

# EL NUEVO PAPEL DEL ESTADO EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS

Rina Mazuera Arias\*

---

SUMARIO: 1. Derechos sexuales y reproductivos. Evolución. 2. Derechos reproductivos. 2.1. Derechos reproductivos y las técnicas de reproducción asistida. 2.2. Algunas referencias de las técnicas de reproducción humana asistida. 2.3. Impacto jurídico de las técnicas. 3. Conclusión. Referencias Bibliográficas.

## Resumen

Los cambios que experimenta la sociedad deben ser atendidos por el Derecho. Los avances de la tecnología y la ciencia han influido en lo que se conoce hoy en día como Bioderecho, y en esa área se encuentra las técnicas de reproducción asistida, sus implicaciones jurídicas, el ejercicio de los derechos reproductivos. Si el Derecho debe adaptarse a los cambios de la sociedad, el papel del Estado también. El nuevo papel del Estado en el ejercicio de los derechos reproductivos por tratarse de derechos humanos debe ser otro, en particular en el caso de la infertilidad. El ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, la planificación familiar, el distanciamiento de los hijos, los problemas de fertilidad, recae sobre los hombres y mujeres sin hacer distinciones. En el caso de la infertilidad, es necesario recurrir a las técnicas de reproducción humana

---

Recibido: 28/5/2014 • Aceptado: 3/6/2014

\* Doctora en Derecho por la Universidad de Zaragoza. Especialista en Derecho Tributario. Especialista en Derecho Administrativo. Profesora de la Universidad Católica del Táchira en pregrado y postgrado. Correo: rmazuera@ucat.edu.ve, rinamazuera@hotmail.com. El artículo es producto de la ponencia titulada el nuevo papel del Estado en el ejercicio de los derechos reproductivos presentada en el III Congreso Internacional. Tendencias del derecho en América Latina en la Universidad Simón Bolívar extensión Cúcuta el 5 de abril de 2014.

asistida para materializar el ejercicio de los derechos reproductivos. La no regulación directa de los derechos reproductivos, y de las técnicas de reproducción humana asistida coadyuvan en la violación de los mismos, de allí que el Estado debe asumir otro rol.

**Palabras claves:** derechos reproductivos. Técnicas de reproducción humana asistida. Estado. Regulación. Derechos humanos.

### Abstract

Changes in the society must be attended by the law. The advances of the technology and the science have influenced over what is known nowadays as Biolaw and in this area are found the assisted reproduction techniques, their legal implications, the exercise of reproductive rights. If the law must adapt to the changes of the society, the role of the State must adapt too. The new role of the State in the exercise of reproductive rights especially for dealing with human rights must be different, in particular in case of the infertility. The exercise of the sexual and reproductive rights, family planning, the distancing of the children, fertility problems, lies on men and women without distinctions. In the case of infertility is necessary to resort to the techniques of assisted human reproduction to materialize the exercise of reproductive rights. The not direct regulation of the reproductive rights, and the techniques of assisted human reproduction contribute in the violation of the same ones, from there, the State must assume another role.

**Key words:** reproductive rights. Techniques of assisted human reproduction. State. Regulation. Human rights.

## 1. Derechos sexuales y reproductivos. Evolución

El proceso de aceptación de los derechos sexuales y reproductivos ha sido muy dinámico, se ha caracterizado por avances, retrocesos y estancamientos en la conceptualización y categorización de estos derechos, debido a la complejidad de los mismos al abarcar aspectos de salud, desarrollo, género, globalización, libertad, democracia<sup>1</sup>.

Entre las distintas conferencias mundiales que se han realizado sobre población y desarrollo, la Conferencia de Población de Bucarest en 1974, estableció el marco para los derechos sexuales y reproductivos, al señalar que la planificación familiar es un derecho de las parejas y los individuos; la Conferencia Mundial sobre la Mujer (1975), indica el derecho de las mujeres a la integridad física y a decidir sobre su cuerpo; la Conferencia de Población y

<sup>1</sup> ROSALES, P y VILLAVERDE, M. *Salud sexual y procreación responsable*. 1ª edición. Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 2008, p. 16.

Desarrollo celebrada en México en 1984, indicó que los hombres son corresponsables en la planificación de las familias y en la crianza de los hijos, y la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo del Cairo de 1994, establece la institucionalidad de los derechos reproductivos. Para comprender los derechos reproductivos es importante tener una visión completa del término salud reproductiva. El Programa de Acción de la Conferencia Internacional del Cairo, en el párrafo 7.2, señala que:

La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuando y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos<sup>2</sup>.

