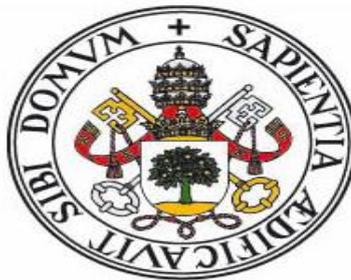


**LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA,  
UNA PROBLEMÁTICA QUE BUSCA EL CONSENSO INTERNACIONAL:**

**Dialogo interjurisdiccional de la CIDH y el TEDH**



---

**Universidad de Valladolid**

Facultad de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la Comunicación

**TRABAJO FIN DE MASTER EN FORMACIÓN JURIDICA ESPECIALIZADA**

**LUZ MARINA DEL ROCIO MIÑO ALONSO**

CURSO 2019/2020

**TUTOR:** CRISTINA GUILARTE MARTÍN-CALERO

SETIEMBRE 2020

## RESUMEN

El presente trabajo tiene por objetivo analizar la actual problemática internacional producto de la utilización de las nuevas técnicas de reproducción humana asistida (TRHA). Buscaremos mostrar como el reconocimiento de los derechos reproductivos y la utilización de las TRHA han generado una laguna normativa y un desbalance internacional concebidos por la falta de una regulación jurídica acorde; determinar si existe un consenso y dialogo internacional en la materia por medio de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos; así como el impacto de sus resoluciones y la adaptación de las legislaciones a los convenios a los que están adheridos los Estados parte.

**PALABRAS CLAVE:** derechos reproductivos, técnicas de reproducción humana asistida, reproducción, fecundación *in vitro*, dialogo interjurisdiccional, filiación, maternidad subrogada, libertad reproductiva, consenso internacional.

## ABSTRACT:

The present work aims to analyze the current international problems resulting from the use of new assisted human reproduction techniques (HRT). We will seek to show how the recognition of reproductive rights and the use of TRHA have generated a normative gap and an international imbalance conceived by the lack of an appropriate legal regulation; determine if there is an international consensus and dialogue on the matter through the judgments of the Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights; as well as the impact of its resolutions and the adaptation of laws to the conventions to which the States parties are adhered.

**KEY WORDS:** reproductive rights, assisted human reproduction techniques, reproduction, in vitro fertilization, interjurisdictional dialogue, filiation, subrogated maternity, reproductive freedom

*A Dios, por sostener mi mano en momentos difíciles.*

*A mi madre, por transmitirme fuerzas cuando no las tenía.*

*A mi maestra y Tutora Cristina, por ser reflejo de pasión y espíritu crítico.*

“Cualquier destino, por largo y complicado que sea, consta en realidad de un solo momento; el momento en que el hombre sabe para siempre quien es” J.L. BORGES

## **ABREVIATURAS**

Art: Artículo

CIDH. Corte Interamericana de Derecho Humanos

FIV: Fecundación In Vitro

LTRHA: Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida

L/O: Ley Orgánica

TRHA: Técnicas de Reproducción Humana Asistida

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

## INDICE

<b>I.INTRODUCCION .....</b>	<b>7</b>
<b>II.ASPECTOS PREVIOS .....</b>	<b>10</b>
1.Derechos reproductivos .....	10
2. Libertad reproductiva .....	19
3. La voluntad como elemento esencial .....	23
<b>III.LAS TRHA (TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA).....</b>	<b>27</b>
1. Historia de las TRHA.....	31
2.Regulación jurídica internacional de las TRHA.....	35
2.1. Regulación de las TRHA en latinoamérica.....	37
2.2. Las TRHA en la legislación europea. La otra cara de la moneda .....	42
3.El acceso a las trha .....	51
3.1. El derecho a conocer los orígenes y el anonimato del donante de gametos ...	54
3.2. La filiación en las TRHA .....	61
3.3. Gestación subrogada.....	67
3.4. Acceso a las TRHA en la salud pública y social.....	74
3.5.Turismo reproductivo. ....	76
<b>III. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS ...</b>	<b>79</b>
1. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.....	82
1.1. Costa Rica: De la legalización al retroceso. ....	83
1.2. Caso Artavia Murillo Vs. Costa Rica. “Más de 10 años de lucha y una sentencia modelo”.....	85

1.3. Las consecuencias del incumplimiento de Costa Rica y la obligación de reparar el daño. 91

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS..... 95

2.1. Evans Vs Reino Unido. La revocación del consentimiento tras la fecundación in vitro pero antes de la implantación. .... 98

2.2. Caso S.H y otros contra Austria: Donación de óvulos y esperma para la fecundación in vitro y su prohibición. .... 103

2.3. Caso Costa y Pavan contra Italia. La prohibición de las pruebas preimplantacionales. .... 107

2.4. La gestación por sustitución. Algunos de los fallos del TEDH en los últimos años, una mirada a su criterio. .... 110

**IV. DIALOGO INTERJURISDICCIONAL DE LOS TRIBUNALES DE DERECHOS HUMANOS. LA BÚSQUEDA DEL CONSENSO Y LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL DE NUESTROS TRIBUNALES..... 115**

**V. CONCLUSION..... 122**

**Bibliografía .....Error! Bookmark not defined.**

## I. INTRODUCCION

Una de las características de la actualidad mundial es el avance y reconocimiento de un sinnúmero de derechos que han sido negados por cientos de años a grupos que eran rechazados y oprimidos. Fueron las revoluciones, levantamientos y campañas realizadas a su favor, las que han conseguido que estos grupos menos favorecidos y discriminados fueran oídos hasta lograr la declaración de varios derechos negados desde épocas remotas, donde los derechos humanos eran privilegio de pocos.

Con el reconocimiento de diversos derechos y bajo el principio de la igualdad para todos, las relaciones familiares y la institución familiar ha sido objeto de grandes y profundos cambios, lo que ha generado diversidad de consecuencias a lo largo de las últimas décadas. Si bien la concepción de familia y la forma de estructurarla ha evolucionado durante nuestra extensa historia, es ahora, cuando se dan esos cambios realmente mayores que se le contraponen como consecuencia de la avalancha de avances sociales, tecnológicos y reconocimientos de derechos, enfrentándose esta institución milenaria, tan cerrada y protegida, a muchos desafíos sociales y jurídicos. Se podría decir que, existe una vuelta de paradigmas con el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos y lo que ello acarrea. Es así que al referimos a las nuevas técnicas de reproducción humana asistida, y, lo que conlleva la utilización de las mismas, como la disociación del acto sexual de la reproducción humana, que se generan nuevos debates y problemas jurídico-legales a lo largo y ancho del mundo.

Son estos debates y diversidad de problemas generados por esta nueva realidad, así como la solución que han venido buscando los organismos internacionales de derechos humanos y los distintos estados lo que vamos a analizar en este trabajo, haciéndonos los siguientes cuestionamientos: ¿Cuáles son los principales desafíos y problemas a los que nos enfrentamos con la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida?; ¿Hasta qué punto deberían ser desarrolladas y aprobadas por los estados las diferentes TRHA? ¿Deben ser de acceso limitado o ilimitado?; ¿Corresponde a los estados garantizar el acceso desde la salud pública y seguridad social?; ¿Cuál es el efecto de las leyes restrictivas y poco tolerantes?; ¿Tienen relevancia e impacto las sentencias de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos? Y por último ¿Existe un verdadero consenso a nivel internacional?

Ya lo expresaba Eleonora Lamm<sup>1</sup> al decir que el derecho condiciona, determina y perfila los caminos a seguir en el ámbito de la bioética y, si bien la legislación es fundamental en este proceso, también conviene resaltar y reconocer que en gran medida la bioética se ha desarrollado siguiendo el impulso de decisiones judiciales. La jurisprudencia de los organismos jurisdiccionales y diferentes tribunales, además de resolver cuestiones determinantes para los que aparentemente no existía una solución legal concreta, han permitido anticipar, guiar, perfilar el camino de las leyes a sancionarse, que, influenciadas por los casos ya resueltos, pueden contar con la postura tomada por estos tribunales, también teniendo en cuenta la interpretación y alcance que le dan a las leyes y principios existentes en cada caso concreto.

Se sabe que las TRHA ponen en tela de juicio patrones históricamente arraigados de la reproducción humana y nacimiento de los hijos. “Se establece de acuerdo con la experiencia a través del coito heterosexual que da lugar a un nuevo ser, heredero cromosómico de ese hombre y esa mujer. Hoy el horizonte se ha ampliado al incluir la creación de un nuevo ser ajeno al coito parental, al mismo tiempo que, formando parte de una familia, hereda la ajenedad que los bancos de espermia y la congelación de óvulos le autorizan<sup>2</sup>”.

Como consecuencia de la aparición y aplicación relativamente frecuente de estas técnicas en todo el mundo y de otras muchas realidades que al derecho le toca tutelar, ciertas disciplinas como la bioética<sup>3</sup> han tomado un importante lugar en la cuestión. El derecho no puede quedar a los pies de tales prácticas. Debe establecer reglas que delimiten aspectos tan sensibles como el acceso y utilización de las TRHA así como la posterior filiación de los niños que lleguen a nacer gracias a la utilización y aplicación de estas técnicas, con todo lo que ello trae aparejado: desde la patria potestad, la responsabilidad parental, la identidad del niño y todo derecho inherente a su personalidad, así como no se deben olvidar los derechos que protegen a las personas que deciden procrear a través de una TRHA.

Dado el desarrollo científico alcanzado en este campo, se utilizan diferentes variantes de las técnicas en la actualidad, sobre las cuales vamos a referirnos posteriormente.

---

<sup>1</sup>Eleonora Lamm; 2008; “La custodia de embriones en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos. A propósito del caso Evans contra el Reino Unido”, Publicado en Revista Catalana de dret públic, núm. 36, 2008, p. 195-220

<sup>2</sup>Giberti, Eva; Barrios, Gloria; Pachuk, Carlos. “*Los hijos de la fertilización asistida*”, Buenos Aires, Sudamericana, 2001, p. 7.

<sup>3</sup>La bioética es el estudio interdisciplinario del conjunto de condiciones que exige una gestión responsable de la vida humana o de la persona en el marco de los rápidos y complejos progresos del saber y de las tecnologías biomédicas.

Pero dentro de ellas podemos mencionar algunas como la inseminación artificial (homóloga, heteróloga e intraperitoneal); fecundación *in vitro* o la maternidad subrogada. En este trabajo se analizan algunas de estas técnicas de reproducción humana asistida, así como los problemas que pueden traer su práctica en ciertos países, tanto para el acceso y para el reconocimiento de las que son realizadas en el extranjero. Asimismo, los pronunciamientos judiciales de algunos Tribunales sobre casos emblemáticos y por último, intentaremos determinar si existe un consenso internacional jurídico en la materia, en su utilización como en su acceso; analizar la interpretación y postura tomada por los tribunales internacionales de derechos humanos sobre estas prácticas y cuál es la posterior reacción de los países a la hora de legislar sobre las mismas.

Pero para empezar este trabajo iremos desmenuzando desde cómo los derechos reproductivos fueron reconocidos y declarados derechos humanos fundamentales, y su posterior agregación a los mismos de las técnicas de reproducción humana asistida como inherentes a los derechos humanos fundamentales para el desarrollo pleno de la personalidad humana. El método utilizado será el de análisis de contenido, en el que mientras nos adentramos en las diferentes legislaciones, sentencias, libros y artículos publicados vamos valorando la evolución de las TRHA y cómo su regulación es un desafío constante para el derecho, para terminar exponiendo mi criterio conclusivo.

## II.ASPECTOS PREVIOS

### 1. DERECHOS REPRODUCTIVOS

Cuando leemos o escuchamos hablar sobre los derechos sexuales y reproductivos, qué ideas se nos viene a la mente ¿La libertad de reproducción, así como la libre utilización de métodos anticonceptivos? Lejos de eso no estamos, pero la realidad es que estos derechos abarcan muchos aspectos de la vida del ser humano y tienen especial relevancia en su desarrollo, aunque no lo creamos. Durante miles de años se ha considerado que las relaciones sexuales y la reproducción vienen unidas de la mano, algo determinado por la naturaleza y para lo cual fuimos creados. Pero realmente, ¿qué entendemos por derechos reproductivos? ¿Son acaso estos derechos fundamentales<sup>4</sup>? ¿Están realmente regulados y protegidos? Y por último, ¿Ciertamente qué cuestiones de la vida abarcan estos derechos?

En un principio de la historia, la mayor preocupación y causa de que sean regulados los derechos sexuales y reproductivos fueron las constantes agresiones y violaciones que sufrían miles de niñas, adolescentes y mujeres, así como las millones de muertes prematuras causadas por complicaciones derivadas de abortos en condiciones de riesgo, embarazos adolescentes debido a relaciones sexuales sin protección, enfermedades venéreas, esto como consecuencia de la falta o nula educación respectiva a edad temprana etc., era imprescindible encontrar la adecuada regulación y protección de las personas especialmente vulnerables; principalmente de mujeres, quienes son, en un gran número, víctimas de estos hechos. Debe tenerse presente que sin la apropiada protección y regulación de los derechos sexuales y reproductivos, se pone en peligro lo más importantes e íntimo de todo individuo, su integridad física y psicológica. Es por ello que estos derechos engloban desde el tener conocimiento total sobre su cuerpo, la capacidad y libertad de tomar decisiones sobre su salud sexual y reproductiva; y, la decisión de reproducirse o no que corresponde a cada individuo.

---

<sup>4</sup>*La doctrina alemana*, precursora de la terminología de derechos fundamentales, la ha mantenido y desarrollado, comprendiendo, en el caso de Häberle, los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos. Desde la perspectiva de *la doctrina española*, García Roca ha resaltado esta divergencia al señalar que "[l]os derechos 'humanos', y con más razón los que además gozan del rango constitucional de 'fundamentales', son uno de los límites más importantes al ejercicio del poder. *La doctrina francesa*, por su parte, asigna a los derechos fundamentales el carácter de 'derechos y libertades constitucionalmente garantizados' y agrega la categoría de las libertades públicas.

Gracias a los esfuerzos de los distintos organismos internacionales, conferencias mundiales y en razón del reconocimiento de los derechos reproductivos, como un derecho fundamental e imprescindible que debe ser tutelado y protegido, por entenderse que forma parte del respeto a la voluntad individual; existe un debate abierto y extenso a partir de los cuales se han definido y regulado a nivel internacional los cimientos que sirven de asiento a estos derechos. Como ya lo expresara Minyersky, el reconocimiento de estos como derechos inseparables de la condición de persona no ha implicado su inmediata incorporación a los derechos fundamentales consagrados en las Constituciones, ni tampoco al catálogo de los demás derechos inherentes a la personalidad, que son enumerados en las normas civiles<sup>5</sup>. Son derechos que indiscutiblemente debieron ser reconocidos, al ser derechos inalienables y vinculados esencialmente a todo ser humano por lo que forman un legítimo interés de respeto a su dignidad.

Siguiendo este camino, no se puede ser obviado que los derechos reproductivos están estrechamente unidos a los derechos sexuales, siendo un tema ampliamente debatido en todo el mundo, pero este es un tema en el cual no nos vamos a detener. El concepto “derechos reproductivos” ha ido evolucionando globalmente, consiguiendo un mayor grado de aceptación y protección en todo el mundo, si bien limitada, estos están regulados y protegidos, teniendo toda persona el derecho a recibir la educación adecuada, decidir libremente tener o no hijos, como a tener acceso a métodos anticonceptivos y a métodos de reproducción humana asistida, siendo reivindicada la reproducción como elección y no como destino. Hoy día podemos decir con propiedad que los derechos sexuales y reproductivos son considerados derechos humanos<sup>6</sup>.

Estos derechos han tomado vital importancia a nivel internacional, por, sobre todo, gracias a las Conferencias sobre Población y Desarrollo, llevadas a cabo en el Cairo, del 5 al 13 de setiembre de 1994<sup>7</sup>, y la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995<sup>8</sup>. Podemos decir que estas Conferencias fueron responsables de dar difusión al tema y

---

<sup>5</sup>Vid. MINYERSKY, NELLY. “Derechos sexuales y reproductivos: el aborto legal y seguro”, en kemelmajer de carlucci, Aída y Pérez Gallardo, Leonardo b. (Coords.). *Nuevos Perfi Les Del Derecho De Familia. Libro Homenaje A La Profesora Dra. OlgaMesa Castillo*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2006, Pp. 139 Y Ss.

<sup>6</sup> Su incorporación al elenco de derechos humanos es relativamente reciente y no totalmente expresa en cuanto a tal denominación; se remonta a la Conferencia de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993, la Conferencia sobre Población y Desarrollo celebrada en El Cairo en 1994 y la Conferencia Internacional sobre la Mujer, realizada en Beijing en 1995.

<sup>7</sup>ONU. Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, el 18 de octubre de 1994, de la reunión celebrada en El Cairo del 5 al 13 de setiembre de 1994. A/CONF.171/13

<sup>8</sup>ONU. Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, de la reunión celebrada en Beijing del 4 a 15 de setiembre de 1995. A/CONF. 177/20/Rev.1,

ser el puntapié para que los Estados comenzaran a velar y respetar estos derechos desde la real importancia que merecen. Actualmente, dentro del sistema universal interamericano y europeo de derechos humanos, existe un real compromiso, conjunto y mayor, de proteger estos derechos, a través de distintas conferencias e instrumentos jurídicos a los que se van adhiriendo la mayoría de los estados.

En el año 2015 la OMS publicó una declaración<sup>9</sup> en la que se condena el maltrato físico, humillación o cualquier tipo de agresión tanto física o verbal contra la mujer, faltar al deber de confidencialidad, todo procedimiento médico coercitivo o no consentido, la negativa a aplicar medicación ante el dolor o la negativa de acceso a centros de salud o cualquier tipo de atención médica requerida, así como cualquier tipo de abandono o maltrato a la mujer después del parto. En esta declaración, se reconoció que estos hechos no solo son violaciones al derecho de las mujeres a una atención respetuosa, sino que esto supone poner en peligro su derecho a la vida, a la salud, a la integridad física y la discrimina.

Según Price<sup>10</sup>, el concepto de derechos reproductivos merece ser completados por la noción de justicia reproductiva que une a los derechos reproductivos con la justicia social y busca convertir los desequilibrios de poder que se originan a partir de dinámicas de género, clase, raza, etnia, discapacidad, etcétera, en un cambio sistémico que posibilite a todos gozar de los recursos sociales, económicos y políticos necesarios para tomar decisiones sobre su cuerpo, sexualidad y familia.

En el programa de acción del CIPD se sostiene 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 que tiene toda pareja e individuo a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos, el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello, así como el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo

---

<sup>9</sup>Declaración de la OMS sobre la “Prevención y erradicación de la falta de respeto y el maltrato durante la atención del parto en centros de salud”; Set. 2014, OMS: WHO/RHR/14.23; disponible en: [https://www.who.int/reproductivehealth/topics/maternal\\_perinatal/statement-childbirth/es/](https://www.who.int/reproductivehealth/topics/maternal_perinatal/statement-childbirth/es/)

<sup>10</sup>PRICE, Kimala, (2010) “Qué es la justicia reproductiva” *HowWomenof Color Activists Are Redefiningthe Pro-ChoiceParadigm*”, *Meridians*, Vol.10, num. 2, 1 de abril, pp 42-65

establecido en los documentos de derechos humanos<sup>11</sup>”. Por su parte, la salud reproductiva es definida 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<sup>12</sup>”.

La Convención Americana de Derechos Humanos<sup>13</sup> reconoce ciertos derechos que tienen particular importancia para la protección de los derechos reproductivos, estos incluyen: i. Protección de la honra y la dignidad, el cual abarca la vida privada y sexualidad (Art. 11); ii. El derecho de buscar, recibir y difundir información (Art. 13); iii Protección familiar, incluye el derecho a casarse y formar una familia, así como el deber del Estado de garantizar la igualdad de derechos y el adecuado balance de responsabilidad entre los cónyuges en el matrimonio (Art. 17); iv. El derecho a la protección y garantías judiciales (Arts. 25 y 8). El Protocolo de San Salvador, fue especialmente notable por su protección del derecho a la salud (Art. 10) y del derecho a la formación y protección de la familia (Art. 15)<sup>14</sup>. Así también, la Convención de Belém do Pará<sup>15</sup> juega un papel clave en la protección de los derechos reproductivos, entre otras razones porque: i; Reconoce la interrelación entre la violencia y la discriminación basadas en el género; ii. Abarca “cualquier acto o conducta, basada en el género, que cause la muerte o daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a las mujeres, sea en la esfera pública o en la privada”.

A su vez, en la CIPD de las Naciones Unidas realizada en El Cairo en 1994, también se habló de la importancia de lograr que las personas estén bien informadas para que puedan

---

<sup>11</sup> Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, El Cairo, 5 al 13 de setiembre de 1994, Párrafo 72. Disponible en: [www.unfpa.org/spanish/icpd/icpd\\_poa.htm](http://www.unfpa.org/spanish/icpd/icpd_poa.htm)

<sup>12</sup>Ibídem, Párrafo 73.

<sup>13</sup> Convención Americana de Derechos humanos, San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969

<sup>14</sup>*El protocolo adicional en materia de derechos económicos, sociales y culturales de la Convención Americana de Derechos Humanos*, entró en vigencia en 1999, constituye el principal instrumento del sistema interamericano sobre la materia. Se fundamenta en el principio de igualdad y no discriminación, y reafirma la visión de integralidad entre los derechos económicos, sociales y culturales, y los derechos civiles y políticos, considerando que todos los derechos inherentes a la persona humana constituyen un “todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana”.

<sup>15</sup>*La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer*, (1994), define la violencia contra las mujeres, establece el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia y destaca a la violencia como una violación de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Propone por primera vez el desarrollo de mecanismos de protección y defensa de los derechos de las mujeres como fundamentales para luchar contra el fenómeno de la violencia contra su integridad física, sexual y psicológica, tanto en el ámbito público como en el privado, y su reivindicación dentro de la sociedad.

tomar decisiones de forma responsable según sus necesidades: “El principio de la libre elección basada en una buena información es indispensable para lograr el éxito a largo plazo de los programas de planificación de la familia<sup>16</sup>”. El acceso a la información es materia vital en los derechos sexuales y reproductivos, ya que sin el adecuado conocimiento sobre los derechos reconocidos y protegidos difícilmente las personas puedan gozar íntegramente de estos derechos, menos aún exigirlos o denunciar su violación ante los organismos correspondientes, por lo que se ha ratificado en todos los instrumentos internacionales la importancia de la información como mecanismo coadyuvante en la protección de los derechos reproductivos.

En el derecho interamericano, la CIDH, considera que los Estados deben suministrar información pública<sup>17</sup> indispensable para que las personas puedan ejercer sus derechos fundamentales o satisfacer sus necesidades básicas, por sobre todo cuando esta información versa sobre los derechos reproductivos y la sexualidad, la falta de acceso a la información, por sobre todo cuando ésta provenga de los Estados, pueden constituir violaciones a los derechos a la integridad personal, vida privada y familiar y a vivir libres de violencia y discriminación.

En resumidas palabras, podemos decir que el acceso a la información contribuye a que las personas puedan tomar decisiones informadas sobre la esfera más personal de todo ser humano, la decisión de tener hijos. La CIDH ha establecido que “la decisión de las parejas de tener hijos, pertenece a la esfera más íntima de su vida privada y familiar”<sup>18</sup>. En esa misma línea, la TEDH sancionó a un Estado parte por no proporcionar la información adecuada sobre los servicios de salud permitidos por la Ley, poniendo particular énfasis en el efecto perjudicial que puede llegar a tener la falta de información en determinados casos, y más en casos de salud sexual y reproductiva<sup>19</sup>. En otro caso, el Tribunal Europeo determinó que el derecho al acceso

---

<sup>16</sup> Naciones Unidas, Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, El Cairo 1994, Programa de Acción, párr. 7.12

<sup>17</sup> Existe un consenso regional de los Estados que integran la Organización de los Estados Americanos sobre la importancia del acceso a la información pública y la necesidad de su protección. Dicho derecho ha sido objeto de resoluciones específicas emitidas por la Asamblea General de la OEA. Véase Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 78. Resolución AG/RES. 1932 (XXXIII-O/03) de 10 de junio de 2003 sobre “Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia”*

<sup>18</sup> Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Gretel Artavia Murillo (Fecundación in Vitro) c. Costa Rica, 29 de julio de 2011.

<sup>19</sup> Corte Europea de Derechos Humanos, *Open Door and DublinWoman V. Ireland*, Sentencia de 29 de octubre de 1992, párr. 77

oportuno a la información respecto de un examen genético prenatal comprende el ámbito de la vida privada, así como el derecho a obtener información disponible sobre su condición<sup>20</sup>.

El derecho a la información en materia reproductiva hace surgir una obligación proactiva u oficiosa a cargo del Estado<sup>21</sup>, quien debe respetar, proteger y cumplir con estas, debiendo asegurarse que no exista una limitación tanto en el acceso a la información sobre los derechos reproductivos como a los servicios relacionados con la salud. Este derecho adquiere un carácter instrumental, asociado a la satisfacción de otros derechos humanos estrechamente ligados con los derechos reproductivos, debiendo incluirse en ellos el fomento de la libre investigación médica y libre acceso a tratamientos en materia reproductiva.

Para Cook<sup>22</sup>, en principio, la información que profesionales de la salud deberían ofrecer comprende: “i. La condición de salud reproductiva actual de la paciente en lo referente a los riesgos de embarazo no planeado, infecciones de transmisión sexual, concepción y nacimiento de un niño afectado por una discapacidad razonablemente previsible e infertilidad; ii. El acceso razonable a los medios médicos, sociales y de otro tipo que responden a las condiciones e intenciones reproductivas del paciente incluyendo las tasas de éxito predecibles, los efectos colaterales y los riesgos de cada opción; iii. Las implicaciones para la salud sexual y reproductiva y para la salud general y el estilo de vida del paciente de declinar cualquiera de las opciones y; iv. Las recomendaciones del proveedor y la justificación que las respalda”.

“La protección constitucional de estos derechos cobra una importancia particular, pues su ejercicio está vinculado a la esfera privada de la vida de las personas, que es en la que suelen ocurrir las afectaciones más frecuentes a los derechos de las mujeres” dice Villanueva Flores<sup>23</sup>. En Latinoamérica, podemos señalar algunos textos constitucionales en los que se refiere a los derechos reproductivos y la salud sexual y reproductiva como por ejemplo: los artículos 36 y 43 de la Carta Ecuatoriana de 1998; la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires de 1996; en las constituciones de Brasil, México, Colombia, Ecuador, Perú y Paraguay, se

---

<sup>20</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, R.R. v. Poland, Aplicación 27617/04, 26 de mayo de 2011, párr. 197.

<sup>21</sup> La CIDH considera que el artículo 2 de la Convención Americana en relación con el acceso a la información en materia reproductiva supone la previsión de mecanismos eficaces, accesibles y transparentes de rendición de cuentas frente al incumplimiento de los Estados de sus obligaciones internacionales frente a esta temática.

<sup>22</sup>COOK, Rebecca; BERNARD J.; M. Dickens y Mahmoud F. Fathalla, Salud Reproductiva y Derechos Humanos, Integración de la medicina, la ética y el derecho, pág. 104

<sup>23</sup>VILLANUEVA FLORES, Rocío. “Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos” Revista IIDH, Tomo 43, año 2006, Pág.391

reconoce el derecho a decidir libremente sobre el número de hijos y su espaciamiento. Como sabemos son muchos los países latinoamericanos que a pesar de haberse suscripto a tratados o convenios internacionales no cumplen con lo dispuesto en estos, siendo incluso sancionados por no cumplir con las obligaciones impuestas en los documentos a los que se encuentran adheridos e incluso desobedeciendo las recomendaciones hechas por la CIDH, por lo que fueron sancionados.

En la Unión Europea, a diferencia de lo que ocurre en América Latina, estos derechos están ampliamente regulados desde hace más de dos décadas y han ido evolucionando de manera progresiva, gracias al alcance de las sentencias de la CEDH y sus diferentes recomendaciones. España es uno de los primeros países de la región que ha reconocido y regulado los derechos sexuales y reproductivos, ha despenalizado el aborto con la LO 9/1985 bajo tres supuestos, con la LO 2/2010 ha modificado los supuestos y regulado la salud sexual y reproductiva y la interrupción voluntaria del embarazo, y con la LO 14/2006 ha regulado sobre las técnicas de reproducción humana asistida. De esa forma, España, con la sanción de la LO 2/2010<sup>24</sup>, en su art. 10 refiere que: “referente a las Actividades Formativas: Los poderes públicos apoyarán a la comunidad educativa en la realización de actividades formativas relacionadas con la educación afectivo sexual, la prevención de infecciones de transmisión sexual y embarazos no deseados, facilitando información adecuada a los padres y las madres”.

Como lo afirma Julia Nogueira Domínguez, más allá de las diferentes restricciones que podamos encontrar, las políticas públicas más eficaces son aquellas que garantizan, no sólo el derecho a decidir de las mujeres y los hombres en cuanto a su reproducción, sino también aquellas que aseguran una educación sexual de calidad y traen mayor seguridad en materia de salud<sup>25</sup>.

Al día de hoy, reproducción y sexualidad se hallan incluidas en una concepción integral de la salud, estos derechos están vinculados e interrelacionados, aunque no se identifican plenamente. Indiscutible es que, la esfera sexual debe considerarse una pieza clave para el desarrollo de la personalidad humana. Forma parte, como tal, de la dignidad de toda

---

<sup>24</sup>*Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.* “Constituye el objeto de la presente Ley Orgánica garantizar los derechos fundamentales en el ámbito la salud sexual y reproductiva, regular las condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo y establecer las correspondientes obligaciones de los poderes públicos”.

<sup>25</sup>NOGUEIRA DOMÍNGUEZ, Julia, (2011); “Análisis de la legislación europea y española sobre salud sexual y reproductiva”; Fundación Alternativas, pág. 19.

persona, pertenece íntimamente a su constitución y ya no de manera secundaria. Todo individuo merece el derecho de vivir plenamente, con total libertad, con el acotamiento normal que establecen las leyes, tomando en cuenta la moral social imperante y con el obstáculo individual que establece cada quien. Los derechos sexuales y reproductivos atribuyen a toda persona una situación jurídica de poder, dándole el control necesario sobre su sexualidad, incluyendo la posibilidad de exigir y obtener información necesaria, educación sobre los cuidados preventivos y el acceso a todo medio necesarios para mantener la salud en esta esfera.

Siguiendo esta línea, podemos decir que las personas tienen el derecho a decidir en sentido positivo o negativo sobre su vida sexual y reproductiva, es decir, pueden disponer sobre la aplicación de medidas de anticoncepción o contracepción, la aplicación de tratamientos seguros para fertilidad, infertilidad, información actualizada sobre medicamentos, tecnologías y tratamientos médicos en materia reproductiva, incluyendo las técnicas de reproducción asistida en cualquiera de sus variantes. El reconocimiento de estos derechos no debe diferenciar sexo, género, raza, aptitud o estado social y económico de ningún tipo. No debe aceptarse discriminación de ningún tipo; estos derechos deben reconocerse a todos por igual, aunque la realidad se encuentre alejada de este ideal

Los tribunales internacionales de derechos humanos han hecho una interpretación amplia del derecho a la vida privada, la cual incluye los derechos sexuales y reproductivos, lo que abarca una serie de factores relacionados con la dignidad humana y como expresión del libre desarrollo de su personalidad. Para Valdés Díaz<sup>26</sup>, “en ella está incluida la decisión de ser o no madre o padre, ya sea de forma genética o biológica, mediante el apareamiento sexual o mediante la aplicación de técnicas de reproducción asistida, desvinculadas del sexo y así fundar una familia. Se incluye también el derecho a disfrutar de los adelantos científicos y tecnológicos, así como adquirir la condición de madre o padre sin que exista vínculo genético con el producto de la concepción a través de una manifestación de voluntad procreacional. Además, la infertilidad es considerada como una discapacidad por los efectos negativos que acarrea a quien la padece. Negar a las personas que la padecen el acceso a técnicas de reproducción humana asistida sería discriminatorio y atentaría contra los postulados de la

---

<sup>26</sup>VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen, (2017), El acceso a algunas técnicas de reproducción humana asistida: "Crónica de una vida anunciada"; Rev. IUS vol. 11n. 39.

Convención Internacional de las Personas con Discapacidad y otros instrumentos internacionales, según ha hecho notar la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

En algunos países, existen asociaciones que se oponen a los derechos sexuales y reproductivos, estas reciben respaldo de determinados sectores a través de la asignación de fondos públicos, lo que permite que organicen sus acciones a escala internacional de forma coordinada. No todos los gobiernos le dan la suficiente importancia a la información y educación de la sexualidad y de los derechos reproductivos, lo que significa incumplir las directrices internacionales; la resistencia a difundir, educar y la marcada estigmatización de quienes participan en ella resulta alarmante y que a menudo esta resistencia se debe a la desinformación sobre el contenido de la educación sexual que impiden que se lleve a cabo una enseñanza informativa e inclusiva para todos.

En el año 2017, el Consejo de Europa<sup>27</sup> advirtió de que los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres corrían peligro debido a que varios de sus miembros habían intentado restringir la legislación sobre el acceso al aborto y la contracepción; que, en un espíritu similar, el Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD) emitieron una declaración conjunta en agosto de 2018 en la que hacían hincapié en que el acceso a un aborto seguro y legal, así como a los servicios y la información conexos, son aspectos fundamentales de la salud reproductiva, e instaban a los países a detener la regresión con respecto a los derechos sexuales y reproductivos. Por ello han considerado que la salud reproductiva y sexual y otros afines son derechos humanos fundamentales y forman parte esencial de la igualdad de género y la autodeterminación y que, por lo tanto, deben incluirse en la estrategia sanitaria de la UE.

Los derechos sexuales y reproductivos, si bien como ya hemos expuesto, se encuentran reconocidos y regulados en sin número de convenciones y tratados internacionales, así como en las Constituciones de los diferentes estados, aún están lejos de igualarse dentro de Europa y América, existiendo más bien una retroceso o involución, considerando que ésta es definida por el Parlamento Europeo<sup>28</sup> como “una resistencia al cambio social progresista, un

---

<sup>27</sup>Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 2017, sobre la igualdad entre mujeres y hombres en la Unión Europea en 2014-2015. Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0073\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0073_ES.html)

<sup>28</sup>Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de febrero de 2019, sobre la involución en el ámbito de los derechos de la mujer y la igualdad de género en la Unión Europea(2018/2684(RSP))

retroceso en los derechos adquiridos o el mantenimiento de un status quo no igualitario, y que resulta especialmente preocupante en materia de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer; que tal resistencia puede ejercerse con independencia del contexto social o la edad, puede ser formal e informal, y puede implicar estrategias activas o pasivas para oponerse a los nuevos avances intentando modificar leyes o políticas que en último término limiten los derechos adquiridos de los ciudadanos; que ello ha ido acompañado de la difusión de noticias falsas y de creencias en estereotipos perjudiciales”. Los estados deben establecer estrategias de salud pública que incluyan la promoción y la mejora de la salud sexual y reproductiva y de los derechos afines.

Todo lo anteriormente expuesto tiene significativa importancia, para así precisar el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida. ¿Deben estas ser consideradas nada más una discapacidad o como parte integrante de los derechos sexuales y reproductivos? Si sólo se consideraran como un tratamiento paliativo a un problema de salud, es claro que únicamente las parejas heterosexuales y las personas solteras aquejadas de tal discapacidad reproductiva, previamente diagnosticadas, podrían utilizarlas. Si las consideramos como integrantes de los derechos sexuales y reproductivos que permiten decidir cuándo y cómo reproducirse, y como parte del derecho a la vida privada y familiar que tiene todo individuo, se debería acceder a ellas independientemente de cualquier patología o diagnóstico, y sin que influya la orientación sexual de las personas que decidan optar por ellas. Es por ello que los estados y los diferentes organismos internacionales deben seguir sumando esfuerzos en el reconocimiento y protección de tales derechos, para que estén debidamente garantizados de manera que todo individuo pueda gozar plenamente de los derechos inherentes a ellos, y así conseguir que el alcance una vida plena basada en el respeto de su dignidad y libertad humana.

## **2.LIBERTAD REPRODUCTIVA**

El reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos, involucra la libre disposición de nuestro cuerpo, como el reconocimiento a toda persona de la libertad de elegir procrear o no, siempre desde el límite del reconocimiento y respeto de la dignidad humana; lo

que implica que todos tenemos el derecho del libre control de nuestra sexualidad y reproducción, sin discriminación, coacción ni violencia, acceder a la información adecuada y a servicios de salud sexual y reproductiva, incluyendo los métodos de contracepción; decidir si quiero tener hijos y cuantos, lo cual incluye poder interrumpir un embarazo no deseado; vivir libre de violencia y prácticas que buscan dominar el cuerpo o la sexualidad; acceder a servicios de planificación familiar como a todas las tecnologías existentes en materia reproductiva. Podemos decir que la libertad reproductiva impulsa interpretaciones nuevas de los derechos y obligaciones de las personas y principalmente de los Estados. Los derechos sexuales y reproductivos, así como la planificación familiar, incluyen libertades y derechos vinculados a muchos de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales ya establecidos<sup>29</sup>.

En la IV Conferencia de la Naciones Unidas sobre la mujer, celebrada en Beijing en 1995, dentro de la Plataforma de Acción, se reconoció que los derechos humanos de las mujeres abarcan todo derecho de libre elección y control sobre su cuerpo y sexualidad, de forma responsable e informada, incluida la salud sexual y reproductiva, libre e independiente de injerencias, discriminación o cualquier tipo de violencia o presión. La noción de “libertad reproductiva” devenida de estas conferencias, va ligada estrechamente con el concepto de salud, definida por la Organización Mundial de la Salud como el estado integral de bienestar físico, mental y social; no es considerada solo como una ausencia de enfermedades o afecciones. Esto está citado en el Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, adoptada en 1946 en Nueva York, donde fue celebrada la Conferencia Sanitaria Internacional del 19 de junio al 22 de julio de 1946, siendo firmada por los representantes de 61 Estados en 22 de julio de 1946, entró en vigor el 7 de abril de 1948<sup>30</sup>.

Con la realización de estas conferencias y con la actual definición de salud reproductiva, se puso énfasis a la libertad reproductiva refiriendo que: “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, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva tácitamente adherido el derecho del hombre y de la mujer a obtener información y planificación de la familia de su elección, así como otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el

---

<sup>29</sup>YAMIN, A. E.; (2005);“Learningto dance: Advancingwomen’sreproductivehealth and well-beingfromtheperspectivesofpublichealth and human rights”, Harvard UniversityPress, Cambridge.

<sup>30</sup>OfficialRecords, Organización Mundial de la Salud, N° 2, p. 100

derecho a recibir servicios adecuados de atención a la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgo, y ofrezcan a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos”, se señala también en estos textos 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 textos redactados por las Naciones Unidas y que fueron aprobados por consenso. Estos derechos se asientan 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 el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos. En el ejercicio de este derecho, las parejas y los individuos deben tener en cuenta las necesidades de los hijos nacidos y futuros y sus obligaciones con la comunidad. La promoción del ejercicio responsable de esos derechos de todos debe ser la base primordial de las políticas y programas estatales y comunitarios en la esfera de la salud reproductiva, incluida la planificación de la familia<sup>31</sup>”.

