego centraremos el análisis en relación al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, para finalmente analizar la situación concreta de Argentina.

Será objetivo de este trabajo analizar si Argentina se adecúa con los compromisos internacionales asumidos, y principalmente investigar cómo se garantiza este aspecto del derecho a la salud que involucran las técnicas de reproducción asistida.

Técnicas de Reproducción Asistida y Fecundación in Vitro

La infertilidad puede ser definida como la imposibilidad de alcanzar un embarazo clínico luego de haber mantenido relaciones sexuales sin protección durante doce meses o más. Las causas más comunes de infertilidad son, entre otras, daños en las trompas de Falopio, adherencias tubo-ováricas, factores masculinos (por ejemplo, bajo nivel de esperma), endometriosis, factores inmunológicos o pobre reserva ovárica. (Artavia Murillo y otros "Fecundación in vitro", 2012)

Según la Organización Mundial de la Salud la infertilidad constituye una enfermedad del sistema reproductivo.

Las técnicas o procedimientos de reproducción asistida son un grupo de diferentes tratamientos médicos que se utilizan para ayudar a las personas y parejas infértiles a lograr un embarazo, las cuales incluyen la manipulación, tanto de ovocitos como de espermatozoides, o embriones para el establecimiento de un embarazo.

Entre dichas técnicas se encuentran la fecundación in vitro, la transferencia de embriones, la transferencia intra-tubárica de gametos, la transferencia intra-tubárica de cigotos, la transferencia intra-tubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero subrogado. Las técnicas de reproducción asistida no incluyen la inseminación asistida o artificial. (Artavia Murillo y otros "Fecundación in vitro", 2012)

Por su parte, la fecundación in vitro es un procedimiento en el cual los óvulos de una mujer son removidos de sus ovarios, ellos son entonces fertilizados con esperma en un procedimiento de laboratorio, una vez concluido esto el óvulo fertilizado (embrión) es devuelto al útero de la mujer. Esta técnica se aplica cuando la infertilidad se debe a la ausencia o bloqueo

de las trompas de Falopio de la mujer, es decir, cuando un óvulo no puede pasar hacia las trompas de Falopio para ser fertilizado y posteriormente implantado en el útero, o en casos donde la infertilidad recae en la pareja de sexo masculino, así como en los casos en que la causa de la infertilidad es desconocida.

Las fases que se siguen durante la Fecundación In Vitro son las siguientes:

- Inducción a la ovulación
- Aspiración de los óvulos contenidos en los ovarios
- Inseminación de los óvulos con espermatozoides
- Observación del proceso de fecundación e incubación de los embriones
- Transferencia embrionaria al útero materno

Sobre el desarrollo embrionario en la Fertilización In Vitro, existen cinco etapas de dicho desarrollo que duran en total cinco días. En primer lugar, se seleccionan los óvulos maduros, los cuales son fecundados, por lo que se da paso al desarrollo del cigoto. En las primeras veintiséis horas de desarrollo el cigoto se divide en dos células, las cuales posteriormente se dividen en cuatro células en el día dos, y finalmente se vuelve a dividir para formar ocho células en el día tres. En el día cuatro, se habla de Mórula y del día cuatro al día cinco, el embrión llega a su estado de Blastocito.

Los embriones pueden permanecer en cultivo hasta cinco días antes de ser transferidos al útero de la mujer. Por lo tanto, el embrión puede ser transferido desde el día dos hasta el día cinco. Dependiendo de la caracterización morfológica y dinámica de la división celular, se toma la decisión respecto de cuándo transferir el embrión.

La transferencia embrionaria puede ser directamente al útero o a las trompas de Falopio. A los doce días de la transferencia embrionaria se sabe si la mujer quedó embarazada a través de marcadores.

Las Técnicas de Reproducción Asistida son usadas en el mundo entero. Permiten a las personas ejercer así el derecho a formar una familia como así también involucran el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico.

Opinión de los órganos de protección de Derechos Humanos

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos observó que

La decisión (...) de tener hijos biológicos (...) pertenece a la esfera más íntima de la vida privada y familiar (, y ...) la forma como se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja. Señaló que la vida en común y la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia. Consideró que la utilización de la FIV para combatir la infertilidad también está estrechamente vinculada con el goce de los beneficios del progreso científico. (Artavia Murillo y otros "Fecundación in vitro", 2012)

En igual sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que:

La decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a técnicas de reproducción humana asistida forma parte del ámbito de los derechos a la integridad personal, libertad personal y a la vida privada y familiar. Además, la forma como se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja. (Artavia Murillo y otros "Fecundación in vitro", 2012)

Técnicas de reproducción asistida en el marco internacional

El sistema internacional de Derechos Humanos se ha ocupado del derecho a la salud, y más precisamente de los derechos sexuales y reproductivos en reiteradas ocasiones a través de tratados, documentos, convenciones, líneas de acción, conferencias, entre otros.

Como hemos manifestado anteriormente algunos de estos instrumentos han sido incorporados a nuestra Constitución Nacional en el artículo 75 inciso 22 por la reforma del año 1994.

Salud reproductiva y planificación de la familia

Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo 5 al 13 de septiembre de 1994.

En el marco del análisis del tema que nos ocupa, a nivel internacional, merece ser objeto de análisis la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, celebrada en El Cairo en el año 1994, de conformidad con las resoluciones de la Asamblea General 47/176 y 48/186.

La misma reunió a numerosos Estados, organismos y programas de las Naciones Unidas, organismos especializados, organizaciones intergubernamentales y organizaciones no gubernamentales.

El Programa de Acción de la mencionada conferencia tiene por finalidad mejorar la calidad de vida de la actual población del mundo y de las generaciones venideras. Se recomienda en el mismo, a la comunidad internacional, una importante serie de objetivos de población y desarrollo, así como metas cualitativas y cuantitativas. Entre los objetivos y las metas figura el acceso universal a servicios de salud reproductiva.

El Principio número ocho establece: “Toda persona tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Los Estados deberán adoptar todas las medidas apropiadas para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso universal a los servicios de atención médica, incluidos los relacionados con la salud reproductiva, que incluye la planificación de la familia y la salud sexual. Los programas de atención de la salud reproductiva deberían proporcionar los más amplios servicios posibles sin ningún tipo de coacción. Todas las parejas y todas las personas tienen el derecho fundamental de decidir libre y responsablemente el número y el espaciamiento de sus hijos y de disponer de la información, la educación y los medios necesarios para poder hacerlo.”

El Principio número nueve por su parte dispone: “La familia es la unidad básica de la sociedad y como tal es preciso fortalecerla. Tiene derecho a recibir protección y apoyo amplios. En los diferentes sistemas sociales, culturales y políticos existen diversas formas de familia.”

En el capítulo cuarto del Programa de la Conferencia objeto del presente análisis, al abordarse la igualdad y equidad entre los sexos y habilitación de la mujer se establece que: “(...) Es preciso que mujeres y hombres participen e intervengan por igual en la vida productiva y reproductiva (...) Las relaciones de poder que impiden que la mujer tenga una vida sana y plena se hacen sentir en muchos planos de la sociedad, desde el ámbito más personal hasta el más público (...) Para lograr cambios, hacen falta medidas de política y programas que mejoren el acceso de la mujer a una vida segura y a recursos económicos, aligeren sus responsabilidades extremas con respecto a los quehaceres domésticos, eliminen los obstáculos jurídicos a su participación en la vida pública y despierten la conciencia social mediante programas de educación y de difusión de masas eficaces. Además, el mejoramiento de la condición de la mujer

también favorece su capacidad de adopción de decisiones a todos los niveles en todas las esferas de la vida, especialmente en el terreno de la sexualidad y la reproducción (...)”.

Entre las medidas a adoptar se recomienda que los países eliminen todas las prácticas que discriminan contra la mujer, ayudándola a establecer y realizar sus derechos, incluidos los relativos a la salud reproductiva y sexual.

Es fundamental mejorar la comunicación entre hombres y mujeres en lo que respecta a las cuestiones relativas a la sexualidad y a la salud reproductiva y la comprensión de sus responsabilidades conjuntas.

El Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de la ONU se ocupa específicamente de los derechos reproductivos y la salud reproductiva en el capítulo VII.

Este programa define la salud reproductiva como 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. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos.

A su vez, define la atención de la salud reproductiva como “el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivos al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva. Incluye también la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual”.

Teniendo en cuenta estas definiciones, en la citada Conferencia se establece que 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.

Esos 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. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia.

La promoción del ejercicio responsable de esos derechos debe ser la base primordial de las políticas y programas estatales y comunitarios en la esfera de la salud reproductiva. Como parte de este compromiso, se debe prestar plena atención, a la promoción de relaciones de respeto mutuo e igualdad entre hombres y mujeres.

La salud reproductiva está fuera del alcance de muchas personas de todo el mundo a causa de factores como los conocimientos insuficientes, información y servicios insuficientes o de mala calidad en materia de salud reproductiva, prácticas sociales discriminatorias, etcétera.

Entre los objetivos relacionados a este tema en particular, el programa propone: a) asegurar el acceso a información amplia y fáctica y a una gama completa de servicios de salud reproductiva, que sean asequibles, accesibles y aceptables para todos los usuarios; b) propiciar y apoyar decisiones responsables y voluntarias sobre la procreación y sobre métodos libremente elegidos de planificación de la familia, y asegurar el acceso a la información, la educación y los medios necesarios; c) atender las necesidades cambiantes en materia de salud reproductiva.

Con respecto a las medidas a adoptar, recomienda que mediante el sistema de atención primaria de la salud, todos los países deben esforzarse por que la salud reproductiva esté al alcance de todas las personas de edad apropiada. La atención de la salud reproductiva en el contexto de la atención primaria de la salud debería abarcar, entre otras cosas: asesoramiento, información, educación, comunicaciones y servicios, prevención y tratamiento adecuado de la infertilidad.