De la Conferencia en El Cairo se parte de un concepto de los derechos reproductivos, teniendo conciencia de que los mismos implican en algunos casos unos derechos sexuales, pero éstos últimos no se acogen con la misma libertad por diversas razones. Ambos derechos se hayan protegidos por las normas internacionales concernientes a los derechos humanos, como: la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976), el Pacto de Derechos Económicos y Sociales (1976), la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (1981), la Convención sobre los Derechos del Niño (1990), la Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos, Viena (1993), el Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo, El Cairo (1994), el Programa de Acción de la Conferencia Mundial de la Mujer, Beijing (1995).

Los derechos sexuales consisten en los derechos humanos que tiene toda persona de ejercer de manera libre y voluntaria, sin ningún tipo de coacción, su sexualidad, en los aspectos corporales, relacionales y reproductivos; y los derechos reproductivos son los derechos sexuales que envuelven la libre

<sup>2</sup> Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo realizada en El Cairo, 1994. <http://www.un.org/popin/icpd/conference/offspa/sconf13.html> [Consulta: 2014, Enero 20]

determinación sobre la propia fertilidad<sup>3</sup>. Los derechos sexuales y reproductivos no son lo mismo, no son sinónimos. Los derechos relacionados son: derecho a la vida y a sobrevivir, derecho a la libertad y la seguridad, derecho a alcanzar el más alto estándar de salud posible, derecho a la información y a la educación, derecho a la igualdad y a la no discriminación. Es decir, estos derechos no están aislados, su vulneración implica la vulneración de otros derechos, de allí que el papel del Estado debe cambiar, y ser más activo en el tema.

## 2. Derechos reproductivos

Los derechos reproductivos son parte de los derechos humanos y como tales deben ser garantizados a todas las personas, hombres y mujeres sin hacer ninguna distinción por la edad, el estado civil, religión, etnia, clase social. Los derechos reproductivos,

Se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decir 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<sup>4</sup>.

El ejercicio de los derechos reproductivos corresponde a las mujeres y hombres, y no al Estado, que con anterioridad se consideraba era el que "debía regular el tamaño de la población, "incidiendo" principalmente sobre la fecundidad de las mujeres"<sup>5</sup>. En la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, celebrada en El Cairo, del 5 al 13 de septiembre de 1994, se señala que la atención de la salud reproductiva en el contexto de la atención primaria de la salud debería abarcar, entre otras cosas: los servicios en materia de planificación de la familia; educación y servicios de atención prenatal, partos sin riesgos, prevención y tratamiento adecuado de la infertilidad.

Dentro de los derechos reproductivos y la salud reproductiva existen diversos temas de justicia social, como el aborto, el derecho a decidir sobre el número de

3 ROSALES, P y VILLAVARDE, M. *Salud sexual y procreación responsable. Op., cit.* p. 9.

4 [http://www.unfpa.org/webdav/site/global/shared/documents/publications/2004/icpd\\_spa.pdf](http://www.unfpa.org/webdav/site/global/shared/documents/publications/2004/icpd_spa.pdf) [Consulta: 2012, Julio 27].

5 ROSALES, P y VILLAVARDE, M. *Salud sexual y procreación responsable. Op., cit.* p. 27

hijos, el esparcimiento entre los hijos, el uso de las diversas técnicas de reproducción asistida por lo menos en el caso de la infertilidad; temas que abarcan aspectos de salud, desarrollo y derechos humanos. Sobre el tema existen diversas polémicas, en donde no existe en la mayoría de los casos posiciones intermedias, en algunos países se acepta el aborto en otros no (Cuba acepta el aborto libre, República Dominicana, Nicaragua, Chile, El Salvador, no aceptan el aborto en ningún caso, otros países lo aceptan de manera excepcional, cuando es la única vía para salvar la vida de la mujer, o el feto viene con malformaciones severas, aborto terapéutico, ejemplo en Venezuela), en otros países no existen leyes en materia de técnicas de reproducción asistida y en otros sí, y en el caso de los adolescentes, en algunos ordenamientos se consideran a los mismos como sujetos de protección (doctrina de situación irregular) y no como sujetos de derechos. Puntos que dan lugar a varias reflexiones, donde surge la pregunta: ¿Los derechos sexuales y reproductivos son verdaderos derechos? ¿Se pueden ejercer, exigir? ¿Cuál es el nuevo papel del Estado en el ejercicio de los derechos reproductivos?

Los derechos sexuales y reproductivos en Venezuela tienen protección constitucional, en ese sentido el artículo 76 de la Constitución Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, consagra la protección de la maternidad y la paternidad indistintamente del estado civil de la madre o del padre, al señalar que: "Las parejas tienen derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos o hijas que deseen concebir y a **disponer** de la información y **de los medios que les aseguren el ejercicio de este derecho**" (resaltado propio).

El ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos implica el derecho humano a la salud, los artículos 87 y 88 de la Constitución Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, establecen:

Artículo 87. La salud es un derecho social fundamental, responsabilidad intransferible del Estado, que lo garantiza como parte del derecho a la vida. El Estado promoverá y desarrollará políticas orientadas a elevar la calidad de vida, el bienestar colectivo y el acceso a los servicios. Todas las personas tienen derecho a la protección de la salud, el deber de promoverla y defenderla, cumplir con las medidas sanitarias y de saneamiento que establezca la ley y de conformidad a los tratados y convenios internacionales.

Artículo 88. Para garantizar el derecho a la salud, el Estado crea, ejerce rectoría y gestiona un sistema público nacional de salud, de carácter intersectorial, descentralizado y participativo, integrado al sistema de seguridad social, regido por los principios de gratuidad, universalidad, integralidad, equidad, integración social y solidaridad. El sistema público de salud da prioridad a la promoción de la salud y prevención de las enfermedades, garantizando el tratamiento oportuno

y rehabilitación de calidad. Los bienes y servicios de salud pública son propiedad del Estado y no podrán ser privatizados.

En Venezuela, existen otras leyes y normas que consagran la protección a los derechos antes indicados, como la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, en su artículo 15 al regular los tipos de violencia que implican violación en éste caso de los derechos sexuales y reproductivos; la Ley Orgánica para la Igualdad y Equidad de Género, cuyo objetivo es la igualdad de hecho y de derecho entre las mujeres y los hombres, la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, que establece en su artículo 50 la salud sexual y reproductiva; el Decreto 1762 del Ministerio de Educación (1996), la Ley Orgánica de Educación, que establece el derecho de todo niño, niña y adolescente a recibir educación en todos los aspectos, incluyendo la salud sexual y reproductiva; las Líneas Estratégicas Curriculares para la Educación de la Sexualidad en el Subsistema de Diseño Curricular del Sistema Educativo Bolivariano de Venezuela Educación Básica; y la Norma Técnico Administrativa y de Procedimientos para la Atención Integral en Salud Sexual y Reproductiva. Sin embargo, no existe en Venezuela una ley sobre los derechos sexuales y reproductivos, situación similar en otros países en América Latina, caso distinto por ejemplo en Uruguay, que cuenta con la Ley N° 18.426. Defensa del Derecho a la Salud Sexual y Reproductiva, dicha ley establece en su artículo 4:

Para el cumplimiento de los objetivos generales y específicos enumerados en los artículos 2° y 3° de la presente ley, corresponde al Ministerio de Salud Pública:

1. Apoyar a las parejas y personas en el logro de sus metas en materia de sexualidad y reproducción, contribuyendo al ejercicio del derecho a decidir el número de hijos y el momento oportuno para tenerlos;
2. Protocolizar la atención sanitaria en materia de anticoncepción e infertilidad.

O en Argentina que cuenta con la Ley 25.673/2003. Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, cuyo artículo 2 establece:

Serán objetivos de este programa:

- a) Alcanzar para la población el nivel más elevado de salud sexual y procreación responsable con el fin de que pueda adoptar decisiones libres de discriminación, coacciones o violencia;
- f) Garantizar a toda la población el acceso a la información, orientación, métodos y prestaciones de servicios referidos a la salud sexual y procreación responsable.

La protección constitucional existe en otros países como es el caso por ejemplo de la Constitución Política de Colombia que establece en el artículo 42:

"La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos. (...)" ; o la Constitución Política de Bolivia que establece en su artículo 66: "Se garantiza a las mujeres y a los hombres el ejercicio de sus derechos sexuales y sus derechos reproductivos".

En otros países, la Constitución Nacional establece en términos generales la protección de los derechos sexuales y reproductivos, ejemplo la Constitución Política del Perú:

Artículo 6: La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud...

Situación que no ocurre en otros países, por ejemplo Chile y Ecuador.

La existencia de derechos implican al mismo tiempo la concurrencia de mecanismos para poderlos ejercer, en caso contrario sería una simple declaración de principios, o como se dice en Venezuela, un simple saludo a la bandera. En el caso de Venezuela, la Constitución establece el derecho pero no todos pueden ejercerlo.