La OMS sostiene que garantizar el acceso libre de todas las personas a métodos anticonceptivos que sean de su preferencia refuerza y reivindica varios derechos humanos, incluidos el derecho a la vida y a la libertad (libertad de elección, opinión y expresión)<sup>32</sup>. Según los recientes datos publicados por este Organismo Internacional, se calcula que en el año 2019 había 1900 de mujeres en edad reproductiva (15 y 49 años) en el mundo, de las cuales 1112 necesitaban planificación familiar y que solo 842 millones utilizaban métodos anticonceptivos, siendo desatendidas las necesidades de 270 millones de mujeres en dicha materia.

Los informes del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer (CEDAW), también se han centrado bastante en el tema de la libertad reproductiva; es así que, en la Recomendación General N°35 publicada en el 2017, sobre la violencia por razón de género contra la mujer y por la que se actualiza la recomendación N°19, se establece entre los alcances de la recomendación, específicamente en el apartado 18, lo siguiente: “Las violaciones de la salud y los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, como la esterilización forzada, el

---

<sup>31</sup> Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de El Cairo, Párrafo 7.2. Disponible en [http://www.unpfa.org/spanish/icpd/icpd\\_poc.htm](http://www.unpfa.org/spanish/icpd/icpd_poc.htm)

<sup>32</sup> Importancia de la planificación familiar, Family-planning-contraception; 22 de junio de 2020 disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/family-planning-contraception>

aborto forzado, el embarazo forzado, la tipificación como delito del aborto, la denegación o la postergación del aborto sin riesgo y la atención posterior al aborto, la continuación forzada del embarazo y el abuso y el maltrato de las mujeres y las niñas que buscan información sobre salud, bienes y servicios sexuales y reproductivos, son formas de violencia por razón de género que, según las circunstancias, pueden constituir tortura o trato cruel, inhumano o degradante<sup>33</sup>”.

Y como lo dice Gómez Sánchez<sup>34</sup>, “los límites tienen mayor relevancia, cuando se habla de derechos limitados se está haciendo relación principalmente a los llamados derechos de libertad, es decir, aquellos derechos que permiten actuar al sujeto en un ámbito de *agere licere*, y es precisamente ese ámbito de autonomía el que, en determinados casos, puede verse recortado o circunscrito para la tutela de otros derechos, bienes y valores”. Siguiendo esa línea, Crevillén Pablo<sup>35</sup> nos habla de la existencia de dos tipos de libertades, la positiva y la negativa; sostiene que se habla de: “libertad positiva, cuando se trata de la decisión de un individuo o pareja de reproducirse y de libertad negativa cuando la decisión es la contraria. Estas dos vertientes de la libertad reproductiva han venido a complicarse con el desarrollo de diversas técnicas médicas de reproducción desarrolladas en el último tercio del siglo XX. Todo ello permite incluir dentro del concepto que nos ocupa, la decisión de tener hijos o no, con quién y por qué medios, la de cuándo tenerlos y cuántos hijos tener”.

Esta llamada “libertad reproductiva” va asociadas a la autonomía personal y al ejercicio de todo tipo de derechos sexuales y reproductivos como bien lo referíamos antes, incluida la decisión de utilizar cualquier medio o técnica para dicho efecto.

La libertad reproductiva, debe entenderse entonces, como una manifestación del libre desarrollo de la personalidad y de la libertad, como principal fundamento del consentimiento. Actualmente, como ya lo habíamos expresado, podemos considerar que dentro de los derechos sexuales y reproductivos se incluyen los derechos de toda persona a: vivir y tener control sobre su cuerpo y sexualidad, teniendo por base los principios de autonomía,

---

<sup>33</sup> Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, comunicación núm. 22/2009, L. C. c. el Perú, dictamen aprobado el 17 de octubre de 2011, párr. 8.18; y Comité de Derechos Humanos, comunicaciones núm. 2324/2013, Mellet c. Irlanda, dictamen aprobado el 31 de marzo de 2016, párr. 7.4, y núm. 2425/2014, Whelan c. Irlanda, dictamen aprobado el 17 de marzo de 2017. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405.pdf>

<sup>34</sup> GÓMEZ SÁNCHEZ, (1994). “El derecho a la reproducción humana”; Editorial Marcial Pons y Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Madrid

<sup>35</sup> Crevillén Verdet, Pablo; (2017), “LA LIBERTAD REPRODUCTIVA EN EL DERECHO ESPAÑOL Y COMPARADO, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; Madrid; ISBN: 978-84-259-1739-4

igualdad y diversidad, así como la integridad corporal y por supuesto la libertad reproductiva. Aunque debemos admitir que la realidad se ve un poco alejada de estas afirmaciones, en cuanto a que muchos países aún no han aceptado el aborto como tampoco la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida y siguen realizando campañas de esterilización en colectivos vulnerables como método de control de la población.

Teniendo esto como base podríamos hacernos otros cuestionamientos, entonces: ¿De qué tipo de libertad reproductiva hablamos o gozamos como individuos? ¿Hasta qué punto se nos permite decidir ser o no padres? ¿Realmente los estados respetan los tratados internacionales o cumplen con los convenios a los cuales se adhieren o solamente ven estos acontecimientos como una forma de ser “aceptados” a nivel internacional?

La realidad es que los estados dictan leyes que excesivamente restrictivas o discriminatorias, incluso imponen un límite a la libertad reproductiva, siendo ese límite mucho mayor en algunos países; un ejemplo claro de ello es que muchas veces se exige la obtención del consentimiento del esposo, pareja o un tercero para que una mujer pueda acceder a un tratamiento médico referente a su salud reproductiva; ya sea para la realización de una técnica de reproducción humana asistida, aborto o para la aplicación de un método de contracepción. Estos límites o situación discriminatoria ignora la libertad y capacidad de decisión de los individuos, en ocasiones vulnerando otros derechos fundamentales, omitiendo así la ponderación que debería hacerse de los mismos, y obviamente ignorando totalmente las recomendaciones y convenios internacionales de derechos humanos a los que están adheridos, lo que conduce a las diferentes demandas ante los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos y es esto también lo que iremos observando a lo largo del trabajo.

### 3. LA VOLUNTAD COMO ELEMENTO ESENCIAL

Como advertimos anteriormente, los derechos reproductivos abarcan otros derechos que deben ser regulados y protegidos para que toda persona en edad reproductiva pueda decidir libremente si desea o no procrear. Además de contar con el conocimiento adecuado; y, recibir la protección y reconocimiento de tales derechos, existe un elemento esencial y determinante en cuanto a reproducción, diríamos que el más importante en el proceso reproductivo además de la libertad de decisión a la hora de reproducirse, este elemento es el

volitivo, la voluntad, voluntad de reproducirse, de procrear, de convertirse en padre o madre, voluntad sin la cual la paternidad o maternidad no debería existir.

Tomar la decisión de procrear, ser madre o padre, es una forma de reivindicar el derecho a la libertad y al libre desarrollo de la personalidad, una forma de exteriorizarlos. Con ella se reconoce la total autodeterminación de toda persona, que para el efecto debería poder elegir libremente las vías admitidas por la ley para hacerlo (ya sea de manera natural, mediante una de las TRHA, o por vía de la adopción).

La palabra volitivo<sup>36</sup> proviene del latín y su traducción está directamente relacionada con el verbo «querer». La RAE afirma que el elemento volitivo está relacionado con los actos y fenómenos de la voluntad. La voluntad, por su parte, es la potestad de decidir y establecer la conducta propia. Por lo que, esta aparece vinculada al libre albedrío y a la libre determinación. Una conducta volitiva refleja la concreción de los pensamientos más profundos de una persona en actos, por lo que supone la libre elección de seguir o rechazar una inclinación, en una decisión donde interviene la razón.

Hoy día lo que tiene real importancia a la hora de procrear o no, es el elemento volitivo; la decisión y voluntad de querer serlo. La forma más simple y pura de reivindicar nuestra libertad, es tomar esta decisión, hacer uso de ella y de la cual deberíamos gozar todos los seres humanos. La voluntad, considerada como elemento esencial, la cual debe ser respetada y protegida. En la Conferencia Mundial sobre la Mujer, que se celebró en 1995 en Beijing, se determinó que los derechos reproductivos incluyen el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia<sup>37</sup>. El reconocimiento social de la autonomía personal de las personas y especialmente el de las mujeres, ha tenido especial relevancia en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 20 de marzo del 2007, en el caso *Tysiac vs Polonia*, en el que se hace referencia de la necesaria protección

---

<sup>36</sup>RAE: Del lat. mediev. *volitivus*, der. de *volitio, onis* 'volición', adj. Perteneciente o relativo a la voluntad.

<sup>37</sup>El párrafo 95 de la Conferencia Mundial de la Mujer en Beijing señala: "...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, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos".

jurídica de la mujer embarazada; así como en la resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, sobre el acceso libre, voluntario e informado al aborto sin riesgo legal en Europa.

Los citados instrumentos jurídicos internacionales han servido de guía a cuantiosos estados para que pudieran modificar sus leyes o sancionar nuevas, gracias al creciente consenso internacional existente en la materia, sobre salud sexual y reproductiva, previendo todas las acciones y medidas educativas como sanitarias que permitan un acceso libre, informado y por sobre todo voluntario. Ejemplo de ello es la LO 2/2010 del 3 de marzo<sup>38</sup>, sobre salud sexual y reproductiva y de interrupción del Embarazo dictada por España, cuyo objeto principal y dispuesto en el artículo 1 refiere que: “Constituye el objeto de la presente Ley Orgánica garantizar los derechos fundamentales en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, regular las condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo y establecer las correspondientes obligaciones de los poderes públicos”.

La doctrina tiene una marcada inclinación hacia el elemento volitivo, se sostiene que si bien en general, en lo referente a las técnicas de reproducción humana asistida, estas son utilizadas por personas que desean tener un hijo genéticamente propio, no es este elemento genético lo determinante en la filiación, sino que lo realmente importante y concluyente es el elemento volitivo, el deseo y verdadera intención personal de ser padre o madre. Con las TRHA se ha cambiado la teoría de verdad biológica y por la teoría de la verdad voluntaria, ese deseo e intención derivas del elemento volitivo.

Los constantes cambios que vivimos en la actualidad en cuanto a avances médicos y tecnológicos obligan al mundo a ir ajustando y actualizando constantemente las legislaciones para que vayan a la par de todos estos cambios y prevean la protección de todas las áreas posibles; es por ello que los estados miembros de la Organización de las Naciones unidas han aprobado una Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible<sup>39</sup>, en esta agenda existen varios compromisos para lograr objetivos de distintas índoles y entre las que se pone énfasis a los derechos reproductivos y la importancia de la voluntad individual. En ella se dispone, “objetivo 3: lograr una vida sana y el bienestar de todos los seres humanos a todas las edades,

---

<sup>38</sup>Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo; publicado en BOE, núm. 55, 04/03/2010 disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2010/03/03/2/con>

<sup>39</sup> ONU, Agenda 2030 para el desarrollo sostenible, resolución aprobada por la Asamblea General del 25 de setiembre del 2015; Disponible en: <https://undocs.org/sp/A/RES/70/1>

disponiéndose como meta 3.7 garantizar el acceso universal a los servicios de salud sexual y reproductiva, incluidos los de planificación familiar, información y educación, y la integración de la salud reproductiva en las estrategias y los programas nacionales, el objetivo 5: lograr de la igualdad de género y empoderamiento de todas las mujeres y niñas, entre lo que se dispuso como meta 5.6 asegurar el acceso universal a la salud sexual y reproductiva y los derechos reproductivos según lo acordado de conformidad con el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, la Plataforma de Acción de Beijing y los documentos finales de sus conferencias de examen”.

El Parlamento Europeo, en su informe sobre la salud sexual y reproductiva y los derechos afines 2013/2040 dictado el 26 de setiembre del 2013<sup>40</sup>, ha dado un importante avance con sus disposiciones, en las que considera que: “las mujeres y los hombres, independientemente de su edad, género, raza, etnia, clase, casta, afiliación religiosa, estado civil, ocupación, discapacidad, condición en cuanto al VIH (o ITS), origen nacional, condición de inmigrante, idioma, orientación e identidad sexuales, tienen derecho a tomar decisiones responsables y con conocimiento de causa en lo que respecta a su salud sexual y reproductiva, y disponer de todos los medios y posibilidades para ello”, también hace hincapié en que dentro de la UE y, si procede, en su política externa: “se garantice la modificación, aprobación o derogación de leyes y políticas para respetar y proteger la salud sexual y reproductiva y derechos afines y permitir a todos los individuos ejercerlos sin discriminación de ningún tipo”. “Subraya que las opciones reproductivas y los servicios de fertilidad deben ofrecerse dentro de un marco no discriminatorio y pide a los Estados miembros que también garanticen el acceso a los tratamientos de fertilidad y a la asistencia médica para la procreación en el caso de mujeres solteras y lesbianas”.

El consentimiento y la voluntad constituyen un principio ético de respeto a la autonomía de las personas que requiere que éstas comprendan las diferentes opciones de tratamiento entre las cuales se puede elegir<sup>41</sup>. Y es por ello que, los derechos sexuales y reproductivos, son importantes y necesariamente deben abarcar todos los aspectos a los que nos

---

<sup>40</sup>Parlamento Europeo; Informe A7-0306/2013, sobre “Salud sexual y reproductiva y derechos afines”; 26/09/2013; Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género; disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2013-0306+0+DOC+XML+V0//ES>

<sup>41</sup> B.M. Dickens, R.J Cook;(2004) “Dimensionsofinformedconsenttotreatment, Ethical and legal issues in reproductivehealth”; International JournalofGynecology&Obstetrics 85 págs. 309-314

hemos referido anteriormente, ya que estos constituyen el pilar para lograr el goce y disfrute de una vida plena y libre. La reivindicación creciente de la libertad y la voluntad, los tantos cambios sociales, la evolución de la legislación y de las tecnologías en materia reproductiva, así como los nuevos modelos de familia, traen como consecuencia una desestabilización del antiguo modelo tradicional. La identificación entre pareja progenitora, pareja conyugal y parental es contrastada por otras realidades como las familias homoparentales, monoparentales por elección o reconstituidas, estas derivan del resultado, entre otros factores, de disociar sexualidad de reproducción, indisolubilidad del matrimonio de divorcio, y del pleno disfrute de la libertad y voluntad procreacional que es garantizada a través de los derechos reproductivos, que son universales, exigibles, inalienables e inherentes a todo ser humano, implican una responsabilidad para las personas y para los estados que deben incluirlos como base de sus políticas públicas y de desarrollo.

Podemos afirmar entonces, que, el derecho a procrear y por principalmente la filiación procedida de esta devienen cada vez más autónomos como orientados sobre la voluntad individual, pero no debe olvidarse que estos derechos derivados del reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos, y de su libre disposición deben ser ejercidos de manera madura y responsable, porque la libertad y voluntad procreacional tienen un límite natural, el cual nace de la práctica y disfrute de todos esos derechos, este límite es la procreación de nuevos seres humanos.

### **III. LAS TRHA (TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA)**

Como hemos expresado, para tener un desarrollo libre e íntegro de la personalidad individual, se debe gozar de los derechos sexuales y reproductivos, ya que estos forman parte de los elementos esenciales vinculados a la integridad física, moral, intimidad personal y familiar. Internacionalmente se ha reconocido que un concepto amplio de derechos reproductivos abarca mucho más de los que se refieren a la maternidad, la anticoncepción y la prevención de enfermedades de transmisión sexual, generalmente partimos de la idea de que estos derechos se ejercen de manera voluntaria y se los ubica en la esfera más íntima y privada de todo ser humano, sin la mínima interferencia de terceros; pero esto no siempre es así, ya que en la actualidad con el avance de la tecnología y el creciente cambio sociocultural y jurídico

dado con el reconocimiento y protección de los derechos reproductivos y sexuales, la creciente infertilidad de las personas, derivó a que se buscara una solución a dicho problema.

Para entender lo que abarcan estos términos, debemos diferenciarlos, la esterilidad es considerada como la imposibilidad de lograr la fecundación y el embarazo, también es llamada esterilidad absoluta; en cambio, la infertilidad se refiere más bien a la posibilidad de una fecundación y gestación, pero los fetos no logran viabilidad. La infertilidad es sinónimo de esterilidad relativa. “La federación Internacional de Ginecología y Obstetricia (FIGO), la Sociedad Europea de Embriología y Reproducción Humana (ESHRE) y la Organización Mundial de la Salud (OMS) no consideran estéril a la pareja hasta que no hayan transcurrido, sin éxito, 2 años de relaciones sexuales regulares con finalidad reproductora”<sup>42</sup>. En la actualidad el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española los considera como sinónimos<sup>43</sup>.

Fernando Zegers-Hochschild<sup>44</sup>., quien ha sido el impulsor de definir por primera vez la infertilidad como una enfermedad por la OMS, refiere que fueron básicamente dos los objetivos para buscar que se reconociera la infertilidad como una enfermedad. “El primero, que los países, sobre todo los países de América, la reconocieran y la incluyeran en sus agendas de salud, y así las personas tuvieran el acceso a procedimientos de reproducción asistida por tratarse de una enfermedad; segundo, la infertilidad sí es una condición que puede generar pérdida de la identidad de género; disminución sistemática de la autoestima; inestabilidad familiar y matrimonial; asilamiento social y deterioro del estatus social; ostracismo y abuso — sobre todo en comunidades rurales—; ansiedad y depresión”. Tras esto, fue definida por la OMS como: “Una enfermedad, y es un derecho fundamental conseguir la terapia para una enfermedad, así como la curación de un estado de variación anatómica o fisiológica no reversible”, quienes consideran que todas las personas infértiles o estériles tienen derecho a buscar el tratamiento médico disponible en medicina reproductiva y recibirlo sin discriminación alguna.

Actualmente, se sostiene que la infertilidad, como enfermedad, tiene numerosos efectos y consecuencias negativas en las personas que la padecen, principalmente en su salud

---

<sup>42</sup>ÁLVAREZ PLAZA, Consuelo. (2011). Reproducción Humana Asistida. Enfermería de la Mujer, Editorial: Editorial Universitaria Ramón Areces

<sup>43</sup> diccionario RAE: <https://dle.rae.es/esterilidad#7K3XxwI>

<sup>44</sup>ZEGERS-HOCHSCHILD, Fernando; (2015) ponencia “Algunos fundamentos biológicos de la reproducción humana y sus implicancias en el derecho a fundar una familia. (El caso de Costa Rica)”, coloquio “Debates Contemporáneos en Derechos Reproductivos”, 3 de junio, Instituto para la Ciencia, Ética e Innovación-Universidad de Manchester, Reino Unido, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

física y psicológica, lo que inevitablemente trae aparejadas secuelas negativas en la vida personal, social, laboral y familiar. Por lo que posteriormente la comunidad internacional ha buscado que la misma sea aceptada como una enfermedad, debiendo ser tratada como tal, es por ello que toda persona debe tener el acceso a todo tipo de información, la que debe ser suficiente y adecuada, así como tener la posibilidad de acceder a los tratamientos existentes para tratarla. En el Consenso de Montevideo sobre Población y Desarrollo, celebrado en el 2013, se constató el poco avance en la meta propuesta de acceso universal a la salud sexual y reproductiva, y en razón de ello se planteó que el acceso efectivo de toda persona, especialmente las mujeres, en el proceso reproductivo debe incluir una atención integral de la salud, tratamiento a la infertilidad y la garantía del acceso universal a las técnicas de reproducción humana asistida<sup>45</sup>. Como veremos más adelante, han sido varios los países europeos y americanos los que han introducido en sus legislaciones y por ende, en sus sistemas de salud pública, el acceso a tratamientos de reproducción humana asistida a parejas que sufren de algún tipo de infertilidad. Entre ellos podemos poner como ejemplo, en América, a Argentina y Uruguay, en Europa los ejemplos más claros son España e Italia, pero de esto nos ocuparemos en los siguientes apartados.

A la reproducción humana asistida, desde la definición dada por la RAE<sup>46</sup>, se la considera como “el conjunto de técnicas médicas que favorecen la fecundación en los distintos casos de impedimentos fisiológicos del varón o de la mujer”; tal es así, que se puede comprender que las técnicas de reproducción humana asistida no son simplemente un tratamiento para la infertilidad o esterilidad, las cuales no tienen cura, ya que aún no es posible derivar a una fertilidad natural de las personas. Las TRHA lo que en realidad ofrecen es un medio, por el cual, es posible con la manipulación de los espermatozoides, óvulos y embriones, logran que sea logre la fecundación y gestación, lo que no sería posible de manera natural. Es así, que hoy en día, con el avance científico de la medicina y biología, se puede prescindir del acto sexual entre un hombre y una mujer para crear una nueva vida humana; es dentro de un laboratorio, que se crea vida, con la manipulación biomédica, de material germinal o biológico, y respecto de los cuales hay posiciones muy diversas desde las diferentes religiones, en las

---

<sup>45</sup> Conferencia Regional sobre Población y Desarrollo de América Latina y el Caribe, 2013

<sup>46</sup> Diccionario RAE: <https://dle.rae.es/reproducci%C3%B3n>

diferentes sociedades y en el mundo científico; muchos de los debates respecto de estas técnicas están teñidos por posiciones emocionales<sup>47</sup>.

Entonces, podemos decir que las técnicas de reproducción humana asistida o la “tecnología de reproducción humana asistida” abarca una amplia variedad de técnicas y métodos diseñados principalmente para ayudar a las personas que no pueden concebir sin asistencia médica. El término tecnología de reproducción asistida, acuñada por la Asociación Médica Mundial, incluye técnicas como la fecundación in vitro (FIV) y la inyección intracitoplásmica de espermatozoides (ICSI), incluyendo en este término todos los tratamientos con manipulación médica o científica de gametos y embriones humanos para producir un embarazo. (Aunque algunas legislaciones han atribuido a la inseminación artificial, la utilización de semen de un donante anónimo de la pareja del paciente, muchos de los problemas sobre la regulación relacionada con la obtención, almacenamiento, uso y eliminación de gametos y embriones, los cuales están interrelacionados estrechamente)<sup>48</sup>.

Dentro de las TRHA encontramos diferentes tipos de tratamientos que pueden ser realizados, estas técnicas o tratamientos pueden ser aplicadas de acuerdo al grado o tipo de dificultad para procrear que tengan los individuos que la padecen, y entre ellas están, por ejemplo, la inducción de la ovulación, inseminación artificial, fecundación in vitro, inyección intracitoplásmica, transferencia de embriones, diagnóstico genético preimplantacional o selección embrionaria, trasplante de tejido ovárico, donación de gametos, subrogación de útero, lavado de semen; en parejas de mujeres una variable es el método ROPA, o “Recepción de Óvulos de la Pareja”, mediante una FIV por la que una de las mujeres aporta los óvulos y la otra gesta el embrión procedente del óvulo de su pareja y el espermatozoides de un donante; la generación de bebés compatibles para el tratamiento de sus hermanos; la obtención de células troncales para clonación o embriones para investigación, y un sinnúmero de posibilidades a las cuales posiblemente en un futuro no muy lejano se le sumen los nuevos tratamientos que se vayan desarrollando en la biomedicina.

---

<sup>47</sup> LUNA, Florencia; (2008); “Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina”. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, (Vol. 4) Costa Rica: Editorama S.A., ISBN 978-9968-917-80-3

<sup>48</sup>Resolución de la Asociación Médica Mundial sobre Tecnologías Reproducción Asistida. Adoptada por la 57a. Asamblea General de la AMM, Pilanesberg, Sudáfrica, octubre 2006, disponible en:<https://www.wma.net/es/policias-post/resolucion-de-la-amm-sobrelas-tecnologias-de-reproduccion-asistida/>

Como podemos notar, la variedad de técnicas de reproducción humana asistida es de por sí amplia, y como ya decíamos, se podría afirmar sin temor que en un futuro no muy lejano esta lista será aún más extensa. Entre las técnicas citadas algunas aún no son aceptadas e incluso su práctica está prohibida y sancionada por varios países; ya sea por el impacto social que causan o bien por las discordancias morales que conllevan su práctica, no existe un real consenso entre los estados quienes con diferentes leyes regulan el acceso y practica de las mismas.

En lo relativo a la utilización y demanda de estas técnicas, estas no son solicitadas únicamente por parejas estériles o son vistas como un tipo de remedio alternativo a una patología médica cuando los tratamientos o fármacos no han logrado solucionar las causas de infertilidad, sino que éstas se han abierto a otros colectivos, personas que en condiciones consideradas normales o en una relación “heterosexual” podrían concebir sin problemas. Es así que, en la actualidad, existen parejas que desean almacenar sus embriones para gestarlos más adelante (por ejemplo, tras la curación de un cáncer), cuando tengan una situación económica más favorable o simplemente consideren que sea el momento oportuno de hacerlo; también muchas mujeres y hombres, sin pareja, desean tener un hijo obviando la necesidad de recurrir al matrimonio o a esperar a tener una pareja estable para concebir; parejas homosexuales de uno u otro sexo; parejas o mujeres solas que temen el riesgo de transmitir ciertas enfermedades genéticas en su hijo, en fin, con los cambios sociales el abanico de posibilidades va en aumento.

Pero como ya veremos estos diferentes métodos y técnicas de reproducción humana asistida se topan constantemente con un sinfín de inconvenientes y barreras, estas, dependiendo del país en el que las personas interesadas deseen realizarlas, algo con lo que los organismos internacionales, estados y diferentes organizaciones vienen luchando a lo largo de la historia.

## **1. Historia de las TRHA**

Desde el inicio de la vida humana, ha existido la necesidad de satisfacer los instintos básicos de conservar la vida y la de continuar con la especie, es así que se tiene conocimiento de la preocupación de nuestros antepasados por la fecundidad, la cual ha sido exteriorizada o mejor dicho expresada de diversas formas a lo largo de los siglos de la humanidad. Buscando sobre el origen de las técnicas de reproducción humana asistida, se citan experimentos médicos

e intentos de inseminación asistida en épocas impensables, siendo practicadas estas técnicas primeramente en animales, pero cuando realmente se comenzó a practicar y aplicar este procedimiento en seres humanos fue en los años 70.

En el mundo bíblico la fecundidad era considerada como una necesidad existencial, y la esterilidad como una desgracia o maldición, tanto para hombres como para mujeres. Los conocimientos sobre la formación de los embriones eran intuitivos y empíricos, pasaban por la observación de la naturaleza. En 1862 el francés Louis Pasteur refuta la teoría de la generación espontánea de la vida, demostrando que en la descomposición de los alimentos intervienen levaduras no generadas por los alimentos, sino procedentes de otras levaduras. Ese año, el alemán Rudolf Virchow realizó ciertos estudios que le permitieron afirmar su famosa frase “Omniscellula e cellula” (Toda célula procede de otra célula, ya existente). En 1865, Gregor Mendel descubre las “partículas heredables”, que hoy denominamos genes, que son las características transferidas de los padres. En 1910 se identifican los cromosomas como las estructuras celulares donde están ubicados los genes, pero seguía sin conocerse la naturaleza molecular de esos genes. En 1944 la genética molecular estudia la estructura y función de los genes, descubriendo los ácidos nucleicos (ADN y ARN), y revela que la función de un gen es codificar una proteína. En 1953, Watson y Crick reciben el Premio Nobel por su descubrimiento de la estructura de doble hélice del ADN formada por nucleótidos<sup>49</sup>.

Con todos esos avances en la biomedicina, fue posible que, en el año 1973, el equipo de Monashen, consiguiera con una TRHA el primer embarazo mediante la técnica de fecundación in vitro, aunque la gestación sólo duró unas pocas semanas; fueron necesarios más de 10 años de investigación y de muchos errores para que Patrick Steptoe (ginecólogo) y Robert Edwards (fisiólogo) desarrollaran la técnica de fecundación in vitro. Fue así que en 1978, específicamente el 25 de julio, en Oldham, Inglaterra, con el nacimiento de Louise Brown (la primer bebé probeta), que se lograría abrir un nuevo camino en el tratamiento de la esterilidad, algo que hasta el momento era impensado; la concepción de Louise se produjo nueve meses antes, mediante la técnica de fecundación in vitro; donde Steptoe y Edwards, extrajeron un óvulo de su madre y lo cultivaron junto a un espermatozoide en una placa de laboratorio, entonces, se produjo la unión de ambos gametos y, dos días y medio después, el óvulo

---

<sup>49</sup>GÓMEZ SEGUÍ, Ana; NAVARRO SARRÍAS, José Ángel; (2017).”Las técnicas de reproducción humana asistida y su regulación legislativa española”.Publicado en THERAPEÍA 9,estudios y propuestas en ciencias de la salud, 75-96, ISSN: 1889-6111.

fecundado se había formado el blastómero que fue implantado en el útero materno, dando comienzo al embarazo que llegó a término y dio vida a Louise. La FIV, mediante la gestación de un embrión obtenido fuera del cuerpo de una mujer, marcó posiblemente un hito en la historia de la humanidad, donde por primera vez se pudo separar el acto sexual de la reproducción.

La repercusión y éxito que tuvo el nacimiento de Louise, con la FIV, dio impulso a las actuales técnicas de reproducción humana asistida, con este hito técnico y científico, otros países iniciaron rápidamente su implementación para intentar solucionar problemas de fertilidad. En Junio de 1980, el grupo de la Universidad de Melbourne, bajo la dirección de Ian Johnston, logró el nacimiento de Candice Reed, así en California EEUU fue concebido un niño por medio de la donación ovocitaria, Elizabeth Jordan Carr nació en 1984, convirtiéndose en el primer embarazo logrado en América gracias a la fecundación in vitro; así también en Italia, en 1994, una mujer de 62 años tuvo un hijo gracias a un óvulo donado, el cual fue fecundado con el espermatozoide de su esposo; España se sumó en 1984 con el nacimiento de Victoria Ana Perea, y en cuanto a los países latinoamericanos, Chile fue el cuarto en el mundo que consiguió este avance<sup>50</sup>.

Según la resolución de la AMM<sup>51</sup>, desde el nacimiento del primer bebé probeta en 1978 hasta el 2016, más de un millón y medio de niños habían nacido en el mundo con el tratamiento de fecundación in vitro; actualmente, esas cifras se han casi triplicado, estimándose que en la actualidad unos ocho millones de seres humanos han nacido mediante algún tipo de reproducción humana asistida. Estados Unidos es considerado el país con mayor número de tratamientos, según los registros. En cuanto a donación de óvulos, conforme a los registros, el primer embarazo logrado esta técnica, tuvo lugar en 1983<sup>52</sup>; en cuanto a la primera donación de semen, que se hizo en 1884, la “criopreservación” fue posible en 1953, pero no fue hasta 1986 cuando por primera vez se produjo un embarazo con óvulo criopreservado<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> COSTOYA AA, SCHMITT YJM, Rey GM, Dujoune CS, Sánchez UMI, Godan MA, et al. (1984); “Embarazo obtenido por fertilización “in vitro” y transferencia embrionaria”. *RevChilObstetGinecolRevChilObstet Ginecol*;49(3):206-16

<sup>51</sup>Asociación Médica Mundial; es la Confederación Internacional e Independiente de Asociaciones Profesionales de Médicos, representándolos en todo el mundo. La AMM fue formalmente establecida el 18 de septiembre de 1947 y agrupa a 112 Asociaciones Médicas Nacionales y a más de 10 millones de médicos.

<sup>52</sup> BUSTER JE, Bustillo M, Thorneycroft I, Simon JA, Boyers SP, et al. Nonsurgical transfer of in vivo fertilised donated ova to five infertile women: report of two pregnancies. *Lancet* 1983;2(8343):223-4

<sup>53</sup> CHEN C. Pregnancy after human oocyte cryopreservation. *Lancet* 1986;1(8486):884-6.

En España se reportó en el año 2014, el nacimiento de un total de 33,934 niños por medio de la reproducción humana asistida, conforme al Registro Nacional de Actividad, de la Sociedad Española de Fertilidad<sup>54</sup>. Este es el país que mayor número de habitantes se realiza algún tipo de TRHA en Europa, siendo considerado el tercero a nivel mundial donde más TRHA se realizan, sólo por detrás de Japón y Estados Unidos. En España, por disposición de la Ley 14/2006, los centros médicos autorizados para realizar cualquier tipo de TRHA tienen la obligación de informar el resultado de su actividad.

Según la publicación de Cano Valle<sup>55</sup>, “en América Latina existe el registro de la RED LARA<sup>56</sup>, quienes manejan el número de centros en donde se realizan técnicas de reproducción humana asistida, había informado conforme a sus registros que desde 1990 al 2012, nacieron 128,245 niños con ayuda de alguna TRHA en América Latina. Los países en donde se registra el mayor número son: Brasil, en donde nacieron 56,674 niños; Argentina, con 26,085 niños, seguido por México, que reportó el nacimiento de 17,238 bebés. Estos tres países representan el 78% del total de nacimientos que registró la RED LARA de 1990 a 2012<sup>57</sup>. El registro de la RED LARA en el año 2013 registró unos 167 centros en América Latina. Con los resultados de ese informe, se determinó que los países con el mayor número de centros reproductivos eran: Brasil con 56, México con 28 y Argentina con 27 centros. Los demás países latinoamericanos que reportaron establecimientos a la RED LARA, en ese mismo periodo fueron: Colombia con 9; Chile y Venezuela con 8; Perú y Ecuador con 6; Bolivia, Panamá y Uruguay con 2 centros; y por último Guatemala, Nicaragua, Paraguay y República Dominicana con 1 centro”.

Es evidente que el avance mundial en la ciencia y las TRHA, las cuales, acompañadas de nuevas tecnologías, pueden llegar a alcanzar niveles que incluso son difíciles de imaginar. Por lo que respecta a sexualidad y procreación, podemos afirmar que éstas aparecen cada vez más distinguidas y alejadas una de otra, donde actualmente es cada vez más

---

<sup>54</sup>Sociedad Española de Fertilidad, “Informe estadístico de Técnicas de Reproducción Asistida 2014, Registro Nacional de Actividad 2014, disponible en: [https://www.registrosef.com/public/docs/sef2014\\_IAFIV.pdf](https://www.registrosef.com/public/docs/sef2014_IAFIV.pdf).

<sup>55</sup>Cano Valle, Fernando, & Esparza Pérez, Rosa Verónica. (2018). El anclaje jurídico ante las técnicas de reproducción asistida. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 51(151), 13-50. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2018.151.12287>

<sup>56</sup> El Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida es un órgano de la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida que como parte de sus funciones recolecta, analiza y publica los procedimientos de reproducción asistida, que se realizan en los centros latinoamericanos afiliados a la Red

<sup>57</sup> “Estado Actual de la Reproducción Asistida en América Latina y el Mundo”, disponible en: [http://redlara.com/PDF\\_RED/Situacao\\_atual\\_REDLARA\\_no\\_mundo.pdf](http://redlara.com/PDF_RED/Situacao_atual_REDLARA_no_mundo.pdf).

palpable pensar en tener descendencia sin la necesidad mantener relaciones sexuales con otra persona; pero, esta realidad se ve alejada del avance en cuanto a regulación jurídica y protección de estas técnicas, existiendo una disparidad entre un país y otro, en las distintas regiones mundiales.

## **2. Regulación jurídica internacional de las TRHA**

El marco sociocultural construido por los diferentes sucesos históricos del siglo XX impulsó un acelerado progreso de las ciencias y tecnologías y la biomedicina, lo que ha tenido una marcada repercusión en todos los ámbitos de la vida. El adelanto en la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida ha llevado al planteamiento de muchos dilemas bioéticos y jurídicos, principalmente teniendo en cuenta que cada día son más las personas que deciden postergar la procreación, lo que tiene como consecuencia mayores problemas de fertilidad en la población, esta es la razón por la cual hoy en día la demanda de acceso a estas técnicas es cada día mayor.

Normalmente, cuando nos referimos a la reproducción asistida, los derechos a los que se refiere omiten a la reproducción en sí misma. Tal y como nos referíamos, al hablar de las técnicas reproductivas se habla del derecho a la intimidad, del derecho a la familia o del derecho a la identidad, pero es paradójico que tratándose del ámbito de la procreación en muy pocos casos se hable de los derechos reproductivos en sí; en el derecho de elección y decisión del cual deberían gozar las personas en edad reproductiva y la cual supuestamente los Estados están obligados y comprometidos a garantizar conforme a los convenios suscritos. Las TRHA generan interrogantes de toda índole en el ámbito jurídico, estas tienen que ver con el acceso a ellas por personas con infertilidad u otras (como el género sexual o elección de vida), los derechos de las personas que nacen de los usos de estas técnicas, así como los derechos de las personas que hacen objeto de un contrato remunerado o voluntario su capacidad fértil para que terceros puedan satisfacer sus necesidades de procreación. Los debates sobre estas cuestiones son todavía parciales y primarios, hasta podríamos decir sin miedo que, a nivel internacional, con el desarrollo y la expansión de las TRHA ha nacido una nueva rama de derechos que hay que regular con carácter urgente, en el ámbito reproductivo y en materia de filiación. Desde el nacimiento de Luise Brown, ha sido casi una obligación para los Estados la

regulación jurídica de estas técnicas, regulación que debería ser dinámica y capaz de avanzar a la par de las nuevas técnicas como de las necesidades y dificultades de las personas que hacen uso de las mismas, previendo todos los posibles hechos que podrían suscitarse con su práctica.

Como decíamos, con el nacimiento de la primera bebé probeta, Luise Brown, nacieron las primeras normas jurídicas referentes a las técnicas de reproducción humana asistida, estas normas eran limitadas y solo preveían el acceso a determinadas personas con capacidad suficiente, unidas en matrimonio heterosexual, con algún problema de infertilidad que podría ser clínicamente demostrada. Posteriormente, algunas legislaciones extendieron el acceso a mujeres solas, en supuestos excepcionales. Con la propagación y reconocimiento que gradualmente han alcanzado las uniones de hecho, se reguló, no sin ciertas reticencias, el acceso a las TRHA a mujeres y hombres unidos de esta forma. Si a esto le sumamos el costo del tratamiento, podemos hacernos la idea de que solo accedían a ellas unas pocas personas con capacidad económica importante.

En los últimos 20 años, con los diferentes movimientos del sector LGBT<sup>58</sup>, gracias a lo cual han reivindicado varios derechos humanos fundamentales que les eran privados, hoy día han accedido en diferentes estados a contraer matrimonio igualitario y derechos que le son conexos, como la adopción de niños o el acceso a TRHA, la filiación conjunta de cómo doble maternidad o doble paternidad. Pero este avance jurídico solo se da en un pequeño porcentaje de países que podríamos contar con las manos, en otros estados aún siguen en la lucha para la aprobación de dichos derechos.

En general, la legislación europea ha ido adaptándose durante estos últimos treinta y tantos años, al desarrollo de las técnicas como a la demanda de la sociedad para intentar satisfacer los diversos derechos y deberes que las TRHA ponen en conflicto de intereses. En cuanto a América Latina, esta adaptación aún no se ha dado, realizándose las técnicas más bien con un permiso tácito, pero sin regulación específica y menos una protección real a casos concretos; esto es lo que analizaremos a continuación. La regulación de las técnicas no ha estado libre de detractores y críticas en ningún Estado que las ha legislado, incluso en algunos países en vez de avanzar y otorgar el acceso de las TRHA en un mayor número de supuestos y sin discriminación de género, estas han ido siendo limitadas por un vasto abanico de fundamentos

---

<sup>58</sup> **LGBT o movimiento LGTB**, movimiento social que lucha contra la discriminación, ya sea por orientación sexual, y en favor de la normalización y el reconocimiento de derechos de las personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero y transexuales.

basados en la moral y lo dispuesto como lo “socialmente correcto”, por lo que podría sonar hasta irónico.