La disuasión activa de prácticas peligrosas como la mutilación genital de las mujeres, también debería formar parte de los programas de atención de salud reproductiva.

Se deberían preparar programas de atención de la salud reproductiva para atender las necesidades de las mujeres.

En todas las sociedades hay numerosos incentivos e impedimentos sociales y económicos que influyen en las decisiones sobre la procreación y el número de hijos.

Uno de los objetivos que se plantea el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de la ONU en el marco de planificación familiar es ayudar a las parejas y a las personas a alcanzar sus objetivos de procreación en un marco que favorezca condiciones óptimas de salud, responsabilidad y bienestar de la familia, y que respete la dignidad de todas las personas y su derecho a elegir el número de hijos, su espaciamiento y el momento de

su nacimiento. Asimismo, poner servicios de planificación de la familia de buena calidad y aceptables al alcance y disposición de cuantos los necesitan y desean, y mejorar la calidad de los mismos.

Es también fundamental que los hombres participen y asuman mayor responsabilidad práctica en la planificación de la familia.

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, prestando especial atención a los grupos más vulnerables y desatendidos de la población.

Todos los países deberían tratar de individualizar y eliminar las barreras que existen para la utilización de los servicios de planificación de la familia. Algunas de estas barreras se relacionan con la insuficiencia, mala calidad y alto costo de los servicios existentes. Deberían obrar de modo que resultara más fácil para las parejas y las personas asumir la responsabilidad de su propia salud reproductiva eliminando las barreras legales, médicas, clínicas y reglamentarias innecesarias a la información y al acceso a los servicios y métodos de planificación de la familia.

El derecho humano a gozar de los beneficios del progreso científico está consagrado expresamente en el artículo 15, inciso b, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En el capítulo XII de la Conferencia objeto de análisis, al abordar la temática “Tecnología, Investigación y Desarrollo”, y en particular al tratar las investigaciones

sobre la salud reproductiva, se estableció que: “la investigación, y en especial la investigación biomédica, ha contribuido de forma decisiva a que un número de personas cada vez mayor tenga acceso a una gama más amplia de métodos modernos, seguros y eficaces de regulación de la fecundidad (...)”

Se establecieron como objetivos los siguientes: a) contribuir a la comprensión de los factores que influyen en la salud reproductiva de todas las personas, y ampliar las opciones en materia de reproducción; b) velar por la seguridad, calidad y salubridad iniciales y constantes de los métodos de regulación de la fecundidad; c) para que todas las personas tengan la oportunidad de conseguir y conservar una buena salud reproductiva y sexual, la comunidad internacional debería movilizar toda la gama de investigaciones básicas biomédicas, sociales y sobre comportamientos y programas en materia de salud reproductiva y sexualidad.

Los gobiernos, con ayuda de la comunidad internacional, deberían aumentar el apoyo a la investigación, básica y aplicada, biomédica, tecnológica, clínica, epidemiológica y social para reforzar los servicios de salud reproductiva, inclusive el mejoramiento de los métodos actuales y el desarrollo de nuevos métodos de regulación de la fecundidad que respondan a las necesidades de los usuarios y sean aceptables, fáciles de utilizar, seguros, exentos de efectos secundarios a largo y a corto plazo y de efectos de segunda generación, eficaces, asequibles, adecuados para diferentes grupos de edad y grupos culturales y para las diferentes fases del ciclo reproductivo. Debería darse especial prioridad a las investigaciones sobre la infertilidad.

Observación General N°19, Comité de los Derechos Humanos, 39° período de sesiones, 1990.

El Comité de Derechos Humanos por medio de esta observación analiza y comenta el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece:

“1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello.

3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.”

Lo primero que el Comité observa es que en el mencionado artículo se reconoce a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad y que por esta razón tiene derecho a la protección tanto de la sociedad como del Estado.

Esta protección de la familia y sus miembros destacada por el comité se garantiza también de manera directa o indirecta en otras disposiciones del Pacto; por ejemplo en el artículo 17 se indica que la familia no será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales al establecer:

“1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”

También el artículo 24 del mencionado Pacto al mencionar la protección de los derechos del niño se refiere a este en su condición de menor y como miembro de una familia.

El Comité analiza que el concepto de familia difiere de un estado a otro en numerosos aspectos e incluso entre regiones de un mismo estado por lo que no es posible dar una definición uniforme, sin embargo a los efectos de la protección prevista en el artículo 23 del Pacto, cuando la legislación y la práctica de un estado consideren a un grupo de personas como una familia, este grupo debe ser objeto de dicha protección.

Para que la protección prevista en el artículo bajo análisis sea eficaz es necesario que los Estados adopten medidas de carácter legislativo, administrativo o de otro tipo; pero además como el pacto menciona que la familia tiene derecho a ser protegida también por la sociedad, los Estados Partes deberían suministrar información indicando de qué manera las instituciones sociales conceden la protección necesaria a la familia, en qué medida se fomenta la actividad de estas organizaciones y cómo vela porque las actividades de estas últimas sean compatibles con el Pacto.

Es importante resaltar que en la Observación se destaca que el derecho a fundar una familia implica la posibilidad de procrear y vivir juntos; y menciona que en el caso de que los Estados Partes adopten políticas referidas a la planificación de la familia, éstas deben ser compatibles con el Pacto, no deben ser discriminatorias ni obligatorias.

Recomendación General N°24, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, La Mujer y la Salud, 2 de febrero de 2009.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer reconociendo que el acceso a la atención de la salud, incluida la salud reproductiva, es un derecho básico previsto en la CEDAW, en su 20° período de sesiones decidió hacer una recomendación general analizando el artículo 12 de la referida convención.

La recomendación general N°24 está destinada no solo a los estados partes sino también a todos aquellos que tengan especial interés en cuestiones relativas a la salud de la mujer, con el objetivo de recomendar medidas encaminadas a eliminar la discriminación para que la mujer pueda ejercer su derecho al más alto nivel posible de salud.

El comité señala la importancia atribuida al derecho de gozar de salud y de condiciones que permitan lograr una buena salud en numerosos instrumentos de las Naciones Unidas como por ejemplo la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial.

El artículo 12 de la CEDAW establece:

“1. 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.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.”

El cumplimiento de este artículo por los Estados es de fundamental importancia para la salud y el bienestar de la mujer, ya que conforme a este los Estados eliminarán la discriminación contra la mujer en lo referente a su acceso a los servicios de atención médica durante todo su ciclo vital, particularmente en relación con la planificación de la familia, el embarazo, el parto y el período postparto.

Si bien se admite que las diferencias biológicas entre hombres y mujeres pueden provocar diferencias en el estado de salud, existen factores sociales que determinan el estado de salud de los mismos y que pueden variar incluso entre las propias mujeres; por eso, es fundamental prestar atención a las necesidades y los derechos en materia de salud de las mujeres pertenecientes a grupos desfavorecidos y vulnerables como podrían ser los de las emigrantes, refugiadas, niñas, ancianas, mujeres que trabajan en la prostitución, mujeres con discapacidad física o mental, entre otras.

En la recomendación el comité menciona que los Estados Partes son quienes están en mejores condiciones para informar sobre aquellas cuestiones de importancia en materia de salud que afectan a las mujeres de cada país; a su vez establece la obligación de los mismos de basar su legislación y políticas en materia de salud en datos fehacientes sobre la incidencia y la gravedad de las enfermedades y las condiciones que pongan en peligro la salud de la mujer.

Dichos Estados deben incluir en los informes que presenten ante el Comité información sobre aquellas enfermedades o condiciones peligrosas para la salud que afectan a la mujer o a

ciertos grupos de mujeres en forma diferente que al hombre y sobre qué intervenciones podrían realizarse al respecto. También deben comunicar sobre la interpretación que realicen respecto a la forma en que las políticas y las medidas de atención médica abordan los derechos de la mujer en materia de salud desde el punto de vista de sus necesidades e intereses propios y en qué forma la atención médica tiene en cuenta las características y factores privativos de la mujer en relación con el hombre.

Es importante destacar que el Comité considera que no son apropiadas las medidas para eliminar la discriminación contra la mujer cuando un sistema de atención médica no disponga de servicios para prevenir, detectar y tratar aquellas enfermedades que sean propias de la mujer; y a su vez considera discriminatoria la negativa de un estado a prever la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales.

Los Estados deben abstenerse de poner trabas a las medidas que adopte la mujer para conseguir sus objetivos en materia de salud como serían por ejemplo las leyes que penalizan ciertas intervenciones médicas que afectan exclusivamente a la mujer y castigan a las mujeres que se someten a ellas o los honorarios elevados de los servicios de atención médica; a este fin deben informar al Comité sobre las medidas que adopten a fin de eliminar dichos obstáculos así como también las medidas adoptadas para velar por el acceso oportuno y asequible de la mujer a dichos servicios.

El Comité también impone a los Estados partes de la convención el deber de garantizar, sin perjuicio ni discriminación, el derecho a información, educación y servicios sobre salud sexual para todas las mujeres, debido a que las adolescentes y las mujeres adultas en muchos países carecen de acceso suficiente a la información y a los servicios necesarios para garantizar

su salud sexual y esto es en muchos casos consecuencia de las relaciones desiguales de poder basadas en el género.

En sus informes dichos Estados deberán indicar qué medidas adoptaron para garantizar el acceso oportuno a los servicios relacionados con la planificación de la familia en particular y con la salud sexual y genésica en general, las medidas orientadas a garantizar servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período postparto.