## 2.1. Regulación de las TRHA en Latinoamérica

Con la expansión y apertura de numerosos centros médicos que realizan un sinnúmero de TRHA, es inevitable hablar del “mercado global” que ha ido creciendo a gran escala en cada rincón del planeta. En Latinoamérica, se ha abierto un mercado que es bastante concurrido y solicitado, motivados por el costo de los tratamientos, los cuales son mucho más accesible para las parejas europeas, asiáticas e incluso africanas; pese a lo cual, en la actualidad son muchos países de esta región los que aún no cuentan con leyes específicas en materia de reproducción humana asistida y en algunos casos ni siquiera está regulada su práctica.

A diferencia de lo que sucede en Europa, en Latinoamérica, en la mayoría de países la legislación es obsoleta en la materia, los centros médicos se guían en su mayoría por las normas y reglas establecidas por las Asociaciones Internacionales de Reproducción Humana Asistida, para contar de esta manera con un aval que les permita seguir los estándares mundiales, pero que va encaminado a contar con un prestigio y renombre internacional que con cuestiones jurídico-legales, se podría decir que se improvisa al carecer de legislación, ya que al no existir una prohibición expresa muchos centros funcionan desde un limbo jurídico.

Las normas que se aplican en la mayoría de países latinoamericanos, son muy dispares, y, salvo contadas excepciones, consisten normalmente en principios generales que están previstos en los códigos civiles, penales o en la Constitución<sup>59</sup>. En América Latina podemos nombrar solamente a la Argentina y Uruguay como los países que cuentan con una legislación específica en la materia; ambas leyes se sancionaron en el año 2013.

Entre los países latinos precursores de una ley integral en la materia, está Argentina, país que por medio del Senado y la Cámara de Diputados de la Nación sancionó en la Ley 26.862, la cual tiene como objetivo principal garantizar el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida de manera integral. Pero antes de tener una Ley Nacional, la provincia de

---

<sup>59</sup>ANDORNO, Roberto (2009), “Técnicas de procreación asistida”, en Brena y Sesma, Ingrid y Toboul, Gérard (coords.), Hacia un instrumento regional internacional sobre la bioética. Experiencias y expectativas, México, UNAM, p. 209.

Buenos Aires en el año 2010, fue pionera en América Latina en fomentar la fertilidad a través de la salud pública, aunque esta solo permitía el acceso a estos tratamientos a parejas con problemas de infertilidad, a diferencia de la posterior Ley Nacional que da acceso a cualquier persona mayor de edad que desee necesite acceder a ellas, sin tener en cuenta si es infértil o no, e independientemente de su edad o estado civil.

Un tiempo después de la promulgación de la Ley Argentina, en el Uruguay, el Poder Legislativo mediante la Ley 19.167, reguló las técnicas de reproducción humana asistida “acreditadas científicamente”, la cual establece los requisitos y obligaciones para realizarlas. Según expresa el “Artículo 1. (Objeto). La presente ley tiene por objeto regular las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente, así como los requisitos que deben cumplir las instituciones públicas y privadas que las realicen. A tales efectos se entiende por técnicas de reproducción humana asistida el conjunto de tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación de gametos o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Dentro de las técnicas de reproducción humana asistida están incluidas “la inducción de la ovulación, la inseminación artificial, la micro inyección espermática (ICSI), el diagnóstico genético preimplantacional, la fecundación in vitro, la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la crío preservación de gametos y embriones, la donación de gametos y embriones y la gestación subrogada en la situación excepcional prevista en el artículo 25 de la presente ley. La aplicación de cualquier otra técnica no incluida en la enumeración detallada precedentemente, requerirá la autorización del Ministerio de Salud Pública, previo informe favorable de la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida<sup>60</sup>”.

En Chile no existe una regulación integral de las TRHA, pero cuenta con algunas menciones sobre los tratamientos, como en la Resolución Exenta N° 1072 de 1985 del Ministerio de Salud, que regula normas aplicables a la FIV y a la Transferencia Embrionaria; la Resolución Exenta N° 814 de 2013 del Ministerio de Salud, sobre Orientaciones Técnicas para el Manejo de la Infertilidad de Baja Complejidad, la Resolución Exenta N° 241 de 2015 del Ministerio de Salud, que aprueba el Estudio y Tratamiento de la Infertilidad, y el artículo 182 del Código Civil Chileno<sup>61</sup> que señala: “El padre y la madre del hijo concebido mediante

---

<sup>60</sup>Ley 19.167. Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Uruguay. disponible en: <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp9878878.htm>

<sup>61</sup>Código Civil de Chile; disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986&idParte=8717776>

la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas. No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta”.

En cuanto a la República Federal del Brasil, considerado uno de los países con mayor número de centros asistenciales y cantidad de niños registrados, nacidos por medio de algún tipo de TRHA, aunque sea difícil de creer, no cuenta con una ley que regule de manera integral las TRHA. Su legislación está limitada a un simple acuerdo administrativo que contiene las normas éticas que deben seguir los institutos médicos, emitido por el Consejo Federal de Medicina<sup>62</sup>. En cuanto a Paraguay, Perú y Bolivia son países de la región que no cuentan con ninguna ley vigente que regule la utilización de estas técnicas.

El caso de los países de Centroamérica no es tan distinto, como por ejemplo Colombia, país en el que desde 1985 se empezó a realizar técnicas de reproducción humana asistida, se suma a la lista de países que no cuentan con una legislación que regule la práctica de estas de manera integral, pero si las permite. En este país, los Tribunales han sido bastante secos en autorizar el acceso a algunas técnicas, como por ejemplo a la fertilización *in vitro*, cuya práctica es autorizada en carácter excepcional. Pese a la jurisprudenciales de los tribunales, en el 2015, la Corte Constitucional de Colombia emitió la sentencia T-274/15, sobre el derecho a la salud reproductiva y la fertilización *in vitro*. En esta resolución la Corte ordenó al Ministerio de Salud y Protección Social que inicie los estudios de impacto sobre la inclusión de los tratamientos de reproducción asistida en el Plan Obligatorio de Salud.<sup>63</sup>

En México, la legislación en materia de reproducción humana asistida es la Ley General de Salud la encargada de establecer las bases para su regulación. Este país tampoco cuenta hasta este momento con una ley que regule los diferentes aspectos legales relacionados con las TRHA en todo el país, por lo que se realizan sin una verificación sanitaria adecuada y se dejan desprotegidos los derechos de las personas que intervienen en estos procedimientos. Ante la falta de una legislación que regule la realización de estos procedimientos, se han incluido disposiciones en el código civil y familiar de algunos estados, quienes buscado enmendar esta situación, versan sobre cuestiones principalmente relacionadas

---

<sup>62</sup> Resolución CFM 1.957-2010, que regula los procedimientos de reproducción asistida, emitida por el Consejo Federal de Medicina. Publicada el 6 de enero de 2011.

<sup>63</sup> Sentencia T-274/15, Acción de Tutela y Tratamiento de Fertilidad-Reiteración de jurisprudencia sobre su procedencia excepcional en los casos establecidos por la Corte Constitucional DE Colombia, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-274-15.htm>.

con la filiación cuando el niño es producto de una técnica de reproducción humana asistida. Algunos estados de México, como el estado de Tabasco, en 1997 reguló sobre la gestación por sustitución en su Código Civil, limitándose a definirla y a establecer la posibilidad de registrar el nacimiento de los niños y niñas nacidos a partir de estos acuerdos. Actualmente, Tabasco es un destino nacional e internacional, de personas interesadas en celebrar estos acuerdos, hecho que hizo visibles varios aspectos que no estaban previstos en la legislación actual, como la ausencia de protección tanto de las mujeres gestantes como de los niños nacidos con apoyo de estos procedimientos y deficiente regulación sobre cuál debía ser el contenido de los convenios y acuerdos celebrados, entre otros<sup>64</sup>.

Para Cano Valle y Esparza Pérez<sup>65</sup>, “pese a los esfuerzos que realiza el Gobierno de México de aprobar una ley que rija en todo el País, aún no ha sido posible, siendo que la primera iniciativa presentada ante el Poder Legislativo para regular sobre el tema data de 1999, y pese a que prácticamente cada estado federal ha presentado deferentes propuestas, aún no se logran los acuerdos necesarios para alcanzar el consenso regulatorio en la materia y la falta de una ley integral que aborde los diversos aspectos de las TRHA en México ha provocado que su práctica se desarrolle conforme a parámetros internos de las instituciones de salud que ofrecen dichos servicios; lo que genera inseguridad jurídica para todos los sujetos que intervienen; profesionales de la salud, pacientes, donadores de gametos y, en el caso de la gestación por sustitución, los más vulnerables suelen ser las mujeres gestantes y los hijos que nacen producto de este tipo de acuerdos”.

En Perú se comenzó a utilizar TRHA en 1989, naciendo en 1990 el primer bebé probeta en Lima, a pesar de ello en este País tampoco existe una legislación específica que trate y regule estos procedimientos, pero no están prohibidas, con excepción de la maternidad subrogada que no está permitida.

Por otra parte, Costa Rica reguló en 1995 la práctica de la fertilización *in vitro*; meses después se presentó un recurso de inconstitucionalidad contra el Decreto Ejecutivo 24029-S, por lo que llegó a ser es el único país de en el mundo en el cual estaba expresamente

---

<sup>64</sup> GIRE; (2017); “Gestación subrogada en México. Resultado de una mala regulación”, disponible en: <https://gire.org.mx/gestacion-subrogada-en-mexico/>.

<sup>65</sup> CANO VALLE, Fernando; ESPARZA PÉREZ, Rosa Verónica; (2018); “El anclaje jurídico ante las técnicas de reproducción asistida”, Boletín mexicano de derecho comparado, 51(151), 13-50. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2018.151.12287>

prohibido realizar este tipo de procedimientos. Con posterioridad y luego de la demanda de las parejas perjudicadas ante la CIDH, la cual duró unos 12 años, y donde Costa Rica fue sancionada y tras muchos años de esfuerzo pude ser autorizada la realización de estas técnicas, aunque aún no cuentan con una ley específica. A este caso le pondremos especial énfasis más adelante, por haber marcado un antes y un después en cuanto a legalización de las técnicas de reproducción humana asistida.

La prevalente laguna normativa existente en toda Latinoamérica tiene repercusión y consecuencias no sólo en los derechos de todos los individuos que buscan una solución al problema de infertilidad, sino también en el niño que será el eventual producto de la reproducción asistida. Pero cómo regular sobre la filiación derivada de las TRHA si ni siquiera hay consenso y regulación del acceso y utilización de las mismas. Los derechos de una persona que recurre a una TRHA debe tener el mismo valor e importancia que el derecho al acceso de salud, debe ser básico y respetar la dignidad humana, ya que, sin el reconocimiento de los derechos de estos, difícilmente se pueda avanzar a un camino de respeto y reconocimiento de otros derechos derivados de estos. En la práctica, debido a la ausencia de reglas claras, los establecimientos en donde se realiza la reproducción asistida, suelen tener sus propias reglas para el acceso, en cuanto a la información sobre la identidad de los donantes, lo manejan con estricta confidencialidad y anonimato como regla general, excepto en los países donde existe regulación específica y la regla difiera en dicho país. Pero, ¿quiénes regulan el funcionamiento de estos centros en aquellos países sin una legislación específica?

Con la falta de regulación jurídica en Latinoamérica, en el año 1995 se creó la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida (RED LARA), que es la encargada de emitir las normas y reglas para la acreditación de los laboratorios y centros de reproducción humana asistida. Esta es la encargada de auditar, asesorar, acreditar y reacreditar, cada cinco años, los centros latinoamericanos, para controlar el cumplimiento de todos los requisitos necesarios para el adecuado funcionamiento de los centros. Actualmente más del 90% de los centros que realizan estas técnicas en la región están registradas y controladas por este organismo internacional que delimita las pautas técnicas y éticas para el correcto funcionamiento de dichos establecimientos. Asimismo, posee un registro, que recopila, analiza, publica y distribuye los resultados y números de las diferentes técnicas de reproducción humana asistida de los centros que pertenecen a la red de manera anual. En los últimos años, este organismo ha marcado el camino a seguir en cuanto a la reproducción asistida en la región, hacia dónde van las tendencias

de las técnicas, cuáles podrían ser los errores cometidos, controla la transferencia de embriones para que no sean demasiados o muy pocos, e identifica qué técnicas o grupos en un momento determinado tienen problemas, y acude para ayudarlos, así como también constantemente realiza investigaciones y ofrece cursos de capacitación a sus asociados.

## **2.2. Las TRHA en la legislación europea. La otra cara de la moneda**

Con el nacimiento de la primera bebé probeta en Inglaterra y el inminente avance en la materia, tanto al Reino Unido como a los demás países de la región europea, que iban sumando esfuerzos en investigación y progreso biomédico en la materia, no les quedaba otra opción que comenzar a regular jurídicamente la utilización de estos nuevos métodos de reproducción humana que venían a cambiar el paradigma y lo que se conocía hasta el momento como lo más natural y espontáneo de la raza humana, la reproducción de manera natural, esa que se daba a través del apareamiento de un hombre y una mujer; y esto era considerado como una cuestión de carácter urgente. Muchos países realizaron previamente informes para poder tener un panorama “claro” sobre los temas y cuestiones que iban a tener que regular; fue así que en Reino Unido y Alemania se dictaron las primeras leyes sobre la materia y fueron sus informes previos los que sirvieron de referencia para la redacción de otras leyes en diferentes estados de la región.

Muy por el contrario, a la situación jurídica de las TRHA que se da América Latina, que como pudimos notar es casi nula y se solapa con otras leyes; las leyes Europeas aceptan y regulan la práctica en general de estas técnicas; la mayoría de países cuenta con una norma que regula desde el acceso y utilización, hasta los registros de donantes como de nacidos, entre otras cuestiones. Pero, así también, se podría decir que la diversidad jurídica y criterios dispares dividen a Europa en dos bloques bastante diferenciados y opuestos sobre las técnicas de reproducción humana asistida, como podremos ir notando.

Por un lado, están los países que tienen una legislación en la que prima el libre acceso a las técnicas, así tenemos como ejemplo la legislación inglesa y la española, que podríamos decir son las pioneras y de las más progresistas; en cambio existe otro bloque, el conservador, donde la protección de la vida embrionaria es fundamental y el acceso es bastante más restrictivo, este modelo es adoptado por países como Italia, Austria, Suiza y Alemania. La

mitad de los países protegen la dignidad del embrión humano desde el momento de la fecundación, prohibiéndose la experimentación embrionaria, al contrario de lo que ocurre en España e Inglaterra, donde a partir del día 14 después de la fecundación se le otorga el estatus biológico. En cuanto a la maternidad subrogada, la creación de híbridos, clonación y manipulación genética, existe relativa unanimidad en el rechazo a este tipo de prácticas.

En cuanto a los países que cuentan con mayores restricciones, podemos empezar con Italia, la ley italiana 40/2004<sup>66</sup> entiende a la reproducción humana asistida como un recurso al cual solo se puede acceder de forma excepcional, siendo permitido en el caso de inexistencia de otros métodos terapéuticos eficaces para contrarrestar la infertilidad. Las técnicas de reproducción humana asistida no son consideradas como método reproductivo alternativo al natural, sino que es como el último recurso terapéutico contra la esterilidad al que puede recurrir una persona que cumpla con los requisitos. En esa línea, Italia permite nada más el uso de gametos de la pareja, excluyendo donantes anónimos; el acceso está limitado a matrimonios de distintos sexos, casadas o en unión de hecho que puedan demostrar una relación estable; en cuanto a la edad, debe ser practicada dentro del rango de edad en que la mujer es potencialmente fértil (lo cual sería entre los 20 a 50 años). Conforme a lo establecido en el art. 5, ambos miembros de la pareja deben estar vivos, prohibiéndose así la fecundación post mortem.

A nivel europeo la legislación italiana es considerada como una de las más restrictivas en cuanto al uso de estas técnicas, esto por la gran cantidad de restricciones y prohibiciones en el acceso, ya que las mujeres casadas son las “únicas beneficiarias”, o mujeres que convivan en pareja de manera estable con un hombre, requiriendo el consentimiento conjunto de la pareja para acceder a ellas. Las mujeres solteras, viudas, homosexuales y a las “madres abuelas”, es decir, a las mujeres que superen una edad en la que un embarazo tiene pocas posibilidades de éxito son excluidas en esta ley. También está prohibida la fecundación heteróloga por medio de donación de gametos. Los Tribunales de este país han intentado intervenir para así reducir el impacto negativo en los derechos fundamentales como de la salud o libre desarrollo de la personalidad en materia familiar, permitiéndose así el acceso a un mayor número de personas a estas técnicas. Tantas restricciones y prohibiciones en la legislación

---

<sup>66</sup>Ley N° 40 de 19 de febrero de 2004, sobre Normas en Materia de Procreación Médica Asistida. Boletín Oficial N° 45 de 24 de febrero de 2004.

italiana han producido que las personas que necesitan acceder a ellas salgan del país en busca de realizarse el correspondiente tratamiento en un país en el cual se le permita acceder.

La ley francesa deja a la legislación civil la regulación de la reproducción humana asistida<sup>67</sup>. El artículo L.2141-2<sup>68</sup> del Código Francés de Salud Pública, en la redacción dada por la Ley 2004/800 reza que la reproducción asistida está reservada a responder a la demanda de toda pareja y tiene por objeto paliar la infertilidad, cuyo carácter patológico haya sido médicamente diagnosticado, o evitar la transmisión al niño o a un miembro de la pareja, una posible enfermedad de particular gravedad. Así como la legislación italiana, la ley Francesa dispone que las TRHA están reservadas para el hombre y la mujer que formen parte de la pareja “que estén vivos” (con lo que dejan claro que no es aceptada la fecundación post mortem), en consecuencia, la muerte de cualquiera de ellos impide la inseminación y la transferencia de embriones, también hace referencia a la edad, por lo que la mujer debe de estar en edad de procrear, no permitiendo a las mujeres de más de 40 años ser portadoras de óvulos donados. Aportando en este caso una acreditación de convivencia de al menos dos años. Esta ley permite la fecundación heteróloga, con el expreso consentimiento de la pareja que debe ser dado ante el Juez o Notario, dejando claro que no se podrá establecer ninguna relación de filiación entre el niño nacido por medio de esta técnica y el donante de los gametos<sup>69</sup>. Puede el consentimiento ser privado de efecto en ciertos casos como cuando hay fallecimiento, demanda de divorcio o separación de cuerpos, o por revocación expresa. La normativa francesa también prohíbe, la utilización de estas técnicas a mujeres solas, del mismo modo que la italiana, así como la maternidad subrogada en su art. 16-7 del Código Civil.

Portugal con su Ley N° 32/2006<sup>70</sup> de Procreación Médicamente Asistida, considera a estas técnicas como un método subsidiario y no como un método alternativo al cual recurrir. Sólo pueden acceder a ellas las parejas en caso de infertilidad o como mucho, cuando sean aptas para curar o prevenir enfermedades genéticamente transmisibles, asimismo, las personas que deseen utilizar estas técnicas en dicho país deben estar casadas, no encontrarse separada judicialmente o, de hecho, o vivan en condiciones análogas a los cónyuges por lo menos durante

---

<sup>67</sup>Boletín Oficial de la República Francesa, del 07 de agosto de 2004: [https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1966/13751/.../Code\\_41.pdf](https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1966/13751/.../Code_41.pdf)

<sup>68</sup> Código Francés de Salud Pública, artículo L. 2141-2, párrafo 3: *el hombre y la mujer que formen pareja deben estar vivos y la muerte de cualquiera de ellos impide la inseminación o la transferencia de embriones*

<sup>69</sup>Código Civil Francés, Ley N° 94-653, del 29 de Junio de 1994, Sección III de la asistencia médica a la reproducción; art. 311-19 y 311-20.

<sup>70</sup>Ley N° 32/2006 de Procreación Médicamente Asistida, Portugal.

dos años antes, todo esto debe ser demostrado previamente. Excluyen a los hombres solos o mujeres y a las parejas del mismo sexo. También esta ley prevé sanciones penales y administrativas para quienes violen las disposiciones de esta ley, la utilización de técnicas en personas que no cumplan estos requisitos acarrea pena de prisión de 2 a 8 años.

En España con la promulgación de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, logró convertirse en una de las pioneras en la perspectiva internacional, pero fu considerada demasiado permisiva, ya que no establecía un límite de embriones. La legislación española sufrió varias reformas a lo largo de los años. Posteriormente fue dictada la ley 45/2003, la que fue derogada por la Ley 14/2006<sup>71</sup> que es la que se encuentra vigente en dicho País. Esta ley hace referencia a los donantes de gametos, al contrato de donación y a la filiación derivada de la reproducción humana asistida. En su art. 3.1 establece las condiciones personales para acceder a las técnicas, las cuales en teoría deben aplicarse exclusivamente con el consentimiento expreso e informado, relativa seguridad en el éxito del procedimiento, no supongan un riesgo grave para la salud de la gestante y el bebé. Aquí está permitida la realización de técnicas heterólogas, permitiendo el anonimato de la donación, como la FIV post-mortem. El art. 6.1 es bastante importante, ya que en él se hace referencia a las “usuarias de las técnicas”, dejando claro que pueden acceder todas las mujeres ya sea con pareja o solas, mientras tengan mayoría de edad, plena capacidad de obrar, siempre que haya prestado su consentimiento por escrito de manera libre y consciente, “la mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta ley con independencia de su estado civil y orientación sexual”. En cuanto a la edad, la sanidad pública no suele permitir el acceso a mujeres mayores de 40 años por la baja eficacia del tratamiento a esta edad, a diferencia de las clínicas privadas. La vigente ley considera nulo todo contrato de gestación subrogada, aunque esta se contrapone con la Ley de la Dirección General de los Registros Públicos que han admitido registrar la filiación en algunos casos en los que se han realizado en el extranjero.

En Inglaterra, en 1984 se emitió el Informe Warnock, el cual sirvió de antecedente de varias legislaciones como la española, éste incluía una serie de recomendaciones relativas a la regulación de los adelantos en materia de fecundación humana y embrionaria, estableciendo un organismo encargado de autorizar y controlar la investigación y los servicios, también señalaba los principios y los límites legales aplicables. Con el Acta de acuerdos o disposiciones

---

<sup>71</sup> Ley 14/2006, BOE, núm. 126, 27 de mayo 2006, pp. 19947- 56. España.

de subrogación de 1985, se condenaba la negociación de subrogación con fines lucrativos, pero no la subrogación en sí, por lo que no la prohíbe si se realiza de forma “voluntaria-humanitaria”. Posteriormente, el 1 de noviembre de 1990 se aprobó la Ley de fertilización Humana y Embriología<sup>72</sup>; en esta ley se definían varios términos afines a la reproducción asistida como “embrión y gameto” (art. 1 y 2), las prohibiciones en cuanto a estos últimos, condiciones de permisos para tener un centro asistencial. La investigación Biomédica y genética tiene un lugar preeminente en el gasto público del Reino Unido, sus leyes en la materia han sufrido constantes modificaciones, 2004, 2008, 2010 y en el 2014, donde se aprobó la donación mitocondrial, que utiliza los genes de 3 personas y ha sido un salto enorme en esta materia.

Alemania, al igual que Inglaterra nombró una comisión encargada de dictar un informe en el año 1985, este informe fue llamado Benda, el cual ordenaba la protección del embrión, disponiendo que no sea tratado como cosa, proponiendo medidas para impedir la experimentación con él. Posteriormente, en 1990<sup>73</sup> aprobaron la ley sobre protección del embrión humano, la cual prohíbe la FIV post-mortem de forma expresa y la maternidad por sustitución, imponiéndose pena de prisión no superior a tres años, multa o prisión no superior a tres meses a las personas que incumplan la ley. Esta ley en su art. 1 dispone las sanciones a la “utilización abusiva de las técnicas de reproducción”. Con la Ley del 28 de junio del 2002<sup>74</sup>, ley de células troncales embrionarias, se possibilitó la investigación con células troncales embrionarias y se prohíbe la importación y utilización de células troncales embrionarias, fijándose los casos en los que podrán ser utilizadas de forma excepcional.

Otros estados de la región que cuentan con legislación específica sobre técnicas de reproducción humana asistida son Noruega (Ley sobre fertilización artificial, 1987<sup>75</sup>); Suecia (Ley sobre la inseminación artificial, diciembre de 1984<sup>76</sup>; Ley sobre la fecundación in vitro,

---

<sup>72</sup> Reino Unido; “Ley de Fertilización Humana y Embriología, del 1 de noviembre de 1990”; Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2292/81.pdf>

<sup>73</sup> Alemania; “Ley alemana de protección del embrión”; N° 745/90 del 13/12/90.

<sup>74</sup> Alemania; “Ley de garantía de la protección del embrión en relación con la importación y la utilización de células troncales embrionarias de origen humano”; 28 de junio de 2002

<sup>75</sup> Noruega; Law N° 68 of 12 June 1987 on artificial fertilization. International Digest of Health Legislation, 1987; 38(4): 782-784

<sup>76</sup> Suecia; Ley de inseminación artificial. Boletín Oficial del Estado sueco. Publicada el 1984-12-22

junio de 1988<sup>77</sup>) y Dinamarca (Ley sobre el establecimiento de un Consejo Ético y la regulación de algunos experimentos biomédicos, junio de 1987<sup>78</sup>).

Como podemos notar, en Europa existe una diversidad de leyes sobre la materia y estas abarcan diferentes aspectos de las TRHA, habiendo sido dictadas la mayoría gracias a los antecedentes de casos y sentencias del TEDH, quien con sus recomendaciones y posturas tomadas en su creciente jurisprudencia va marcando el camino que debe seguir el bloque de estados partes. Al respecto, no se puede negar que son varios los países que se ven influenciados por el poder y alcance de la religión y grupos políticos.

¿Por qué pese a todas las propuestas de leyes que se han analizado en los diferentes estados y los antecedentes ninguna ha prosperado como se esperaba? Sin titubeo se podría decir que las ideologías opuestas e intereses políticos de cada sector político obstaculizan el avance jurídico de cada país. Están, las propuestas con tendencia conservadora plantean leyes restrictivas y medidas; por el contrario, existe otro grupo con ideologías más liberales que plantean marcos regulatorios más permisivos. Aunado a estas posturas está la opinión de la comunidad de médicos y científicos; algunos sostienen que las leyes sobre la reproducción asistida no tienen valor real y muchas veces son inocuas, porque las propuestas que se presentan demasiadas incongruencias e imprecisiones técnicas. Y es allí donde se presentan dificultades y se aprueban leyes que causan más problemas al acceso de las TRHA, que luego el juzgador debe resolver.

### **2.3. Principales problemas a la hora de regular las TRHA a nivel internacional**

Antes de la aparición de las TRHA, era impensable la existencia de procreación por medios que no fueran naturales; en consecuencia, aquel que dejaba embarazada a una mujer era el mismo que aportaba el material genético, en cuanto que la mujer gestante del niño lo hacía siempre con sus propios óvulos, por lo que, necesariamente, lo biológico debía coincidir

---

<sup>77</sup>Law N° 711 of 14 June 1988 on fertilization outside the human body. International Digest of Health Legislation 1988; 39(1): 93.

<sup>78</sup> Dinamarca; RIIS P: Life'sbeginning-Science, ethics and law. En: ByK C. ed. Procréationartificielle, oí en son l'éthique et le droit? Ed. A. Lacassagne, Lyon, 1989: 231-233-HOLM S: New Danishlaw: human lifebegins at conception. Journalof medical ethics, 1988: 77-78.

con lo genético. Con la aparición de las técnicas de reproducción humana asistida, lo biológico ya no comprende obligatoriamente lo genético, ni lo genético comprende lo biológico. Con la disociación de estos tres elementos: genético, biológico y voluntario, originado por las TRHA, ya no solo existe la distinción entre filiación por naturaleza y por adopción, pero esto trae también problemas de diferentes índoles.

Estos problemas son varios, por ejemplo, hacer esta disociación de elementos genético, biológico y volitivo a la hora de determinar la filiación del niño producto de la utilización de estas técnicas acarrea un problema jurídico; también el acceso por parte de ciertos colectivo se ve limitado; por ejemplo, unos años atrás era impensable que una mujer sola u homosexual con deseos de ser madre pudiera lograrlo sin un hombre dispuesto a tener sexo con ella y de esta forma embarazarla, actualmente ella solo necesita recurrir a una inseminación artificial con el espermatozoides de un donante, pero dependiendo del país en el que se encontrase podría encontrar inconvenientes o no.

Como sabemos la utilización y práctica de algunas TRHA han sido tildadas de inmorales y violatorias del interés superior del niño, especialmente si se aplican a personas solas y parejas del mismo sexo. Según la opinión de Zárate-Cuello y Celis, las familias homoparentales "crean nuevas dinámicas sociales que generan dilemas para la bioética y retos al bioderecho, puesto que estos nuevos modelos de familia transforman y amenazan a la familia nuclear", sostienen que debe reflexionarse en cuanto al: "alcance biojurídico de los hijos que han sido producto de las técnicas de procreación humana asistida, resaltando que la procreación homoparental se está convirtiendo en mera reproducción, donde se soslaya el parentesco de las relaciones biológicas, transformándolas en unas no biológicas, y pasando por encima de los lazos de sangre que determinan genéticamente aspectos preponderantes del inicio, desarrollo y final del ciclo vital del ser humano. Además, se pone como barricada a los hijos de estas parejas para que forzosamente sea aceptado el matrimonio homosexual, con el pretexto de defender el bien superior del niño sin que tenga la posibilidad de escoger el tipo de familia en la que nace<sup>79</sup>".

Como afirma Kemelmajer de Carlucci, si bien la vida potencial empieza desde la concepción, la cuestión por debatir seriamente es qué sucede con esa vida potencial cuando entra en conflicto con derechos fundamentales de personas que viven ya, ahora; habría que

---

<sup>79</sup>ZÁRATE-CUELLO, Amparo y Celis, Luis Gustavo, "Implicaciones bioéticas derivadas del acceso de las parejas del mismo sexo a las tecnologías provenientes de la biomedicina y la biotecnología, para la conformación de familias homoparentales", *Revista Persona y Bioética*, vol. 19, No. 1, 2015.

ponderarse ambos derechos, teniendo en cuenta que si no se garantiza el acceso a las TRHA como un derecho derivado del derecho a la salud reproductiva, el pleno goce de nuestra libertad y voluntad procreacional, como una manera de reivindicar nuestra dignidad humana al poder decidir sobre nuestro cuerpo, no existiría siquiera la posibilidad de que nazca un ser al cual proteger, y se verían sesgados los derechos humanos fundamentales de todo individuo.

Los aspectos referentes a las técnicas que se han discutido varían de acuerdo al método a ser utilizado, los diferentes estados a la hora de regular las mismas discuten sobre la responsabilidad sobre las células germinales, el inicio de la vida y protección del embrión, la disposición de embriones sobrantes o supernumerarios, la intervención de donantes y su anonimato, lo más importante, el acceso a las TRHA, si podrían acceder a éstas las parejas del mismo sexo o personas solteras, la filiación de los niños producto de estas técnicas, el creciente turismo reproductivo y sin fin de cuestiones que van surgiendo a medida que aparecen nuevas técnicas. Otra cuestión bastante discutida es si estos procedimientos pueden ofrecerse en instituciones de salud pública y ser cubiertas por la seguridad social, pronunciándose sobre el acceso de estos servicios a sectores de escasos recursos, para no dejar en el ámbito de la medicina privada estos tratamientos y que sean solo privilegio de unos pocos sobre los que no hay acuerdo.

Otro de los principales problemas para acceder a los servicios de reproducción humana asistida, es el altísimo costo de los tratamientos a nivel mundial, es un problema que genera grandes disparidades en cuanto a acceso, calidad, disponibilidad, seguridad y prestación de servicios entre los países desarrollados y en vías de desarrollo; dependiendo, principalmente, de la política nacional de salud de cada país, lo cual, se puede decir, deja desprotegido a un sector de la población, quienes no tienen las posibilidades económicas para solventar los costosos tratamientos, considerándose el acceso como un privilegio para unos pocos pudientes.

En los países donde las TRHA no están reguladas por medio de leyes específicas los problemas son bastante serios, ya que a la hora de decidir cuales prácticas son admitidas y cuales son prohibidas, implica que los responsables de los establecimientos que proporcionan una de estas técnicas como tratamiento a la infertilidad, se vean obligados a tomar decisiones a ciegas y sin una ley o regla interna que determine los límites, más que las reglas y protocolos exigidos por los organismos internacionales de control a los que suelen estar asociados para conseguir el estatus o habilitación requerida para funcionar.

Cuando las mujeres solas desean concebir un hijo haciendo uso de las TRHA, la cuestión se torna polémica, por las siguientes cuestiones; el reconocimiento y la protección de los derechos reproductivos de todas las personas debe comportar la aceptación de esta práctica, de manera libre y voluntaria. A ello se suma que tampoco debe ser un impedimento en estos casos el “interés superior del niño”. El hijo, en este caso, no será resultado de una obligación propia y derivada de la institución matrimonial, sino que sería fruto del deseo más íntimo de la mujer, quien con total deseo, conocimiento y voluntad procreacional asume la maternidad. Si socialmente se acepta la maternidad natural de mujeres sin pareja, nada impide la aceptación de la maternidad sin ese elemento sexual, si el resultado termina siendo el mismo.

La maternidad, en estos supuestos, se afianza en la voluntad procreacional, como ya lo referimos anteriormente, asumiendo con responsabilidad su alcance afectivo, cultural y social. Las mujeres que de acuerdo con su orientación sexual tienen una relación con otra mujer, también deberían acceder a las técnicas de reproducción humana asistida, con semen de donante, aportando una de ellas sus propios óvulos o con material genético de otra, pero llevando adelante gestación y el parto. Pero es así que se genera otra duda; del mismo modo que la mujer sola o con pareja del mismo sexo, un hombre solo estará en condiciones de ser padre haciendo uso de su voluntad procreacional, dissociada del sexo. En este supuesto, la única opción que tiene para concebir un hijo biológico sería acudiendo a la maternidad subrogada. Lo mismo ocurriría con las parejas homosexuales masculinas. Aquí tampoco podría decirse que afectaría el interés del menor y de esta forma no se estaría cercenando el derecho a reproducirse de los hombres.

Pero en el caso de los hombres chocamos con otra barrera aún mayor, porque necesariamente debe acceder a una de las técnicas que mayor rechazo ha tenido hasta ahora, que es la maternidad subrogada. Se alega que su uso "cosifica" al menor y a la mujer gestante, convirtiendo a ambos en el objeto de un contrato, lo que atenta contra su dignidad humana. La doctrina que está a favor de la utilización de esta técnica refiere que los contratos de gestación por sustitución no tienen por objeto al niño en sí, sino únicamente la prestación de un servicio, el cual consiste en gestar y alumbrar por y para otro. Es claro de que se trata de una prestación bastante particular, esta pone en tela de juicio la moral, “el comercio” con el cuerpo humano; pero, más allá de las consideraciones éticas, si efectivamente se realiza, nace un niño que es titular de derechos humanos, que debe ser protegido y gozar de igual consideración que cualquier niño que llega al mundo a través de la concepción natural o mediante otras técnicas

de reproducción asistida. Reivindica ese deseo más íntimo de ser padre que tiene el ser humano, que ante la imposibilidad de hacerlo por cuenta propia precisa recurrir a una tercera persona que acepte llevar en su vientre un niño que no tendrá relación biológica con ella.

Está demás reiterar que los problemas que surgen de la utilización de estas técnicas son miles, pero en este trabajo nos referiremos a los inconvenientes con los que chocan la mayoría de los estados y personas que quieren acceder a una TRHA.

### 3.EL ACCESO A LAS TRHA

Al hacer la introducción sobre las técnicas de reproducción humana asistida, su historia y regulación jurídica; veníamos diciendo que el principal y más importante inconveniente con el que se topan los legisladores de los diferentes estados y los organismos de derechos humanos es decidir quiénes, cómo, en qué condiciones y a cuáles TRHA se podrán acceder. Y es aquí donde se evidencian los aspectos socioculturales de cada país o región. Referíamos que la influencia de los grupos religiosos en algunos estados, en donde bajo el argumento de que hay que defender el concepto tradicional de familia, se cercenan los derechos de las personas que “no cumplen con los estándares tradicionales”, por lo que el acceso a las TRHA estaba destinado a parejas heterosexuales o parejas estables que podían demostrar su vínculo y que padecieran de algún problema de infertilidad.

No es posible negar que varios son los estados que han dejado atrás esto y actualmente se puede decir que son muchos los que asocian el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida con el goce de la autonomía personal y al libre ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos. Entonces, podemos hacernos el siguiente cuestionamiento: ¿Quiénes pueden acceder a las técnicas de reproducción humana asistida? Para mí la respuesta es simple, toda persona en edad fértil que desee hacerlo y tenga las condiciones físicas y psíquicas para someterse al tratamiento que necesite; debiendo cada estado garantizar un acceso libre, seguro e informado. Principalmente, garantizar el acceso a las personas que padecen de problemas de infertilidad, la cual es considerada una discapacidad que afecta el total desarrollo de una persona.

Como ya lo han reafirmado los diferentes organismos internacionales, el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida forman parte de los derechos sexuales y reproductivos, y como tales se debe poder acceder a ellas independientemente de cualquier diagnóstico médico, condición social y preferencia sexual. Bien lo dice Valdés Díaz, “las técnicas de reproducción humana asistida abren una brecha de posibilidades a las personas que anhelan tener un hijo, pero al propio tiempo dan lugar a múltiples interrogantes jurídicas no siempre bien resueltas. No hay una única respuesta ni se trata de un tema puramente legal; está matizado por la filosofía de vida, la moral, la política y la religión”<sup>80</sup>.

El Parlamento Europeo, en su informe sobre salud sexual y reproductiva<sup>81</sup> expresó su preocupación por las restricciones en el acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva, reconociendo que la salud sexual y reproductiva y los derechos afines constituyen un elemento esencial de la dignidad humana que debe abordarse en el contexto más amplio de la discriminación y las desigualdades de género estructurales; pidiendo en él a los Estados que salvaguarden la salud sexual y reproductiva y los derechos afines. En este instrumento también se resaltó que las opciones reproductivas y los servicios de fertilidad deben ofrecerse dentro de un marco no discriminatorio y pidió garantizar el acceso a los tratamientos de fertilidad y a la asistencia médica para la procreación en el caso de mujeres solteras y lesbianas.