En la recomendación bajo análisis se señalan ciertos artículos de la CEDAW que hacen referencia a las cuestiones mencionadas, como el artículo 5 que exige a los Estados garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social, el apartado h del artículo 10 exige que se le facilite a las mujeres y niñas el acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia; el artículo 11 que se ocupa de la protección de la salud y seguridad de la mujer en las condiciones de trabajo, lo que incluye la salvaguardia de la función de reproducción y la protección especial de la mujer durante el embarazo en aquellos tipos de trabajo que puedan resultar perjudiciales, y el apartado e del punto 1 del artículo 16 que exige que los Estados Partes aseguren que la mujer tenga los mismos derechos que el hombre a decidir libre y responsablemente el número de hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer esos derechos.

Por último el Comité realiza recomendaciones para la adopción de medidas por parte de los gobiernos entre las que se pueden mencionar:

-Ejecutar una estrategia nacional amplia para fomentar la salud de la mujer durante todo su ciclo de vida. Esto incluye intervenciones dirigidas a garantizar el acceso universal de todas

las mujeres a una plena variedad de servicios de atención de la salud de gran calidad y asequibles, incluidos servicios de salud sexual y genésica.

- Situar una perspectiva de género en el centro de todas las políticas y los programas que afecten a la salud de la mujer.

- Garantizar la eliminación de todas las barreras de acceso de la mujer a los servicios, la educación y la información sobre salud, inclusive en la esfera de salud sexual y genésica.

- Exigir que todos los servicios de salud sean compatibles con los derechos humanos de la mujer, inclusive sus derechos de autonomía, intimidad, confidencialidad, consentimiento y opción con conocimiento de causa.

Derecho de las mujeres al acceso a la salud y no discriminación.

Los derechos humanos de las mujeres incluyen la posibilidad de tener control sobre las cuestiones atinentes a su sexualidad, incluyendo la salud sexual y reproductiva. También incluyen la posibilidad que deben tener las mujeres de tomar sus propias decisiones sobre estos temas sin sufrir discriminación o violencia por tales decisiones.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General número 14 estableció que para suprimir la discriminación contra la mujer es necesario aplicar estrategias dirigidas a la promoción del derecho a su salud a lo largo de toda su vida, así como eliminar las barreras establecidas contra el acceso de las mujeres al derecho a la salud, educación e información, especialmente en materia de salud sexual y reproductiva, así en el párrafo 21 expresa:

Esa estrategia debe prever en particular las intervenciones con miras a la prevención y el tratamiento de las enfermedades que afectan a la mujer, así como políticas encaminadas a

proporcionar a la mujer acceso a una gama completa de atenciones de la salud de alta calidad y al alcance de ella, incluidos los servicios en materia sexual y reproductiva. Un objetivo importante deberá consistir en la reducción de los riesgos que afectan a la salud de la mujer, en particular la reducción de las tasas de mortalidad materna y la protección de la mujer contra la violencia en el hogar. El ejercicio del derecho de la mujer a la salud requiere que se supriman todas las barreras que se oponen al acceso de la mujer a los servicios de salud, educación e información, en particular en la esfera de la salud sexual y reproductiva. También es importante adoptar medidas preventivas, promocionales y correctivas para proteger a la mujer contra las prácticas y normas culturales tradicionales perniciosas que le deniegan sus derechos genésicos. (Comité de Derechos económicos, Sociales y Culturales, 2000)

Por otra parte, en la Declaración de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer los Estados firmantes se comprometieron a garantizar la igualdad de acceso a la salud y de trato entre hombres y mujeres y a promover la salud sexual y reproductiva.

Como ya hemos definido, la infertilidad es considerada una enfermedad. Muchas mujeres sufren a diario frustraciones y discriminación a causa de esta enfermedad, debido a que, si bien las mujeres no deberían ser definidas en base a la maternidad, culturalmente la misma aún se percibe como una obligación. En varias sociedades la maternidad tiene gran importancia social y se cree que las mujeres desempeñan una función decisiva en la familia.

La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las Personas con Discapacidad en su artículo primero define la discapacidad como “una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la

capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”.

La Corte Interamericana destacó en el caso Artavia Murillo que esa definición tiene en cuenta no solo las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, sino también el contexto social, es decir las limitaciones que existen socialmente para que las personas puedan ejercer sus derechos (Artavia Murillo y otros "Fecundación in vitro", 2012).

Por su parte, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece en su artículo 1 que se entenderá que existe discriminación por motivos de discapacidad cuando estemos ante “cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables”.

La Corte Interamericana ha entendido que del artículo 25 de dicha Convención surge el derecho de las personas con alguna discapacidad de acceder a las técnicas necesarias para resolver su discapacidad reproductiva.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (como se citó en Brena, 2012, p. 38) definió como discriminación indirecta todas aquellas “leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras pero que influyen de manera desproporcionada en los derechos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales afectados por los motivos prohibidos de discriminación”.

Todo lo expuesto nos lleva a concluir que los Estados deben adoptar una actitud positiva, siendo su obligación propender a la inclusión de las personas que sufren alguna discapacidad,

incluidas aquellas relacionadas con la salud reproductiva, garantizando la igualdad de oportunidades en el acceso a los tratamientos correspondientes para superar dicha discapacidad, para que de este modo puedan tener una vida plena en base a sus propias decisiones.

Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Conforme fue expuesto precedentemente, luego del análisis a nivel internacional del tema en cuestión, corresponde ahora referirnos al sistema regional de derechos humanos.

El sistema interamericano de protección de los derechos humanos nació y se desarrolla en el seno de la Organización de los Estados Americanos. En este sistema podemos encontrar instrumentos generales tales como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Otros instrumentos del sistema son específicos porque se dirigen a un tema puntual de derechos humanos o a la protección de un conjunto de personas (Salvioli, 2004).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos

Fue adoptada el 22 de noviembre de 1969 y es el primer tratado genérico regional vinculante en materia de derechos humanos dentro de la OEA. Ha creado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y marca el standard mínimo que debe existir para la protección de los derechos humanos en el continente americano. Frente a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos se tramitan casos por violaciones a los derechos humanos en el sistema interamericano (Salvioli, 2004).

El sistema interamericano posee una estructura dual para el tratamiento de los casos de derechos humanos: uno de los órganos que compone dicha estructura es de tipo técnico (cuasi jurisdiccional), y el otro es jurisdiccional. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, es la “puerta de entrada” de las personas al sistema interamericano. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, lleva adelante dos tareas principales: una a nivel interpretativo y de guía para los Estados (competencia consultiva); y otra por la cual cabe la posibilidad que un Estado tenga un litigio en su contra (competencia contenciosa). En este último caso si el Estado es encontrado responsable de una o más violaciones, la Corte determina la reparación correspondiente para la víctima o sus derecho habientes, conforme al perjuicio sufrido. (Salvioli, 2004, pág. 254/255)

Luego de esta breve reseña respecto del sistema interamericano y las funciones de los órganos mencionados corresponde centrarnos en el análisis del leading case de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a las técnicas de reproducción humana asistida.

Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica

Introducción de la causa y objeto de la controversia.

El 29 de julio de 2011 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la jurisdicción de la Corte Interamericana el caso 12.361 contra el Estado de Costa Rica.

Previamente, la Comisión había realizado una serie de recomendaciones al Estado, y luego de conceder tres prórrogas para el cumplimiento de las mismas, la Comisión decidió someter el caso a la Corte.

El caso se relaciona con alegadas violaciones de derechos humanos que habrían ocurrido como consecuencia de la presunta prohibición general de practicar la Fecundación in vitro que había estado vigente en Costa Rica desde el año 2000, tras una decisión emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de dicho país. Se alegó que esta prohibición absoluta constituyó una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada y familiar y a formar una familia. Asimismo, se alegó que la prohibición constituyó una violación del derecho a la igualdad de las víctimas, en tanto el Estado les impidió el acceso a un tratamiento que les hubiera permitido superar su situación de desventaja respecto de la posibilidad de tener hijas o hijos biológicos.

La Comisión solicitó a la Corte que declarara la responsabilidad internacional del Estado por la violación de los artículos 11.2, 17.2 y 24 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento. (Artavia Murillo y otros "Fecundación in vitro", 2012)

El Decreto ejecutivo.

En Costa Rica, el Decreto Ejecutivo N°24029-S del 3 de febrero de 1995, emitido por el Ministerio de Salud, autorizaba la práctica de la FIV para parejas conyugales y regulaba su ejecución.

La Fecundación in vitro fue practicada en Costa Rica entre los años 1995 y 2000, y declarada inconstitucional por la Sala Constitucional de Costa Rica el 15 de marzo del 2000. (Artavia Murillo y otros "Fecundación in vitro", 2012)

Sentencia de la Sala Constitucional.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema emitió sentencia mediante la cual anuló por inconstitucional el Decreto Ejecutivo N° 24029-S.

Las razones esgrimidas para motivar su decisión fueron, en primer lugar, la infracción del principio de reserva legal, según el cual solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de leyes, es posible regular y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales.

Por otra parte, al considerar que era aplicable el artículo 4.1 de la Convención Americana, la Sala Constitucional señaló que en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico.

Asimismo la Sala determinó que las prácticas de FIV atentan contra la vida y la dignidad del ser humano, debe protegerse la vida tanto en el ser ya nacido como en el por nacer.

Finalmente la Sala concluyó que el embrión humano es persona desde el momento mismo 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, no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte. 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. La aplicación de la técnica de FIV y Transferencia Embrionaria en la forma en que se desarrolla atenta contra la vida humana, y ni siquiera por norma de rango legal es posible autorizar su aplicación. (Sentencia N° 2000-02306 de 15 de marzo de 2000 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Expediente N° 95-001734-007-CO, citada en Artavia Murillo y otros "Fecundación in vitro", 2012)

Derechos a la integridad personal, libertad personal y vida privada y familiar.