Una de las leyes más restrictivas y con más prohibiciones a las TRHA, de la cual ya hicimos mención más arriba, es la ley italiana 40/2014, la que ha generado una intensa actividad judicial en la Corte Constitucional Italiana, producto de la cantidad de parejas y personas que reclaman el acceso a las TRHA y la inconstitucionalidad de las prohibiciones establecidas en dicha ley. Para Corn<sup>82</sup> “la intervención de los tribunales (no sólo nacionales) buscó reducir la distancia entre importantes derechos fundamentales —como el de la salud y el libre desarrollo de la personalidad en ámbito familiar— y las opciones tomadas por el legislador, produciendo, en los hechos, un progresivo aumento de las técnicas admitidas y una muy limitada ampliación de las categorías de personas que pueden tener acceso a éstas”. Esto

---

<sup>80</sup>VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen; (2017) “El acceso a algunas técnicas de reproducción humana asistida: “Crónica de una vida anunciada”; publicado en: IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., vol. 11, núm. 39, enero-junio; Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.; Puebla, México; disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293250096003>

<sup>81</sup>Parlamento Europeo; Informe sobre “salud sexual y reproductiva y derechos afines”; Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género; 26-09-2013

<sup>82</sup>CORN, Emanuele. (2015). La reproducción humana asistida en Italia: presente y futuro después de la derogación de la prohibición de fecundación heteróloga. *Revista de Bioética y Derecho*, (35), 18-31. <https://dx.doi.org/10.1344/rbd2015.35.14278>

nos demuestra la importancia de contar con órganos judiciales capaces de entender que el excesivo rigor y limitación en el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida son contrarias y violatorias de varios derechos humanos fundamentales, y como la jurisprudencia de los mismos puede ir moldeando positivamente las leyes de un país y región.

Para el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas “el derecho a la salud en todas sus formas y a todos los niveles abarca los siguientes elementos esenciales e interrelacionados, cuya aplicación dependerá de las condiciones prevalecientes en un determinado Estado Parte (económicas, sociales y culturales) estos elementos son disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad<sup>83</sup>”.

En cuanto a la accesibilidad, este instrumento refiere que los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. Presentando este elemento cuatro dimensiones superpuestas: “i. No discriminación: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos; ii) Accesibilidad física: los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados, como las minorías étnicas y poblaciones indígenas, las mujeres, los niños, los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades y las personas con VIH/SIDA. La accesibilidad también implica que los servicios médicos y los factores determinantes básicos de la salud, como el agua limpia potable y los servicios sanitarios adecuados, se encuentran a una distancia geográfica razonable, incluso en lo que se refiere a las zonas rurales. Además, la accesibilidad comprende el acceso adecuado a los edificios para las personas con discapacidades; iii) Accesibilidad económica (asequibilidad): los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación

---

<sup>83</sup>ONU: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), *Observación general N° 14 (2000) : El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, 11 Agosto 2000, E/C.12/2000/4, disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/47ebcc492.htm>

con los hogares más ricos; iv) Acceso a la información: ese acceso comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas<sup>8</sup> acerca de las cuestiones relacionadas con la salud. Con todo, el acceso a la información no debe menoscabar el derecho de que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad<sup>84</sup>”.

En palabras de Valdés Díaz<sup>85</sup>, “el acceso a las TRHA, su ámbito de aplicación, la capacidad para utilizarlas, el consentimiento informado para su posible aplicación, la protección de los derechos inherentes a la personalidad que pudieran ser vulnerados, tales como la propia vida, la integridad física, la libertad, la intimidad, la identidad personal, la responsabilidad que se asume con su práctica y, sobre todo, los derechos del nuevo ser que nace, especialmente su filiación, son aspectos que el Derecho Civil debe considerar y regular afinando «el sentido común», para salvaguardar los intereses de la persona y de la sociedad, sin poner innecesarias barreras al desarrollo de la ciencia, pero sin olvidar los límites necesarios para una armónica convivencia, donde la dignidad humana debe ocupar el primer plano”.

Limitar el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida a un determinado grupo que cumpla con los requisitos establecidos por las leyes pero restrinja al mismo tiempo ese acceso a otros, sin una causa realmente justificable, vulnera gravemente varios derechos fundamentales; es por ello que considero que una vez que un estado regula la utilización de determinadas TRHA dentro de su territorio debe velar por un acceso justo y adecuado a todos los ciudadanos por igual, siendo la negativa debidamente justificada por razones adecuadas, de orden público y vulneración de otros derechos fundamentales que prevalezcan ante ellas.

### **3.1. El derecho a conocer los orígenes y el anonimato del donante de gametos**

Digamos que una persona puede acceder a una TRHA, se realiza el tratamiento y consigue ser legalmente el padre o madre de un niño, el cual cuando tiene suficiente uso de

---

<sup>84</sup>ONU: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), *Observación general N° 14 (2000) : El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, 11 Agosto 2000, E/C.12/2000/4, disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/47ebcc492.htm>

<sup>85</sup>VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen; (2014); “La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas”; Publicado en el Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura, ISSN-e 2695-7728, ISSN 0213-988X, págs. 459-482

razón exige saber sobre sus orígenes, cómo ha nacido y quien o quienes son los responsables de su existencia, quién es la persona que aportó de sí para que él pudiera existir. Este es un debate de hace varios años con respecto a la donación de gametos. ¿Debería esta ser anónima o no? ¿Qué derecho prevalece aquí, el anonimato en la donación o el derecho a conocer el origen? Es un hecho que en la mayoría de países rige el principio de anonimato en la donación de gametos, pero esto se está poniendo en tela de juicio con la creciente corriente que argumenta que este anonimato se contrapone con el derecho a conocer los orígenes.

Conocer los orígenes es considerado como un derecho inherente a todo ser humano, por esta razón ha sido reconocido en diferentes tratados internacionales, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 19), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 24) y en la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 7, 8 y 9). En esta última el concepto de identidad comprende el derecho de todo niño a estar inscripto inmediatamente después de su nacimiento, tener vínculo filial, un nombre, una nacionalidad y, en la medida de lo posible, conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos (art. 7).

Para entender mejor la cuestión, hay que diferenciar la fecundación homóloga de la heteróloga; en la primera, se considera a la fecundación homóloga, cuando se emplean gametos procedentes de la pareja o persona que consiente la fecundación y asume la filiación; y la segunda, la heteróloga, en la que es necesaria la aportación genética de un tercero, donante de gametos (masculino o femenino) pero quien no se hace cargo de la filiación. A la hora de recurrir a una técnica de reproducción humana asistida, mayormente es utilizada la reproducción heteróloga, donde, como ya explicábamos, es necesaria la participación de un donante (de óvulos o de espermatozoides), aquí los donantes aceptan de forma voluntaria el uso de su material biológico, por el hecho de que está garantizado el uso anónimo del mismo, en donde los participantes firman consentimientos informados, pudiendo ser utilizada la información física o clínica del donante, no así sus datos personales.

La solución jurídica que le dan los diferentes estados es variada y poco coincidente, ya que tenemos: i. Estados que conservan el anonimato en la donación de gametos (anonimato absoluto); ii. Estados que no permiten acceder a la identidad, pero sí a los datos médicos; iii. Estados que permiten a los donantes y a las personas que acceden a la donación de gametos, elegir entre una donación anónima o no anónima; iv. Estados que prevén el anonimato como regla, pero con la posibilidad de conocer la identidad del donante en determinadas

circunstancias, es decir, sistema del anonimato relativo. v. Estados que eliminaron la figura del anonimato del donante otorgando el derecho a conocer el propio origen genético (anonimato prohibido).

La disparidad existente entre legislaciones es enorme; en Europa, países como Francia, República Checa, Grecia, Italia y España decidieron aplicar un modelo anónimo; mientras que en Holanda, Suecia, Portugal y Reino Unido se optó por el modelo no anónimo en la donación de gametos. En cuanto a Latinoamérica, ya decíamos que los países que cuentan con una regulación específica son Argentina y Uruguay, ellos aplican el modelo anónimo con algunas excepciones en determinados casos; en los países donde las TRHA no están reguladas, son los centros asistenciales autorizados los que deciden estas cuestiones, estos centros son partidarios del anonimato del donante, sostienen que es una forma de proteger y seguir fomentando estas prácticas, ya que afirman que de lo contrario existiría escases de personas que se animen a donar por temor a que les sea exigida la filiación.

Nos dice Guilarte<sup>86</sup>, “surge con fuerza, en los últimos tiempos, la reivindicación de los orígenes biológicos como mero conocimiento (querer saber) sin pretensión de filiación ni, por tanto, reclamación de derechos ni obligaciones. Esta nueva realidad viene motivada, de una parte, por los avances científicos que permiten, en primer lugar, y gracias a la prueba del ADN, la determinación certera de la existencia o inexistencia del vínculo biológico y, en segundo lugar, la intervención de terceras personas, ajenas, en principio, al proyecto parental, en el proceso de procreación o reproducción médicamente asistida”.

Muchos son los interrogantes que se generan y los problemas que traen a nivel internacional a las legislaciones, por lo que el debate es amplio y el consenso en esta cuestión está lejos de ser alcanzado. Actualmente, hay una creciente tendencia a suprimir el anonimato de donantes de gametos, con el fundamento de que no existe razonamiento ético para mantener el anonimato en donantes (de espermatozoides y óvulos), bajo el principio de que el derecho a los orígenes es un derecho humano que debe ser respetado y protegido, lo cual se contrapone con el derecho a la privacidad del donante; quien, como dijimos, normalmente accede a donar con la condición de que su identidad no podrá ser revelada. Las declaraciones de quienes desean suprimir el anonimato no son tan bien vistas por los profesionales de la salud que se dedican al

---

<sup>86</sup> GUILARTE MARTIN-CALERO, Cristina; (2016); “Notas sobre el derecho a conocer los orígenes biológicos”. Publicado por LA LEY Derecho de familia nº 9, enero marzo 2016, Cuestione sobre filiación, Nº 9, 1 de ene. de 2016.

estudio y práctica de las TRHA, como hacíamos referencia, afirman que un anonimato absoluto no existe, en razón de que las personas que desean realizarse este tipo de tratamientos tienen acceso a información general y genética del donante, salvo su identidad, lo cual para ellos es suficiente, sostienen que suprimir el anonimato en la donación tendría como consecuencia que se vea afectada su práctica. Existe así también, en algunos países un registro de donantes con información suficiente, sus características, rasgos, raza o historial médico. A pesar de que exista una gran contrariedad entre ambas posturas, son varios los estados que se plantean un cambio en su regulación vigente, para aprobar un modelo de prohibición del anonimato; en lo único que coincide la mayoría es en suprimir la paternidad y filiación del donante, ya que lo que se busca es que entre donante y nacido no exista una relación jurídica.

La Dra. Kemelmajer de Carlucci sostiene que “el derecho de conocer los orígenes y el de establecer vínculos de filiación son derechos diferentes, tanto como lo son el dato genético y el jurídico; el primero responde a un hecho único (el causado por los genes); en cambio, el orden jurídico se nutre también de los valores imperantes en determinada sociedad; de allí que la ley pueda establecer restricciones a la normal concordancia entre el dato genético y el jurídico. En suma, el concepto de identidad filiatoria no es necesariamente el correlato del dato puramente genético determinado por la procreación; va mucho más allá; por eso una cosa es tener el derecho a conocer ese dato, y otra, muy distinta, la pretensión de tener vínculos jurídicos fundados en ese dato genético<sup>87</sup>”.

Por otra parte, también parece haber acuerdo en que el derecho a la identidad presenta una doble dimensión: una estática y una dinámica según Fernández Sessarego<sup>88</sup>, quien refiere que “la identidad estática responde a la concepción restrictiva de "identificación" (huellas digitales, fecha y lugar de nacimiento, el nombre de los progenitores, entre otros datos) y, por eso, como regla, se construye sobre los datos físicos o si se quiere, materiales de una persona. La identidad en su faz dinámica involucra las relaciones sociales que la persona va generando a lo largo de su vida; por lo tanto, comprende su historia personal, su biografía existencial, su estructura social y cultural. Dicho esto, se puede distinguir dos tipos de información; la información no identificatoria (la cual permite conocer simples datos genéticos

---

<sup>87</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, (2009) Origen biológico. Derecho a conocer, SJA 4/3/2009 ; JA -I-1035

<sup>88</sup> FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, "Derecho a la Identidad Personal", Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 15 y ss.

del donante) y la información identificatoria (esta permite conocer nombre y apellido del donante, pero sin la posibilidad de establecer vínculos jurídicos de filiación)".

Haciendo un análisis de las diferentes legislaciones, nos encontramos que, conforme a los registros existentes, en España, en el 2019, hasta un 9% de los niños nacidos fueron fruto de un tratamiento de reproducción humana asistida, en los cuales 1 de cada 3 requirieron óvulos donados de manera anónima. Conforme a la Ley Española de TRHA 14/2006, la identidad del donante podrá revelarse de forma restringida cuando se dan ciertas circunstancias excepcionales, como peligro real para la vida o salud del niño producto de estas técnicas. El art. 5.5 de la ley española 14/2006 cuando dice: "...Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembriones. Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembriones. Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes".

La ley italiana<sup>89</sup>, en su art. 4.3., dispone que la mujer solo podrá ser fecundada con gametos de su marido (art. 6.3). En pocas palabras, permite solamente la fecundación homóloga, razón por la cual la paternidad legal corresponde con la biológica. Según el art. 9.1 de la ley, el cohabitante que ha otorgado su consentimiento, no podrá plantear la acción de desconocimiento de la paternidad si se realiza la fecundación heteróloga en contra de la prohibición expresa dispuesta en la norma; es necesario recalcar que el donante, en este supuesto específico, no adquiere ninguna relación jurídica de filiación con el nacido y no puede hacer valer ningún derecho frente a él ni ser titular de obligaciones (art. 9.3).

En Francia, no se prohíbe la reproducción heteróloga, como lo hace la ley Italia, pero dispone que no podrá establecerse ninguna relación de filiación entre el niño nacido gracias

---

<sup>89</sup> Italia; Ley 40/2004, en materia de procreación humana asistida.

a estas técnicas y el donante de los gametos<sup>90</sup>, los cónyuges que para procrear recurran a un donante, deberán dar su consentimiento ante el Juez o Notario previamente, una vez otorgado este consentimiento, se prohíbe todo acto de impugnación de la filiación. El referido consentimiento queda sin efecto en caso de fallecimiento, de demanda de divorcio o separación de cuerpos o de cese de la convivencia, si esto ocurre antes de la realización de la reproducción asistida, también puede ser revocado por escrito, por cualquier miembro de la pareja antes de la aplicación de la técnica.

En Austria, la Ley de Reproducción Médica 275/1992 reconoce al nacido por medio de una TRHA el derecho a investigar sobre la identidad del donante, al igual que Suiza con su Ley Federal, al cumplir la mayoría de edad, se puede obtener los datos del donante. Hay también estados que antes protegían y permitían el anonimato del donante, lo que ha sido reformado actualmente, reconociéndose el derecho a conocer los orígenes, como ejemplo esta la legislación de Noruega, Países Bajos, y Finlandia. En el Reino Unido se le permite a los nacidos por medio de una fecundación heteróloga, al cumplir los 18 años, conocer la identidad del padre biológico.

En cuanto a las leyes de América Latina, nos encontramos con la resolución 13/2013 del Consejo Federal de Medicina de Brasil, la cual establece que "Obligatoriamente debe ser mantenida en secreto la identidad de los donantes de gametos y embriones, como también de los receptores. Todo tipo de información sobre los donantes, en situaciones especiales, como por razones médicas, pueden ser dadas, por los médicos de forma exclusiva, debiendo resguardándose la identidad del dador".

Para Krasnow<sup>91</sup>, "merece citarse la reciente ley uruguaya de TRHA 19167, de 2013, cuando refiere a esta cuestión en sus arts. 12 y 21: "La donación de gametos se realizará en forma anónima y altruista, debiendo garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes sin perjuicio de lo establecido en el art. 21 de la presente ley" (art. 12) y "La identidad del donante será revelada previa resolución judicial cuando el nacido o sus descendientes así lo soliciten al juez competente... (art. 21)."

En Argentina se permite el acceso a la información no identificatoria de manera libre, sin intervención judicial, en cambio, la identificatoria es más restrictiva, solo siendo

---

<sup>90</sup>Código Civil Francés, artículo L. 2141-3, artículo 311-319

<sup>91</sup> KRASNOW, Adriana N; "El derecho de acceso a la verdad de origen en la filiación por técnicas de reproducción humana asistida"; RDF 68-193

posible acceder a ella por vía judicial, mediando relevancia para la salud del menor. Se podría decir que la ley argentina tiene un carácter intermedio, donde predomina el secreto.

Existe una diferencia a resaltar, ya que mientras el derecho a conocer el origen comprende el acceso a la verdad de origen, saber quiénes son sus padres y sus datos, el de la filiación se refiere al derecho de toda persona a contar con una familia, la cual puede fundarse en el elemento biológico, pero no es algo necesario. Algunos doctrinarios sostienen que toda persona tiene derecho a conocer su origen y acceder a la verdad de ella, por tratarse de un derecho humano personalísimo que debe ser protegido por el Estado como garante de los derechos de todo ciudadano, pero eso no significa que se pueda reclamar la filiación del donante, en donde por más que podamos acceder a la identidad de este, debe restringirse la posibilidad de reclamar la filiación. Como ejemplo tenemos a Lledó Yagüe<sup>92</sup>, quién sigue la siguiente corriente diciendo que “hay que permitir al hijo, una vez ha llegado a la mayoría de edad, conocer la identidad genética de su progenitor y, con el consentimiento de éste, su propia personalidad; pero sin que pudiera pretenderse por ninguna de las partes afectadas incoar un proceso de determinación legal de la filiación”. En cambio, otros sostienen que debe prevalecer el derecho a la intimidad del donante, desde el criterio del secreto profesional, refieren que otras personas no necesitan ni deben saber lo que hace el donante con sus gametos, que dan como resultado una nueva vida de la que está desvinculado.

Finalmente compartimos las palabras de Guilarte<sup>93</sup>, quien manifiesta que “el reconocimiento del derecho a conocer los orígenes personales y biológicos como una manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad, conectado a la identidad personal e independiente de la filiación debe ser valorado positivamente en conjunto”. Es definitivo que existe una marcada disparidad y falta de consenso en las leyes de los diferentes estados y en la doctrina internacional, donde el trabajo los legisladores es adoptar leyes más convenientes y adecuadas al contexto sociocultural actual, respetando y ponderando los derechos en conflicto.

---

<sup>92</sup> LLEDÓ YAGÜE, F., “Fecundación artificial y Derecho”, Madrid, Tecnos, 1988.

<sup>93</sup> GUILARTE MARTIN-CALERO, Cristina; (2016); “Notas sobre el derecho a conocer los orígenes biológicos”. Publicado por LA LEY Derecho de familia nº 9, enero marzo 2016, Cuestione sobre filiación, Nº 9, 1 de ene. de 2016.

La realidad es que existe un tercero que ha aportado su material genético sin el cual no sería posible llevar adelante la fecundación, pero a este no se le reconoce (ni quiere) vínculo jurídico alguno con el niño producto de la TRHA; lo que genera dolores de cabeza a los legisladores, ya que se contraponen los intereses de los donantes, progenitores legales y descendencia. El derecho a conocer los orígenes colisiona con la utilización de estas técnicas, el conflicto derivado obliga al derecho a asumir las nuevas variantes que se introducen a la filiación, debiendo ofrecerse respuestas adecuadas por parte de cada estado, a través de un orden jurídico justo y respetuoso con la dignidad humana y los derechos fundamentales de cada individuo. Definitivo es que prohibir el anonimato generaría un caos jurídico, contraponiéndose el derecho a la privacidad del donante con el derecho del menor, lo que no es poca cosa, ambos deben ser realmente ponderados, debiendo aplicarse leyes equilibradas entre sí; en pocas palabras, debe limitarse cada derecho al punto que no interfiera con el otro, y solamente dar prevalencia a uno u otro en circunstancias excepcionales.

### **3.2. La filiación en las TRHA**

Como sociedad, nos encontramos ante constantes transformaciones en lo que conocemos por “normalidad”, donde todas aquellas reglas que alguna vez nos sirvieron para regular nuestra vida, hoy resultan desfasadas o incluso podríamos llamarlas anticuadas, poco útiles o e inaplicables al momento de intentar resolver los diferentes casos a los que el sistema jurídico debe dar solución. Las TRHA han creado un revuelo en cuanto a la determinación de la filiación, haciendo que los principios y conceptos tradicionales de la misma se vieran modificados, dando lugar a controversias de toda índole. Hace muchos años atrás era algo inimaginable el solo hecho de pensar a una mujer teniendo un hijo con ayuda del material genético de un donante anónimo y sin que hubiera una relación sexual de por medio; o, que una pareja pudiera concebir un hijo “biológico” gestado en el vientre de otra mujer, y así, hay una infinidad de supuestos que hoy son una realidad, una realidad de la cual el derecho debe encargarse.

Sabemos que entre los inconvenientes con los que nos topamos a la hora de aceptar y regular las nuevas TRHA, está la fuerte influencia “moral y religiosa”; vivimos en una sociedad que tiene arraigada la idea de que “familia” y “filiación” se encuentran ligadas con

procreación por naturaleza y el elemento biológico de esta. Estas técnicas, como ya vimos hacen posible la disociación de los elementos biológico, genético y volitivo, considerándolos como la máxima expresión de la voluntad en materia filiatoria; a través de ellas se pueden crear vínculos jurídicos filiales, excluyendo la paternidad o maternidad de quien aporta su material biológico— el donante de gametos—, extinguiendo cualquier acción de filiación que pudiera existir después. Eso es lo que la diferencia de la filiación por naturaleza, la cual podemos decir que tiene su origen en la aportación del elemento genético por la pareja que decide procrear; en cambio, en las TRHA puede no coincidir la paternidad/maternidad voluntaria con la genética o biológica. Una se funda en el elemento biológico/genético con independencia del volitivo cuando en las TRHA puede ocurrir lo contrario. Es por eso que muchos autores sostienen que la “paternidad y la maternidad” son conceptos con una carga jurídica y sociocultural.

Dice Tomayo Haya<sup>94</sup> que “esto no significa que en tiempos anteriores el Derecho se haya fundado exclusivamente sobre verdades biológicas, sino que siempre se ha considerado que filiación y engendramiento son nociones diferentes. Mientras la procreación es un dato puramente “natural”, la filiación y el parentesco son instituciones jurídicas. La voluntad, en consecuencia, no ha estado ausente de la filiación (es claro el ejemplo de la posesión de estado) pero su sentido y función ha evolucionado al punto de modificar el propio concepto de filiación, encaminado hacia la protección de una filiación vivida y jurídicamente instituida frente a la búsqueda de una realidad biológica que la contradice”.

Y uno se pone a analizar, entonces, ¿cuál es la diferencia existente con la adopción? A pesar de que en la adopción tanto como en las TRHA existe el elemento volitivo (voluntad de ser padre/madre) en la reproducción asistida este elemento volitivo es previo al nacimiento o gestación del niño; en cambio en la adopción, el niño ya ha nacido, independientemente de la voluntad de adoptar que pueda tener una persona. La voluntad procreacional o como le llaman algunos autores “parentalidad voluntaria” se manifiesta a través del consentimiento previo, libre e informado de todo aquel que haya decidido utilizar alguna de las técnicas de reproducción humana asistida. Por eso hoy, muchos son los que consideran que existe un tipo nuevo de filiación, basada fundamentalmente en la voluntad y la responsabilidad procreacional de

---

<sup>94</sup>TOMAYO HAYA, Silvia; “Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad y en las sociedades contemporáneas”, Universidad de Cantabria, año 2013.

quienes han de recurrir a estas técnicas, una generación que será fruto de una elección, y de una responsabilidad que se asume por elección voluntaria y no por medio de un imperativo legal.

La procreación y filiación derivada de esta, ya no es el simple resultado del acto sexual entre un hombre y una mujer, sino que es el fruto de una elección voluntaria y consciente. Esto es un desafío para el derecho y para los legisladores de cada estado, que deben estar a la altura de los constantes cambios sociológicos, ya por algo se dice que el derecho es una ciencia dinámica. Como vimos aún existen varios países que no regulan las TRHA y, por tanto, tampoco tienen previsto en su ordenamiento el sistema de filiación en estos casos en concreto.

Algunos países que, si lo hacen, como en el caso de la Argentina, que con su nuevo Código Civil de la Nación<sup>95</sup>, incorpora un derecho filial tripartito, en el Título V del Libro Segundo, que trata de la filiación, reconoce que esta puede resultar de tres fuentes: por naturaleza, por adopción y por las técnicas de reproducción humana asistida. A su vez que en España las TRHA han dejado de utilizarse solo como una solución a los problemas de infertilidad de la pareja, incluso esta Ley permite la utilización de los gametos de la pareja o marido premuerto por parte de la cónyuge supérstite, tema bastante discutido y rechazado en varios estados; para determinar la filiación en estos casos el marido debe firmar un consentimiento en donde autorice a que se insemine a su mujer a los 12 meses posteriores a su fallecimiento, quedando la filiación atribuida al mismo, caso contrario el hijo no tendría relación jurídica con el fallecido.

Estos ejemplos, se dan claramente en los casos de fecundación homóloga, es decir, cuando se utilizan gametos de la propia pareja; en donde la mayoría de las leyes prevén que el consentimiento otorgado por la pareja pueda ser revocado antes de la implantación, lo que significa que aunque haya existido voluntad en algún momento, esta pueda revocarse y la paternidad no puede ser impuesta, es una de las técnicas que mayor aceptación tiene y la que la mayoría de estados regula y permite. En los casos de fecundación heteróloga, cuando es utilizada por una pareja en la que el marido es infértil, la paternidad se atribuye al marido por razón de la presunción de la paternidad matrimonial, incluso son muchos los estados que prohíben en todo termino impugnar la filiación previamente consentida, excepcionalmente

---

<sup>95</sup> Ley 26.994, (2015), Código Civil y Comercial de la Nación, Argentina. Publicado por el B.O. 19/12/2014. <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/texto-boletin-oficial.pdf>

algunas permiten impugnarla cuando la filiación deriva de una fecundación heteróloga que se ha realizado sin el consentimiento del marido.

Otras de las cuestiones discutidas en torno a la filiación en las TRHA son si el marido puede o no impugnar la filiación del hijo nacido mediante el aporte biológico de un donante anónimo. La mayoría de leyes establecen que una vez el marido haya dado su consentimiento, el cual debe ser previo, la filiación queda determinada a su favor y este no puede impugnarla bajo ningún fundamento; distinto es el caso en el que la mujer decide realizarse este procedimiento sin el consentimiento previo e informado del marido, caso en el cual, podría alegar dicha circunstancia para impugnar la filiación matrimonial que legalmente es impuesta.

En España se establece en el art. 7 de la LTRHA<sup>96</sup>, que: “1. La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las Leyes civiles, salvo las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos. 2. En ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación. 3. Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o, de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge”. En el art. 8 se hace referencia sobre la determinación legal de la filiación, que no podrá ser impugnada si han prestado consentimiento formal, previo y expreso.

Otro caso que se da en la fecundación heteróloga, es el utilizado por mujer solteras, se considera que el niño, en términos legales no tiene padre, ya que el donante no es considerado como padre, sino un simple aportante de material genético, como bien lo expresara Lacalle<sup>97</sup>, “No es que su padre no lo quiera reconocer, es que, legalmente, no tiene padre, y no se le permite buscarlo, ni conocerlo, ni relacionarse con él en manera alguna”. Otro ejemplo, no menos común, es el de los matrimonios lésbicos que se someten a las TRHA y necesitan el aporte de un donante anónimo ¿es posible determinar la filiación matrimonial o en todo caso una de ellas debe recurrir a la adopción? La legislación española solucionó esta cuestión disponiendo que la pareja de la mujer que se someta al procedimiento debe dar su consentimiento ante el encargado del registro civil del domicilio conyugal y solicitar que se

---

<sup>96</sup> Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

<sup>97</sup>LACALLE, M., & Martínez, P. (2009). “La ideología de género: reflexiones críticas”

determine la filiación a su favor; así también otros países que solicitan el consentimiento previo de la pareja mujer para determinar la filiación son, Reino Unido, Bélgica, Suecia, Noruega, Islandia y Australia, en todos ellos el elemento volitivo es indispensable para determinar la filiación. Muchos son los autores que consideran esta solución como discriminatoria en razón de sexo, ya que para el cónyuge-hombre no existe una carga extra de otorgar el consentimiento para que le sea atribuida la filiación, la cual se tiene por determinada.

En la maternidad subrogada, la determinación de la filiación se torna mucho más complicada, es una técnica que tiene poca aceptación por considerarse que en ella se cosifica a los niños y se utiliza a las mujeres como mero instrumento procreacional, la mayoría de estados la prohíben, el contrato es considerado nulo e incluso se imponen penas y multas si se realiza en violación de estas disposiciones. A su vez, los países que la regulan determinan la filiación mediante el contrato suscripto por los padres de intención y la madre de alquiler, en donde ella renuncia a la filiación del niño. Pero de ello nos encargaremos más detenidamente en el siguiente apartado.

Puede entonces, afirmarse que el elemento determinante y más importante en la filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida es el volitivo? esa voluntad y consentimientos previamente prestados por quien desea hacer realidad su intención de ser padre, donde el vínculo generado entre padres e hijos ya no sería simplemente biológico sino que sería un vínculo jurídico que la ley le otorga a la voluntad y consentimiento expresados por las personas que hacen uso de estas técnicas. Para Barber Cárcamo<sup>98</sup> la voluntad como criterio determinante para la atribución de la filiación es excepcional, y no cabe su aplicación analógica cuando entre los progenitores media relación sexual. Por ello afirma que el consentimiento a la práctica de técnicas de reproducción asistida se equipara al dato biológico: mediando relación sexual, la existencia o no de consentimiento para la fecundación es irrelevante”.

A su vez, Lledó Yagüe<sup>99</sup> sostiene que la relación de filiación debe ser consecuencia más que de una relación biológica de una relación social y cultural, deberá entenderse que la mera aportación del material genético no es determinante en ningún caso para atribuir una paternidad y/o maternidad que hunde su razón de ser más en su componente socializante de integración del niño en la familia en el que encontrará su desarrollo naturalmente y potenciará.

---

<sup>98</sup> BARBER CÁRCAMO, R., «Reproducción asistida y determinación de la filiación», REDUR 8, diciembre 2010, págs. 25-37. ISSN 1695-078X

<sup>99</sup> LLEDÓ YAGÜE, F., (1988); *Fecundación artificial y derecho*. Tecnos. Madrid., pág. 59.

A su vez, Jiménez Muñoz<sup>100</sup> refiere que el consentimiento en las TRHA es especialmente importante, siendo requisito necesario y habilitante para la aplicación de estas técnicas y a la vez criterio presupuesto indispensable para la constitución de una relación de filiación entre el niño y la pareja o mujer que recurre a estas, hasta el punto de que se ha llegado a decir que sustituye a la relación sexual como *causa iuris*.

Asimismo, según el criterio del Prof. Lacruz Berdejo<sup>101</sup> en la paternidad se presume que a una persona se le imponen los deberes de padre, con el correlativo conjunto de posibilidades, poderes y funciones, que se determina por diversas causas, como la cohabitación, el matrimonio y la voluntad de ser padre en la adopción, voluntad que podemos equiparar en el caso de las TRHA.

Siguiendo esta línea, Eleonora Lamm<sup>102</sup> refiere que el rol jurídicamente relevante es, el de padre y no el de progenitor, diferencia los conceptos de padre/madre del concepto de paternidad, los primeros, según ella, otorgan un específico contenido jurídico, sociológico y cultural; y, el de progenitor, exclusivamente deriva de la procedencia biológica. Sostiene que de esta manera se trata de distinguir entre la procedencia biológica del vínculo legal de filiación. Uno de ellos desea la inseminación porque así lo ha consentido, es decir, así resulta de su voluntad, asumir esa paternidad, y por ello se convierte en padre; mientras que la intervención del segundo, aunque es necesaria para la existencia del nuevo ser humano, no tiene, teóricamente, consecuencias jurídicas; su intervención se agota en su aporte genético, su donación. Sólo el padre, por tanto, tiene importancia desde una perspectiva jurídica y social.

Nuevamente la falta de consenso en el tema obliga a los tribunales a encontrar una salida, acorde a las circunstancias. Pero, lo cierto y lo concreto es que el derecho debe ser tolerante y respetuoso de los cambios que se suceden, por lo que no puede resultar ajeno a ellos y debe plasmar en sus normas las situaciones que se manifiestan en la realidad, dando soluciones acordes, sin poner en riesgo a las generaciones futuras que serán fruto de estas técnicas. La filiación en todos los casos debe conservarse estable, sustentarse en la voluntad procreacional y no solamente en la verdad biológica, en ella debe prevalecer la paternidad

---

<sup>100</sup> JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier; *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, ob. cit., pág. 47

<sup>101</sup> LACRUZ BERDEJO; (1981); "El Nuevo Régimen de la Familia", Tomo II, "Filiación", Editorial Civitas S.A., Edición, Madrid.

<sup>102</sup>LAMM, Eleonora, (2008); "El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Hacia una nueva concepción de las relaciones de filiación", Universidad de Barcelona; disponible en: <http://hdl.handle.net/2445/11381>

voluntaria y querida. El sistema debe ser capaz de dar soluciones a las distintas situaciones que atraviesan las personas que, solas o en pareja, decidan tener un hijo por medio de una TRHA y respetar su decisión, sin trabas y discriminación de ningún tipo, adecuando para ello, las reglas de la filiación.

### 3.3. Gestación subrogada

La noción tradicional de maternidad y paternidad, como bien decíamos, fueron víctimas principales de los cambios y de la evolución social constante, con la aparición de las TRHA no solo es madre quien gesta y da a luz a un niño, hoy ser madre es mucho más que eso, y con ello el principio romano, que Paulo tomó del *Digesto*, *mater semper certa est* (madre es la que da a luz) se pone en tela de juicio y ya no es una regla absoluta. Existe una disociación entre la concepción, la gestación y el parto, la mujer que da a luz puede ser simple portadora, sin que exista vínculo biológico alguno con el nacido. La gestación por sustitución, maternidad subrogada o sustituta, donación temporal de útero o incluso “maternidad de alquiler” como es llamada, es la práctica por la que una mujer -gestante, subrogada o sustituta- se compromete, a gestar en su útero a un niño, renunciando a su filiación, con el fin de entregarlo después del parto a los comitentes o padres de elección, sean sus progenitores biológicos o no.

La técnica de reproducción humana asistida en la que se “utiliza” un vientre subrogado puede darse en diversas situaciones o casos, por ejemplo hay mujeres cuyos ovarios tienen la capacidad de producir óvulos, pero no pueden llevar a término la gestación por algún problema de salud que podría poner en peligro la vida del niño o de la misma; también en otros supuestos de incapacidad para proveer los componentes genéticos y gestacionales necesarios para llevar adelante un embarazo; mujeres a quienes se les ha extirpado el útero o los ovarios, o cuando existe la posibilidad de transmitir una enfermedad o defecto genético al niño; también están los casos de los hombres solos o parejas homosexuales que desean ser padres, estos más que necesariamente requieren la intervención de una mujer para concebir, aunque aporte o no sus propios óvulos para combinarlos con el semen de unos de los hombres integrantes de dicha unión o de un tercero. Es así que se entiende que, la mujer que lleva en su útero un niño para otra persona, realmente ha gestado "por encargo", pero no necesariamente tiene vínculos

genéticos con el niño, además de renunciar a todo derecho sobre él; es por eso que esta técnica es la que mayor rechazo tiene, siendo incluso prohibida y sancionada su realización.

Para Valdés Díaz<sup>103</sup>, la maternidad subrogada puede ser realizada de diferentes maneras y en distintos supuestos, que enumera de la siguiente forma: “i. Pareja heterosexual que, aportando su material genético (óvulos femeninos y espermatozoides masculino), necesita un vientre de otra mujer que gestee el producto de la concepción lograda a través de la fecundación *in vitro*; ii. Pareja heterosexual u homosexual en la que sólo uno de ellos aporta su material reproductor. La procreación es parcialmente heterónoma. La gestación se produce en el vientre de una mujer ajena a la pareja, que puede a su vez aportar o no sus propios óvulos; iii. Pareja heterosexual u homosexual en la cual ninguno de los miembros aporta material genético. Los gametos con los que se realiza la fecundación son ajenos a la pareja, pudiendo aportar los óvulos la mujer que realiza la gestación u otra distinta; iv. Persona sola, hombre o mujer, que, aportando o no su material genético, necesita la gestación de sustitución para el nacimiento del niño. Puede aportar los óvulos la mujer que realiza la gestación u otra distinta”.

Con esta técnica puede, incluso, darse la posibilidad de que existan varias “madres”: La genética, la biológica y la contractual o de intención; la primera es quien dona su óvulo, la segunda es la que gesta y da a luz, y la tercera, la madre de intención, la que desea y tiene la voluntad de ser madre, y es la que debe ser reconocida por el derecho; son entonces los elementos concurrentes los que definen la existencia de diversos tipos de maternidad subrogada, y así dependiendo de quién aporte el material genético podríamos hablar de: 1. Subrogación tradicional o parcial: la gestante es inseminada de forma natural o artificialmente con el semen de uno de los comitentes o un donante, y aporta su material genético (óvulo); 2. Subrogación gestacional o plena es en el que la gestante se limita a gestar un embrión concebido mediante FIV (gametos de los comitentes, o gametos o embrión de donante/s) aquí ella no aporta material genético, y el niño no tiene parentesco biológico alguno con ella.

A su vez Jiménez Muñoz<sup>104</sup>, también se puede distinguir a la maternidad subrogada, según la retribución que puede recibir o no la gestante, estas son: “1. Subrogación altruista: la

---

<sup>103</sup> VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen; (2017); “El acceso a algunas técnicas de reproducción humana asistida: “Crónica de una vida anunciada”; Publicado en IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., vol. 11, núm. 39, enero-junio, 2017; Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C. Puebla, México

<sup>104</sup> JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier; (2018); “Una aproximación a la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la gestación subrogada”, R.E.D.S. núm. 12, Enero-Junio 2018, ISSN: 2340-4647

gestante actúa por diversos motivos (frecuentemente, solidaridad) y no recibe retribución alguna o sólo el resarcimiento de los gastos médicos y otros costes razonables; y, 2. La subrogación comercial: media una contraprestación económica a favor de la gestante”.

Una vez comprendido este método particular de reproducción humana y sus distintas variantes podemos centrarnos en lo siguiente: el rechazo rotundo a la utilización de esta técnica en muchísimos ordenamientos jurídicos y los problemas que acarrea la permisividad y facilidad con la que se realiza en los países donde se consiente el acceso. Los detractores de esta técnica la consideran contraria al interés superior del menor, violatoria de la dignidad, la libertad y la autonomía de la mujer gestante, sostienen que es una forma de seguir cosificándola y utilizándola como una simple incubadora humana, por lo que refieren que es una práctica contraria al orden público y las buenas costumbres; en algunos países son prohibidas mediante normas civiles que declaran la nulidad del contrato e incluso se establecen sanciones penales con prisión y multas. Por el contrario, los gobiernos cuyas leyes si permiten la realización de la misma, y a la vez, regulan los contratos de subrogación, casi siempre lo hacen en el marco de sus leyes de técnicas de reproducción humana asistida. Por el contrario, también existen leyes que solo la admiten si los contratos son gratuitos o se realiza de manera altruistas, aunque generalmente se establece la necesidad de que los comitentes asuman los gastos derivados del embarazo y el parto.