La Corte procede a analizar el alcance de los derechos a la vida privada y familiar, y su relación con otros derechos convencionales, como el derecho a la integridad personal y a la libertad personal, en lo relevante para resolver la controversia.

El artículo 5 (Derecho a la Integridad Personal), 7 (Derecho a la Libertad Personal), 11 (Protección de la Honra y de la Dignidad) y 17 (Protección a la Familia), de la Convención Americana, en lo pertinente indican: *“1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral (...); “1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.”; “(...)2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación (...); “1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.”*

Atento que existe controversia entre las partes del caso sobre los derechos que se habrían violado, la Corte interpreta la Convención Americana a fin de determinar el alcance de los derechos en juego, y que fueran precedentemente transcritos.

La Corte ha sostenido que:

El ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. Además, esta Corte ha interpretado en forma amplia el artículo 7 de la Convención Americana al señalar que éste incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad

de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido (...) Constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La libertad definida así es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. (Artavia Murillo y otros "Fecundación in vitro", 2012)

La protección del derecho a la vida privada va más allá del derecho a la privacidad.

Abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo como la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. A su vez incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás. (Conforme Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile y Caso Rosendo Cantúy otra Vs. México, citados en Artavia Murillo y otros "Fecundación in vitro", 2012)

La Corte ha señalado que:

La maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres (...) La decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico. (Artavia Murillo y otros "Fecundación in vitro", 2012)

El presente caso trata de una combinación particular de diferentes aspectos de la vida privada, que se relacionan con el derecho a fundar una familia, el derecho a la integridad física y mental, y específicamente los derechos reproductivos de las personas.

La Convención Americana cuenta con dos artículos que protegen la vida familiar de manera complementaria, el 11.2 y el 17. (Conforme Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, citado

en Artavia Murillo y otros "Fecundación in vitro", 2012) Se reconoce el papel central de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona y en la sociedad en general.

Por su parte el Comité de Derechos Humanos ha señalado que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia. (Comité de Derechos Humanos, 1990)

El derecho a la vida privada se relaciona también con la autonomía reproductiva y con el acceso a servicios de salud reproductiva (lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho). El derecho a la autonomía reproductiva está reconocido también en el artículo 16 de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, según el cual las mujeres gozan del derecho a “decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”. Este derecho es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad. Así, la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos.

Los derechos a la vida privada y a la integridad personal se hallan directamente e inmediatamente vinculados con la atención de la salud. La Corte ha señalado que los Estados son responsables de regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud para lograr una efectiva protección de los derechos a la vida y a la integridad personal. (Conforme Caso Ximenes Lopes vs. Brasil y caso Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador, citados en Artavia Murillo y otros "Fecundación in vitro", 2012)

Finalmente, el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho al goce

de los beneficios del progreso científico ha sido reconocido internacionalmente y, en el ámbito interamericano, se encuentra contemplado en el artículo XIII de la Declaración Americana y en el artículo 14.1 b) del Protocolo de San Salvador.

Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona. (Artavia Murillo y otros "Fecundación in vitro", 2012)

La Sala Constitucional de Costa Rica anuló por inconstitucional el Decreto Ejecutivo por medio del cual se autorizaba la práctica de la fecundación in vitro. Consideró que si la técnica podía realizarse respetando un concepto de protección absoluta de la vida del embrión, ésta podría ser practicada en el país. Pero conforme las declaraciones de los peritos Zegers y Garza hasta el momento no existe una opción para practicarla sin que exista alguna posibilidad de pérdida embrionaria.

La sentencia implicó que ya no se practicara la Fecundación In Vitro (FIV) en Costa Rica, y en consecuencia generó la interrupción del tratamiento médico que habían iniciado algunas víctimas. Otras se vieron obligadas a viajar a otros países para poder acceder a la FIV. Estos hechos constituyen una interferencia en la vida privada y familiar de las víctimas. Esta injerencia se circunscribe a la posibilidad de tomar una decisión autónoma sobre el tipo de tratamientos que querían intentar para ejercer sus derechos sexuales y reproductivos.

Al comprobarse que existió una injerencia tanto por el efecto prohibitivo que en general causó la sentencia de la Sala Constitucional, así como por el impacto que produjo en las víctimas

del caso, la Corte considera necesario entrar a analizar si dicha injerencia se encuentra justificada. Para ello, procede a analizar el argumento principal desarrollado por la Sala Constitucional: que la Convención Americana obliga a efectuar una protección absoluta del “derecho a la vida” del embrión y, en consecuencia, obliga a prohibir la fecundación in vitro por implicar la pérdida de embriones. (Artavia Murillo y otros "Fecundación in vitro", 2012)

Interpretación del artículo 4.1 de la Convención Americana.

El objeto del presente caso se centra en establecer si la sentencia de la Sala Constitucional ocasionó una restricción desproporcionada de los derechos de las víctimas.

Dicha Sala interpretó el artículo 4.1 de la Convención en el entendido de que el mismo exigía una protección absoluta del embrión.

Para analizar si existe una obligación de protección absoluta del embrión, en el marco de la inviolabilidad de la vida desde la concepción como fuera sostenido por la Sala, y siendo la Corte la intérprete última de la Convención, es que procede a analizar el alcance de los artículos 1.2 y 4.1 de la Convención Americana, respecto a las palabras “persona”, “ser humano”, “concepción” y “en general”.

Artículo 1 de la Convención Americana: “1. *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 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.* 2. *Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano*”.

Artículo 4.1 de la Convención Americana: *“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”*.

La Corte observa que el concepto “persona” es un término jurídico que se analiza en muchos de los sistemas jurídicos internos de los Estados Parte. Sin embargo, para efectos de la interpretación del artículo 4.1, la definición de persona está anclada a las menciones que se hacen en el tratado respecto a la “concepción” y al “ser humano”, términos cuyo alcance debe valorarse a partir de la literatura científica. (Artavia Murillo y otros "Fecundación in vitro", 2012)

La FIV transformó la discusión sobre cómo se entendía el fenómeno de la concepción. En efecto, la FIV refleja que puede pasar un tiempo entre la unión del óvulo y el espermatozoide, y la implantación. Por tal razón, la definición de “concepción” que tenían los redactores de la Convención Americana ha cambiado. Antes de la FIV no se contemplaba científicamente la posibilidad de realizar fertilizaciones fuera del cuerpo de la mujer. (Artavia Murillo y otros "Fecundación in vitro", 2012)

En el mundo científico se destacan dos lecturas diferentes del término concepción. Una corriente la entiende como el momento de encuentro, o fecundación, del óvulo por el espermatozoide. De la fecundación se genera la creación de una nueva célula: el cigoto, que alberga las instrucciones necesarias para el desarrollo del embrión. Otra corriente entiende “concepción” como el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero, dado que esto faculta la conexión de la nueva célula, el cigoto, con el sistema circulatorio materno que le permite acceder a todas las hormonas y otros elementos necesarios para el desarrollo del embrión (Artavia Murillo y otros "Fecundación in vitro", 2012).

Además las partes han planteado una discusión respecto al momento en que el embrión ha alcanzado un grado de madurez tal como para ser considerado “ser humano”. Algunas posturas científicas indican que el inicio de la vida comienza con la fecundación, reconociendo al cigoto como la primera manifestación corporal del continuo proceso del desarrollo humano, mientras que otras consideran que el punto de partida del desarrollo del embrión y entonces de su vida humana es su implantación en el útero. Asimismo, otras posturas resaltan que la vida comenzaría cuando se desarrolla el sistema nervioso. Por otra parte, respecto a la controversia de cuándo empieza la vida humana, la Corte considera que se trata de una cuestión valorada de diversas formas desde una perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa, y coincide con tribunales internacionales y nacionales, en el sentido de que no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida (Artavia Murillo y otros "Fecundación in vitro", 2012).

No obstante la Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término “concepción”. La prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. Sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo. (Artavia Murillo y otros "Fecundación in vitro", 2012)

En este sentido, la Corte entiende que el término concepción no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede. Sólo es posible

establecer si se ha producido o no un embarazo una vez que se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada “Gonodotropina Coriónica”, que sólo es detectable en una mujer que tiene un embrión unido a ella. Antes de esto es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide, y si esta unión se perdió antes de la implantación. (Artavia Murillo y otros "Fecundación in vitro", 2012)

Por otra parte, según la estructura de la segunda frase del artículo 4.1 de la Convención, el término “en general” se refiere a la expresión “a partir de la concepción”. Dicha expresión se relaciona con la previsión de posibles excepciones a una regla particular.

El Tribunal entiende el término “concepción” desde el momento en que ocurre la implantación, razón por lo cual considera que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana (Artavia Murillo y otros "Fecundación in vitro", 2012).

Interpretación sistemática e histórica.

La Corte sostiene que “Las normas deben ser interpretadas como parte de un todo cuyo significado y alcance deben fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenecen” (Conforme Caso González y otras Vs México, citado en Artavia Murillo y otros "Fecundación in vitro", 2012) “Al interpretar un Tratado no sólo se tiene en cuenta los acuerdos e instrumentos relacionados con éste (...) sino también el sistema dentro del cual se inscribe(...), esto es, el derecho internacional de los derechos humanos” (Artavia Murillo y otros "Fecundación in vitro", 2012).

Por ello, procede a analizar el Sistema Interamericano, el Sistema Universal, el Sistema Europeo y el Sistema Africano.

Del análisis de la Convención Americana y de la Declaración Americana surge que la expresión “toda persona” es utilizada en numerosos artículos. Y concluye la Corte que al analizarlos no es factible sostener que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados en cada uno de ellos. Además, teniendo en cuenta que la concepción sólo ocurre dentro del cuerpo de la mujer, se puede concluir que **el objeto directo de protección es la mujer embarazada, y que la defensa del no nacido se realiza por medio de la protección de la mujer.** (Artavia Murillo y otros "Fecundación in vitro", 2012)

La Corte concluye que la Sala Constitucional de Costa Rica se basó en el artículo 4 de la Convención Americana, el artículo 3 de la Declaración Universal, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. No obstante, de ninguno de estos artículos o Tratados es posible sustentar que el embrión pueda ser considerado persona en los términos del artículo 4 de la Convención.

Conclusión de la Corte respecto a la interpretación del artículo 4.1.

La finalidad del artículo 4.1 de la Convención es la de salvaguardar el derecho a la vida sin que ello implique la negación de otros derechos que protege la Convención.

El embrión no puede ser entendido como persona para los efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. (...) La concepción (...) tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras “en general” que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental, según su desarrollo, debido a que no constituye

un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general. (Artavia Murillo y otros "Fecundación in vitro", 2012)

Proporcionalidad de la medida de la prohibición.

Como ya se ha resaltado, la Corte Interamericana al analizar el presente caso señaló que:

La decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a técnicas de reproducción asistida forma parte del ámbito de los derechos a la integridad personal, libertad personal y a la vida privada y familiar. Además, la forma como se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja. (Artavia Murillo y otros "Fecundación in vitro", 2012)

La Corte caracteriza como “desmedido” el sacrificio que en el caso sufrieron estos derechos en pos de la pretendida protección del embrión, y analiza la interferencia que el Estado ha realizado respecto de los mismos, teniendo en cuenta el impacto que la prohibición de practicar FIV tuvo en la intimidad, autonomía, salud mental, y derechos reproductivos de las personas. Así, estableció que la sentencia de la Sala Constitucional tuvo el efecto de interferir en el ejercicio de estos derechos, debido a que las parejas presuntamente afectadas debieron modificar el curso de sus acciones con respecto a la decisión que habían tomado de tener hijos por medio de la FIV.

De esta manera, la Corte señaló que la prohibición de la FIV afectó, en primer término, el derecho de intimidad de las personas involucradas ya que al no poder realizarse la práctica en Costa Rica debieron impulsar procedimientos para obtener el tratamiento médico en el exterior, lo cual exigió que debieran exponer ciertas cuestiones que hacen a su vida privada. En segundo término hubo una afectación de la autonomía personal y del proyecto de vida de las parejas, al prohibirles acceder a la única opción que las mismas tienen para procrear. En tercer lugar se vio

también afectada la integridad psicológica de estas personas ya que se les negó acceder al procedimiento médico que hace posible para las mismas desplegar su libertad reproductiva.

Asimismo, la Corte también estableció que si bien estos derechos fueron afectados para todas las personas involucradas, también existieron impactos diferenciados en relación con la situación de discapacidad, el género y la situación económica (Artavia Murillo y otros "Fecundación in vitro", 2012), lo cual la llevó a considerar la existencia de discriminación indirecta en el caso en análisis.

Discriminación es según el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas:

Toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas. (Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, 1989)

La Corte remarcó en el caso que la Convención Americana no prohíbe todas las distinciones, las cuales constituyen diferencias compatibles con la misma, por ser razonables y objetivas. En cambio las discriminaciones, constituyen diferencias arbitrarias que redundan en detrimentos de los derechos humanos. (Artavia Murillo y otros "Fecundación in vitro", 2012)

Así, la Corte ha establecido que:

El principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una

población al momento de ejercer sus derechos. (Conforme Caso de las Niñas Yean y Bisco Vs. Republica Dominicana, párr. 141, y Condición Jurídica de los migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 88. Citados en Artavia Murillo y otros "Fecundación in vitro", 2012)

En especial, la discriminación indirecta “implica que una norma o práctica aparentemente neutra, tiene repercusiones particularmente negativas en unas personas o grupo con unas características determinadas”. (Nadege Dorzema y Otros, 2012 citado en Artavia Murillo y otros "Fecundación in vitro", 2012)

Discriminación indirecta en relación con la condición de discapacidad.

La Organización Mundial de la Salud establece que la infertilidad es “una enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas”.

Al tomar esta definición la Corte comienza su análisis sobre la base de que la infertilidad es considerada una enfermedad. A su vez, continúa analizando la Convención Interamericana para la eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, en la cual se toma en cuenta para abordar la discapacidad un modelo social, es decir, que no solamente debemos analizar la presencia de una deficiencia sino que ello debe interrelacionarse con las barreras que socialmente existen y que impiden a las personas ejercer efectivamente sus derechos. Estas barreras pueden ser, entre otras, actitudinales o socioeconómicas. (Furlan y familiares Vs. Argentina, 2012)

Del artículo 25 de la misma convención, se desprende que las personas con discapacidad tienen el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver su problema de salud. Pero la protección de este artículo es aun más amplia, al establecer que “Los Estados partes adoptaran

las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud (...)” Por ello la Corte estableció en el caso (Artavia Murillo y otros "Fecundación in vitro", 2012) que:

No basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho (...) Es obligación de los Estados propender por la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad, con el fin de garantizar que las limitaciones descritas sean desmanteladas. Por tanto, es necesario que los Estados promuevan prácticas de inclusión social y adopten medidas de diferenciación positiva para remover dichas barreras.

Concluye la Corte Interamericana que las personas con infertilidad en Costa Rica debían enfrentar las barreras que impuso la sentencia de la Sala Constitucional y por ello tenían que considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, entre los cuales se incluye el derecho de acceder a las técnicas necesarias para solucionar su problema de salud, y así poder desarrollar su autonomía reproductiva.

Discriminación indirecta en relación con el género.

La Corte considera que la infertilidad afecta tanto a hombres como a mujeres. Sin embargo, produce impactos diferenciados en cuanto al género, en relación con los estereotipos y prejuicios que existen en las sociedades. Así lo ha señalado la Organización Mundial de la Salud al mencionar que la feminidad es definida muchas veces a través de la maternidad; y en el caso el Perito Paul Hunt, explicó que “en muchas sociedades se le atribuye la infecundidad en gran medida y en forma desproporcionada a la mujer, debido al persistente estereotipo de género que

define a la mujer como la creadora básica de la familia” (Artavia Murillo y otros "Fecundación in vitro", 2012).

Además, la Corte toma en consideración que las Técnicas de FIV se llevan a cabo sobre el cuerpo de la mujer específicamente, es en sus cuerpos donde se concretan las intervenciones.

Por todo ello concluye que si bien la decisión de la Sala Constitucional acerca de la prohibición de practicar FIV aparentemente en neutral, produce un impacto desproporcionado sobre las mujeres.

Discriminación indirecta en relación con la situación económica.

La Corte (Artavia Murillo y otros "Fecundación in vitro", 2012) consideró que “la prohibición de la FIV tuvo un impacto desproporcionado en las parejas infértiles que no contaban con los recursos económicos para practicarse la FIV en el extranjero”.

Conclusión sobre la proporcionalidad de la medida en cuanto a la alegada pérdida embrionaria y el impacto que esta medida tuvo.

La Sala Constitucional de Costa Rica para dictar su sentencia se basó en la protección que merecían los embriones en relación con la elevada pérdida de los mismos durante los procesos de FIV, en los cuales se los manipula consciente y voluntariamente.

Sin embargo, la Corte observa en base a la prueba producida que la pérdida embrionaria ocurre tanto cuando se utiliza la FIV, como durante un embarazo natural o con la intervención de otras técnicas de reproducción que se permiten en Costa Rica.

Por otra parte, el argumento referido a la manipulación consciente y voluntaria de los embriones solo puede ir ligada a una protección absoluta del derecho a la vida del embrión, lo cual fue desvirtuado por la Corte al decidir que el embrión no puede ser entendido como persona

en los términos del artículo 4.1 de la Convención Americana, ya que la “concepción” tiene lugar solo desde que el embrión se implanta en el útero, como hemos explicado más arriba.

A su vez, señala la Corte que:

El decreto declarado inconstitucional por la Sala Constitucional, contaba con medidas de protección para el embrión, por cuanto establecía el número de óvulos que podían ser fecundados. Además prohibía “desechar o eliminar embriones, o preservarlos para transferencia en ciclos subsecuentes de la misma paciente o de otras pacientes”. En este sentido existían medidas para que no se generara un “riesgo desproporcionado” en la expectativa de vida de los embriones. (Artavia Murillo y otros "Fecundación in vitro", 2012)

En conclusión la Corte destaca que la Sala Constitucional de Costa Rica intento brindar una protección absoluta al embrión, pero lo hizo sin ponderar los demás derechos que estaban involucrados en el caso. Por ello la sentencia implicó una intervención desproporcionada en la vida privada y familiar de las víctimas, lo cual redundó en efectos discriminatorios.

En términos de la Corte Interamericana:

La afectación del derecho a la integridad personal, libertad personal, vida privada, la intimidad, la autonomía reproductiva, el acceso a servicios de salud reproductiva y a fundar una familia es severa y supone una violación de dichos derechos, pues dichos derechos son anulados en la práctica para aquellas personas cuyo único tratamiento posible de la infertilidad es la FIV. (Artavia Murillo y otros "Fecundación in vitro", 2012)

En concreto la Corte (Artavia Murillo y otros "Fecundación in vitro", 2012) considera que hubo violación de los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana

Reparaciones.

El artículo 63.1 de la Convención Americana establece: *“Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.”*

Tomando como base este artículo la Corte ha indicado que toda violación de una obligación internacional que produzca un daño genera el deber de repararlo adecuadamente, así lo expreso en el caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras:

Es un principio de Derecho internacional, que la jurisprudencia ha considerado "incluso una concepción general de derecho", que toda violación a una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente. La indemnización, por su parte, constituye la forma más usual de hacerlo (...) La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (*restitutio in integrum*), lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral. (Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, 1989)

Cuando no es posible restablecer la situación anterior, como sucede en la mayoría de los casos de violaciones a Derechos Humanos, la Corte debe determinar ciertas medidas para garantizar los derechos lesionados y reparar las consecuencias de las infracciones, así es como

además de las compensaciones pecuniarias adquieren especial relevancia las medidas de restitución, satisfacción y garantías de no repetición.