El contrato de subrogación se considera absolutamente nulo en varios países, imponiéndose como sanción la nulidad del contrato, pero esta cuestión deja sin resolver asuntos esenciales, especialmente los relativos a la filiación del niño. Esta problemática no consigue encontrar un criterio uniforme. Como decíamos, existe una gran disparidad en el tratamiento normativo, tanto es el rechazo y falta de consenso en su práctica que tornan difícil su legalización. En los países de la Unión Europea, la disparidad es abismal, son varios los países que consideran a la maternidad subrogada como ilegal; entre ellos se encuentran Francia, Alemania, Italia y Suiza; estos estados incluso imponen penas o sanciones si se llegaron a realizar en violación a sus normativas.

Pero como lo expresa Jiménez Muñoz<sup>105</sup>, no son pocos los Tribunales que toman decisiones judiciales que se apartan de esta norma y admiten los efectos de la filiación derivada

---

<sup>105</sup> JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier; (2018) “Una aproximación a la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la Gestación Subrogada”; Publicado en: Revista de Derecho, empresa y

de esta técnica, algunos ejemplos que cita en su obra son: el caso de Francia, donde el Tribunal de Apelación de Rennes por medio de la Sentencia de 21 de febrero de 2012 permitió la inscripción en el Registro Civil de dos gemelos nacidos de comitentes franceses y una gestante india: no se cuestiona la validez del acuerdo, sino la de las actas del Registro Civil; en Italia, antes de la penalización establecida en la Ley de 19 de febrero de 2004, el Tribunal civil de Roma por medio de la resolución dictada el 14 de febrero de 2000 se estableció la validez del contrato de gestación subrogada en determinados casos, ante el vacío normativo y la motivación altruista y el tiempo de congelación de los embriones, lo que fue posteriormente prohibido y penado.

En España, la maternidad subrogada está prohibida y el contrato se considera nulo y sin efectos, pero existe una disparidad entre la prohibición de realizar el procedimiento y el reconocimiento e inscripción del niño nacido por medio de la misma, ya que por un tiempo se ha producido un progresivo reconocimiento e inscripción de la filiación en las gestaciones por sustitución realizadas en el extranjero por efecto de la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010<sup>106</sup>, aunque esto sea rechazado por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo; lo que llevó a la reforma de dicha instrucción mediante la del 18 de febrero del 2019<sup>107</sup>, la cual reza “La gestación por sustitución constituye un fenómeno en el que se produce una grave vulneración de los derechos de los menores y de las madres gestantes. El interés preferente de los primeros debe quedar en todo caso salvaguardado, y a la vez la actuación de los poderes públicos debe garantizar a la mujer una adecuada protección contra el peligro de abusos de situaciones de vulnerabilidad que es de todo punto inaceptable. Resulta además claro que la lucrativa actividad de las agencias mediadoras que operan en este terreno no puede considerarse ajustada a derecho. Por lo demás, este problema no se limita a España, sino que se desenvuelve en un ámbito exterior, por lo que sería necesaria una actuación internacional coordinada para hacerle frente de forma eficaz. En tanto no se disponga de ese claro marco internacional, y sin perjuicio de la adopción de las medidas oportunas y más

---

sociedad (REDS); N°12, Época II, enero-junio; pág. 42/54; disponible en: <http://www.iurelicet.com/wp-content/uploads/pdf/REDS12.pdf>

<sup>106</sup> Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución: Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/ins/2010/10/05/1>

<sup>107</sup> Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución; disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/ins/2019/02/18/1>

contendientes para atajar esta práctica en España, se debe tratar el fenómeno con el necesario rigor. Todo ello hace necesario un tratamiento que permita valorar todas las circunstancias que se presenten en cada supuesto, con una prueba válida y suficiente de los hechos, datos y declaraciones de voluntad que concurran en el mismo. Ello es así, especialmente, a la vista de los claros abusos contra las mujeres gestantes que en ocasiones se han dado”.

La postura de rechazo de España es clara, por lo que actualmente el cumplimiento de los requisitos legales debe ser probado por medio del correspondiente expediente ante las autoridades judiciales, o en todo caso, como lo refiere el apartado 2, “excepcionalmente serán estimadas si existiese una sentencia de las autoridades judiciales del país correspondiente que sea firme y dotada de exequátur, de conformidad a la instrucción del 5 de octubre del 2010”<sup>108</sup>. Esto ha sido rechazado por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo; lo que llevó a la reforma de dicha instrucción mediante la del 18 de febrero del 2019<sup>109</sup>, la cual reza “La gestación por sustitución constituye un fenómeno en el que se produce una grave vulneración de los derechos de los menores y de las madres gestantes. El interés preferente de los primeros debe quedar en todo caso salvaguardado, y a la vez la actuación de los poderes públicos debe garantizar a la mujer una adecuada protección contra el peligro de abusos de situaciones de vulnerabilidad que es de todo punto inaceptable. Resulta además claro que la lucrativa actividad de las agencias mediadoras que operan en este terreno no puede considerarse ajustada a derecho”.

A diferencia de lo que ocurre en España, en algunos estados de EE. UU. es legal y se permite la maternidad subrogada con o sin contraprestación económica, como en California, donde un Tribunal administrativo del Cantón de Saint Gallen de 19 de agosto de 2014 otorgó la filiación a una pareja de hombres que recurrieron a la gestación por sustitución. Pero no ocurre lo mismo en otros estados de este país, prohibiéndose en Arizona, Michigan, Utah, Nueva York, Washington y otros, mientras se admite en Arkansas, California, Florida, Minnesota, Nuevo Hampshire o Nueva Jersey.

Los países en los que consideran legal la maternidad subrogada cuando no exista retribución de por medio Brasil, Australia, Grecia y Colombia. En Reino Unido se permite solo

---

<sup>108</sup>Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución: Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/ins/2010/10/05/1>

<sup>109</sup>Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución; disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/ins/2019/02/18/1>

el pago a organizaciones intermediarias que sin ánimo de lucro ayuden a realizar los trámites, pero solo para cubrir los gastos, exigiéndose que no haya habido una remuneración económica más allá de los gastos del parto para poder registrar al menor por orden judicial. Los países que autorizan su práctica, por medio de una remuneración económica o no son Ucrania, Rusia, India, Georgia, Israel y en EE. UU el Estado de California como ya lo decíamos.

El TEDH había realizado un estudio sobre la regulación de la cuestión en 35 países miembros del Consejo de Europa con ocasión del caso *Labassee c. Francia*<sup>110</sup>, el resultado arrojado fue que catorce estados prohíben expresamente la maternidad subrogada, entre los que se encuentran España, Austria, Alemania, Francia, Italia, Suiza, Suecia, Islandia, Estonia, Finlandia, Moldavia, Montenegro, Serbia y Turquía. En contrapartida a ello, en Ucrania, Rusia y Georgia su acceso es legal y permitido, sin importar que sea lucrativo, mientras que en Bélgica, República Checa, Luxemburgo y Polonia no cuentan con normas jurídicas que la regulen, pero su realización no está prohibida. Ucrania es considerada como uno de los países que recibe gran cantidad de personas en acceder a este “servicio”. Estas diferencias y falta de unanimidad en la regulación hacen que exista un creciente turismo reproductivo desde los países que no permiten los contratos de gestación por sustitución hacia los países que sí la admiten o permiten, en algunos, incluso es considerado como un “lucrativo negocio”.

Naturalmente, quienes van en búsqueda de estos “servicios” tienen la intención de volver al país de origen con los niños nacidos productos de ese contrato, buscando obtener el reconocimiento legal de estos hijos como legítimos. La pretensión y objeto de estos contratos es lo que se rechaza, por entenderse que la operación entraña un fraude al derecho interno; pero, el vacío jurídico existente deja a los menores desprotegidos sin sentido alguno, ya que si se les niega la posibilidad de ser reconocidos por sus padres de intención y no siendo deseado el vínculo filiatorio por la mujer que lo ha gestado, quedar sin identidad alguna.

El TEDH ha afrontado estas cuestiones en un par de sentencias, *Menesson c. Francia* y *Labassee c. Francia*, ambas de 26 de junio de 2014, seguidas después por la sentencia conjunta en los asuntos *Foulon y Bouvet c. Francia* del 21 de julio de 2016. Otro de los casos, bastante discutido, causando mucha controversia y criterios dispares es el caso *Paradiso y Campanelli c. Italia* de 24 de enero de 2017, sentencia dictada por la Gran Sala, en ella se revoca

---

<sup>110</sup> Caso *Labassee c. France* (n.º 65941/11), de 26 de junio de 2014, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-145180>

la sentencia pronunciada por la Sala el 27 de enero de 2015 y parece seguir una orientación contraria, aunque como iremos viendo, esto se debe en realidad a las situaciones únicas que se dan en cada caso en particular.

El Tribunal de Estrasburgo sostiene que este vacío legislativo deriva en una "situación de incertidumbre jurídica" a la que los distintos estados están inmersos. Alega que se está atentando deliberadamente contra el derecho a la identidad de las menores, privando a los menores de una nacionalidad y de una filiación. El Tribunal condena el actuar de los diferentes países que como Estados tienen plena libertad para decidir sobre la autorización o prohibición de la subrogación, pero que con sus respectivas decisiones judiciales están violando los derechos legítimos de muchos niños. Se debe entender que la ilegalidad de una determinada técnica reproductiva en un país no puede privar a los menores, nacidos en el extranjero bajo el uso de esta técnica, del reconocimiento de su filiación en los países de origen de sus padres de intención.

Las legislaciones giran en torno a diversas posibilidades: i. Prohibición y nulidad del contrato de gestación subrogada y todo efecto que pueda tener sobre la filiación; ii. Prohibición y nulidad del contrato de gestación subrogada, pero otorgando la filiación a los padres de intención; iii. Regulación del contrato de gestación subrogada otorgando todos los efectos y filiación a los padres de intención.

Según Eleonora Lamm<sup>111</sup>, si tenemos en cuenta el análisis de la situación desde el derecho comparado y la disparidad legislativa que se repite en todos los continentes, es innegable la necesidad de una Convención Internacional que ordene este conflicto socio-jurídico, ya que ni la prohibición expresa ni el silencio de la ley evitan que la práctica se realice; antes bien, se utilizan estrategias para zafar de las leyes restrictivas, lo que genera un abanico de conflictos que podrían evitarse con una regulación adecuada que controle la práctica y resuelva los problemas que ocasiona.

Finalmente, existe una tendencia de aceptación a esta práctica que avanza a pasos de tortuga; negar que esta circunstancia de desorden legislativo internacional genera problemas al derecho es imposible, siendo la única salida la regulación jurídica realista, que sea capaz de prever todos los eventos que derivan de su práctica, cuidando que los contratos sean justos y no

---

<sup>111</sup>LAMM, Eleonora; (2012) "Gestación por sustitución. Realidad y Derecho"; publicado en "Revista para el Análisis del Derecho", Edición 3, disponible en: [www.indret.com](http://www.indret.com)

vulneren los derechos de las partes, respetando la dignidad de la mujer gestante, el interés superior del menor y la filiación acorde a la voluntad de los que desean asumir realmente el papel de padres, porque más que demostrado está que la prohibición no evita su práctica.

### **3.4. Acceso a las TRHA en la salud pública y social**

De por sí el acceso a las TRHA están limitadas como hemos visto, por lo que fácilmente podríamos deducir que el acceso a las mismas, por medio de los servicios de la salud pública y social que deben brindar los estados, es prácticamente nulo; esto, principalmente porque son tratamientos que requieren de una formación y equipamiento especial, lo que genera altos costos de producción por decirlo de alguna manera, siendo realizados en su mayoría en centros especializados privados. Los problemas de acceso a los servicios reproducción humana asistida en el mundo son diferentes; así, en los países en desarrollo los impedimentos para el acceso se deben normalmente a restricciones sociales y culturales, así como económicos, a estos tratamientos solo pueden acceder personas con un nivel económico alto, siendo inimaginable el acceso de personas de escasos recursos.

La religión también desempeña un papel importante en las restricción al acceso a estos tratamientos, siendo un importante freno en el progreso de la sociedad en muchos aspectos importantes de la vida, por ejemplo, en Latinoamérica la religión católica ejerce considerable presión moral a los legisladores y al público para que impidan el acceso a la fertilización *in vitro*<sup>112</sup>. También existe un sector político que sostiene que este “servicio” no lo debería asumir ningún Estado, debido a los altos costos y el supuesto bajo impacto que tienen en la población; nada más alejado a la realidad desde mi punto de vista personal

En los apartados anteriores ya hacíamos referencia a los elementos esenciales que componen el derecho a la salud, conforme a lo dispuesto en el informe del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, y que deben ser garantizados por los estados, estos elementos son: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. En dicho instrumento internacional, al referirse a la disponibilidad y acceso, se hace mención de que los Estados deben contar con establecimientos, bienes, servicios y programas públicos de

---

<sup>112</sup>NACHTIGALL, Robert D., (2006) “International Disparities in Access to Infertility Services”, *Fertility and Sterility*, vol. 85, núm. IV.

salud y que estos deben ser accesibles a todas las personas, sin discriminación, de manera económica y con toda la información necesaria. Se recalca en él que cada estado debe buscar la manera de ir erradicando las limitaciones para el ejercicio pleno del derecho a la salud y los que le sean inherentes, con políticas públicas eficaces, programas de salud adecuados y los correspondientes recursos económicos destinados a la implementación<sup>113</sup>.

Para algunos autores la razón de ser de las TRHA es terapéutico, lo que concuerda a la perfección con el derecho a la salud, que se intenta garantizar, cuyo fin máximo es garantizar la ausencia de enfermedad y el más alto nivel de bienestar físico, mental y social. En el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo se hizo referencia al acceso a las técnicas de reproducción humana asistida como “el ejercicio del derecho a la salud sexual y reproductiva y, en dicho sentido, se dijo que la garantía efectiva de estos derechos depende de la atención de la salud reproductiva, la cual se define como el conjunto de métodos que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivos al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva”<sup>114</sup>. Siguiendo esta misma postura, el Parlamento Europeo considera “imprescindible garantizar el goce y disfrute de los derechos sexuales y reproductivos, por ser estos derechos básicos que no deben limitarse por motivos religiosos ni morales; insistiendo en que, al permitir que las mujeres, las niñas y las parejas ejerzan la libertad fundamental de tomar decisiones sobre su vida sexual y reproductiva, inclusive sobre si desean tener hijos y cuándo, se les brinda la oportunidad de dedicarse a actividades como la educación y el empleo, se contribuye a la igualdad entre los sexos, a la reducción de la pobreza y al desarrollo inclusivo y sostenible”.

En Latinoamérica, a pesar de que son pocos los países que tienen leyes sobre reproducción humana asistida, estos si tienen previsto en sus leyes y políticas públicas un acceso a las TRHA a través de los servicios de salud pública y social, estos son: Argentina, Uruguay, Chile y Brasil; cabe resaltar que no se ofrecen todas las técnicas disponibles y que normalmente pueden acceder a ellas parejas o personas que sufran de algún tipo de infertilidad que pueda ser demostrada. A la par la CIDH ha dispuesto en la sentencia dictada en el caso

---

<sup>113</sup>Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), *Observación general N° 14 (2000) : El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, 11 Agosto 2000, E/C.12/2000/4, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/47ebcc492.html>

<sup>114</sup>Naciones Unidas. *Definición recogida en el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo*. Documento A/S.21/5/Add. 1, de 1994. Pg. 64.

Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica<sup>115</sup> en el punto cuarto que: “el Estado debe incluir la disponibilidad de la FIV dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación”, que “la Caja Costarricense de Seguro Social deberá incluir la disponibilidad de la FIV dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía”. Asimismo, la Corte dispuso que “el Estado deberá informar cada seis meses sobre las medidas adoptadas para poner gradualmente estos servicios a disposición de quienes lo requieran y de los planes diseñados para este efecto”.

Posteriormente, en el 2016, en la resolución de control de cumplimiento, se destacó el esfuerzo de Costa Rica en prever la atención de los distintos tipos de infertilidad y sus correspondientes tratamientos de reproducción asistida, aunque faltaba incluir en ellas la FIV. Este caso y la sentencia dictada por la Corte ha sido un hito en cuanto a jurisprudencia sobre TRHA en Latinoamérica y es por eso que la vamos a analizar más detalladamente en el siguiente capítulo.

Al considerar a los derechos sexuales y reproductivos como parte esencial del derecho a la salud y al pleno disfrute de la misma en su más alto nivel; resulta indispensable contar con programas gratuitos de acceso a las técnicas de reproducción humana asistida, principalmente en los casos de infertilidad, para que un Estado pueda garantizar el completo goce de los derechos fundamentales a sus habitantes, es fundamental que se intensifiquen los esfuerzos en contar con suficientes recursos materiales, económicos y con una organizada política pública que pueda hacer frente a ello. Cabe resaltar el importante aporte de los organismos internacionales de las Cortes Internacionales de Derechos Humanos, ya que ello genera un ánimo de avance en cuanto a un acceso público a las TRHA a nivel mundial, libre de discriminación alguna.

### **3.5. Turismo reproductivo.**

---

<sup>115</sup>Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Corte IDH (ser. C) No. 257, Nov. 28, 2012.

Como pudimos observar a grandes rasgos, el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida se ven restringidas por múltiples factores basados en el género, clase, raza, nivel socioeconómico y religioso; ello se evidencia principalmente en la selección de donantes, de mujeres gestantes, como también en quiénes pueden acceder a la donación o proceso de reproducción; lo que hace visible las estructuras de desigualdad existentes en casi todos los países del mundo. Pero esta desigualdad no se limita al interior de cada comunidad, país o región sino también tiene una dimensión en el ámbito transnacional en la que la inequidad y falta de recursos convierte a algunos grupos en potenciales consumidores de servicios y materiales reproductivos y a otros en proveedores; como lo expresa Ikemoto<sup>116</sup>, es en la dimensión transnacional donde las diferencias entre regiones se hacen especialmente visibles, ya que estas no se reducen ni limitan a los contrastes de una región u otra, sino que son efectos de otras variables como el progreso científico, el avance legislativo, los valores morales, familiares y principalmente de género, a partir de las cuales algunos territorios se especializan en proveer u ofrecer servicios reproductivos a nivel internacional, convirtiéndose realmente en destinos “reproductivos”.

La movilidad o el llamado turismo reproductivo responde a una mezcla muy compleja de cuestiones: la prohibición en algunos países de realizar ciertos tratamientos, la imposibilidad de acceder a ellos si no estás casado o con pareja estable, el costo excesivamente elevado que pueden llegar a tener los tratamientos, los ordenamientos jurídico y las leyes más abiertas, la disponibilidad de gametos o gestantes, o que la lista de donantes responda a determinadas exigencias y características se unen al desarrollo tecnológico, las garantías jurídicas, las facilidades de ingreso y estancia en el país, los roles sociales y de género, la garantía del secreto son cuestiones que toman vital importancia a la hora de decidir realizarse estos tratamientos en otro país que no es el de origen, son los motivos que llevan a cientos y miles de personas que anhelan cumplir con su deseo masintimo y van a otros horizontes en busca de una solución a su problema.

Definitivamente, la falta de regulación jurídica y acceso tan limitado a las TRHA son los principales motivos por los que las personas toman la decisión de salir a buscar, en un país diferente al suyo, el tratamiento adecuado que le permita traer un hijo biológico al mundo.

---

<sup>116</sup> IKEMOTO, L. (2009). Reproductivetourism: equalityconcerns in the global marketforfertilityservices. *Law&Inequality: A journalofTheory and Practice*, 27(2), 277-309.

No es una decisión fácil y mucho menos económica, ya que emigrar para realizarse alguno de estos tratamientos es realmente costoso y desgastante.

Según el registro de recibimiento o acogimiento de parejas extranjeras que van en busca de realizarse algún tratamientos de reproducción humana asistida, los países más visitados son Reino Unido, Ucrania, España, Brasil, México y Estados Unidos, son estos los principales “destinos reproductivos” del mundo; pero como en todo, así como existen personas que ven a las TRHA como la solución a su problema de infertilidad y/o la única esperanza de poder ser padres, hay otras personas que se aprovechan de esta situación y desesperación, haciendo de estas técnicas un negocios sumamente lucrativo que va en aumento, ofreciendo un “producto” de importante valor, a costa de ese deseo y necesidad, ofrecen y prometen tratamientos que muchas veces podrían no dar los resultados deseados o contratos de dudosa legalidad y seguridad.

Entre los diferentes inconvenientes que se topan estos “turistas reproductivos” está la imposibilidad de inscribir a los hijos producto de estas técnicas en sus países de origen, ya sea porque son producto de un contrato que es considerado nulo (como ocurre en el caso de la maternidad subrogada) o por estar prohibida la doble maternidad o paternidad (en el caso de parejas homosexuales). Es definitivo que existe una imperiosa necesidad de conseguir el reconocimiento de los derechos, valores y principios que permitan encontrar las soluciones adecuadas a estas prácticas, que den una respuesta a las controversias generadas por la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida en el mundo.

Y cómo podrían los diferentes estados frenar este creciente turismo, el cual acarrea un montón de inconvenientes jurídicos; pues además de regular de manera consciente y adecuada el acceso y utilización de las TRHA, debe existir un consenso a nivel internacional y cooperación entre los estados para establecer mecanismos que hagan viable y seguro jurídicamente el turismo reproductivo o bien, otorgar suficientes garantías a sus ciudadanos para que puedan ejercer libremente sus derechos reproductivos y de esta forma acceder a las técnicas de reproducción humana asistida de manera voluntaria, libre, segura e informada, y por sobre todo sin discriminación de ningún tipo. La prohibición de acceso produce un efecto diferente al deseado, ya que no evita la realización de estas técnicas, solo tiene como efecto la búsqueda de una salida y solución por parte de los interesados en ellas, que como dijimos, muchas veces puede sobrepasar la barrera de legalidad y seguridad jurídica.

Existe una realidad social, que va más allá de los ordenamientos jurídicos restrictivos o poco útiles, y son la globalización, nuevas relaciones familiares, progreso científico, reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos que hacen frente a un sistema que día a día se aleja de las situaciones que se presentan en la actualidad. Como vemos, las limitaciones son discriminatorias desde cualquier punto de vista, y nuevamente el mundo es para quien pueda afrontar económicamente sobrepasar esa barrera de prohibición, debe cortarse la barrera existente entre la realidad social y el derecho para que este pueda cumplir su rol.

### **III. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**

Teniendo un panorama inicial de las técnicas de reproducción humana asistida, como son reguladas por los diferentes estados y cuáles son los principales problemas generados por la utilización de las mismas, podemos pasar a observar y analizar las posturas y decisiones tomadas por los Tribunales Internacionales de derechos humanos en algunos de los casos que más repercusión han tenido. Ambos tribunales se adhieren a la noción del derecho a la identidad, del derecho a conocer los orígenes como al derecho a tener relaciones familiares de todos los individuos, ponderándolos de acuerdo a la situación particular de cada caso llevado a su escrutinio.

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a la identidad está reconocido implícitamente en la Convención Americana de derechos Humanos, cuando en ella se establece que el : "... Respecto de los niños y niñas, el derecho a la identidad comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia" y sostiene que ella "...está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social". Si bien reconoce que se trata de un derecho humano que alcanza a toda persona, señala que "...entraña una importancia especial durante la niñez<sup>117</sup>".

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por su parte, también reconoció en varias de sus sentencias el derecho a la identidad como un derecho humano personalísimo

---

<sup>117</sup> CIDH, "Gelman v. Uruguay", 24/2/2010; "Fornerón e hija v. Argentina", 27/4/2012; "Contreras y otros v. El Salvador", 31/8/2011.; disponible en: en [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr).

dispuesto en el art. 8º de la Convención Europea de Derechos Humanos: el derecho a la vida privada y familiar<sup>118</sup>. Desde esta perspectiva, también relacionó el derecho a conocer los orígenes con la noción de vida privada; mientras que en otras ocasiones refirió a las relaciones paterno-filiales como parte al derecho a la vida familiar<sup>119</sup>. Es importante recalcar que en cada caso se estudia y analiza con distinto alcance, el reconocimiento del donante como padre o limitando el derecho al acceso a la información de los orígenes<sup>120</sup>.

Según Flores Rodríguez<sup>121</sup>, el TEDH considera que es necesario el establecimiento de un estatuto jurídico que regule y preste seguridad, previsibilidad y certidumbre a esta situación, que debe terminar imponiéndose como una solución inevitable para cada Estado firmante de la Convención. A su vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que las restricciones que sean impuestas por un estado deben respetar todos los parámetros, verificarse las mismas a modo de dilucidar si tienen o no carácter de abusiva; estos parámetros que deben tenerse en cuenta en cada caso particular son la legalidad; el fin legítimo; la idoneidad; la necesidad y la proporcionalidad. Si bien este Tribunal de derechos humanos no cuenta con una vasta jurisprudencia en materia de técnicas de reproducción humana asistida, por un escaso número de casos que son llevados hasta tal instancia, lo cual sigue siendo un problema para encontrar unanimidad en las leyes regionales; uno de sus casos más emblemáticos ha servido de guía para que varios estados partes adaptaran sus leyes conforme a las recomendaciones dadas en dicha sentencia.

Como lo expresa Benavides Casals<sup>122</sup>, "...lo innegable es que en la práctica de los tribunales internacionales se recurre a la teoría del margen de apreciación como criterio hermenéutico; y, mal se podría sostener que el permitir un margen de apreciación de los estados al aplicar y por tanto interpretar los derechos, es incompatible con la efectiva protección de los derechos humanos, toda vez que el tribunal que lo ha aplicado por primera vez y lo continúa

---

<sup>118</sup> "Burghartz v. Switzerland", 1994, y "Mikulic v. Croatia", 2002

<sup>119</sup> "Mikulic v. Croatia", 2002, y "Ebru et TayfunEnginÇolak v. Turquie", 2006.

<sup>120</sup> "Mikulic v. Croatia", 2002; "Odièvre v. France", 2003; "Gaskin v. TheUnitedKingdom", 1989; "Pretty v. theUnitedKingdom", 2002; "Bensaid v. TheUnitedKingdom", 2001.

<sup>121</sup>FLORES RODRÍGUEZ, Jesús, "Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa", La Ley Derecho de Familia, LL, nro. 8363, España, LL 4710/2014.

<sup>122</sup>BENAVIDES CASALS, María Angelica: "El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos"; Revista Ius et Praxis, 15 (1):295-310, 2009; disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122009000100009>

aplicando es el TEDH, órgano del sistema que se tiene actualmente como el más efectivo en la protección de tales derechos”.

Sobre algo que hemos hecho referencia en contadas ocasiones es sobre el margen de apreciación otorgado por los Tribunales de Derechos Humanos. ¿A qué nos referimos específicamente cuando hablamos de ello? Es sabido que tanto la CIDH y en mayor medida el TEDH aplica ciertos criterios de interpretación, estos son el margen de apreciación y el consenso internacional. Cuando hablamos de consenso, hablamos de la aceptación y anuencia de la mayoría de los estados partes sobre determinado derecho, una comprensión que deriva a una regulación casi uniforme sobre determinada cuestión. En contrapartida cuando no existe un consenso internacional comunitario sobre un derecho, su alcance y sentido, es cuando se aplica el margen de apreciación.

Las Convenciones de derechos humanos viven y tienen sentido gracias a la interpretación de sus Tribunales, que son los auténticos intérpretes de ellas, siendo sus sentencias irremediamente vinculantes para los estados partes. Estas sentencias traen, como se decía, aparejada la autoridad de cosa interpretada, que supera a la cosa juzgada; lo que significa que a través de esta los fundamentos y alcance de las sentencias deben incorporarse y entenderse como disposiciones convencionales y deben ser respetadas por los jueces internos de cada país; de este modo tanto las sentencias de la CIDH y del TEDH sobrepasan de manera amplia el alcance jurídico del caso concreto, debiendo entenderse que estas alcanzan a cualquier caso análogo que revista el mismo sentido. Es por ello que cuando muchos de los casos presentados ante el Tribunal Europeo son similares y giran en torno a una misma cuestión son resueltos por medio de las llamadas sentencias piloto.

Según Nogueira Alcalá<sup>123</sup>, la CIDH otorga a sus sentencias la autoridad de cosa interpretada, para reforzar y añadir un efecto directo a sus resoluciones bajo el criterio de que aportan soluciones en términos más precisos y completos a esos casos que resulten análogos; este efecto de la sentencia dictada contra un Estado Parte se extiende directamente a todos los estados partes cuyo orden jurídico o práctica son igualmente afectados por la resolución de la CIDH, pudiendo apoyarse en los artículos 1 y 2 de la CADH. En esta línea, continúa diciendo que tal criterio, no es diferente al de Europa, donde el TEDH ha desarrollado métodos

---

<sup>123</sup>NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. (2012). Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del tribunal constitucional en período 2006-2011. *Estudios constitucionales*, 10(2), 57-140. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002012000200003>

coercitivos de cierre del diálogo de jueces a favor del respeto de la autoridad de interpretación que ella determina en sus sentencias, dictándose los denominados "*arretspilotes*" o sentencias piloto.

Son los fallos y sentencias dictadas por ambos Tribunales, así como la interpretación y alcance que estos hacen de los Convenios a los que responden y de los que deben velar, lo que resulta sumamente importante para el reconocimiento de las TRHA, su acceso y el posterior reconocimiento de los derechos que se ven afectados por su práctica.

## **1. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.**

Muy a pesar nuestro, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es bastante escasa en materia de reproducción humana asistida, este fenómeno es causado por la poca facilidad y conocimiento que tienen los ciudadanos del acceso a este órgano que vela por el cumplimiento de los derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos. Aun así, no puede negarse que una de sus sentencias dictadas en el marco de un proceso relacionado a la Fecundación *in vitro*, ha servido para demostrar la postura del Tribunal sobre las técnicas de reproducción humana asistida.

La CIDH como órgano encargado del control de convencionalidad de las leyes internas de los países adheridos a la Convención Americana, tiene un procedimiento de control, juzgamiento y seguimiento muy diferente al del TEDH. Pero así también, al tener ambos tribunales como labor principal la tarea de velar por el cumplimiento de sus respectivos convenios de derechos humanos, los cuales tienen una misma base, su control de convencionalidad es bastante similar.

En una de sus sentencias<sup>124</sup>, la Corte había expresado que “ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico interno. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual

---

<sup>124</sup>Corte IDH. *Caso Cabrera GarcíayMontielFlores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No 220

les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin.

A su vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos afrontó el tema en una de sus sentencias<sup>125</sup>, afirmando que la sola existencia de un régimen democrático no garantiza per se el respeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; además que, en todo caso, la aprobación pública en una democracia de una legislación que resulte incompatible con la CADH no le concede legitimidad ante el Derecho Internacional. Según Olano García<sup>126</sup>, “los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un 'control de convencionalidad' entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”. En esta tarea, los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

### 1.1. Costa Rica: De la legalización al retroceso.

En el año 1995, Costa Rica por medio del Decreto Ejecutivo 24029-S<sup>127</sup> dictó una ley que legalizaba la realización de la FIV, esta ley de por si restrictiva, que solo permitía el acceso a esta técnica a parejas casadas, prohibiéndose que la fertilización superara los seis óvulos por tratamiento, exigiendo que todos los óvulos sean transferidos al útero de la mujer, también prohibía desechar, eliminar o preservar los embriones. Ese mismo año, nació en el país el primer "niño probeta" costarricense, en el Hospital de San Carlos, posterior a él nacieron 14 niños más gracias a esta técnica de reproducción humana asistida según informes del Instituto Costarricense de Infertilidad; pero meses después, en el mes de abril se presentó un recurso de inconstitucionalidad contra el citado decreto, con el supuesto argumento de que esta técnica atentaba, supuestamente, contra el derecho a la vida, ya que a través de la

---

<sup>125</sup> Corte IDH, caso Gelman vs. Uruguay. Sentencia del 24 de febrero de 2011

<sup>126</sup> OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. (2016). TEORÍA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. *Estudios constitucionales*, 14(1), 61-94. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002016000100003>

<sup>127</sup>Costa Rica; Decreto Ejecutivo N° 24029-S del 3 de febrero de 1995.

fecundación *in vitro* son desechados embriones humanos<sup>128</sup>. En ese momento Costa Rica se convirtió en el único país en el mundo en el que se prohibió expresamente, la práctica de Fecundación *In Vitro*, luego de ser permitida y practicada durante 5 años, de 1995 al 2000.

La Corte Suprema de Costa Rica terminó de resolver el recurso de inconstitucionalidad en el año 2000, determinando en la sentencia entre otras cosas que de la forma en que se aplicaba la *FIV* se podía concluir que cualquier destrucción o eliminación de los embriones, ya sea de forma voluntaria o derivada de la aplicación de la técnica en sí constituía una violación al derecho a la vida, lo que es contrario a lo establecido en la Constitución Nacional de Costa Rica, así como lo establecido en la Convención Americana de Derechos humanos, terminando por declarar la inconstitucionalidad e invalidez del decreto.

Bajo el fundamento de que debe respetarse el derecho a la vida y otorgándole a los embriones la categoría de persona, objetando que la aplicación de la *FIV* lleva aparejada una pérdida importante de embriones, los que deben ser protegidos; la sala concluyó lo siguiente: “VIII. Conclusiones A) El avance de las técnicas de reproducción asistida han dado la posibilidad a muchas parejas con problemas de esterilidad en el mundo que puedan tener hijos. Sin embargo, es preciso cuestionarse si todo lo científicamente posible es compatible con las normas y principios que tutelan la vida humana, vigentes en Costa Rica, y, hasta qué punto, el ser humano permite ser objeto o resultado de una técnica de reproducción humana. Cuando el objeto de la manipulación es una persona, como en la Técnica de Fecundación *In Vitro* y Transferencia de Embriones el análisis debe superar el plano de lo técnicamente correcto o efectivo. Debe predominar el juicio ético que inspira los instrumentos de Derechos Humanos suscritos por nuestro país: el ser humano nunca puede ser tratado como un simple medio, pues es el único que vale por sí mismo y no en razón de otra cosa. Si hemos admitido que el embrión es un sujeto de derecho y no un mero objeto, debe ser protegido igual que cualquier otro ser humano. Solamente la tesis contraria permitiría admitir que sea congelado, vendido, sometido a experimentación e, incluso, desechado<sup>129</sup>”.

---

<sup>128</sup>SUÁREZ ÁVILA, Alberto Abad, (2015), *Laicidad y derechos reproductivos en la jurisdicción constitucional latinoamericana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 108.

<sup>129</sup>Sala Constitucional de Costa Rica, Sentencia 2000-02306, 15 de marzo del 2000, expediente 95-001734-007-CO. Acción de inconstitucionalidad promovida por Hermes Navarro del Valle contra el Decreto Ejecutivo 24029-S, publicado en La Gaceta 45 del 3 de marzo de 1995.

Asimismo, esta Sala Constitucional, manifestó que el artículo 21 de la Constitución de Costa Rica establece la inviolabilidad de la vida humana y, de acuerdo a su ley "Cuando el espermatozoide fecunda al óvulo esa entidad se convierte en un cigoto y por ende en un embrión...en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser humano, teniendo el derecho a ser protegido jurídicamente". También, señaló que: "de acuerdo con la Convención Americana, el embrión es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto...la aplicación de la Técnica de Fecundación in Vitro y Transferencia Embrionaria, en la forma en que se desarrolla en la actualidad, atenta contra la vida humana...y por ello el reglamento cuestionado es inconstitucional por infracción al artículo 21 de la Constitución y artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por contravenir la técnica, considerada en sí misma, el derecho a la vida... no es posible autorizar legítimamente su aplicación<sup>130</sup>".

Fueron estos algunos de los argumentos citados en la referida sentencia, lo que tuvo como consecuencia lógica, la interrupción del tratamiento de reproducción humana asistida que habían iniciado varias parejas en este país, mientras que otras, más pudientes, tuvieron que verse obligadas a viajar a otros países para de esa forma acceder a la *FIV*. Estas personas consideraron cercenado su deseo de ser padres, así como el derecho de otros cientos de personas que se encontraban en tratamiento o en espera del mismo, tirando a la borda el avance jurídico en materia de TRHA en dicho país. Este retroceso generó todo tipo de repercusiones a nivel internacional, considerándose así a Costa Rica como el primer país en prohibir de manera expresa la Fecundación *In Vitro*.

## **1.2. Caso Artavia Murillo Vs. Costa Rica. "Más de 10 años de lucha y una sentencia modelo".**

Con la sentencia de la Sala Constitucional del año 2000, las parejas que se sintieron mayormente afectadas por la tajante determinación del órgano judicial decidieron en el año 2001 presentar el caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH); las presuntas víctimas habían alegado que los derechos reconocidos en la Convención América de

---

<sup>130</sup>Artavia Murillo y otros ("Fecundación In Vitro") vs. Costa Rica, op. cit., párr. 76

Derechos Humanos (CADH) fueron violados, toda vez que les fue prohibido continuar con el tratamiento de FIV iniciado, tirando por la borda meses de tratamientos previos, dinero y tiempo invertidos, así como les fue arrebatado el sueño de ser padres. Después de 10 años de recabar datos y hacer una intervención en Costa Rica, la CIDH concluyó en el año 2010 que la resolución de la Sala Constitucional representaba un abuso e intrusión en los derechos a la vida privada y familiar de los recurrentes así como un impedimento a formar una familia; sostuvo que se cometió una vulneración del derecho a la igualdad de los recurrentes, impidiéndoseles el acceso a lo único que les hubiera dado la posibilidad de superar su situación de desventaja respecto de la posibilidad de tener hijas o hijos biológicos, impedimento que, además, representaba un impacto desproporcionado en las mujeres.

La CIDH dirigió diversas recomendaciones al Estado de Costa Rica, por medio del Informe 85/10<sup>131</sup>, que por cierto tiene el mismo valor y fuerza que una sentencia, por formar parte de la primera etapa del procedimiento ante dicho organismo internacional. En este informe, se trataron las diferentes posiciones de las partes, sobre el derecho a la salud y la importancia de tratar a la infertilidad como una enfermedad discapacitante, el derecho a la vida privada, el derecho a fundar una familia y la posición jurídica del embrión. Primeramente, la CIDH refirió que “los derechos reproductivos son también derechos humanos, y que tienen incorporados en él la obligación garantía y respeto de los derechos a la privacidad, a conformar una familia, a la libertad y la integridad personal; en segundo lugar se fijó el alcance de la protección del derecho a la vida prenatal a la luz de la Convención Americana, cuestión que fue ampliamente debatida, se determinó que la protección del embrión se inicia con la implantación y no con la fertilización de él, y no es un derecho absoluto, sino más bien es gradual, conforme con el desarrollo de la vida y otros derechos involucrados; y, a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos el embrión no es una persona; en tercer lugar, se determinó que prohibir el acceso a los servicios de salud reproductiva puede llegar a tener un impacto discriminatorio, principalmente basado en el género, más si se consideran los derechos del embrión sobre los de la mujer; la discapacidad, dada la condición de salud e infertilidad de las víctimas, y el estatus socioeconómico, teniendo en cuenta que las personas sin recursos para practicarse la FIV en otro país quedaron imposibilitadas para acceder a tratamientos contra la infertilidad”.