A su vez es importante destacar que las reparaciones que la Corte determine es necesario que tengan un nexo causal con los hechos del caso, las violaciones declaradas, los daños comprobados y las medidas que se hayan solicitado para reparar dichos daños.

Medidas de rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

- Medidas de rehabilitación psicológica

El presente caso se concentró en el impacto que generó una interferencia desproporcionada del Estado sobre la vida privada, familiar y demás derechos vulnerados, y particularmente el impacto que tuvo dicha interferencia en la integridad psicológica de las víctimas.

La Corte observó que las víctimas padecieron diversas afectaciones producto de dicha interferencia arbitraria y en consecuencia determinó la necesidad de disponer una medida de reparación que brinde una atención adecuada a los padecimientos psicológicos sufridos.

Por lo expuesto se dispuso la obligación a cargo del Estado de brindarles en forma gratuita e inmediata el tratamiento psicológico que requieran. Dicho tratamiento será brindado por personal e instituciones estatales especializadas y se deberán considerar las circunstancias y necesidades particulares de cada víctima.

- Medidas de satisfacción: publicación de la sentencia

La Corte condena al Estado a que publique el resumen oficial de la sentencia elaborado por el Tribunal, en el diario oficial y en un diario de amplia circulación; así como también la sentencia en su integridad en un sitio web oficial de la rama judicial.

- Garantías de no repetición

a) Medidas estatales que no impidan la práctica de la FIV

Es deber del Estado prevenir la recurrencia de violaciones a los Derechos Humanos, por esta razón es necesario que se adopten las medidas administrativas, legales o de otra naturaleza a fin de evitar que ocurran hechos similares; y de esta manera cumpla su deber de prevención y garantía de los derechos fundamentales reconocidos en la Convención Americana.

En función de lo señalado, se impone que las autoridades del Estado adopten las medidas necesarias para dejar sin efecto a la brevedad la prohibición de practicar la FIV, para que de este modo, las personas que deseen utilizar dicha técnica no encuentren impedimentos al ejercicio de los derechos vulnerados en el presente caso.

A su vez, se deben regular los aspectos necesarios para la implementación de la FIV, establecer sistemas de inspección y control de calidad tanto para las instituciones como para los profesionales que desarrollen esta técnica y se deberá incluir la disponibilidad de la FIV dentro de los programas y tratamientos de infertilidad de la Caja Costarricense de Seguro Social.

b) Campaña sobre derechos de las personas con discapacidad reproductiva

El Tribunal ordena al Estado la implementación de programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos, derechos reproductivos y no discriminación, destinados a los funcionarios judiciales.

- Indemnización compensatoria por daño material e inmaterial

a) Daño material

La Comisión solicitó al tribunal que ordenara al Estado reparar íntegramente a las víctimas tanto en el aspecto material como moral.

Los representantes de las partes indicaron que en daño emergente se acreditó con recetas médicas, facturas, informes médicos, etc. y que esta totalidad de pruebas permite reconstruir los

gastos realizados por las parejas en los procesos dirigidos a la verificación y determinación del estado de infertilidad, a los fines de obtener un diagnóstico médico y los desembolsos que se derivaron del procedimiento médico objeto de reclamación.

Por esta razón, solicitaron que se reconozcan e indemnicen todos los gastos y desembolsos que realizaron las víctimas al intentar formar una familia, con hijos biológicos y que al no ofrecerse como un servicio de salud estatal tuvieron que recurrir a medicina privada e incluso viajar al extranjero para poder recurrir a esta técnica; ya que de no existir la prohibición por parte del Estado, la FIV hubiese estado disponible de manera gratuita en el sistema de seguridad social.

El Estado rechazó las solicitudes mencionadas debido a que los gastos en que incurrieron las parejas a los fines del tratamiento para la infertilidad, son los mismos que hubieran tenido que efectuarse si no se hubiese anulado el decreto que regulaba la FIV, por lo cual no existe nexo de causalidad con las violaciones que se le imputan; asimismo sostiene que no calificarían como infértiles aquellas parejas que tuvieron hijos biológicos y no podría sostenerse que el Estado al declarar la inconstitucionalidad del decreto, suprimió la única posibilidad que tenían para ser padres biológicos, ya que tuvieron hijos biológicos sin la necesidad de someterse al procedimiento prohibido.

El Tribunal define al daño material como “La pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso” (Artavia Murillo y otros "Fecundación in vitro", 2012).

En primer lugar el Tribunal ve la necesidad de dejar en claro que las vulneraciones declaradas no se refieren a haber podido o no tener hijos biológicos, sino que están relacionadas

con el impacto desproporcionado que tuvo en sus vidas el no poder ejercer autónomamente sus derechos; motivo por lo cual no se acepta el argumento estatal según el cual las parejas que tuvieron hijos no deben ser indemnizadas.

A su vez teniendo en cuenta que el procedimiento de la FIV no estaba cubierto por la Caja Costarricense de Seguro Social, se puede advertir que las parejas hubiesen tenido que incurrir en los mismos desembolsos con total independencia de la declaración de inconstitucionalidad del decreto.

Por esta razón, la Corte considera que no existe nexo causal entre la totalidad de los gastos que mencionan las partes y las vulneraciones comprobadas en el presente caso; los únicos gastos que sí tienen dicho nexo causal son los derivados como efecto de la decisión de la Sala Constitucional, principalmente los desembolsos realizados por las parejas que debieron viajar al exterior a los fines de practicar el tratamiento en cuestión. En consecuencia se fija una suma en carácter de indemnización por daño material a favor de las víctimas.

b) Daño inmaterial

La Corte establece que éste:

Puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia. (Artavia Murillo y otros "Fecundación in vitro", 2012)

A su vez aclara que no puede asignarse una equivalencia monetaria de modo preciso sino que solo puede ser objeto de compensación a los fines de la reparación integral, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero.

En el caso han quedado comprobados los sentimientos de angustia, incertidumbre, ansiedad, frustración padecidos por las víctimas, así como también las secuelas al no poder decidir un proyecto de vida propio, autónomo e independiente, con el consecuente cambio en sus vidas que esto ocasionó. En función de lo expuesto la Corte fijó, en equidad, una suma de dinero a favor de las víctimas en concepto de indemnización por daño inmaterial.

Fertilización asistida en Argentina

Marisa Herrera (2015) sostiene que en Argentina, las técnicas de reproducción humana asistida se encuentran reguladas en normas vinculadas entre sí, las cuales son: la ley 26.862 (2013) y su decreto reglamentario 956/2013 de Acceso Integral a las TRHA (cobertura médica); y el Código Civil y Comercial de la Nación: existencia de la persona humana y filiación y Proyecto de Ley especial de TRHA aprobado en diputados (12/11/2014): regulación integral del uso de las TRHA.

Sin embargo el referido proyecto de ley perdió estado parlamentario debido a la falta de voluntad política fundada en un conflicto cuasi ancestral como lo es el destino de los embriones no implantados. (Herrera, Un proyecto de ley que pretende cerrar el círculo de la regulación de la reproducción asistida, 2017)

Durante el corriente año se presentó un nuevo proyecto de ley que cuenta con la aceptación de varias fuerzas políticas: se trata del proyecto 91-D-2017. El mismo viene a regular varias cuestiones que se encuentran en duda en la práctica, por ejemplo la creación y funcionamiento de un registro de donantes a fin de proteger el derecho a la identidad de las personas nacidas mediante TRHA, la cantidad de niños que pueden nacer de un donante, que pasa ante la ruptura de una pareja cuando hay embriones criopreservados, la creación de una

comisión asesora técnica dentro del Ministerio de Salud, establecer los derechos y obligación de los bancos y centros especializados, regular la cobertura del diagnóstico preimplantacional, etc. De acuerdo con la opinión de Marisa Herrera, este proyecto es el más completo, integral y sistémico que se presentó hasta el momento en el Congreso y sigue la línea de ampliación de derechos que se viene observando desde hace algunos años con diversas leyes sancionadas, como la de matrimonio igualitario, identidad de género o la propia ley de Reproducción Humana Asistida (Herrera, Un proyecto de ley que pretende cerrar el círculo de la regulación de la reproducción asistida, 2017).

En el año 2013 se sancionó en nuestro país la ley 26.862 llamada ley de Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida.

Esta ley vino a resolver el problema de numerosas parejas que deseaban ser padres y no contaban con los medios económicos para poder acceder a un tratamiento de fertilización.

Antes de su sanción, por no estar estos tratamientos incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO), las obras sociales y empresas de medicina prepaga se negaban a hacerse cargo de su cobertura. Quienes deseaban acceder a los mismos y no contaban con recursos debían intentarlo por la vía judicial, siendo negativo su resultado en la mayoría de los casos; mientras que las parejas que sí contaban con medios suficientes podían acceder a la realización de dichas prácticas sin problemas.

Así es como la mencionada normativa intentó democratizar el acceso y lograr que el dinero deje de ser un impedimento para cumplir el deseo de ser padres, ya que consagra el acceso integral a estos procedimientos y técnicas como un derecho de todos los ciudadanos.

De acuerdo a la opinión de Marisa Herrera (2015), para comprender la amplitud de la ley 26.862 y su decreto reglamentario, debemos partir de la base de que: “el reconocimiento del

acceso integral a las TRHA responde desde la obligada perspectiva de Derechos Humanos a satisfacer los derechos de toda persona a la paternidad/maternidad y a formar una familia, en íntima conexión con el derecho a la salud” (p. 493).