---

<sup>131</sup>Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 85/10 del 14 de Julio de 2010.

Los fundamentos que tuvo en cuenta la comisión para evaluar si las restricciones impuestas por Costa Rica eran compatibles con la Convención Americana o si estas eran arbitrarias y violatorias, fueron: Legalidad, fin legítimo, idoneidad y existencia de alternativas menos restrictivas; considerando la comisión que el Estado cumplía casi todos los requisitos excepto el de buscar alternativas menos restrictivas para proteger la vida del embrión y respetar el derecho de los recurrentes; se concluyó que Costa Rica era el primer y único país en América latina en prohibir la *FIV*, lo que resultaba incompatible con lo dispuesto en los artículos 11 y 17 de la Convención.

Finalmente, la Comisión concluyó en dicho informe que: “Con base en las consideraciones antes expuestas, el Estado de Costa Rica violó los derechos consagrados en los artículos 11.2, 17.2 y 24 de la Convención Americana en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento en perjuicio de los recurrentes<sup>132</sup>”. Entre las recomendaciones dadas por este organismo internacional, conforme a las conclusiones y análisis del caso, se exhortó al Estado levantar la prohibición de la *FIV* a través de los procedimientos legales, que este sea compatible con las obligaciones dispuestas en la CADH y reparar el daño moral y material sufrido por las víctimas.

Posteriormente, y debido a la inobservancia de todas las recomendaciones dadas por medio del informe, y vencido el plazo otorgado para cumplirlas, la Comisión, solicitó en julio de 2011 a la Corte Interamericana de Derechos Humanos la declaración de responsabilidad del Estado de Costa Rica. El 28 de noviembre de 2012<sup>133</sup> fue dictada la sentencia por la CIDH, convirtiéndose así, este en el primer fallo de este órgano internacional referente a la reproducción humana asistida, esta resolución totalmente inédita e innovadora fue dictada en base a evidencias y fundamentos científicos sólidos; sirvió y sigue siendo guía jurídica en cuanto a cómo regular y tratar a las TRHA, marcó un antes y un después en el camino a seguir para defender y proteger los derechos reproductivos, la vida familiar y privada de los ciudadanos latinoamericanos.

En la mencionada sentencia se desestimaron las excepciones preliminares interpuestas por Costa Rica, siendo declarado responsable internacionalmente por la

---

<sup>132</sup>Informe No. 85/10; Caso 12.361; Fondo Gretel Artavia Murillo Y Otros (Fecundación In Vitro); Costa Rica; 14 De Julio De 2010; disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/fondos.asp>

<sup>133</sup>*Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in Vitro”) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf).

vulneración de los derechos a la vida privada, familiar y el derecho a la integridad personal en correspondencia con la autonomía personal, la salud sexual, de gozar de los beneficios del progreso tecnológico, científico y el principio de no discriminación, establecidos en los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 y el artículo 1.1 de la Convención Americana en menoscabo de Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Andrea Bianchi Bruna, German Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, Ileana Henchoz Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia María Carro Maklouf, Víktor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, María del Socorro Calderón P., Joaquinita Arroyo Fonseca, Geovanni Antonio Vega, Carlos E. Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma y Oriester Rojas Carranza.

Esta resolución constituyó per se una forma de reparar en cierta medida la situación en la que se encontraban los recurrentes como consecuencia de la prohibición determinada, por lo que en consecuencia la CIDH ordenó al Estado de Costa Rica a: “i. tomar las medidas apropiadas para que quede sin efecto con la mayor celeridad posible la prohibición de practicar la fecundación in vitro y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimento al efecto; ii. el Estado deberá, a la brevedad, regular los aspectos que considere necesarios para su implementación y establecer sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen este tipo de técnica de reproducción asistida; y iii. la Caja Costarricense de Seguro Social deberá incluir gradualmente la disponibilidad de la Fecundación in Vitro dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación”. Además, el Estado como reparación deberá: “i. otorgar gratuitamente el tratamiento psicológico a las víctimas que así lo requieran; ii. publicar el resumen oficial elaborado por la Corte en el diario oficial, en un periódico de amplia circulación nacional y tenerlo disponible en un sitio web de la rama judicial; iii. implementar programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos, derechos reproductivos y no discriminación dirigidos a funcionarios judiciales, y iv. pagar indemnizaciones compensatorias por daño material e inmaterial a las víctimas. Se determinó que la Corte Interamericana supervisaría el cumplimiento íntegro de la Sentencia y daría por concluido el caso una vez que el Estado haya cumplido íntegramente lo dispuesto en la Sentencia”.

La Corte sostiene que, si bien la vida en gestación es digna de protección y es merecedora de respeto, esto no equivale a considerar al embrión, que aún no ha sido implantado como a una persona, titular del derecho a la vida y menos aún en forma absoluta. Dotar al embrión de una protección absoluta significaría, en la práctica, que el derecho de las mujeres a la protección de su vida u otros derechos quedarían desplazados y su autonomía sería carente de toda significación jurídica. La implicancia es que la protección absoluta del embrión desplaza el derecho de las mujeres, sus derechos reproductivos y voluntad procreacional. No se puede retroceder y sacar el status y el terreno ya ganado por las mujeres dentro del sistema internacional. En base al informe y a las declaraciones de las partes, también se determinó que la sentencia de la Sala Constitucional de Costa Rica tuvo un impacto discriminatorio en las víctimas, por su situación de discapacidad, los estereotipos de género y situación económica, destacó que la prohibición de la *FIV* tuvo un impacto desproporcionado en las parejas infértiles que no contaban con los recursos económicos para practicarse este tratamiento en el extranjero.

Asimismo, en la sentencia se afirmó que, aunque no existiera una regulación normativa específica sobre la *FIV* y el resto de técnicas de reproducción humana asistida en gran parte de los Estados de Latinoamérica, se debe permitir la realización de la *FIV*, la cual es practicada en la mayoría de países. Esta sentencia de la CIDH representa para toda la región de Latinoamérica un avance en el reconocimiento y protección de los derechos reproductivos y en la utilización de técnicas de reproducción humana asistida, marcando de esta manera un antes y un después en la regulación de las TRHA en la región.

Se puede afirmar que la prohibición de acceder a la *FIV* en Costa Rica, produce una afectación del derecho a la integridad y libertad personal, vida privada, la intimidad, la autonomía reproductiva, el acceso a servicios de salud reproductiva y a fundar una familia, esto supone una violación a los mencionados derechos, los que han sido cercenados a aquellas personas cuya única posibilidad de procrear y paliar de esta manera a la infertilidad era con este procedimiento.

Esta sentencia marcó la postura de la corte ante la protección del embrión y la vida pre natal, la cual no debe ser absoluta, no debiendo considerárselo como persona antes de estar en el útero de la mujer gestándose. Aquí se interpretó y analizó el alcance del artículo 4.1. de la CADH, afirmándose que el mismo protege el derecho a la vida pero que esto no puede ser considerado como una autorización para negar o privar a las personas de otros derechos

humanos fundamentales que le son inherentes; por lo que cuando exista derechos en conflicto debe poder establecerse excepciones razonables al derecho a la vida, no debiendo su protección significar la negación de otros derechos, el embrión no puede ser considerado persona antes de estar gestándose en el vientre de una mujer, también afirmó que la concepción ocurre cuando este es implantado en el útero para los efectos del art. 4.1 de la CADH. Este fue el fundamento principal utilizado para declarar culpable a Costa Rica, por haber vulnerado otros derechos con el pretexto de proteger el derecho a la vida del embrión de forma absoluta.

En conclusión, de los hechos, se determinó que Costa Rica estaba violando lo establecido en la Convención, que el derecho a la vida y su protección no es absoluto, sino gradual y debe ser ponderada con otros derechos. Estos fundamentos han sido blanco de críticas y amplios debates en los últimos años, por el temor de que esto pudiera dar pie y servir de fundamento para legalizar el aborto en los países de la región.

Como efectos de la prohibición absoluta de la *FIV* en Costa Rica, la Corte constató que la resolución de la Sala Constitucional daba un pequeño pie a que la *FIV* pueda realizarse “respetando un concepto de protección absoluta de la vida del embrión”; pero, condicionándola a una nula pérdida embrionaria en la aplicación de la misma, lo que medicamente significaba una prohibición de este procedimiento, ya que hasta el momento no existe una opción real para practicar esta técnica sin la posibilidad de pérdida embrionaria, riesgo existente hasta en un embarazo natural. Para la CIDH estos hechos significaron una obstrucción en la vida familiar y privada de los recurrentes, quienes vieron frustrado su acceso a este tratamiento, decisión que había sido tomada por la pareja y constituía una violación a sus derechos, también se aclaró que la injerencia en el presente caso se relacionaba con la posibilidad de tomar una decisión personal y voluntaria sobre cual tratamientos utilizar para hacer efectivos sus reproductivo.

Después de la sentencia de Artavia Murillo, la mayoría de los Estados Parte han interpretado que la Convención permite la utilización de las TRHA y la *FIV* de manera más abierta, de acuerdo a la interpretación y el alcance del artículo 4 de la Convención, pues ninguno de los Estados ha considerado que la protección al embrión deba sobrepasar el derecho de toda persona a decidir si acceder o no a las técnicas de reproducción asistida y particularmente, la *FIV*. Para la Corte, los estados deben adecuar sus leyes y ponderar los derechos e intereses que estén en conflicto de acuerdo a cada caso en particular, sin que ello implique anular de forma tajante otros derechos en juego. Esta sentencia de la CIDH tiene un valor jurídico trascendental

a nivel internacional, con la reafirmación del derecho a la intimidad, la vida privada y autonomía personal como derechos y principios asentados en las decisiones de todo individuo que puede decidir sobre su reproducción y el ejercicio de su sexualidad.

### **1.3. Las consecuencias del incumplimiento de Costa Rica y la obligación de reparar el daño.**

Dictada la sentencia por la Corte, lo que se esperaba era el acatamiento de la misma y que la *FIV* pudiera ser al fin realizada de manera regular en Costa Rica, por lo que la CIDH debía hacer un control y seguimiento de la reparación del daño. En junio de 2015 se llevó a cabo una audiencia pública ante la CIDH, en esta, Costa Rica presentó un proyecto de decreto ejecutivo que autorizaría la *FIV* y regularía su práctica en el país; pero, muy por el contrario de lo que se podría esperar y teniendo en cuenta los antecedentes del caso, a los pocos días de la entrada en vigor del Decreto, fue impugnado ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia nuevamente, mediante una acción de inconstitucionalidad. Los recurrentes volvieron a fundamentar que con esta disposición se “viola y/o amenaza al derecho fundamental a la vida del concebido no nacido y constituía una violación al principio de reserva de ley”.

Se señaló a Costa Rica como un país reacio a acatar las directrices de la Corte, por la decisión tomada por su Sala Constitucional, por medio de la sentencia del 3 de febrero de 2016, en la cual, por decisión mayoritaria, se resolvió anular el decreto ejecutivo. Estas acciones realizadas por los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de Costa Rica en relación al cumplimiento de las obligaciones impuestas en la sentencia dictada por la CIDH fueron claves para reafirmar y determinar que “Costa Rica había incumplido con la medida ordenada en el punto dispositivo segundo de la Sentencia, ya que habían transcurrido más de tres años desde la emisión de la misma y la prohibición de la *FIV*, pese a ser incompatible con la Convención Americana, continuaba representando un obstáculo para el ejercicio del derecho a la vida privada y familiar, particularmente, al derecho a la autonomía reproductiva en lo que

respecta a decidir si tener hijos biológicos a través de la técnica *de FIV*, así como los demás derechos que fueron encontrados vulnerados en la Sentencia<sup>134</sup>.

En palabras de la Corte<sup>135</sup>, “a la luz de la Convención Americana y la reparación ordenada en la Sentencia, debe entenderse que la *FIV* está autorizada en Costa Rica y, de forma inmediata, se debe permitir el ejercicio de esta técnica en el país, a nivel privado tanto como público, sin necesidad de un acto jurídico estatal que reconozca esta posibilidad o regule la implementación de la técnica. [...] Por tanto, resulta necesario que el Estado cumpla con esta disposición e informe a la Corte al respecto”.

En consecuencia, en la resolución de supervisión de cumplimiento emitida en febrero de 2016 respecto de la Sentencia dictada en el caso Artavia Murillo contra Costa Rica, se dejó constancia de que estaban en trámite en el Poder Legislativo tres proyectos de ley en relación con la técnica *FIV*, que no habían sido aprobados, lo que significaba que se seguían poniendo trabas jurídicas para evitar implementarla. Asimismo, se hizo constar que ante los obstáculos en el trámite legislativo de los referidos proyectos, el Poder Ejecutivo había optado por elaborar un proyecto de decreto ejecutivo que autorizara la *FIV* y regulara su implementación, este es el Decreto Ejecutivo No. 39210-MP-S<sup>136</sup> sobre la “Autorización para la realización de la técnica de reproducción asistida de fecundación in vitro y transferencia embrionaria”, el cual estuvo vigente únicamente del 11 de septiembre al 7 de octubre de 2015, ya que la Sala Constitucional suspendió su vigencia y, posteriormente, lo anuló por considerar que era inconstitucional al vulnerar el principio de reserva de ley. Esta decisión de inconstitucionalidad representaba para la Corte “un obstáculo para el cumplimiento adecuado y pleno de la Sentencia de reparación, manteniendo a Costa Rica en la misma situación jurídica que causó la violación a los derechos humanos declarada en el 2012, al permitir, mediante una decisión judicial, la prohibición de la *FIV* en ese país”<sup>137</sup>.

Teniendo en cuenta el decreto referido, en el 2016 se emitieron otros dos decretos para así asegurar una adecuada práctica de la técnica *FIV* en el país. Se trata del Decreto N° 39616-S sobre las normas para Establecimientos de Salud que realizan la Técnica de

---

<sup>134</sup> Cfr. Caso Artavia Murillo y otros, Considerando 24.

<sup>135</sup> Cfr. Caso Artavia Murillo y otros, Considerando 26.

<sup>136</sup> Decreto No. 39210-MP-S “Autorización para la realización de la técnica de reproducción asistida de fecundación in vitro y transferencia embrionaria”, de 11 de septiembre de 2015

<sup>137</sup> Cfr. Caso Artavia Murillo y otros, supra nota 3, Considerandos 15 a 31.

Reproducción Asistida de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria<sup>138</sup>, el cual, según fue explicado por el Estado, consiste en una “norma técnica” que, entre otros aspectos valiera para desarrollar cada fase seguido en el proceso; antes, durante y después de la práctica de la *FIV* y la transferencia embrionaria; y, regula lo atinente al rol del Ministerio de Salud, como institución fiscalizadora, así como la función de los colegios profesionales, las obligaciones de los centros de salud del servicio público y privado para la aplicación de la técnica, así como los personas destinatarios de la *FIV*, sus derechos y deberes; y el Decreto No. 39646-S sobre las normas para la habilitación de establecimientos de salud que realizan la técnica de reproducción asistida de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria<sup>139</sup>.

Con estos decretos el Estado no sólo ha regulado aquellos aspectos que ha considerado necesarios para la implementación de la *FIV* tanto en centros médicos privados como en su sistema público de salud, sino que también establece con ello un sistema de inspección, a cargo del Ministerio de Salud, quien periódicamente debe fiscalizar todos los centros de salud privados y públicos que realizan esta técnica de reproducción asistida, de conformidad con lo ordenado por la Corte. Con estos antecedentes, recién en el año 2016 pudo lograrse que quede sin efecto la prohibición de practicarse la *FIV* en territorio costarricense, prácticamente después de 4 años de ser declarado culpable y luego de 16 largos años de lucha de las víctimas y de la CIDH.

En el año 2016 y 2017 el Ministerio de Salud otorgó la habilitación a dos establecimientos para la realización de la *FIV*; desde entonces y hasta octubre de 2019, fecha del último informe del Estado, se registraron un total de 228 bebés nacidos mediante la *FIV* en el sector privado de salud. En cuanto al sector público, el Ministerio de Salud pudo habilitar la Unidad de Medicina Reproductiva de Alta Complejidad de la Caja Costarricense de Seguro Social en junio de 2019, realizándose en este organismo público los diferentes tratamientos de reproducción humana asistida de manera pública. Habían iniciado el tratamiento 36 parejas desde el 2019 año de habilitación de la mencionada unidad y hasta el último informe del Estado.

---

<sup>138</sup> Cfr. Decreto No. 39616-S “Norma para Establecimientos de Salud que realizan la Técnica de Reproducción Asistida de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria (FIV)”, de 11 de marzo de 2016, emitido por la Presidencia de la República de Costa Rica en conjunto con el Ministerio de Salud

<sup>139</sup> Decreto No. 39646-S “Norma para la habilitación de establecimientos de salud que realizan la técnica de reproducción asistida de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria (FIV-TE)”, de 8 de abril de 2016, emitido por la Presidencia de la República de Costa Rica y el Ministerio de Salud

Para Costa Rica, estas normas simbolizan una salida jurídica otorgada por el gobierno para regular y ordenar la práctica y aplicación de la *FIV*, ya que en estos decretos se establecen las condiciones necesarias para que sean realizadas en el país; condiciones técnicas, médicas y legales que deben cumplir todos los centros privados y públicos que deseen obtener el permiso de funcionamiento por el organismo de salud correspondiente, sirviendo ello de ejemplo para los demás países de la región.

En consecuencia, la CIDH pudo al fin constatar que Costa Rica había dado cumplimiento total a la medida de reparación impuesta, dejar sin efecto la prohibición de practicar la *FIV*, ordenada en el punto dispositivo segundo de la Sentencia del caso Artavia Murillo y otros, así como en el punto resolutivo séptimo de la Sentencia en caso Gómez Murillo y otros contra Costa Rica (Esta última fue una sentencia conexa, dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, contra el mismo país por los mismos fundamentos).

Con base en lo anterior, es posible afirmar que Costa Rica es actualmente uno de los países que garantiza de manera íntegra el acceso a las TRHA, reivindicando los derechos reproductivos, así como la voluntad y libertad procreacional de sus habitantes, quienes en la actualidad pueden decidir libremente si tener hijos biológicos a través de la técnica de *FIV*. Y si bien, los proyectos de ley presentados ante el poder legislativo fueron archivados, y actualmente no se cuenta con ningún nuevo proyecto de ley sobre esta temática en la corriente legislativa, y ante la ausencia de una norma de mayor rango, los Decretos Ejecutivos emitidos por el Estado continúan siendo regulación vigente y respetada para la aplicación de esta técnica en el territorio costarricense garantizando con ello el cumplimiento de las obligaciones internacionales en cuanto al derecho de tener hijos biológicos a través de la *FIV*.

Por último, se puede concluir que el sistema de control jurisdiccional de la Corte en cuanto a los casos presentados ante tal órgano, son realmente efectivos y garantizan su cumplimiento íntegro. Si bien la lucha y el trámite para llegar a tal destino ha sido largo, tedioso y termina por ser irreparable el daño causado a las víctimas, esto ha marcado a la región de manera positiva, siendo tal victoria un legado para las personas que podrán acceder a la *FIV* con todas las garantías dispuestas. Considero que el mayor desafío actual de la Corte y los estados partes, es lograr una mayor difusión del acceso de los particulares a esta instancia, para que de esta forma pueda lograr su cometido, que es velar por el cumplimiento de los derechos garantizados en el CIDH.

## 2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la interpretación que realiza del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>140</sup> ha sido en los últimos años una herramienta vital para que los diferentes estados partes vayan adoptando sus legislaciones y respetando los derechos garantizados en él; sus sentencias son guías y marcan las pautas que deben seguir estos, utilizándolas de contralor jurisdiccional. En materia de reproducción humana asistida han tomado especial importancia la abundante jurisprudencia dictada, la que no ha estado libre de críticas y amplio debate a lo largo de los años, principalmente porque en el convenio no reconoce el derecho a la reproducción de manera explícita y aún menos la utilización de las TRHA, estos derechos son reconocidos como derechos conexos a otros derechos humanos y libertades fundamentales.

El TEDH tiene una de las jurisprudencias más ricas en materia de reproducción humana asistida, la cual, dentro del margen de apreciación otorgado, sirve a los Estados miembros de guía para lograr adaptar su marco jurídico de acuerdo con lo establecido en el Convenio Europeo. Las distintas sentencias y casos resueltos por este organismo internacional, el alcance de algunas de sus sentencias más comentadas a nivel europeo e internacional, el marco de apreciación otorgado a los estados en cada caso específico, los problemas generados por la falta de consenso internacional, el problema del acceso y aceptación de aplicación de las TRHA, hace que podamos observar la postura y criterios de este Tribunal sobre cuestiones puntuales que provocan mayor sensibilidad o rechazo ético y social en las técnicas de reproducción humana asistida.

Aunque dentro de la unión europea los estados cuenten con normas que regulan la utilización de las TRHA, esto no significa que no exista una disparidad o esta disminuya la existente entre estos en comparación a los países fuera de la unión, sobre todo cuando nos referimos al acceso, la FIV o el diagnóstico genético preimplantacional, el anonimato en la donación de gametos, los efectos que producen en materia filiatoria o los contratos de maternidad subrogada celebradas en el extranjero, la utilización de los embriones sobrantes, o

---

<sup>140</sup>Convenio Europeo de Derechos Humanos; Roma; 04 de noviembre de 1950; Comisión Europea de Derechos Humanos.

el creciente turismo reproductivo dentro o fuera de Europa y otros supuestos que son resueltos de diversas maneras en cada país.

Algo que se ha tratado en varias oportunidades y no solo en casos relacionados con las TRHA por el Tribunal Europeo, es sobre el estatuto jurídico del embrión y hasta qué punto debe serle otorgado derechos inherentes a una persona; comprendemos que han sido innumerables las discusiones y planteamientos sobre el tema, ya hemos visto, al analizar la legislación vigente en la región que cada país adopta una postura un poco distinta y un criterio rígido, y teniendo en cuenta el margen de apreciación otorgado por el propio TEDH, la tutela que cada estado otorga al embrión difiere de un país a otro, de acuerdo al criterio que considera es el adecuado. Con el único punto que hay consenso y acuerdo a nivel internacional es el de no considerarlo persona, no siendo diferenciado aun en todos los estados el embrión del preembrión (esto es cuando aún este no ha sido implantado en la madre). Como ha sido discutido y explicado infinidad de ocasiones, el embrión solo logra desarrollarse una vez implantado en el útero de la mujer gestante, lo que ocurre con la FIV por ejemplo es que hasta tanto este no esté en el vientre de la mujer o útero materno este no se convierte en feto. Siguiendo esta línea, como ya habíamos hecho mención, existe una disparidad en cuanto al tema de los embriones supernumerarios y sobre la experimentación que se haga con ellos, lo cual está prohibido en la mayoría de países y sobre lo cual el Tribunal no ha opinado. Resulta claro que el TEDH se ha visto limitado a otorgar un amplio margen de apreciación al respecto, siendo cada estado parte responsable de legislar de la manera que le parezca más adecuada al respecto.

Hay que tener en cuenta, que cuando el Tribunal Europeo tiene ante sí un asunto relativo a las técnicas de reproducción humana asistida fundamenta sus sentencias con algunos elementos que son claves, uno de ellos es el valor y margen otorgado al artículo 8 (de la vida privada y familiar) teniendo en cuenta que algunos supuestos forman parte de ellos, aunque no lo diga expresamente; el margen de apreciación otorgado a los Estados para decidir como regular ciertos aspectos y supuestos en los cuales no existe concordancia; y, también el elemento neutral, en cuestiones concretas y su regulación, el ejemplo de ello son los asuntos relacionados con la bioética y medicina, este órgano internacional suele ser más neutral en cuanto a si debe ser regulado o no por los Estados.

Respecto al análisis y alcance del art. 8 del Convenio dado por el TEDH, sabemos que han sido dictadas sentencias muy cuestionadas por este órgano sobre las TRHA, pero a la vez ha sido bastante cauteloso, podríamos decir hasta prudente en ciertos temas que son considerados delicados, permitiendo de esta circunstancia un amplia discrecionalidad otorgada a los Estados parte, como bien lo mencionábamos, los cuales tienen suficiente potestad de legislar sobre materias como el aborto, la utilización y acceso a la FIV, el diagnóstico preimplantacional o la maternidad subrogada, todo ello mientras no se llegue a vulnerar o lesionar derechos fundamentales. Una cuestión bastante discutida es si “procrear” es considerado un derecho fundamental, el tribunal ha referido que la supuesta vulneración de este derecho se vincula a la vulneración del derecho a la intimidad el cual es protegido como un derecho humano fundamental; varios de los casos presentados ante el tribunal tienen como fundamento la violación del derecho a la vida privada y familiar, que son reconocidos en el artículo 8 del Convenio.

Del análisis de los casos resueltos por el TEDH en materia de reproducción asistida, en palabras de Farnós Amorós<sup>141</sup>, “se infiere que el ámbito de aplicación del art. 8 CEDH ha ido evolucionando de un derecho negativo a procrear sin la interferencia de terceros, a un derecho positivo de acceso a las TRA; el derecho a ser padre genético, que el TEDH derivó del art. 8 CEDH en *Dickson c. Reino Unido*, dio paso al derecho al respeto de las decisiones de ser y no ser padre en *Evans c. Reino Unido* y, más tarde, en *S.H y otros c. Austria*, al derecho a tener un hijo y a hacer uso de las TRA con este fin. Más recientemente, en *Costa y Pavan c. Italia* el TEDH entendió que el derecho de unos padres a tener un hijo sano y de utilizar el DGP con este fin también está protegido por el art. 8”.

La interpretación que da el Tribunal Europeo de Derechos Humanos del sentido y alcance del referido artículo, y en reiteradas sentencias, ha sentado un criterio jurisprudencial por parte de este organismo, lo que ha servido para que varios países de la región fueran adaptando sus leyes a este juicio. Y si bien el margen de apreciación en ciertos casos aún es bastante amplio, el alcance de derecho a la vida privada y familiar esta ya suficientemente definido en cuanto al acceso a TRHA.

---

<sup>141</sup> Farnós Amorós, Esther. (2016). La reproducción asistida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: de *Evans c. Reino Unido* a *Parrillo c. Italia*. *Revista de Bioética y Derecho*, (36), 93-111. <https://dx.doi.org/10.1344/rbd2016.36.15381>

Finalmente, la tarea más difícil que tiene el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no es lograr que todos los países regulen sobre determinada cuestión, sino que su labor principal es controlar, velar y garantizar que esas leyes dictadas por un estado parten se encuentren realmente conformes y respeten lo establecido en el Convenio de Roma.

Bien decíamos, la jurisprudencia del TEDH en cuestiones relacionadas con las técnicas de reproducción humana asistida es suficientemente amplia y variada en contrapartida de los escasos juicios llevados ante la CIDH, por lo que sería imposible hacer referencia a todos ellos, por lo que hechas las referencias sobre los criterios de interpretación y aplicación del convenio en cuestiones que nos son relevantes, vamos a hacer un análisis de algunos de los casos que consideramos que han sido relevantes para la jurisprudencia europea y mundial. Entre esos varios casos resueltos haremos referencia de algunos que han sido considerados emblemáticos y muy discutidos, así como por el efecto y repercusión que han tenido estas sentencias en los países miembros del Convenio; pero, antes de ello haremos referencia a algunas cuestiones que suele tener en cuenta el TEDH sobre algunos temas que resultan relevantes en las TRHA.

### **2.1. Evans Vs Reino Unido. La revocación del consentimiento tras la fecundación *in vitro* pero antes de la implantación.**

El caso *Evans c. Reino Unido*<sup>142</sup>, significó un punto de partida en cuanto a la postura tomada por el TEDH, siendo el primer caso en el cual se resuelve el destino de los embriones sobrantes, teniendo vital importancia en la redacción de posteriores sentencias y leyes en la materia.

Se podría decir que este es un caso de ruptura del proyecto parental, teniendo como protagonistas a una ex pareja (Natalie Evans y J) y el destino de varios embriones que fueron creados con gametos de estos durante la vigencia de su relación. Durante el proceso de inicio del tratamiento de reproducción humana asistida se le detectaron a la mujer unos tumores cancerígenos que derivaron a la extirpación de ambos ovarios de manera inmediata, por lo que los embriones debieron ser crioconservados durante este tiempo, se obtuvieron y fecundaron

---

<sup>142</sup>*Evans c. Reino Unido*; asunto 6339/05, Sec. 4ª 7.3.2006, conf. Gran Sala 10.4.2007

once óvulos, antes de todo este proceso, se le había explicado a la pareja que debían firmar un documento donde consentían expresamente la realización del tratamiento de FIV, y que, conforme a la Ley de 1990 de fecundación y embriología humana del Reino Unido, tenían la potestad individual de retirar su consentimiento en cualquier momento antes de la implantación de los embriones en el útero, lo cual consintieron ambos. Una vez retirados los ovarios de la mujer, la misma debía esperar por lo menos dos años antes de intentar implantarse un embrión; pero, antes de que estos puedan ser implantados en el útero de ella, la relación con su pareja terminó.

Finalizada la relación, J la ex pareja de la mujer notificó a la clínica donde se había iniciado el tratamiento la separación y su deseo de que los embriones sean destruidos, la clínica informó a esta del deber legal que tenían de destruir los embriones ante la solicitud de su ex pareja. Ante este hecho ella inició un procedimiento jurídico intentando de esta manera conseguir la reposición del consentimiento de su pareja, siendo rechazada la demanda en el año 2003, agotando todas las vías hasta el tribunal superior de reino unido, por lo que la Sra. Evans recurrió ante el TEDH<sup>143</sup>.

La demandante alegó que las disposiciones legales del Reino Unido en la materia implicaban la violación de los art. 2, 8 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, al disponer la eliminación de los embriones con la revocación del consentimiento unilateral de su ex pareja, la que implica una violación del derecho a la vida del embrión, del respeto a la vida privada y familiar

Para el Tribunal Europeo la decisión de ser o no ser padre forma parte de la vida privada, por lo que aquí existe un conflicto entre los derechos de ambas personas, por lo que al resolver decidió un análisis formalista de la ley británica de 1990, en cuyo anexo 3 establece la revocación del consentimiento al tratamiento en cualquier momento antes de la implantación de los embriones<sup>144</sup>, lo cual fue informado y consentido por la pareja antes de realizar el tratamiento. Sostiene el Tribunal que la falta de consenso entre los estados partes sobre el

---

<sup>143</sup>LAMM, Eleonora; (2008); “La custodia de embriones en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos. A propósito del caso Evans contra el Reino Unido”, Publicado en Revista Catalana de dret públic, núm. 36, 2008, p. 195-220

<sup>144</sup>UK, *Human Fertilisation and Embriology Act*, 1990, Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/section/3/1991-08-01>

estatus del embrión, hace que la ley británica cuenta con un amplio margen de apreciación, por lo que no se declaró que había violado el derecho a la vida dispuesto en el art. 2 del Convenio.

Aquí el TEDH dedujo que no existió la supuesta vulneración del artículo 2, que protege el derecho a la vida, pues entendió que la admisión de la revocación del consentimiento por una de las partes no atenta contra el citado artículo del Convenio. En esta situación el Tribunal volvió a poner de manifiesto que, aunque el embrión sea merecedor de cierta protección, no pueden decidir con carácter general para todos los Estados miembros que un no nacido sea considerado persona.

Es claro que el uso de la *FIV* genera problemas éticos y morales al igual que el aborto, por lo que el Tribunal refirió que no existió violación del respeto a la vida privada y familiar, dado que la pareja de Evans se presentó en su momento con la intención de ser parte del “proyecto parental”, del cual decidió no participar con la ruptura de la relación, y al no existir concordancia clara en la legislación de la época sobre el tratamiento de los embriones creados para realizar la *FIV* fue concedido al estado un amplio margen de apreciación, y aunque se encontraban ante un caso excepcional no podría obligarse a alguien a retractarse de algo que no quisiera y de lo que había sido informado de manera clara y precisa. A pesar de que el TEDH entendió que era un caso excepcional y empatizó con la recurrente, entiende que el Parlamento británico podía haber llegado a una decisión más equitativa, se concluyó que la ley referida no sobrepasaba el margen de apreciación asegurado por el art. 8 CEDH.

Al no existir consenso internacional sobre el momento en el que se puede revocar el asentimiento para la utilización de los gametos dados para la realización de una *FIV*, lo establecido en la Ley Británica de 1990, exigiendo a cada centro la necesaria explicación, información y consentimiento expreso de los que vayan a realizarse este tipo de *TRHA*, reconociéndose a cada persona la posibilidad de retractarse en el momento que crea oportuno, se podría decir que hasta reivindica el derecho de respeto a la vida privada de sus habitantes. Lo que la recurrente no pudo negar, ya que accedió a realizarse el tratamiento aun sabiendo que su pareja podría retractarse cuando quisiese antes de que los embriones fueran implantados en su útero y a lo cual accedió de forma voluntaria.

La decisión tomada por el Tribunal no fue del todo unánime entre todos los miembros del órgano judicial internacional, pues dos de sus jueces plantearon opiniones disidentes; ellos consideraron que otorgar el total poder de decisión de la revocación a una de

las partes provoca que la pareja pierda todo poder de decisión en la cuestión, lo que significa que una de las partes siempre tendrá mayor control, sostuvieron que los intereses particulares de ambos debía ser ponderado de acuerdo al caso en particular y las consecuencias negativas que significaban para una de ellas.

Otro de los artículos citados como violados por parte del Estado Inglés, fue el artículo 14 del Convenio, pues considera la recurrente que existe una discriminación y diferencia con las mujeres que pueden tener hijos de manera natural y sin la necesidad de utilizar una técnica de reproducción humana asistida, ya que ellas si pueden decidir el destino de sus óvulos fecundados, en cambio las que se someten a una TRHA dependen del consentimiento e intereses del varón, el cual puede retirar su consentimiento cuando quiera.

A esto el Tribunal respondió que "a los efectos del artículo 14, una diferencia de trato entre personas en situaciones análogas o comparables es discriminatoria si no está objetiva y razonablemente justificada, es decir, si el fin legítimo no es lo que se busca o si carece de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido<sup>145</sup>". Aquí también se considera que el estado es el encargado de decidir qué trato diferente dar en casos análogos o similares, de acuerdo al margen de apreciación que tiene. Por último, se concluye que se dan los mismos fundamentos para considerar que no hubo violación del artículo 14 del Convenio por parte del Estado demandado.

La solución dada fue recurrida por la Sra. Evans, quien acudió ante la Gran Sala<sup>146</sup>, la que se pronunció por medio de una sentencia dictada en abril del 2007. Por medio de esta resolución la Sala vuelve a manifestar que en sobre los temas tratados en este caso, los Estados partes tienen un margen de apreciación por lo que pueden regular de la forma en que consideren correcta lo referente al destino de los embriones y el carácter que les es otorgado, así también se vuelve a reiterar que el consentimiento e información prestada antes de realizar el tratamiento y que fue firmada por las partes tiene vital importancia. En esta ocasión también hubo disidencia por parte de algunos miembros de la Sala, en el mismo sentido que en la sentencia anterior,

---

<sup>145</sup>Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Evans Vs Reino Unido, demanda N°6339/05, 10 de abril del 2007

<sup>146</sup> En el art. 43, del convenio europeo se establece la forma de remisión de los casos antes la gran sala "**Remisión ante la Gran Sala:** 1. En el plazo de tres meses a partir de la fecha de la sentencia de una Sala, cualquier parte en el asunto podrá solicitar, en casos excepcionales, la remisión del asunto ante la Gran Sala. 2. Un colegio de cinco jueces de la Gran Sala aceptará la demanda si el asunto plantea una cuestión grave relativa a la interpretación o a la aplicación del Convenio o de sus protocolos o una cuestión grave de carácter general. 3. Si el colegio acepta la demanda, la Gran Sala se pronunciará acerca del asunto mediante sentencia."

donde se dijo que se debería dar importancia a las circunstancias excepcionales del caso, pues la aplicación de la ley en este supuesto protege de manera absoluta a una de las partes y desampara por completo a la otra.

Fue mucha la polémica surgida en torno a la decisión de los dos órganos, manifestando que se podía haber ponderado los derechos de ambas partes y con mayor atención el de la recurrente que en estas circunstancias excepcionales, al padecer de una enfermedad que le impide tener un hijo biológico tenía como única oportunidad a esos embriones. Como bien lo expresa Serna Meroño<sup>147</sup>, en este tipo de supuestos tan confusos no pueden simplemente utilizarse criterios generales, deberían principalmente tener en cuenta las circunstancias concretas y excepcionales del caso, incluso, podría haberse establecido excepciones a la revocabilidad por parte de la ex pareja, quien consintió el tratamiento en un momento clave.

Refiere Pilar Morelo<sup>148</sup>, que “el fallo del TEDH es coherente con la propia orientación que ha decidido seguir, teniendo en cuenta el margen de apreciación otorgada a los estados, el TEDH no obliga a los países miembros a que regulen en materia de técnicas de reproducción asistida; pero si lo hacen, debe el Tribunal analizar en estos casos si la regulación estatal es acorde a los márgenes establecidos en el Convenio -que no se produzca discriminación y que se tengan en cuenta los intereses implicados- y de ser así no cabe otra solución que respetar lo estipulado por los Estados al respecto”.

A partir de este polémico caso, la doctrina destaca las consecuencias negativas y la discriminación que sufren en especial las mujeres cuando una norma legal permite la revocación del consentimiento por cualquiera de las partes antes de la implantación de los embriones. Es así que, en la actualidad ante el elevado número de divorcios, así como del aumento de TRHA, los estados deberían fijar claramente el destino de los embriones en casos similares, donde existe desacuerdo en seguir con el tratamiento por sobrevenir una ruptura de la pareja, previéndose algunas excepciones a la revocación unilateral del consentimiento dadas circunstancias excepcionales, como lo refiere Esther Farnós<sup>149</sup>.

---

<sup>147</sup>SERNA MERÓN, Encarnación, 2012; “Las técnicas de reproducción humana asistida: limitaciones para su práctica”, en *Derecho Privado y Constitución*; N° 26; , pp. 273-307.

<sup>148</sup> “La reproducción asistida en Europa: la labor armonizadora del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, Año 14, N° 2; pp. 183-206

<sup>149</sup>FARNÓS AMORÓS, Esther (2007 b)): "Evans v. The U.K (II): La Gran Sala del TEDH confirma la imposibilidad de utilizar los preembriones sin el consentimiento de la ex pareja", en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*. (Barcelona, abril), pp. 1-6.

Lo cierto y concreto es que los estados no tienen previstos ciertos casos excepcionales como la ruptura de la relación durante el lapso en que deban ser implantados los óvulos y que la posterior revocación del consentimiento pudiera perjudicar de tal manera al otro interesado. Es claro que debería preverse soluciones excepcionales para casos excepcionales, analizando previamente cada circunstancia y no simplemente resolver de manera puramente formalista. Considero que, si bien debe establecerse claramente la revocación del consentimiento en cada legislación, el momento y circunstancia para hacerlo debe ser claro, para evitar vulnerar otros derechos fundamentales en juego.