Ello en consonancia con lo expresado en los considerandos del decreto reglamentario, que establecen, entre otras cosas, que el derecho al acceso a las TRHA se funda en los derechos a la dignidad, libertad e igualdad de toda persona, y que todas las personas mayores de edad puede acceder a las prestaciones sin que puedan interponerse requisitos que conlleven discriminación respecto a la orientación sexual o el estado civil de quienes quieran someterse al tratamiento.

Análisis de la ley 26.862

La ley 26.862 en su artículo 1 expresa su objeto que consiste en garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. La reglamentación aclara además que el acceso a los procedimientos y técnicas debe posibilitarse cualquiera sea la cobertura del titular del derecho. Creemos que en este aspecto el alcance de la ley es limitado ya que solo se refiere a garantizar la cobertura económica y no se expide sobre cuestiones dilemáticas desde el punto de vista bioético que aún son debatidas luego de su sanción producto de estas lagunas que la normativa dejó.

El artículo 2 proporciona la definición de reproducción médicamente asistida al expresar que se entiende por ella a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones. Podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos, cuando sean autorizados por la

autoridad de aplicación. En el artículo 3 se designa como autoridad de aplicación al Ministerio de Salud de la Nación.

Se establece en el artículo 4 la creación en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación de un registro único en el que deberán estar inscriptos todos aquellos establecimientos sanitarios habilitados para realizar procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida. Quedan incluidos los establecimientos médicos donde funcionen bancos receptores de gametos y/o embriones.

El problema de este artículo, tal como lo expresa el doctor Sergio Pasqualini (MN 39.914), director científico de Halitus Instituto Médico y presidente de Fundación Repro (como se citó en Infobae, 2015) es que:

En Capital Federal no hay ningún centro habilitado por este organismo, si bien la mayoría califican para estarlo. Es una decisión del Ministerio de Salud que tiene frenadas las habilitaciones, mientras que en algunas provincias sí avanzaron con las habilitaciones, como en la provincia de Buenos Aires (...) Muchos pacientes, haciendo uso de su derecho de elegir dónde tratarse, judicializan su caso y la Justicia les da la razón, pero muchos otros 'boyan' por varios lugares hasta lograr ser atendidos.

Conforme el artículo 5 los procedimientos y técnicas mencionados sólo puede realizarse en los establecimientos sanitarios habilitados que cumplan con los requisitos que determine el Ministerio de Salud de la Nación.

En el artículo siguiente menciona las funciones que le corresponden a este Ministerio en su carácter de autoridad de aplicación, a saber:

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

- b) Publicar la lista de centros de referencia públicos y privados habilitados, distribuidos en todo el territorio nacional con miras a facilitar el acceso de la población a las mismas;
- c) Efectuar campañas de información a fin de promover los cuidados de la fertilidad en mujeres y varones.
- d) Propiciar la formación y capacitación continua de recursos humanos especializados en los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida.

Consideramos que el artículo 7 es relevante ya que en el mismo se determina con un alcance amplio quiénes revisten carácter de beneficiarios, así expresa: Tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer.

Tal como comentamos, el alcance de la ley en este aspecto es sumamente amplio ya que permitiría considerar como beneficiarios a personas que no cuenten con una pareja estable y a parejas homosexuales, y además, no establece ningún tipo de límite de orden biológico como podría ser la edad, menopausia, etc.

El artículo 8 es central en esta ley ya que se refiere a la cobertura, y expresa: El sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean, incorporarán

como prestaciones obligatorias y a brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación. Quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO) estos procedimientos, así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad de aplicación, la cual no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios.

También quedan comprendidos en la cobertura prevista en este artículo, los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos, según la mejor tecnología disponible y habilitada a tal fin por la autoridad de aplicación, para aquellas personas, incluso menores de dieciocho (18) años que, aun no queriendo llevar adelante la inmediata consecución de un embarazo, por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas puedan ver comprometidas su capacidad de procrear en el futuro.

El decreto reglamentario regula uno de los aspectos más discutidos, referido a la cantidad de tratamientos que se cubren: establece el acceso a cuatro tratamientos anuales como máximo si son de baja complejidad, o tres como máximo si son de alta complejidad, con intervalos mínimos de tres meses entre cada uno.

En la ley realiza una enumeración no taxativa de diferentes técnicas o procedimientos que quedarían incluidos en la cobertura integral y se prestarán remitiendo a las consideraciones de la Organización Mundial de la Salud.

A su vez tal como afirman Canet & Mazzeo (2017):

Se comete un «poco feliz error de técnica legislativa», en cuanto se establece que estos procedimientos así como los medicamentos y terapias de apoyo quedan incorporados al PMO. Esto ha dado lugar a que muchos de los obligados ofrezcan a sus afiliados una cobertura parcial de la medicación necesaria para concretar los tratamientos (en general del «40%») aplicando los principios del PMO respecto de medicación ambulatoria.

Teniendo en cuenta el costo de la mencionada medicación, creemos que esta interpretación va en contra del espíritu de la ley, en cuanto persigue garantizar el acceso integral a estas prácticas.

En el artículo 9 se establece que a fin de garantizar el cumplimiento de los objetivos de la ley, el Ministerio de Salud de la Nación deberá proveer anualmente la asignación presupuestaria correspondiente.

Por último, en el artículo 10 se remarca el carácter de orden público de las disposiciones de la ley, su aplicación en todo el territorio de la República y se invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a sancionar las normas correspondientes para el ámbito de sus competencias.

Por su parte, el Ministerio de Salud de la Nación, a través de su Resolución 2190-E/2016 ha creado el PROGRAMA NACIONAL DE REPRODUCCIÓN MÉDICAMENTE ASISTIDA, el cual tiene entre sus objetivos:

- Arbitrar las medidas necesarias para asegurar el derecho al acceso igualitario de todos los beneficiarios a las prácticas normadas por la ley N° 26.862, concordantes y modificatorias.
- Proveer el servicio de certificación y registro tendiente a tornar operativos los derechos reconocidos por el Código Civil y Comercial, concordantes y modificatorias, a las personas nacidas por técnicas de reproducción humana asistida.
- Propiciar la formación y capacitación continua de recursos humanos especializados en los procedimientos y técnicas de reproducción humana asistida.
- Promover conjuntamente con el Ministerio de Educación, la actualización del capital humano en la materia, involucrando a las universidades formadoras en ciencias de la salud.
- Coordinar intraministerialmente las tareas tendientes a llevar a cabo campañas de información a fin de promover los cuidados de la fertilidad en mujeres y varones.
- Coordinar con las autoridades sanitarias de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la creación de servicios de reproducción médicamente asistida de distintas complejidades, según necesidades y existencia previa de los mencionados servicios en establecimientos sanitarios públicos de cada jurisdicción o a nivel regional
- Asistir técnica y científicamente a las autoridades sanitarias de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para el mejoramiento del modelo de

atención en los servicios de salud referidos a tratamientos de reproducción humana asistida de alta y baja complejidad

- Coordinar intraministerialmente las tareas necesarias para mantener en la página Web del Ministerio de Salud y en el Sistema Integrado de Información Sanitaria la lista actualizada de establecimientos sanitarios públicos y privados habilitados, distribuidos en todo el territorio nacional, para realizar procedimientos y técnicas de reproducción.

Conclusión

El tema objeto del presente trabajo, tal como se expuso al inicio del mismo, tiene íntima vinculación con el derecho humano a la salud, a la vida privada y familiar, a la integridad personal, a la libertad personal, a gozar de los beneficios del progreso científico y a la no discriminación.

Siendo la Corte Interamericana la intérprete última de la Convención y quien precisa los alcances de los derechos mencionados, es de fundamental importancia resaltar su conclusión respecto al artículo 4.1, en el sentido de que el objeto directo de protección es la mujer embarazada, dado que la defensa del no nacido se realiza esencialmente a través de la protección de la mujer (Artavia Murillo y otros "Fecundación in vitro", 2012).

Debido al mandato social por el que se naturaliza el rol que debe cumplir la mujer con respecto a la maternidad, la obligación de que esta última se lleve a cabo conforme al modelo familiar tradicional impuesto por el patriarcado, y el persistente estereotipo de género que la define como creadora básica de la familia, estos derechos se ven vulnerados especialmente respecto de las mujeres.

Sustentar que la maternidad es una construcción social implica romper con la idea que sostiene que todas las mujeres tenemos la función natural de ser madres, y que dicha función se encuentra en una especie de código biológico que se traduciría en capacidades, habilidades y saberes, producto de un instinto inscrito en la naturaleza femenina. (Sanchez Rivera, 2016)

La capacidad fértil de la mujer es considerada como algo natural, la maternidad se transforma en una exigencia social que le da sentido a la vida de la mujer, el eje de la

subjetividad femenina, de su identidad. Cuando una mujer tiene dificultades para lograr un embarazo la reacción social suele ser de desconfianza, de descalificación y hasta de maltrato.

El impacto de la incapacidad fértil suele ser mayor que en los hombres, porque la maternidad le ha sido asignada como una parte fundante de su identidad de género y, además, porque la utilización de las técnicas y procesos de reproducción asistida recaen especialmente en el cuerpo de las mujeres.

Al respecto la Organización Panamericana de la Salud considera que existe una brecha de género respecto de la salud sexual y reproductiva debido a que este tipo de enfermedades impactan en aproximadamente el 20% de las mujeres y solo el 14% de los hombres (Artavia Murillo y otros "Fecundación in vitro", 2012).

Los estereotipos de género son incompatibles con el sistema internacional de derechos humanos. Sin embargo, forman parte de la realidad social y por ello es necesario identificarlos a fin de adoptar las medidas necesarias para lograr su erradicación.