## **2.2. Caso S.H y otros contra Austria: Donación de óvulos y espermatozoides para la fecundación *in vitro* y su prohibición.**

El caso S.H. y otros c. Austria<sup>150</sup>, fue resuelto por la gran sala en el año 2011, en esta sentencia se puso de manifiesto las consecuencias de la falta de consenso y las grandes discrepancias en la regulación jurídica existente entre los distintos miembros del convenio en cuanto a las TRHA. Esta demanda gira en torno a la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida existente en Austria, este país, había dictado la Ley 275/1992<sup>151</sup>, con la cual regula las técnicas de reproducción humana asistida y prohíbe el acceso a la *FIV* por medio de la donación de gametos (fecundación heteróloga), la cual únicamente puede ser realizada con material genético de la pareja que va a efectuar el tratamiento (fecundación homóloga); pero, paradójicamente esta ley permite la donación de gametos cuando este sea utilizado para una inseminación artificial, por lo que prohibir la donación de gametos cuando sea necesaria una fecundación *in vitro*, causa una discriminación injustificada con relación a otras parejas.

Aquí recurrieron dos parejas en la primera, los recurrentes, deseaban tener un hijo propio, pero la mujer fue diagnosticada con una enfermedad que no le permitía crear sus propios óvulos, aunque su útero se encontraba en perfecto estado, esto, medicamente hablando, significaba que podría gestar un niño con la donación de un óvulo, el cual debería ser fecundado

---

<sup>150</sup> TEDH, caso S.H y otros contra Austria, 2011; asunto 57813/00, Sec. 1<sup>a</sup> 1.4.2010, Gran Sala 3.11.2011

<sup>151</sup> Austria, Ley 275/1992, la *Fortpflanzungsmedizingesetz*, sobre la regulación de técnicas de reproducción humana asistida.

con el espermato de su pareja para realizar la *FIV*; el problema con el que se topaba esta pareja era que según lo dispuesto en la ley 275/1992 prohíbe la donación de gametos para la realización de la *FIV*, pero si permite a otras parejas con diferentes problemas de infertilidad, utilizar la donación de espermato para realizarse por ejemplo una inseminación artificial. Este medio significaba la única posibilidad de tener hijos para esta mujer, por lo que sintieron que la ley les cercenaba esta posibilidad, violando el respeto a la vida privada establecida en el artículo 8, y el derecho de igualdad regulado en el artículo 14 del Convenio.

El gobierno de Austria había alegado que esta prohibición tenía como fundamentos algunos aspectos que consideraban relevantes, como por ejemplo el rechazo de estas técnicas por parte de un sector que lo considera contrario a la moral y a las buenas costumbres; los riesgos que corre la mujer en la donación de óvulos; los riesgos de que sean utilizados los óvulos para otros fines muy distintos a la *FIV* y terapéuticos o el riesgo de que las mujeres sean utilizadas solo para conseguir sus óvulos y se convierta esto en un negocio; los problemas familiares que podría causar la utilización de la fecundación heteróloga y la salud mental de los niños nacidos por medio de estas técnicas que deseen conocer sus orígenes.

A todo esto el Tribunal había respondido que los fundamentos morales no justificaban de ninguna manera la prohibición establecida en la ley austriaca para la donación de óvulos; y que si bien se había dejado claro que los diferentes estados miembros no tienen una obligación de permitir las técnicas de reproducción humana asistida, pero que si lo hacen deben hacerlo dentro de los parámetros del convenio; sobre los riesgos existentes, refiere que estos son posibles pero que cada estado debe hacer un control y análisis de los mismos para poder evitarlos en la medida de lo posible, adoptando las medidas que considere adecuadas para encontrar el equilibrio justo entre los intereses privados y públicos; los riesgos que han sido mencionados en la práctica de la fundación heteróloga sostiene el TEDH, son los mismos riesgos que pueden darse en la fecundación homóloga, la cual si se permite en Austria, lo que constituye nuevamente un tipo de discriminación que no tiene suficiente sustento médico ni legal; y, sobre los problemas que surgen en las relaciones familiares, manifestó que estas relaciones son nuevas para la sociedad, algo a lo que debemos acostumbrarnos y que el derecho a conocer los orígenes no son absolutos y puede no pueden sobrepasar otros intereses, pudiendo incluso ceder ante ellos.

La segunda pareja, además de sufrir la mujer una enfermedad en las trompas de Falopio, también el marido tenía problemas de infertilidad, ya que sus espermatozoides no eran adecuados para lograr un embarazo; teniendo como única salida factible la realización de una fecundación *in vitro* por medio de la donación anónima de esperma, que obviamente les fue negado por la prohibición contenida en la Ley 275/1992. En este caso los fundamentos del estado fueron los mismos que en el primero y además a ello, se alegó que la inseminación es utilizada hace más años y por eso era permitida.

Para el Tribunal, ninguno de los fundamentos del Estado constituía razón suficiente para justificar la discriminación establecida en la Ley, quien debió valorar la diferencia de trato y acceso para las parejas que necesitan acceder a una fecundación *in vitro* de las que necesitan una inseminación artificial; y, determinó que las medidas impuestas vulneran gravemente lo establecido en el artículo 14 en relación con lo establecido en el artículo 8 del Convenio, una prohibición absoluta de la donación de gametos es considerada desproporcionada, ya que al ser dispuesta no se ha ponderado correctamente los intereses en juego. Para el Tribunal, existía una clara discriminación, al prohibirse la FIV cuando sea necesaria la participación de un donante anónimo, permitiéndola en otros casos, sin justificar concretamente la causa de tal diferencia.

Entre otras cuestiones se refirió que, "el derecho de las personas a concebir y a acceder a las TRHA para lograrlo forma parte del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, puesto que se trata de una elección que forma parte de la expresión de la vida privada y familiar, y que por lo tanto las diferentes soluciones de los estados partes no convierten en aceptable soluciones cualesquiera adoptadas por el legislador". La violación del artículo 14 en conjunto con el artículo 8, se da por parte del estado al discriminar sin una justificación clara y razonable a las mujeres según el tipo de técnica de reproducción humana asistida que debiera utilizar conforme a su ley.

Asimismo, se declaró que prohibir a una pareja acceder a una fecundación *in vitro* es una intromisión e injerencia en la vida familiar y privada de las personas, además de representar un claro trato discriminatorio sobre estas. En este fallo, se señaló que prohibir la donación de óvulos vulnera los derechos de la pareja conforme al artículo 8 y 14 del Convenio, lo que da lugar a una disparidad visible de tratamiento entre las personas que si pueden acceder a la inseminación artificial utilizando el material genético de un donante, mientras que las

personas que necesitan de acceder a la *FIV* no podían hacerlo; de esta forma la ley que regula las TRHA en Austria, vulnera totalmente el principio de igualdad, de una forma injustificada.

En un punto se había puesto relevante énfasis, al decir que, por más que en este tipo de cuestiones, los estados cuentan con un amplio margen de apreciación, estos debían regular y dictar sus leyes de una manera coherente y racional, expresando claramente el motivo de una prohibición o de una autorización, más aun cuando los derechos en juego sean de tamaño importancia; para el Tribunal, la prohibición de la *FIV* heteróloga es compatible con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, por carecer aun este tema de suficiente consenso comunitario que da lugar a que se otorgue un amplio margen de apreciación, pero la prohibición debe estar debidamente fundamentada.

A diferencia de lo expresado por la sala, al ser recurrida la sentencia ante la Gran Sala<sup>152</sup>, está en su sentencia del 3 de noviembre del 2011, consideró los fundamentos del gobierno relevantes, dando un giro al criterio dado en la primera sentencia; aquí este órgano consideró que el margen de apreciación otorgado a los estados respecto a la donación de gametos debía de ser amplio, siendo admisibles las legislaciones más restrictivas, además de considerar que si es relevante el aspecto moral y social que se ve afectado con la práctica de estas técnicas, sostiene que la diferencia que se da en el trato tiene razones suficientes y que son claras para prohibir la *FIV* en determinados casos, además de que el Estado no prohíbe del todo la fecundación heteróloga, la que es permitida en ciertos casos y que también hay que tener en consideración que Austria intenta minimizar y evitar los conflictos sociales y legales que podrían surgir de estas prácticas, por lo que haciendo uso de su discrecionalidad para dictar sus normas internas, estas se encuentran dentro del margen de apreciación establecido. Esto no fue bien visto ni se libró de cientos de críticas, ya que se había afirmado por el Tribunal que “la ley austriaca no prohíbe que sus habitantes vayan al extranjero en busca de diferentes tratamientos para tratar la infertilidad, y que en ellas se comprenda algunas técnicas de reproducción humana asistida que no sean permitidas en Austria”. Esta permisividad con el turismo reproductivo, tan criticado por el peligro e inseguridad jurídica que representa fue considerada una solución poco sensata, más aún teniendo en cuenta la situación actual, y deja completamente de lado la prohibición contenida en la ley austriaca que es la principal cuestión a resolver.

---

<sup>152</sup>*S.H. y otros contra Austria* (2011): Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos Estrasburgo (Gran Sala), de 3 de noviembre de 2011.

Este caso no dejó de ser poco polémico, por el hecho de que no solo Austria prohíbe la FIV u otros tipos de TRHA cuando sea utilizada la donación de gametos, principalmente cuando se trate de óvulos; claro ejemplo de ello es el caso de Alemania, donde además está prevista una pena para el médico que la realice en prohibición de la ley, lo mismo ocurre en Noruega y en Suiza; todos ellos alegan que estas prácticas traen aparejados problemas con el derecho a conocer los orígenes, la maternidad y el desarrollo de menor que puede verse supuestamente afectado psicológicamente.

Desde todo punto de vista, la prohibición sin justificación razonable de utilizar un tipo de TRHA dejando de lado a ciertas personas con una determinada enfermedad, que le prohíbe procrear de otra manera, y permitiendo a otro grupo de personas a acceder al mismo tipo de tratamiento con variantes mínimas, es claramente incoherente y discriminatorio. Cada estado es responsable de hacer un uso adecuado del margen de apreciación que le es otorgado, pero sin que ello signifique vulnerar derechos de sus ciudadanos bajo ese fundamento.

### **2.3. Caso *Costa y Pavan* contra Italia. La prohibición de las pruebas preimplantacionales.**

En el siguiente caso, vamos a ver una sentencia en la que se analiza una de las legislaciones que es considerada de las más restrictivas en la unión europea, la ley italiana. Aquí se pone en tela de juicio a los diagnósticos genéticos preimplantacionales o pruebas preimplantacionales, las cuales son una nueva técnica de reproducción humana asistida, que consiste en hacer un estudio de las alteraciones genéticas o cromosómicas en el embrión, antes de ser implantado en el útero de la madre, con este estudio es posible determinar cuáles son los embriones que están libres de enfermedades o anomalías genéticas<sup>153</sup>. En pocas palabras con este estudio del ADN de los embriones antes de ser implantado, es posible seleccionar a los “sanos” y desechar a los que puedan aportar alguna enfermedad congénita.

---

<sup>153</sup>SEPÚLVEDA, Soledad; PORTELLA, Jimmy; (2012). Diagnóstico genético preimplantacional: alcances y límites. *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia*, 58(3), 207-212. Recuperado en 09 de septiembre de 2020, de: [http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2304-51322012000300008&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2304-51322012000300008&lng=es&tlng=es)

Esta cuestión, dicen algunos autores que tiene varias cuestiones en común con el caso *S.H. y otros c. Austria*, con la diferencia de que en esta sentencia el Tribunal reconoció que sobrepasaba del margen de apreciación del estado la prohibición de la técnica en cuestión, utilizando argumentos muy diferentes a los anteriores casos llevados a sus salas.

El caso *Costa y Pavan contra Italia*<sup>154</sup>, una pareja italiana había descubierto en el año 2006, tras el nacimiento de su primer hijo, que ambos eran portadores de mucoviscidosis, conocida como fibrosis quística; en el año 2010 estando de nuevo en espera de su segundo hijo deciden realizar la prueba de diagnóstico prenatal, en el que se les indicó que el feto portaba la mucoviscidosis, por lo que la mujer se sometió a un aborto (procedimiento permitido en Italia desde el año 1978<sup>155</sup>); fue en ese momento en que a la pareja decidió que quería someterse a una TRHA, específicamente a un diagnóstico genético preimplantacional, ya que consideraban que era la única manera de lograr tener un hijo sano, sin embargo, esto les fue prohibido por imperio de la ley de técnicas de reproducción humana asistida vigente en Italia, la Ley N°40<sup>156</sup>, ya que esta ley limita el acceso a las TRHA a parejas estériles o con algún problema de esterilidad. La prohibición del diagnóstico preimplantacional lleva aparejado el absurdo de que la única posibilidad de la pareja sea practicarse el diagnóstico durante cada embarazo y realizarse un aborto en el caso de que este resulte portador de alguna enfermedad.

En vista a esta prohibición y teniendo en cuenta de que esta era la única forma de tener hijos biológicos y sanos, la pareja decidió recurrir ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual resolvió el caso por medio de la sentencia dictada el 28 de agosto del 2012; esta sentencia fue considerada sumamente peculiar por los fundamentos utilizados, donde se había hecho referencia a la proporcionalidad de la prohibición impuesta por la ley italiana de TRHA y la permisividad establecida en la ley que regula el aborto en este país. Hay que tener en cuenta que el estado había fundamentado la prohibición en la supuesta protección de los embriones y su intención de que estos no sean utilizados de manera inapropiada, así como de evitar el riesgo que significaba hacia la eugenesia o sobre el derecho a la objeción de conciencia del personal encargado de realizar estas pruebas.

---

<sup>154</sup> TEDH; caso *Costa y Pavan c. Italia*; asunto 54270/10; Sec. 2ª 28.8.2012; disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%5B%22001-112993%22%5D%7D>

<sup>155</sup> Italia, Ley 194 de 1978; Ley del Aborto.

<sup>156</sup> Italia, Ley 40 del 19 de febrero de 2004; Normas sobre las técnicas de reproducción humana asistida

Los argumentos del gobierno italiano no fueron suficientes para el Tribunal, quien consideró incoherente la legislación italiana, ya que es totalmente desproporcional la protección dada al embrión prohibiendo las pruebas preimplantacionales y permite la interrupción del embarazo, en donde ya no solo se trata de un embrión, sino de un feto que está más desarrollado; además que esto obliga a la pareja a someterse a un aborto o a salir del país en búsqueda de realizarse el tratamiento en un estado que tenga leyes más permisivas y coherentes, lo que claramente promueve el turismo reproductivo.

Teniendo en cuenta la incoherencia del ordenamiento jurídico italiano, y dado que este tratamiento era la única opción válida para los recurrentes, el TEDH determinó en la sentencia que la ley italiana interfería de manera desproporcionada en la vida familiar y privada de la pareja, ya que considera que existe un derecho a acceder a las técnicas de reproducción humana asistida y a realizarse un diagnóstico genético preimplantacional, aunque si acepta que el DGP abre el debate sobre temas morales y éticos, pero tiene mayor peso y relevancia las circunstancias particulares del caso y considera que la prohibición sobrepasa el margen de apreciación otorgado a los estados y va en contra de lo establecido en el Convenio.

Esta contradicción, para el órgano contralor del CEDH significa una vulneración del artículo 8, una injerencia en la vida privada y familiar de las personas y si bien en casos anteriores para el Tribunal puso de manifiesto que permitir o no las TRHA entra dentro del margen de apreciación de los estados, en este caso entro a cuestionar específicamente el fondo de la cuestión teniendo en cuenta la coherencia de la legislación del país sancionado sobre asuntos de igual relevancia y sentido.

Como apunta Morelo<sup>157</sup>, debe considerarse que “desde el momento en el que son admitidas a parejas fértiles las técnicas de reproducción humana asistida, pero con la finalidad de pronosticar posibles enfermedades genéticas en el embrión antes de ser implantado; debemos entender que, el derecho a procrear no sólo incluye el derecho a tener un hijo, sino que también implica el derecho a tener un hijo sano. Acá no se habla de tener hijos a la carta, y elegir libremente el sexo o el color de los ojos, hablamos de evitar el riesgo, en muchos supuestos casi cierto, de que nazca un niño enfermo y conseguir uno que pueda nacer sano. También, es interesante distinguir el paso dado por el TEDH con esta sentencia, ya que no sólo

---

<sup>157</sup>MORELO MARTIN-SALAS, María del Pilar; “La reproducción asistida en Europa: La labor armonizadora del Tribunal Europeo De Derechos Humanos”; Centro de Estudios Constitucionales; Año 14, N° 2, 2016, pp. 183-206ISSN 07180195

se limita a comprobar si la legislación interna italiana es acorde a lo estipulado por el Convenio, como lo venía haciendo de manera habitual en sus diferentes sentencias, sino que de manera contundente y clara pasa a analizar el fondo del asunto y afirma de manera rotunda la falta de coherencia de la regulación italiana en este asunto”.

Esta sentencia hizo necesario plantearse el concepto de infertilidad, donde en la actualidad debe considerarse como parte de ella a los casos en que la pareja sea fértil biológicamente pero que no se encuentran en condiciones de procrear hijos sanos por padecer de enfermedades que son posiblemente transmisibles. Por lo que podemos decir que actualmente además de existir un derecho a acceder a las técnicas de reproducción humana asistida, también existe un derecho a tener hijos sanos.

La diferencia del presente caso, con el caso *S.H. y otros contra Austria*, es que en el primero la normativa italiana no hace una discriminación entre una técnica u otra, o en qué tipo de situaciones se puede acceder a la donación de gametos como lo hace la legislación austriaca; sino que, sus diferentes leyes son completamente contrarias en cuanto a la protección que dice proveer al embrión, lo que genera una interferencia en la vida privada de las personas en los supuestos de decidir tener hijos sanos, cuando permite que se tome libremente la decisión de abortar. Es por ello que volvemos a repetir sobre la importancia de dictar leyes coherentes y hacer un uso adecuado del margen de apreciación otorgado; que, como vimos, puede ser cuestionado por el tribunal a tal punto de considerar a una ley violatoria del CEDH.

#### **2.4. La gestación por sustitución. Algunos de los fallos del TEDH en los últimos años, una mirada a su criterio.**

En los siguientes fallos vamos a analizar el criterio del Tribunal Europeo de Derechos humanos en uno de los temas más cuestionados de los últimos tiempos, la maternidad subrogada, gestación por sustitución, vientre de alquiler, entre otras formas en las que se le denomina; además, en esta oportunidad, hago referencia a más de una sentencia dictada por el Tribunal. Como ya habíamos hecho referencia, esta técnica de reproducción humana asistida no solo levanta el debate sobre los problemas éticos y morales que conllevan su criticada práctica, sino también la dificultosa tarea de los tribunales de determinar la filiación de los niños nacidos por medio de estos contratos de subrogación, normalmente suscriptos en países ajenos

a los de la nacionalidad de los comitentes, quienes buscando una solución a la prohibición impuesta por su país, salen de manera a esquivar las restricciones impuestas a estas prácticas que son declaradas nulas e incluso son sancionadas. Los primeros casos se refieren a las sentencias dictadas por el TEDH el 26 de junio del 2014, ambos contra Francia, en donde por medio de la Ley de técnicas de reproducción humana asistida se prohíbe la maternidad subrogada, estos casos son: el caso *Mennesson c/ Francia*<sup>158</sup> y *Labassee c/Francia*<sup>159</sup>.

En el primero de ellos, el matrimonio Mennesson decidió recurrir a esta técnica en el estado de California-Estados Unidos, en donde los contratos de subrogación son legales, para la realización de la TRHA fueron utilizados óvulos de una donante y los espermatozoides del marido, teniendo como resultado el nacimiento de gemelos, los que fueron decretados como hijos legítimos del matrimonio Mennesson por el Tribunal Supremo de California; el problema vino cuando la pareja acudió al consulado francés en Los Ángeles, donde se opusieron a inscribir a los niños en el registro civil como hijos de la pareja, por lo que tuvieron que viajar a Francia como ciudadanos estadounidenses. Ante la negativa, la pareja recurrió ante el Tribunal Supremo Francés, órgano que volvió a rechazar la solicitud por ser los menores producto de un contrato de subrogación, esto llevó a los Mennesson a recurrir ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En el segundo caso, muy similar al primero, la pareja Lebassee, recurrieron a la maternidad subrogada en el Estado de Minnesota, por medio de la donación de un óvulo y el espermato del Sr. Lebassee, producto de ello nació una niña, la cual fue declarada hija de los Sres. Lebassee por un Tribunal de Minnesota, aquí nuevamente la inscripción fue rechazada por el Tribunal Supremo Francés por considerar a estas prácticas contrarias a la ley francesa, viéndose obligados a recurrir ante el TEDH.

En ambos casos los recurrentes alegaron la vulneración de la vida privada y familiar dispuestos en el artículo 8 del Convenio. Teniendo en cuenta la similitud de las presentaciones el Tribunal terminó dictando simultáneamente y en el mismo sentido ambas resoluciones el 26 de junio del 2014. Clave fue en ambas situaciones que los menores tenían vínculo biológico con uno de los integrantes de la pareja; la larga convivencia de estos; y, también las demandas fueron presentadas por separado por cada pareja y los niños.

---

<sup>158</sup>TEDH; caso *Mennesson c. France*; N.º 65192/11; 26 de junio de 2014

<sup>159</sup>TEDH; caso *Labassee c. France* (n.º 65941/11), de 26 de junio de 2014

El TEDH señaló, nuevamente, el margen de apreciación otorgado en cuestiones referentes a las técnicas de reproducción humana asistida, pero recalando que cada situación debe ser analizada de acuerdo a las circunstancias particulares; y, teniendo en cuenta la existencia de la falta de consenso en la regulación de la maternidad subrogada, es claro que la discrecionalidad que tienen los estados para aceptarla o no es amplia, así como darle efectos legales que le son afines. A pesar de ello, el Tribunal sostuvo en este fallo que, la Ley francesa había desatendido el artículo 8 del Convenio, al violar el derecho a la vida privada y familiar de los recurrentes, toda vez que fuera denegada la inscripción registral de filiación, sin considerar las sentencias extranjeras que previamente establecían un vínculo filial entre los menores y los matrimonios, a pesar de ser considerados en estas como hijos legales de los padres de intención, negándoseles de esta manera la nacionalidad francesa, lo que sin dudar viola el derecho a la identidad, niega la protección y consolidación familiar y desatiende el interés superior de los menores. Todo ello, sin prever los diferentes problemas que podría esto causarles a lo largo de la vida, incluso teniendo posibles consecuencias sobre sus derechos sucesorios. Esto fue motivo suficiente para que se declare que Francia había superado los límites del margen de apreciación otorgado.

En sus reflexiones, el Tribunal hizo mención de las variables que se tienen en cuenta y determinan el límite del margen de apreciación, estas variables son las circunstancias, el contexto y la presencia o ausencia de un denominador común a los sistemas jurídicos de los Estados. Conjuntamente, señaló que cuando no hay consenso entre los Estados miembros y el caso gire en torno a cuestiones morales y éticas delicadas, el margen de apreciación dado es amplio; pero, cuando en juego esté un aspecto particular de la existencia o de la identidad de un individuo, el margen dejado al Estado es restringido<sup>160</sup>.

Según Jiménez Muñoz<sup>161</sup>, “se puede entender que Francia desee impedir que sus nativos busquen en el extranjero métodos de reproducción humana asistida que están prohibidos en su territorio, pero los efectos del no reconocimiento de la relación legal paterno-filial entre los niños así concebidos y los padres intencionales no se limita sólo a los padres, sino que afecta

---

<sup>160</sup>CURTI, Patricio J.; “Un fallo del tedh que denota su postura acerca de la gestación por sustitución: la tarea de enfrentar los conflictos que plantea una práctica “sin sustento legal”, priorizando sus efectos”; *Global Journal of HUMAN-SOCIAL SCIENCE: H Interdisciplinary*; Volume 20 Issue 4 Version 1.0 Year 2020; ISSN: 2249-460; pág. 33-39

<sup>161</sup>JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier; “Una aproximación a la posición del tribunal Europeo de derechos humanos sobre la gestación subrogada”; *R.E.D.S. núm. 12, Enero-Junio 2018*; ISSN: 2340-4647; Pág. 42-54

a los propios niños, cuyo derecho al respeto por su vida privada resulta afectado sustancialmente”. A su vez, Curti<sup>162</sup> sostiene que el margen de apreciación dado por el Tribunal a los estados debe ceder y relativizarse ante un problema vinculado con la filiación, en la medida en que ésta constituye, sin dudas, un aspecto esencial de la identidad del niño. Y así como ha sido reiterado por el Tribunal en varias sentencias, el margen de apreciación tiene dos principios que lo limitan, y estos son el justo equilibrio y la proporcionalidad.

Siguiendo este análisis, Guilarte<sup>163</sup> manifiesta; que “el TEDH interpreta el derecho al respeto de su vida privada a la luz del interés superior del niño; el no reconocimiento de la filiación establecida en el extranjero combinado con la denegación de la determinación en Francia de un vínculo de filiación en relación con el padre intencional, aunque este sea el padre biológico del niño, afecta «significativamente» al derecho de cada uno a establecer la esencia de su identidad, lo que «plantea, pues, una seria cuestión de compatibilidad de esta situación con el interés superior de los niños, cuyo respeto debe guiar cualquier decisión que les afecte» ( Menesson, par. 99)”.

Otro de los asuntos resueltos por el TEDH, es el caso *Paradiso y Campanelli c. Italia*<sup>164</sup>, resuelto el 27 de enero del 2015; esta sentencia fue recurrida ante la Gran Sala y resuelta finalmente el 24 de enero del 2017. El caso gira en torno a los siguientes hechos, el matrimonio Paradiso Campanelli acudió a Rusia para concebir un hijo con gametos donados y utilizando un vientre de alquiler por medio de un contrato de subrogación. Como producto de esto nació un niño, que fue inscripto en el Consulado Italiano en Moscú como hijo del matrimonio, pero sin hacer mención del contrato de subrogación; trasladado el menor a Italia, la pareja solicitó la inscripción del certificado de nacimiento, pero el consulado informó a las autoridades italianas que el certificado contenía información falsa por lo que la pareja fue acusada penalmente de adulterar documentos e incumplir con la Ley italiana e internacional de adopción.

A consecuencia de los hechos anteriores, el menor fue declarado en estado de abandono, abriéndose un expediente de adopción, siendo puesto bajo tutela y entregado en adopción en el año 2013; a la par fue negada la inscripción del certificado ruso por contrariar

---

<sup>162</sup>CURTI, Patricio J.; “Un fallo del...” 2020; ISSN: 2249-460; pág. 33-39

<sup>163</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina; (2015); Algunas reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 a la luz de la condena de Francia por el TEDH (Sentencias Labassée y Menesson de 26 de junio de 2014); Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num.3/2015 parte Estudio

<sup>164</sup>TEDH; *Paradiso y Campanelli c. Italia* (25358/12), Sec. 2ª del TEDH; 27 de enero de 2015

la ley italiana y el orden público, y por no existir lazos biológicos entre el niño y los padres de intención. Estos acontecimientos condujeron al matrimonio Paradiso Campanelli a recurrir ante el TEDH alegando la violación de su derecho a la vida privada y familiar garantizada en el artículo 8 del Convenio. La primera sentencia, dictada por la Sección Segunda del Tribunal hizo lugar al recurso, manifestando que Francia había violentado el derecho a la vida privada y familiar de los recurrentes al no registrar el certificado de nacimiento otorgado en Rusia y al poner al menor en adopción alejándolos de su lado; aquí el tribunal alegó que el Estado no midió proporcionalmente los intereses en riesgo con el fin pretendido (preservar el interés público y perseguir un fin legítimo e interés del menor). Al separar al menor de sus padres de intención, quienes convivieron con el niño por varios meses, el Tribunal afirma que existe una violación por parte del Gobierno italiano y condena a este, pero concluyendo que esto no debe ser entendido como una obligación impuesta al Estado de devolver el niño a la pareja recurrente.

Esta sentencia fue recurrida ante la Gran Sala por el Gobierno Italiano, recurso que fue estimado por este órgano, declarando que Italia no había vulnerado con su actuar lo dispuesto en el artículo 8 del Convenio, ya que no se había violado la vida privada y familiar de los recurrentes. Para la Gran Sala, al no existir un vínculo biológico del menos con los recurrentes, carecer de una real vida familiar por el poco tiempo de convivencia entre estos, además del actuar malintencionado de la pareja que procedió a sabiendas de que estaban violando las leyes italianas sobre adopción y reproducción humana asistida, fue determinante para que revocaran la sentencia de la sección segunda y desestimara la sentencia presentada.

Es comprensible que la sentencia tuviera muchas opiniones contrarias, pero en este caso en concreto el TEDH buscó con su resolución disuadir a los nacionales de los diferentes estados partes que restringen las TRHA a salir de sus países en búsqueda de leyes más permisivas. Arnós Amorós nos dice que, “tolerar la situación creada por la pareja de comitentes hubiera sido equivalente a legalizar la situación creada por ellos transgrediendo importantes normas del Derecho italiano; en efecto, las posiciones tolerantes ante casos como *Paradiso* convierten las legislaciones nacionales en normas meramente simbólicas y vacías de contenido”.

Es por esta razón que esta sentencia, aunque considerada un poco radical, sirve de escarmiento a los ciudadanos de la comunidad que buscan evadir las normas internas de su país

en búsqueda del acceso a una TRHA. En palabras de Moreno Botella<sup>165</sup>, “esta sentencia es un claro reflejo de la incertidumbre jurídica en relación a la problemática estudiada y no solo por el cambio de doctrina con respecto al fallo del 2015 sino también porque con su argumentación pone en peligro su propia doctrina sobre el concepto de lo que se ha de entender por vida privada y familiar y el alcance que se haya de dar a la misma... pero lo que sí es cierto es que se ha dado un paso importante para poner freno a una actividad fraudulenta que bajo el velo del interés superior del menor lo que realmente producía era la legalización indirecta de una práctica prohibida en casi todos los Estados de la UE que en muchos casos convertía el deseo de ser padre en un principio general que proteger a toda costa por la aplicación del art. 8 del CEDH”.

Lo cierto y lo concreto, es que el deseo personal de procrear no debe sobrepasar los límites de la legalidad a tal punto de conseguir un fin por medios fraudulentos, exponiendo a los menores y a ellos mismos a situaciones que de por sí deben ser estresantes y traumatizantes, y a la par de los estados que ven limitados su discrecionalidad legislativa y el margen de apreciación en cuestiones puntuales, las personas deben tener un límite que regule su actuar. Aquí un claro y cruel ejemplo del efecto producido por la falta de regulación del turismo reproductivo como fenómeno social actual.

#### **IV. Dialogo Interjurisdiccional de los Tribunales de Derechos Humanos. La búsqueda del consenso y la cooperación internacional de nuestros Tribunales.**

Los fallos de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos, nos muestran, la importancia de la interpretación y control de convencionalidad que realizan estos órganos para mantener un orden jurídico que vele por los derechos regulados en los Convenios Internacionales de Derechos Humanos. La globalización y los avances científicos y sociales no paran, y si a medida que ellos se desarrollan el derecho no es capaz de acompañarlos, terminan chocando con realidades y problemas de difícil solución. Hemos sido capaces de observar cómo a pesar de los intentos de los gobiernos de mantenerse firmes a sus corrientes

---

<sup>165</sup> MORENO BOTELLA, Gloria; (2017); “Material genético de los padres de intención y filiación en el caso Campanelli II. Su incidencia en la STSJ de Madrid de 13 de marzo de 2017”; Diario La Ley, Nº 9024, Sección Doctrina, 19 de Julio de 2017, Editorial Wolters Kluwer

legislativas, gozando de su soberanía y dictando leyes en menor o mayor medida restrictivas o abiertas, no han podido librarse de los problemas jurídicos generados en la actualidad, viéndose obligados a modificar y adaptar sus leyes de acuerdo a la corriente general; la cual, quieran o no, a la larga los termina arrastrando en una inevitable avalancha de nuevas realidades que deben ser atendidas jurídicamente.

Para algunos doctrinarios, la existencia de una inversa reciprocidad entre el consenso internacional y el margen de apreciación, significa que mientras mayor sea el consenso existente sobre determinado tema jurídico, menor es el margen de apreciación que tienen los estados; en cambio, cuando menor sea el consenso entre los estados partes, mayor es el margen de apreciación otorgado por el Tribunal. Según Trindade<sup>166</sup>, la creación de un orden público constituye una finalidad del TEDH, por lo que la aplicación del margen de apreciación da a entender que se busca el desarrollo de este orden de manera paulatina y no apresurada ni forzada por el Tribunal, quien espera el momento oportuno para establecer parámetros legales que sean más homogéneos.

Tanto los países miembros del CADH y del CEDH han reconocido la supremacía legal de los tratados sobre las leyes nacionales y han otorgado el rol de contralor de esos convenios a sus respectivos Tribunales, que son los encargados de interpretarlos y sancionar a los estados que vulneren los derechos en ellos garantizados. La tarea del legislador y de los juzgadores no es sencilla, estos deben estar al día con las sentencias internacionales, utilizar sus jurisprudencias como guía para poder interpretar las distintas convenciones que se haya suscripto. Pero, el trabajo real de los Tribunales no es solo llevar a juicio las leyes internas de un estado, sino también, controlar, sobre ese margen de actuación otorgado, determinar si la legislación estatal se encuentra dentro de los límites establecidos por el Convenio y a la vez lograr que el consenso internacional sea cada vez más amplio, por lo que el dialogo entre cortes es sumamente importante para lograr que todos estos cometidos se logren a nivel internacional.

Pero ¿Existe realmente un dialogo interjurisdiccional entre las cortes?, Primeramente, hay que entender de qué se trata. Para Nogueira Alcalá<sup>167</sup>, el diálogo

---

<sup>166</sup>Trindade, Antonio. 2004. "Le développement du droit international des droits de l'homme à travers l'activité et la jurisprudence des Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme". *Revue universelle des droits de l'homme*, vol. 16, n° 5-8, p. 177.

<sup>167</sup>Nogueira Alcalá, Humberto. (2012). Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del tribunal constitucional en período 2006-2011. *Estudios constitucionales*, 10(2), 57-140. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002012000200003>

interjurisdiccional constituye una conversación, debate o intercambio de puntos de vista entre dos o más jueces o tribunales, sean estos nacionales, o producto de una vinculación del Estado a un ordenamiento jurídico y tribunal internacional o supranacional, un diálogo interno entre tribunales nacionales, o externo entre tribunales nacionales e internacionales, o con la Corte Interamericana de Derechos Humanos o en Europa con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; asimismo, puede darse un diálogo entre tribunales internacionales o supranacionales, por ejemplo entre cortes regionales de derechos humanos. Según este autor el diálogo puede conducir a la oposición o al acuerdo, pudiendo desarrollarse entre una pluralidad de jueces, pudiendo ser incluso bi o multidimensional.

Dentro de esta línea, según Amaya<sup>168</sup>, es dable aclarar, de inicio, que el hecho de que un tribunal haga referencia o cite a la jurisprudencia de otro tribunal no constituye de por sí un diálogo interjurisdiccional, sino que esto recién ocurre cuando el tribunal receptor de la jurisprudencia la analiza razonadamente, explicando y aplicando su significado y alcance en la decisión del caso que tiene, confrontando sus antecedentes y a través del proceso de argumentación, esto es lo que va a permitir el verdadero dialogo. Para algunos autores, esto no suele darse, por lo que sostienen que muchos jueces no recurren realmente a un diálogo interjurisdiccional, sino que lo que hacen realmente es comparar las sentencias dentro de sus fallos; haciendo simples menciones como ejemplo, pero sin explicar a cabalidad su significado concreto.

En este sentido, lo que realmente nos importa es saber si entre nuestros Tribunales Internacionales y los Tribunales Nacionales existe un dialogo interjurisdiccional y si realmente este es efectivo. Sostenemos que si existe; pero, que este dialogo sólo se hace posible cuando, una vez dictada una sentencia por una corte internacional, los tribunales de los estados partes al dictar nuevas resoluciones se ajustan al criterio e interpretación dado por el organismo supremo, dictando así sentencias de carácter vinculante y en el mismo sentido de la jurisprudencia internacional. En palabras de Queralt Jiménez<sup>169</sup>, la jurisdicción internacional encargada de controlar la interpretación y darle sentido a un tratado de aplicación directa, tiene supremacía y sitúa bajo su control y vigilancia todo actuar de los jueces de los estados partes.

---

<sup>168</sup> Amaya, Jorge Alejandro; “El diálogo interjurisdiccional entre tribunales extranjeros e internos como nueva construcción de las decisiones judiciales”; LEX N° 14 - AÑO XII - 2014 - II / ISSN 2313-1861; disponible en: <http://dx.doi.org/10.21503/lex.v12i14.616>

<sup>169</sup> QUERALT JIMÉNEZ, A. (2003). El Tribunal de Estrasburgo: una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales. *Tirant lo blanch, Valencia*.

Afirma, que las decisiones jurisdiccionales de las primeras son vinculantes para las segundas. La sentencia de la CIDH y la interpretación que ella realiza de la CADH tiene el mismo efecto directo y la misma primacía que el tratado mismo.

No son pocos los autores que sostienen que debe pretenderse llegar a un “orden público común internacional” y, en esta tarea de encontrar un derecho más armónico y dinámico, que pueda adaptarse a las necesidades sociales actuales, los distintos tribunales de derechos humanos han aunado esfuerzos en crear lazos que permitan un dialogo interjurisdiccional permanente, que logre consolidar las relaciones entre ambas cortes y fortalezca la protección de los derechos humanos y el acceso a la justicia internacional. Esto se ha visto reflejado en las distintas reuniones y relaciones existentes entre ambos organismos a lo largo de los años, así como en las referencias hechas de jurisprudencias del Tribunal Europeo en sentencias de la Corte Interamericana. De estas reuniones también ha surgido la publicación del libro “*Diálogo Transatlántico: Selección de Jurisprudencia del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”<sup>170</sup>, en ella se hace notar las convergencias existentes en la interpretación de ambos tratados.

Para el profesor De Vergottini<sup>171</sup>, “puede sostenerse que el derecho convencional, la jurisprudencia y la praxis ponen en relieve el instrumento a través del cual la interacción se manifiesta con el fin de asegurar un nivel satisfactorio de compatibilidad entre los dos órdenes, el convencional y el estatal”. En otras palabras, de Nogueira Alcalá<sup>172</sup> “...es necesario tener presente como norma general que el Estado Parte y sus órganos jurisdiccionales deben respetar el derecho del tratado y la jurisprudencia de la Corte Internacional. Ello lleva a un vínculo de adecuación sucesiva a la jurisprudencia de los tribunales internacionales que debe ser garantizada por el Estado Parte, lo que frecuentemente obliga a concretar modificaciones normativas estatales de todo orden, para cumplir el objeto y fin del tratado que es el respeto y garantía efectiva de los derechos humanos, en el estándar mínimo fijado convencionalmente los cambios legislativos necesarios y a veces ajustes para garantizar los derechos humanos”.

---

<sup>170</sup>CIDH y TEDH; (2015); “Diálogo transatlántico: selección de jurisprudencia del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”; Publicado por Wolf Legal Publishers; disponible en: [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int) y [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr).

<sup>171</sup>DE VERGOTTINI, Giuseppe, (2011); Más allá del diálogo entre tribunales; p. 73.