Producto de esta construcción social, la mujer infértil sufre una discriminación agravada. Un acceso integral a las técnicas de reproducción asistida permitiría evitarle esta estigmatización y desarrollar su plan de vida libremente.

Nunca ha habido en la historia tantas posibilidades de adoptar políticas públicas y socioeconómicas adecuadas para promover el desarrollo en todos sus aspectos, es decir educacional, sanitario, económico, cultural, etc. Nunca antes ha tenido la comunidad mundial a su disposición tantos recursos, conocimientos y tecnologías tan poderosas con los que fomentar el desarrollo integral de las comunidades. Sin embargo, la utilización eficaz de estos recursos, conocimientos y tecnologías se ve condicionada por obstáculos económicos y políticos a nivel nacional e internacional.

Este tipo de barreras, que son múltiples y que provienen de diferentes actores sociales, cuyo tratamiento merecería un estudio propio y específico, impiden en la práctica el verdadero ejercicio de los derechos humanos, quedando los mismos muchas veces sólo en la teoría. Esta es una situación que en muchas cuestiones se ha ido revirtiendo y se han logrado avances significativos, pero es un proceso en constante evolución, y que hasta a veces involucre a causa de presiones políticas.

En el tema de este trabajo en particular, estas barreras están representadas principalmente por la acción reticente de las obras sociales y empresas de medicina prepaga que se niegan a garantizar una cobertura íntegra, como también por la falta de educación sexual y acceso al conocimiento de estos tratamientos por los sectores más vulnerables de la población.

Una de las medidas adoptadas por el Estado Argentino consistió en la sanción de la ley 26.862 de Acceso Integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción medicamente asistida. De esta manera nuestro país dio un paso importante en la adecuación a los compromisos internacionales asumidos.

Sin embargo, si bien el objetivo de la ley es garantizar un acceso integral a estas prácticas y que el dinero ya no sea un impedimento, en la realidad aún quedan muchos obstáculos por remover.

Uno de los principales problemas está dado por la inexistencia de consenso respecto a qué se entiende por “acceso integral”, quedando esta cuestión librada al arbitrio de las obras sociales y empresas de medicina prepagas. En consecuencia, numerosas personas se ven obligadas a recurrir a la vía judicial a fin de lograr una efectiva cobertura, y culminan en la mayoría de los casos con la obtención de una cobertura parcial.

La Asociación Concebir realizó una encuesta a fin de sondear la puesta en práctica de la ley y conocer el estado de situación de los pacientes:

Según los resultados preliminares del sondeo, realizado a fines de 2014 entre 344 personas con dificultades en la reproducción –con un promedio de edad de entre 35 y 39 años–, el 42% de los encuestados no logró todavía ninguna cobertura para los tratamientos y el 39% consiguió, apenas, acceso a una cobertura parcial. Además, el 24% aún no pudo realizar ningún tratamiento de reproducción. Respecto de la medicación, sólo el 24% obtuvo una cobertura total; el 29% recibió un descuento del 40% y 32% no obtuvo descuentos (...) Lo que más preocupa de los resultados de la encuesta es la existencia de barreras totales o parciales para el acceso al tratamiento, contraviniendo así lo dispuesto por la ley (...) Cuando hablamos de la aplicación y puesta en vigencia de una ley, no sólo se necesita de la sanción de la misma en manos del Congreso y de un decreto de promulgación, sino que también se requiere de una batería de instrumentos administrativos que son los que ayudan y garantizan la aplicabilidad de dicha ley. (Infobae, 2015)

En la mayoría de los reclamos los pacientes sostienen que las obras sociales o empresas de medicina prepaga justifican la denegatoria de una cobertura total y el ofrecimiento de un cierto porcentaje de cobertura, expresando que dichos métodos y prácticas quedan fuera del alcance del plan contratado o no se ajustan a las condiciones subscriptas al adherirse a su sistema asistencial, sin tener en cuenta que un aspecto fundamental de la ley nacional es que reconoce a la infertilidad como una enfermedad, derribando así los argumentos económicos de las prepagas.

Podemos concluir que, si bien Argentina con el dictado de esta normativa está en proceso de garantizar los derechos humanos involucrados, adecuándose a los estándares internacionales,

aún restan numerosas medidas y acciones políticas por llevar adelante para que podamos hablar de un verdadero acceso integral a las tecnologías que implican las técnicas y procedimientos de reproducción humana asistida.

Creemos que a este fin serían necesarias medidas interdisciplinarias, que abarquen desde la difusión masiva de la ley, el acceso al conocimiento de los derechos con que cuentan las personas que habitan en la Argentina como así también al conocimiento adecuado, conforme a la comprensión de cada persona en particular, de las técnicas que existen y pueden llevarse a cabo frente a la enfermedad de la infertilidad.

Es asimismo necesario tomar conciencia de que, como ya fuera expuesto, la infertilidad es una enfermedad, y debe ser tratada como tal. Resultando aplicable entonces toda la normativa que existe respecto al derecho del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud.

La discapacidad consistente en la infertilidad requiere una atención especial y que las políticas del Estado deben propender a la inclusión y no a la exclusión.

El dictado de normativa por parte del Estado es un avance concreto y muy positivo. Y es generalmente el primer paso que debe darse a fin de ampliar el acceso a los derechos. Pero el mero dictado de normas, sin la consiguiente puesta en práctica de sus preceptos implica una falencia enorme frente a la garantía del ejercicio de los derechos humanos. El Estado debe implementar todas las medidas complementarias, de carácter administrativo, presupuestario, educacional, entre otras, para lograr que la letra de la ley se convierta en una mejor calidad de vida para las personas.

Las mujeres que sufren de infertilidad se encuentran en una desventaja mayor, ya que su situación de enfermedad o discapacidad se ve agravada por la discriminación proveniente de los

estereotipos de género que aún no logran ser erradicados, a pesar de la lucha diaria que llevan a cabo quienes militan por terminar con las consecuencias del patriarcado. Se ve agravada asimismo por tener que enfrentarse con la burocracia administrativa y con las obras sociales que restringen su acceso a los tratamientos correspondientes por no brindar una cobertura íntegra. Y principalmente se ve agravada por la falta de educación y de información, porque en muchos casos no saben cuáles son sus derechos, y menos aún cuáles son los tratamientos que existen y a los que pueden acceder para ejercer su derecho a formar una familia.

Es el Estado Argentino el responsable de seguir avanzando en el continuo y progresivo camino de ampliar cada día más todo lo que concierne a los derechos humanos de las personas que habitan en su territorio.

Referencias

- Artavia Murillo y otros "Fecundación in vitro", 12361 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 de Noviembre de 2012).
- Brena, I. (2012). La fecundación asistida. ¿Historia de un debate interminable? El informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 1(12), 31. doi:<http://dx.doi.org/10.22201/ij.24487872e.2012.12.393>
- Canet, J., & Mazzeo, C. (5 de Agosto de 2017). Las técnicas de reproducción humana médicamente asistida. Acogida legislativa y dilemas que plantean. *Microjuris.com Inteligencia Jurídica*. Recuperado el 23 de Agosto de 2017, de <https://aldiaargentina.microjuris.com/2017/08/05/las-tecnicas-de-reproduccion-humana-medicamente-asistida-acogida-legislativa-y-dilemas-que-plantean-canet-julia-mazzeo-carina/>
- Comité de Derechos económicos, Sociales y Culturales. (25 de Abril de 2000). El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. *Observación General Número 14*, (pág. 6). Ginebra. Obtenido de <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>
- Comité de Derechos Humanos. (1990). *Observación General N°19, La Familia, 39° período de sesiones*.
- Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas. (1989). *Observación General N°18, No discriminación, 37° período de sesiones*. Recuperado el 1 de Julio de 2017, de <http://www.villaverde.com.ar/es/assets/investigacion/Discriminacion/og-18-cdh-discriminacion.pdf>

Furlan y familiares Vs. Argentina, 12.539 (Corte interamericana de Derechos Humanos 31 de Agosto de 2012).

Herrera, M. (2015). *Manual de Derecho de las Familias*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Herrera, M. (27 de Abril de 2017). *Un proyecto de ley que pretende cerrar el círculo de la regulación de la reproducción asistida*. (T. S. Noticias, Ed.) Recuperado el 20 de Septiembre de 2017, de <http://www.telam.com.ar/notas/201704/187052-reproducción-asistida-proyecto-de-ley-regulación-opinion.html>

Humanium. (2017). *Derecho a la Salud*. Obtenido de <http://www.humanium.org/es/derecho-salud/>

Infobae. (6 de Junio de 2015). A dos años de la ley de fertilización, lo que todavía falta. *Infobae*. Obtenido de <http://www.infobae.com/2015/06/06/1733294-a-dos-anos-la-ley-fertilizacion-lo-que-todavia-falta/>

International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y Organización Mundial de la Salud (OMS). (2017). *Glosario de Terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)*. Obtenido de http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf?ua=1

Nadege Dorzema y Otros Vs. República Dominicana, 12.688 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de Octubre de 2012).

Organización Mundial de la Salud. (2017). *Constitución de la OMS: principios*. Obtenido de <http://www.who.int/about/mission/es>

Organización Mundial de la Salud. (2017). *Salud Reproductiva*. Obtenido de http://www.who.int/topics/reproductive_health/es/

Salvioli, F. (2004). El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. XXXV *Session D'Enseignement*, (págs. 227-303). Strasbourg, France.

Sanchez Rivera, M. (2016). Construcción social de la maternidad: el papel de las mujeres en la sociedad. *Opción*. Recuperado el 30 de Septiembre de 2017, de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=31048483044>> ISSN 1012-1587

Velásquez Rodríguez Vs. Honduras (Corte Interamericana de Derechos Humanos 21 de Julio de 1989).