<sup>172</sup>NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. (2012). Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del tribunal constitucional en período 2006-2011. *Estudios constitucionales*, 10(2), 57-140. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002012000200003>

Como ejemplo, de las referencias en fallos, podemos citar la sentencia *Artavia Murillo c. Costa Rica*, en donde la Corte Interamericana hizo mención de varias sentencias del Tribunal Europeo para fundamentar y argumentar de manera más precisa su decisión, en especial sobre la protección del embrión. En ella ha citado el caso *Paton vs Reino Unido* y el caso *VO vs Francia*, también se hizo referencia al caso *Evans Vs. Reino Unido*, donde el TEDH afirmó que “los embriones creados por la pareja no tienen el derecho a la vida dentro del significado del artículo 2 de la Convención y que por lo tanto no ha existido una violación a tal provisión”; el caso *S.H. Vs. Austria*, que trata sobre la regulación de la FIV. Esta interpretación hecha por el Tribunal Europeo sirvió guía a la Corte Interamericana a la hora de resolver esta cuestión y tomar una postura que se adecue a las nuevas realidades y necesidades de las personas. También podemos referir que el sistema de ambos Tribunales es bastante similar, en cuanto al valor otorgado al margen de apreciación y consenso de los Estados.

Entre las acciones de los Tribunales, realizadas en pos de una cooperación mutua, se llevó a cabo el primer diálogo de las Cortes Regionales de Derechos Humanos<sup>173</sup>, realizado en Costa Rica en el año 2018, donde estuvieron presentes los representantes del TEDH, la CADHP y CIDH, como también representantes de la ONU. Los asistentes de estos tres organismos hicieron mención de la importancia de este tipo de eventos y la necesidad de armonizar y llegar a un consenso en pos de la protección de los derechos humanos. Considero necesario citar algunas de las palabras de estas autoridades en sus ponencias en el mencionado evento, que refuerzan la idea y relevancia que significan para los derechos humanos el dialogo entre cortes internacionales.

En palabra del presidente de la CIDH<sup>174</sup>: “las Convenciones son instrumentos vivos que mantienen su vigencia a través de las interpretaciones realizadas por cada uno de los Tribunales, y cada Convención se adopta a las necesidades propias de su contexto y realiza su propia evolución; sin embargo, no podemos dejar de mencionar el impacto que tuvo el Sistema Europeo y su Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales en el diseño institucional y el sistema normativo interamericano. El impacto institucional y normativo se reflejó en la jurisprudencia de la Corte Interamericana desde sus

---

<sup>173</sup> Este Dialogo de las Cortes Regionales de Derechos Humanos tuvo como objetivos principales; i. Compartir sus avances normativos y jurisprudenciales; ii. Debatir sobre los desafíos a enfrentarse y; iii. Definir las líneas de acción y fortalecer la cooperación y el dialogo.

<sup>174</sup> Mac-GregorPoisot, Eduardo Ferrer; Presidente de la Corte Interamericana de Derechos humanos. “Dialogo entre Cortes Regionales de Derechos Humanos”, 2018

inicios. El Tribunal de San José, en su tarea de interpretar la Convención Americana, utilizaba frecuentemente los precedentes de la Corte Europea. La similitud en la formulación de los derechos y libertades en las Convenciones Europea y Americana, en el desarrollo de criterios de admisibilidad y en principios de interpretación, así como la creciente afinidad de los temas que se plantean en Estrasburgo y San José, han internalizado en nuestro trabajo el diálogo con la jurisprudencia europea hasta el día de hoy. Actualmente, no hay decisión que adopte la Corte Interamericana sin que previamente se estudien los precedentes de Estrasburgo en la materia”.

A su vez, el presidente del TEDH<sup>175</sup>, afirmó en su discurso que el fortalecimiento del contacto directo y de la cooperación internacional ha resultado en un mejor entendimiento, que contribuye a mejorar el diálogo judicial y a incrementar las referencias cruzadas a la jurisprudencia de las Cortes, sostuvo que la Corte Europea se ha inspirado en la Corte Interamericana a través de los años en temas tales como la pena de muerte, las desapariciones forzadas, tortura, el carácter obligatorio de las medidas provisionales, y más recientemente, las amnistías de graves violaciones de derechos humanos, las garantías de debido proceso en casos de remoción de jueces, y el derecho de acceso a la información. Añadió que “...por su parte, la Corte Interamericana ha incluido sistemáticamente referencias a nuestra jurisprudencia en sus decisiones. Este diálogo judicial es natural dada la similitud de la mayoría de los derechos y de las libertades protegidos por ambas Convenciones, pero también se produce gracias a un enfoque común y a métodos de interpretación similares...”.

Con todos estos antecedentes soñar con un orden jurídico universal, unificado y consolidado puede sonar utópico, pero definitivamente no es descartado por estos órganos, permitiéndonos afirmar que existe una intención y voluntad de cooperar para el desarrollo del mismo, a sabiendas de que ellos colaboran entre sí en búsqueda de un consenso mayor y teniendo el entendimiento de que su razón de ser no es más que proteger los derechos de todos los seres humanos en igualdad de condición. Creo que la importancia de respetar y aplicar las recomendaciones y obligaciones dadas por los distintos Tribunales creados para velar y proteger el cumplimiento de los distintos tratados y convenciones de derechos humanos es vital; que estos sigan un mismo camino y cooperen entre sí sirve de ejemplo y referencia que debe ser usado como espejo por todos los estados.

---

<sup>175</sup>Raimondi, Guido; Presidente del Tribunal Europeo de derechos humanos

Los tribunales internacionales y nacionales son integrantes de una red jurídica que interpreta los derechos garantizados y reconocidos por los instrumentos internacionales y el Derecho Interno de cada país. De allí la responsabilidad que tienen todos de contribuir a ese sistema mediante el diálogo entre ellos y el razonamiento responsable de sus decisiones. La responsabilidad en la argumentación de los fallos no solo se debe a que en la misma se basa la legitimidad de las decisiones, sino porque cada tribunal tiene una responsabilidad, interna e internacional, de hacer sus aportes a la construcción de un Derecho judicial universal al que todos los países democráticos aspiramos; afirma Amaya<sup>176</sup>

En este camino, en búsqueda de un orden jurídico internacional la HCCH<sup>177</sup>, con la conformidad de sus miembros, la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado convocó a un Grupo de expertos para ver la posibilidad de estudiar y regular cuestiones relacionadas a la filiación internacional y la gestación subrogada. Con este cometido se han reunido desde el año 2016, centrándose principalmente el trabajo en: ii. Un instrumento general de derecho internacional privado sobre el reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras sobre filiación legal; y, ii. Un protocolo separado sobre el reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras sobre la paternidad legal dictadas como resultado de acuerdos internacionales de subrogación<sup>178</sup>.

A lo largo de la historia, se ha demostrado, que los sistemas internacionales de derechos humanos son indispensables; los problemas evolucionan a la par del mundo y sociedad, mientras estas más avanzan y globalizan, por lo que de estos sistemas depende la protección integral de las personas. Aun parece lejano pensar en un mundo sin conflictos sociales, libre de elementos racistas, xenófobos y discriminativos que avivan constantemente el odio de los pueblos; así como la vulneración de derechos por múltiples factores, es por ello que un orden jurídico internacional integrado y en constante cooperación hará que cada día la brecha de la desigualdad se vaya cerrando.

---

<sup>176</sup> AMAYA, Jorge Alejandro; (2014); "El diálogo interjurisdiccional entre tribunales extranjeros e internos como nueva construcción de las decisiones judiciales"; LEX N° 14 - AÑO XII - II / ISSN 2313-1861; disponible en: <http://dx.doi.org/10.21503/lex.v12i14.616>

<sup>177</sup>La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado es una organización intergubernamental, cuyo propósito es "trabajar por la unificación progresiva de las normas del derecho internacional privado" (artículo 1 del Estatuto de la Conferencia de La Haya). Disponible en: <https://www.hcch.net/en/faq>

<sup>178</sup> HCCH; Proyecto de paternidad/subrogación; disponible en: <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>

Si nada en el mundo se mantiene estático o invariable, tampoco la interpretación y la aplicación de los derechos humanos deben ser rígidas, estas deben adaptarse e ir evolucionando al mismo tiempo. La búsqueda de un derecho más justo, equitativo, igualitario y acorde a estas exigencias solo será posible con el trabajo conjunto de los estados, los tribunales y órganos internacionales a los que se encuentren sometidos.

## V. CONCLUSION

Como vimos, aun el camino por recorrer es largo y tedioso en cuanto a la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida, son muchos los obstáculos que deben ser superados, la baja concurrencia de los ciudadanos a los Tribunales Internacionales, la respuesta tardía de estos, el desconocimiento o la deficiente difusión de los derechos sexuales y reproductivos y los inherentes a ellos. Todo esto hace aun dificultoso encontrar las soluciones adecuadas a los problemas que se presentan. Existe hoy día una gran discordancia entre lo que un grupo considera moralmente correcto y lo socialmente aceptado; por tanto, mientras exista discriminación de sexo, raza, género y estatus social, la sociedad seguirá dividida y los estados condicionados por estas a la hora de considerar legislaciones más acordes y adecuadas en la materia

A la hora de resolver un caso, los órganos judiciales nacionales aún no han podido ponderar correctamente los distintos derechos fundamentales de cada individuo, lo que acarrea y seguirá acarreando la desprotección de ciertos derechos inherentes a las personas, e inevitablemente tendrá como consecuencia la sanción de los estados por estas vulneraciones. Al no existir consenso referente a las técnicas de reproducción humana asistida, los jueces seguirán topándose con inconvenientes y problemas sin respuestas claras, seguirán exponiéndose de esta manera a seguir violando los Convenios y Tratados de Derechos Humanos a los que se encuentren suscriptos los estados a los que representen.

Claro es que existe un problema complejo en la materia, desde el reconocimiento de los derechos reproductivos, el respeto a la voluntad y libertad procreacional, el acceso a las TRHA, el anonimato de la donación de gametos, la determinación de la filiación hasta la legalidad del contrato de subrogación; son estas algunas de las cuestiones que aún no han podido resolverse y encontrar un camino al consenso a nivel internacional, lo que genera una

laguna jurídica importante. Hemos percibido cómo los Estados han ido de legislaciones más permisivas a ir restringiendo gradualmente la utilización de las técnicas bajo el fundamento de la moral, buenas costumbres o el interés superior del menor, etc. Infinidad de argumentos que al final terminan cercenando el derecho y libertad de las personas, pero, en contrapartida a ello también vimos como gracias al incansable trabajo de nuestros organismos internacionales se ha logrado regular y avanzar en cuanto a la aceptación de algunas TRHA en países en las que estaban sin reglamentación.

Existe una necesidad de encausar la regulación normativa a la realidad actual resulta innegable, legislaciones acordes al consenso de la comunidad internacional, respetuosas de la dignidad humana y los valores en los que se fundamenta, es el ideal con el que soñamos. Como lo dice Sánchez Martínez<sup>179</sup>, la ciencia y la tecnología están preparadas para todos los avances y tecnologías futuras, pero, para su efectividad, precisan del acompañamiento de recursos económicos, políticos, legislativos y jurisdicciones eficaces.

Es y será compromiso de los Tribunales de Derechos Humanos, seguir sumando esfuerzos, como lo están haciendo, para encontrar el correcto equilibrio y ese consenso tan necesario a nivel internacional, que sirva para que los estados partes tengan legislaciones más acordes a la realidad social; accesibles, responsables y principalmente más humanas. En pocas palabras, considero que cuando no existe un mínimo común jurídico, para resolver una cuestión de derecho, los estados ven abierto un portal de acción, que les permite regular de acuerdo a su criterio y circunstancias históricas, sociales, culturales y jurídicas el alcance y el contenido del derecho, hasta tanto los tribunales no se pronuncien en contrario y esto obligue a los gobiernos a redireccionar sus normas de acuerdo al criterio establecido por el órgano contralor principal en materia de derechos humanos.

En definitiva, los estados deben dictar nuevas leyes y adecuar los ordenamientos jurídicos internos a los estándares internacionales; debiendo ser parte del progresismo y desarrollo de nuevos derechos al reconocimiento de las técnicas de reproducción humana asistida, para así evitar los innumerables problemas causados por la falta de previsión y seguridad jurídica. A su vez, que los Tribunales de Derechos Humanos, con sus interpretaciones y resoluciones deben buscar que se vaya cerrando la brecha jurídica y el

---

<sup>179</sup>SÁNCHEZ MARTÍNEZ, María Olga (2013): “La reproducción asistida en el contexto de los derechos humanos”, en *Cad. IberAmer. Direito. Sanit., Brasília* (vol. 2, N° 2, jul/dic.), pp. 824-838.

consenso sea mayor, buscando limitar en lo posible ese margen de apreciación otorgado a los estados que lo único que logra es una división y problemas. Y aunque esto parecería atentar contra la soberanía de un estado, en realidad se ha demostrado que en las cuestiones y asuntos en donde el consenso es mayor, las leyes resultan más eficaces y menos fuera de lo establecido en los Convenios de Derechos Humanos. Podemos afirmar que, existe una intención y propósito de llegar a un orden jurídico internacional en la regulación y práctica de las técnicas de reproducción humana asistida, intención compartida por parte de los Tribunales de Derechos Humanos y otros organismos internacionales, claro ejemplo de eso es el proyecto de convenio sobre algunas TRHA de la HCCH, referente a la filiación y la maternidad subrogada.

El avance científico, médico y tecnológico tienen un valor incalculable para toda la humanidad, pero esto no puede prevalecer ante los derechos de las personas, es por eso, que, al dictarse leyes referentes a las técnicas de reproducción humana asistida, su uso y acceso, deben los legisladores de cada estado velar para que no haya una interferencia negativa entre ambos. Por lo que creo que deben ser garantizados los derechos sexuales y reproductivos de las personas, respetar su libertad de elección y voluntad en procrear o no; las que deben ser garantizadas a través de efectivas políticas públicas con suficientes criterios que puedan adecuarse a la justicia, respetando la autonomía, la igualdad, la diversidad y estatus social de las personas.

Somos testigos de que las leyes restrictivas no son la solución a los problemas que generan estas técnicas, por lo que es inevitable llegar en algún momento a regularlas adecuadamente conforme a los estándares internacionales, desde un debate ético y jurídico; teniendo en cuenta los factores sociales, culturales, religiosos y económicos. Si las herramientas que son puestas a disposición de los estados son correctamente utilizadas, y existe voluntad de todos los involucrados en encontrar una salida a esto, los esfuerzos deben seguir encaminados a un mayor diálogo por medio de la cooperación internacional de los Tribunales de Derechos Humanos en conjunto con los Jueces y Legisladores nacionales.

## BIBLIOGRAFIA

ADORNO, Roberto (2009), “Técnicas de procreación asistida”, en Brena y Sesma, Ingrid y Toboul, Gérard (coords.), Hacia un instrumento regional internacional sobre la bioética. Experiencias y expectativas, México, UNAM, p. 209.

ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela. (2013). Técnicas de Reproducción humana asistida, desafíos del siglo XXI: una mirada transdisciplinaria. Maricruz Gómez de la Torre (dir.). *Revista de derecho (Coquimbo)*, 20(1), 413-419. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532013000100018>

AMAYA, Jorge Alejandro; (2014); “El diálogo interjurisdiccional entre tribunales extranjeros e internos como nueva construcción de las decisiones judiciales”; LEX N° 14 - AÑO XII - II / ISSN 2313-1861; disponible en: <http://dx.doi.org/10.21503/lex.v12i14.616>

ÁLVAREZ PLAZA, Consuelo. (2011). Reproducción Humana Asistida. Enfermería de la Mujer, Editorial: Editorial Universitaria Ramón Areces

ÁVALOS CAPÍN, J. (2013). Derechos reproductivos y sexuales. En I. d. Konrad Adenauer Stiftung-Suprema Corte de Justicia de la Nación-UNAM (Ed.), *Derechos humanos en la Cons-titución. Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, (Vol. 2). Mexico: Ferrermac-GreGorpoiSot.

BENAVIDES CASALS, María Angelica; (2009); “El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos”; *Revista Ius et Praxis*, 15 (1):295-310; disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122009000100009>

BUSTER JE, Bustillo M, Thorneycroft I, Simon JA, Boyers SP; (1983) “Nonsurgical transfer of in vivo fertilised donated ova to five infertile women: report of two pregnancies. *Lancet*”; 2(8343):223-4

CANO VALLE, Fernando; ESPARZA PÉREZ, Rosa Verónica; (2018); “El anclaje jurídico ante las técnicas de reproducción asistida”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, 51(151), 13-50. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2018.151.12287>

CIDH y TEDH; (2015); “Diálogo transatlántico: selección de jurisprudencia del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”; Publicado por Wolf Legal Publishers; disponible en: [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int) y [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr).

CHEN C; “Pregnancy after human oocyte cryopreservation”; *Lancet* 1986;1(8486):884-6.

COLL DE PESTAÑA, Ivette; (2002) "Análisis crítico sobre los efectos del desafío genético en el bienestar de los niños", *Memorias del XII Congreso Internacional de Derecho de Familia*, La Habana, Minjus, p. 160.

COOK, Rebecca J.; Dickens, Bernard M. y Fathalla, Mahmoud F. Fathalla; “Salud Reproductiva y Derechos Humanos, Integración de la medicina, la ética y el derecho”, pág. 104

COOK, Rebecca J.; Dickens, Bernard M; (2004); Dimensions of informed consent to treatment, Ethical and legal issues in reproductive health. *International Journal of Gynecology & Obstetrics* 85, págs. 309-314

COSTOYA AA, Schmitt YJM, Rey GM, Dujoune CS, Sánchez UMI, Godan MA, et al Embarazo obtenido por fertilización “in vitro” y transferencia embrionaria. *Rev Chil Obstet Ginecol* 1984;49(3):206-16

CORN, Emanuele. (2015). La reproducción humana asistida en Italia: presente y futuro después de la derogación de la prohibición de fecundación heteróloga. *Revista de Bioética y Derecho*, (35), 18-31. <https://dx.doi.org/10.1344/rbd2015.35.14278>

CREVILLÉN VERDET, Pablo; (2017), “*La libertad reproductiva en el derecho español y comparado*”, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; Madrid; ISBN: 978-84-259-1739-4

CURTI, Patricio J.; “Un fallo del tedh que denota su postura acerca de la gestación por sustitución: la tarea de enfrentar los conflictos que plantea una práctica “sin sustento legal”, priorizando sus efectos”; *Global Journal of HUMAN-SOCIAL SCIENCE: H Interdisciplinary*; Volume 20 Issue 4 Version 1.0 Year 2020; ISSN: 2249-460; pág. 33-39

DE VERGOTTINI, Giuseppe, (2011); Más allá del diálogo entre tribunales; p. 73.

FARNÓS AMORÓS, Esther (2007 b): "Evans v. The U.K (II): La Gran Sala del TEDH confirma la imposibilidad de utilizar los preembriones sin el consentimiento de la ex pareja", en InDret. Revista para el Análisis del Derecho. (Barcelona, abril), pp. 1-6.

FARNÓS AMORÓS, Esther. (2016). La reproducción asistida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: de Evans c. Reino Unido a Parrillo c. Italia. *Revista de Bioética y Derecho*, (36), 93-111. <https://dx.doi.org/10.1344/rbd2016.36.15381>

FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos; (1992); "Derecho a la Identidad Personal", Editorial Astrea, Buenos Aires, p. 15 y ss.

FLORES RODRÍGUEZ, Jesús; (2014); "Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa", La Ley Derecho de Familia, LL, nro. 8363, España

GIBERTI, Eva; BARRIOS, Gloria; PACHUK, Carlos; (2001) "*Los hijos de la fertilización asistida*", Buenos Aires, Sudamericana, p. 7.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina; (2015); Algunas reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 a la luz de la condena de Francia por el TEDH (Sentencias Labassée y Menesson de 26 de junio de 2014); Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num.3/2015 parte Estudio

GUILARTE MARTIN-CALERO, Cristina; (2016); "Notas sobre el derecho a conocer los orígenes biológicos". Publicado por LA LEY Derecho de familia nº 9, enero marzo 2016, Cuestiones sobre filiación, Nº 9, 1 de ene. de 2016.

GIRE; (2017); "Gestación subrogada en México. Resultado de una mala regulación", disponible en: <https://gire.org.mx/gestacion-subrogada-en-mexico/>.

GÓMEZ SÁNCHEZ, (1994);"El derecho a la reproducción humana". Editorial Marcial Pons y Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Madrid.

GÓMEZ SEGUÍ, Ana; Navarro Sarrías, José Ángel. (2017). "*Las técnicas de reproducción humana asistida y su regulación legislativa española*". Publicado en THERAPEÍA 9, estudios y propuestas en ciencias de la salud, 75-96, ISSN: 1889-6111.

HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C. (1989); “La filiación en la fecundación asistida: consecuencias jurídicas en torno a la misma”. En: Barbero Santos, M. Ingeniería genética y reproducción asistida. Autor, Madrid, p. 259.

IKEMOTO, L. (2009). Reproductivetourism: equalityconcerns in the global marketforfertilityservices. *Law&Inequality: A journalofTheory and Practice*, 27(2), 277-309.

JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier., *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, ob. cit., pág. 47

JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier; (2018); “Una aproximación a la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la Gestación Subrogada”; Publicado en: *Revista de Derecho, empresa y sociedad (REDS)*; N°12, Época II, enero-junio; pág. 42/54; disponible en: <http://www.iurelicet.com/wp-content/uploads/pdf/REDS12.pdf>

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; (2009) “Origen biológico. Derecho a conocerlo” SJA 4/3/2009; JA 2009-I-1035

LACALLE, M., & Martínez, P. (2009). La ideología de género: reflexiones críticas.

LACRUZ BERDEJO; (1981); "El Nuevo Regimen de la Familia", Tomo II, "Filiación", Editorial Civitas S.A., Edición, Madrid.

LAMM, Eleonora; (2008); “La custodia de embriones en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos. A propósito del caso Evans contra el Reino Unido”, Publicado en *Revista Catalana de dretpúblic*, núm. 36, 2008, p. 195-220

LAMM, Eleonora, (2008) “El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Hacia una nueva concepción de las relaciones de filiación”, Universidad de Barcelona, disponible en: <http://hdl.handle.net/2445/11381>

LAMM, Eleonora; (2012) “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho” ; publicado en “*Revista para el Análisis del Derecho*”, Edición 3, disponible en: [www.indret.com](http://www.indret.com)

LLEDÓ YAGÜE, F.; (1988);“Fecundación artificial y derecho”. Publicado por Tecnos; Madrid

LUNA, Florencia; (2008).,“Reproducción asistida, genero y derechos humanos en América Latina”. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, (Vol. 4) Costa Rica: Editorama S.A., ISBN 978-9968-917-80-3

MINYERSKY, Nelly; (2006) “Derechos sexuales y reproductivos: el aborto legal y seguro”, Nuevos Perfiles Del Derecho De Familia. Libro Homenaje A La Profesora Dra. Olga Mesa Castillo, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2006, Pp. 139 Y Ss.

MORELO MARTÍN-SALAS, M<sup>a</sup> DEL Pilar. (2016); “La reproducción asistida en Europa: la labor armonizadora del tribunal europeo de derechos humanos. Estudios constitucionales”, *14*(2), 183-206.

NACHTIGALL, Robert D., (2006) “International Disparities in Access to Infertility Services”, *Fertility and Sterility*, vol. 85, núm. IV.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. (2012). Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del tribunal constitucional en período 2006-2011. *Estudios constitucionales*, *10*(2), 57-140. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002012000200003>

NOGUEIRA DOMÍNGUEZ, Julia (2011); “Análisis de la legislación europea y española sobre salud sexual y reproductiva, Fundación Alternativas” (2011), pág. 19.

PACZOLAY, Peter; (2008) “Consensus et discrétion: évolution ou érosion de la protection des droits de l’homme?” en *Dialogue entre juges*, Ed. ECHR, Estrasburgo, p. 113.

PRICE, Kimala; (2010) “Qué es la justicia reproductiva” *How Women of Color Activists Are Redefining the Pro-Choice Paradigm*, *Meridians*, Vol.10, num. 2, 1 de abril de 2010, pp 42-65

QUERALT JIMÉNEZ, A. (2003). El Tribunal de Estrasburgo: una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales. *Tirant lo blanch, Valencia*.

SÁNCHEZ MARTÍNEZ, María Olga (2013): “La reproducción asistida en el contexto de los derechos humanos”, en *Cad. IberAmer. Direito. Sanit., Brasília*(vol. 2, Nº 2, jul/dic.), pp. 824-838.

SEPÚLVEDA, Soledad; PORTELLA, Jimmy; (2012); Diagnóstico genético preimplantacional: alcances y límites. *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia*, *58*(3), 207-212; disponible en: [http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2304-51322012000300008&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2304-51322012000300008&lng=es&tlng=es)

SERNA MERONÑO, Encarnación, 2012; “Las técnicas de reproducción humana asistida: limitaciones para su práctica”, en *Derecho Privado y Constitución*; N° 26; , pp. 273-307.

STEPTOE PC, Edwards RG; (1978)Birth after implantationof a human embryo. *Lancet*;2(8085):366

SUÁREZ ÁVILA, Alberto Abad (2015), *Laicidad y derechos reproductivos en la jurisdicción constitucional latinoamericana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

TOMAYO HAYA, Silvia; (2013) “Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad y en las sociedades contemporáneas”; Universidad de Cantabria;Revista digital Facultad de Derecho - UNED, Vol. 6, pp. 261-316.

TRINDADE, Antonio. (2004); “Le développement du droitinternational des droits de l’homme à traversl’activité et la jurisprudence des Courseuropéenne et interamericaine des droits de l’homme”. *Revueuniverselle des droits de l’homme*, vol. 16, n° 5-8, p. 177.

VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen, (2017), El acceso a algunas técnicas de reproducción humana asistida: "Crónica de una vida anunciada"; *Rev. IUS* vol. 11n. 39; disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293250096003>

VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen; (2014) “La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas”; Publicado en el Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura, ISSN-e 2695-7728, ISSN 0213-988X, N° 31, págs. 459-482

VILLANUEVA FLORES, Rocío; (2006) “Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos” *Revista IIDH*, Tomo 43, año 2006, Pág.391

YAMIN, A. E.; (2005); “Learningto dance: Advancingwomen’sreproductivehealth and well-beingfromtheperspectivesofpublichealth and human rights”. Harvard UniversityPress, Cambridge.

ZÁRATE CUELLO, Amparo; CELIS, Luis Gustavo; (2015) "Implicaciones bioéticas derivadas del acceso de las parejas del mismo sexo a las tecnologías provenientes de la biomedicina y la biotecnología, para la conformación de familias homoparentales", *Revista Persona y Bioética*, vol. 19, No. 1.

## **DOCUMENTOS ELECTRONICOS**

*American Society for Reproductive Medicine*, disponible en: <http://www.reproductivefacts.org/topics/topics-index/infertility/>. [ [Links](#) ]

Conferencia Regional sobre Población y Desarrollo de América Latina y el Caribe, 2013; disponible en [egib.org/primer-reunion-de-la-conferencia-regional-sobre-poblacion-y-desarrollo-de-america-latina-y-el-carib/](http://egib.org/primer-reunion-de-la-conferencia-regional-sobre-poblacion-y-desarrollo-de-america-latina-y-el-carib/)

Estado Actual de la Reproducción Asistida en América Latina y el Mundo, disponible en: [http://redlara.com/PDF\\_RED/Situacao\\_atual\\_RED\\_LARA\\_no\\_mundo.pdf](http://redlara.com/PDF_RED/Situacao_atual_RED_LARA_no_mundo.pdf). [ [Links](#) ]

Declaración de la OMS sobre la “Prevención y erradicación de la falta de respeto y el maltrato durante la atención del parto en centros de salud”; Set. 2014, OMS: WHO/RHR/14.23; disponible en: [https://www.who.int/reproductivehealth/topics/maternal\\_perinatal/statement-childbirth/es/](https://www.who.int/reproductivehealth/topics/maternal_perinatal/statement-childbirth/es/)

*Glosario de Terminología en Técnicas de Reproducción Asistida*, disponible en: [http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art\\_terminology\\_es.pdf?ua=1](http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf?ua=1). [ [Links](#) ]

La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado es una organización intergubernamental, cuyo propósito es "trabajar por la unificación progresiva de las normas del derecho internacional privado" (artículo 1 del [Estatuto](#) de la Conferencia de La Haya). Disponible en: <https://www.hcch.net/en/faq>

HCCH; Proyecto de paternidad/subrogación; disponible en: <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>

Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; (2011) “Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos”, p. ; cm. (OEA documentos oficiales ; OEA Ser.L/V/II. Doc.61). ISBN 978-0-8270-5710-4 (Nov. 22, 2011)

Parlamento Europeo; Informe A7-0306/2013, sobre “Salud sexual y reproductiva y derechos afines”; 26/09/2013; Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género;

disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2013-0306+0+DOC+XML+V0//ES>

Diccionario RAE: <https://dle.rae.es/esterilidad#7K3XxwI>

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), Observación general N° 14 (2000): El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 11 Agosto 2000, E/C.12/2000/4, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/47ebcc492.html>

Naciones Unidas. Definición recogida en el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo. Documento A/S.21/5/Add. 1, de 1994. Pg. 64.

Parlamento Europeo; Informe sobre “salud sexual y reproductiva y derechos afines”; Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género; 26-09-2013; disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2013-0306+0+DOC+XML+V0//ES>

Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de El Cairo, Párrafo 7.2. Disponible en [http://www.unpfa.org/spanish/icpd/icpd\\_poc.htm](http://www.unpfa.org/spanish/icpd/icpd_poc.htm)

Importancia de la planificación familiar, Family-planning-contraception; 22 de junio de 2020 disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/family-planning-contraception>

Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, comunicación núm. 22/2009, L. C. c. el Perú, dictamen aprobado el 17 de octubre de 2011, párr. 8.18; y Comité de Derechos Humanos, comunicaciones núm. 2324/2013, Mellet c. Irlanda, dictamen aprobado el 31 de marzo de 2016, párr. 7.4, y núm. 2425/2014, Whelan c. Irlanda, dictamen aprobado el 17 de marzo de 2017. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405.pdf>

Resolución de la Asociación Médica Mundial sobre Tecnologías Reproducción Asistida. Adoptada por la 57a. Asamblea General de la AMM, Pilanesberg, Sudáfrica, octubre

2006, disponible en: <https://www.wma.net/es/policias-post/resolucion-de-la-amm-sobre-las-tecnologias-de-reproduccion-asistida/>

Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 2017, sobre la igualdad entre mujeres y hombres en la Unión Europea en 2014-2015. Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0073\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0073_ES.html)

Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, El Cairo, 5 al 13 de setiembre de 1994, Párrafo 72. Disponible en: [www.unfpa.org/spanish/icpd/icpd\\_poa.htm](http://www.unfpa.org/spanish/icpd/icpd_poa.htm)

ONU. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), *Observación general N° 14 (2000)*: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 11 Agosto 2000, E/C.12/2000/4, disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/47ebcc492.htm>

ONU. Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, el 18 de octubre de 1994, de la reunión celebrada en El Cairo del 5 al 13 de setiembre de 1994. A/CONF.171/13

ONU. Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, de la reunión celebrada en Beijing del 4 a 15 de setiembre de 1995. A/CONF.177/20/Rev.1

ONU, Agenda 2030 para el desarrollo sostenible, resolución aprobada por la Asamblea General del 25 de setiembre del 2015; Disponible en: <https://undocs.org/sp/A/RES/70/1>

Organización Mundial de la Salud, disponible en: <http://www.who.int/reproductivehealth/topics/infertility/definitions/en/>. [ [Links](#) ]

Sociedad Española de Fertilidad, Registro Nacional de Actividad 2014, “Informe estadístico de Técnicas de Reproducción Asistida 2014”, disponible en: [https://www.registrosef.com/public/docs/sef2014\\_IAFIV.pdf](https://www.registrosef.com/public/docs/sef2014_IAFIV.pdf). [ [Links](#) ]

## **LEGISLACION**

Boletín Oficial de la República Francesa, del 07 de agosto de 2004; disponible en: [https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1966/13751/.../Code\\_41.pdf](https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1966/13751/.../Code_41.pdf)

Código Francés de Salud Pública, L. 2141-2, párrafo 3: “el hombre y la mujer que formen pareja deben estar vivos y la muerte de cualquiera de ellos impide la inseminación o la transferencia de embriones”.

Código Civil de Chile; disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986&idParte=8717776>

Código Civil Francés, Ley N° 94-653, del 29 de Junio de 1994, Sección III de la asistencia médica a la reproducción; art. 311-19 y 311-20.

Convenio Europeo de Derechos Humanos; Roma; 04 de noviembre de 1950; Comisión Europea de Derechos Humanos

Decreto No. 39646-S; Costa Rica; “Norma para la habilitación de establecimientos de salud que realizan la técnica de reproducción asistida de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria (FIV-TE)”, de 8 de abril de 2016, emitido por la Presidencia de la República de Costa Rica y el Ministerio de Salud

Decreto No. 39210-MP-S; Costa Rica; “Autorización para la realización de la técnica de reproducción asistida de fecundación in vitro y transferencia embrionaria”, de 11 de septiembre de 2015

Decreto No. 39616-S; Costa Rica; “Norma para Establecimientos de Salud que realizan la Técnica de Reproducción Asistida de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria (FIV)”, de 11 de marzo de 2016, emitido por la Presidencia de la República de Costa Rica en conjunto con el Ministerio de Salud

Dinamarca; RIIS P: Life’sbeginning-Science, ethics and law. En: ByK C. ed. Procréationartificielle, oí¹ en son l’éthique et le droit? Ed. A. Lacassagne, Lyon, 1989: 231-233- HOLM S: New Danishlaw: human lifebegins at conception. Journalof medical ethics, 1988: 77-78.

Ley 194 de 1978; Italia, sobre el Aborto.

Ley 26.994, (2015), Código Civil y Comercial de la Nación, Argentina. Publicado por el B.O. 19/12/2014. <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/texto-boletin-oficial.pdf>

Ley N° 32/2006 de Procreación Médicamente Asistida, Portugal.

Ley 14/2006, BOE, núm. 126, 27 de mayo 2006, pp. 19947- 56. España; disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>

“Ley de Fertilización Humana y Embriología, del 1 de noviembre de 1990”; Reino Unido; Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2292/81.pdf>

Ley 275/1992, la *Fortpflanzungsmedizingesetz*, Austria; sobre la regulación de técnicas de reproducción humana asistida

Ley 19.167. Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Uruguay. disponible en: <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp9878878.htm>

Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo; publicado en BOE, núm. 55, 04/03/2010 disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2010/03/03/2/con>

Ley 26.994, (2015), Código Civil y Comercial de la Nación, Argentina. Publicado por el B.O. 19/12/2014; disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/texto-boletin-oficial.pdf>

Ley N° 40 de 19 de febrero de 2004, sobre Normas en Materia de Procreación Médica Asistida; Italia; Boletín Oficial N° 45 de 24 de febrero de 2004.

Ley alemana de protección del embrión; Alemania; N° 745/90 del 13/12/90.

Ley de garantía de la protección del embrión en relación con la importación y la utilización de células troncales embrionarias de origen humano; Alemania; 28 de junio de 2002.

LawN° 68, of 12 June 1987 “Artificial fertilization. International Digest of Health Legislation”; Noruega; 1987; 38(4): 782-784

Ley de inseminación artificial del 22 de diciembre de 1984; Suecia; Publicada en el Boletín Oficial del Estado sueco.

LawN° 711 of 14 June 1988 on fertilization outside the human body. International Digest of Health Legislation 1988; 39(1): 93.

Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución: Disponible en:  
[https://www.boe.es/eli/es/ins/2010/10/05/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ins/2010/10/05/(1))

Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución; disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/ins/2019/02/18/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ins/2019/02/18/(1))

UK, Human Fertilisation and Embriology Act, 1990, Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/section/3/1991-08-01>

## **JURISPRUDENCIA**

Corte Interamericana de Derechos Humanos; *Caso Cabrera GarcíayMontielFlores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No 220.

Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso Gelman vs. Uruguay. Sentencia del 24 de febrero de 2011.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Corte IDH (ser. C) No. 257, (Nov. 28, 2012).

Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) y Caso Gómez Murillo y otros Vs. Costa Rica. Supervisión de Cumplimiento de Sentencias. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2019, disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/artaviaygomez\\_22\\_11\\_19.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/artaviaygomez_22_11_19.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos; "Gelman v. Uruguay", 24/2/2010; "Fornerón e hija v. Argentina", 27/4/2012; "Contreras y otros v. El Salvador", 31/8/2011.; disponible en: [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, R.R. v. Poland, Aplicación 27617/04, 26 de mayo de 2011, párr. 197.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Labassee c. France (Nº 65941/11), de 26 de junio de 2014, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-145180>

Tribunal Europeo de Derechos Humanos; caso *Mennesson c. France*; N.º 65192/11; 26 de junio de 2014.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Open Door and DublinWoman V. Ireland, Sentencia de 29 de octubre de 1992, párr. 77

Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Burghartz v. Switzerland", 1994, y "Mikulic v. Croatia"; y "Ebru et TayfunEnginÇolak v. Turquie, 2006.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Caso Pretty vs. Reino Unido, aplicación N° 2346/02, 29/04/2002; Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60448>

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Evans Vs Reino Unido, demanda N° 6339/05, 10 de abril del 2007.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos; "Odièvre v. France", 2003; "Gaskin v. TheUnitedKingdom", 1989; "Pretty v. theUnitedKingdom", 2002; "Bensaid v. TheUnitedKingdom", 2001.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos; caso S.H y otros contra Austria,2011; asunto 57813/00, Sec. 1ª 1.4.2010, rev. Gran Sala 3.11.2011

Tribunal Europeo de Derechos Humanos; caso *Costa y Pavan c. Italia*; asunto 54270/10; Sec. 2ª 28.8.2012; disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%5B%22001-112993%22%5D%7D>

Tribunal Europeo de Derechos Humanos; *Paradiso y Campanelli c. Italia* (25358/12), Sec. 2ª del TEDH; 27 de enero de2015

Sala Constitucional de Costa Rica, Sentencia 2000-02306, 15 de marzo del 2000, expediente 95-001734-007-CO. Acción de inconstitucionalidad promovida por Hermes Navarro del Valle contra el Decreto Ejecutivo 24029-S, publicado en La Gaceta 45 del 3 de marzo de 1995

Sentencia T-274/15, Acción de Tutela y Tratamiento de Fertilidad-Reiteración de jurisprudencia sobre su procedencia excepcional en los casos establecidos por la Corte Constitucional de Colombia, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-274-15.htm>.

Sentencia 2000-02306, 15 de marzo del 2000, Sala Constitucional de Costa Rica; expediente 95-001734-007-CO. Acción de inconstitucionalidad promovida por Hermes Navarro del Valle contra el Decreto Ejecutivo 24029-S, publicado en La Gaceta 45 del 3 de marzo de 1995.

Resolución CFM de Brasil 1.957-2010, que regula los procedimientos de reproducción asistida, emitida por el Consejo Federal de Medicina. Publicada el 6 de enero de 2011.

Informe No. 85/10; Caso 12.361; Fondo Gretel Artavia Murillo y Otros (Fecundación In Vitro); Costa Rica; 14 De Julio De 2010; disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/fondos.asp>