Por otra parte, ya hoy día cuando estamos en presencia de derechos humanos se ha superado la creencia que los mismos son vulnerados solo por el Estado, sino que se incluyen las violaciones por parte de la sociedad y la familia, ya no existe esa separación entre lo público y lo privado, lo que ha dado lugar no sólo a una ampliación de la ramificación de los derechos sino incluso a sus titulares, y al mismo tiempo ha dado lugar a una reformulación por parte del Estado de los deberes y obligaciones a su cargo, para lograr su concreción progresiva. La familia se ha convertido en uno de los principales espacios para permitir el ejercicio de los derechos humanos de sus miembros, y de allí que la familia tiene un nuevo rol, y busca un mayor beneficio y satisfacción para sus miembros, ejemplo en el caso de los derechos sexuales y reproductivos, la vulneración en el caso de las mujeres casadas o unidas es en la mayoría de los casos por parte de su cónyuge o pareja. El modelo tradicional cede, dando lugar a una organización horizontal y participativa tanto para la mujer como para los niños, niñas y adolescentes, dado el principio de igualdad entre sus miembros<sup>6</sup>.

6 MINYERSKY, N. "Derechos sexuales y reproductivos: El aborto legal y seguro. Vinculaciones con los derechos humanos en la familia". *En Nuevos perfiles del derecho de familia*. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 141-143

## 2.1. Derechos reproductivos y las técnicas de reproducción asistida

Los derechos reproductivos significan entre otros aspectos, que si la pareja decide tener hijos, tiene derecho a contar con los medios que les permitan ser padres aún en el caso de la infertilidad.

En el momento que la persona decide tener una familia como espacio fundamental para su desarrollo, se manifiesta el derecho a su intimidad y el Estado debe abstenerse de toda intervención para no violar la intimidad de cada persona. Pero sí para fundar la familia, requiere por diversas razones, una de ellas la infertilidad, la participación de terceros a la pareja, se renuncia a la intimidad personal y deben entrar en juego todas las reglas del ejercicio profesional así como la responsabilidad del Estado, pues está en el medio una vida, un niño. De allí, que la creación de una familia a través del uso de las técnicas de reproducción asistida, es un acto social, que requiere la intervención de un equipo de profesionales y de los poderes públicos, y como tal debe estar contemplada su posibilidad y existir una regulación, es decir, una ley<sup>7</sup>.

El derecho como conjunto de normas que regula la conducta de los particulares, debe regular las diversas situaciones que se plantean en la sociedad y adaptarse a los cambios de la misma y no puede estar ajeno a la biomedicina, a los avances de la ciencia; pues la primera niña obtenida por fecundación in vitro con transferencia de embriones fue en 1978 y a partir de allí los avances científicos en materia de reproducción humana cada día aumentan. En ese sentido, en el caso venezolano existe una mora legislativa en la materia, aun cuando en el derecho comparado ya existen diversas leyes que regulan el uso de las técnicas de reproducción asistida, el manejo de embriones, congelamiento, genética humana, y otros elementos que forman parte de la biomedicina y son regulados por el bioderecho<sup>8</sup>.

Como señala Ferrer, los principios del bioderecho que surgen de las declaraciones universales, son: primacía de la persona humana y salvaguarda

7 FERRER, F. "Biomedicina, Bioética, bioderecho, procreación asistida y filiación". *Derecho de Familia. Tomo IV*. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 36

8 Existen muchas ambigüedades al definir bioderecho, existen diversas posturas objetivistas, solidaristas, integrales. El bioderecho "guarda una gran afinidad con la Bioética. Se trata, simplificada, del estudio de los aspectos jurídicos de las mismas temáticas abordadas por aquélla: el comienzo de la persona humana, la protección de la dignidad personal frente al avance tecnológico y biomédico, la procreación, la relación sanitaria, el morir, etc". Ver MERELLI, M. "El concepto del bioderecho y los derechos humanos", *Vida y Ética*, año 11, n° 1, Buenos Aires, p. 201. <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/concepto-bioderecho-derechoshumanos.Pdf> [Consulta: 2012, Julio 20].

de su dignidad; el derecho a la vida y el respecto del ser humano desde el comienzo de su vida; la inviolabilidad del cuerpo humano y consentimiento informado; no patrimonialidad del cuerpo humano; protección de la intangibilidad del patrimonio; no discriminación en razón de las características genéticas; intimidad genética; familiaridad; protección de la salud y acceso a los avances de la ciencia biomédica; y libertad de investigación<sup>9</sup>. Principios que deben ser considerados al regular el uso de las técnicas de reproducción asistida, su aplicación evitaría consecuencias negativas para el ser humano. Cuando se decida en Venezuela y en otros países regular la materia será necesario considerar los principios mencionados.

La mora legislativa que existe en Venezuela y en otros países de América Latina, no existe por ejemplo en Uruguay donde la ley N° 19.167, Técnicas de Reproducción Humana Asistida, regula todos los aspectos de las técnicas, respetándose los principios del bioderecho e incluso va más allá cuando establece:

Artículo 3°. El Estado garantizará que las técnicas de reproducción humana asistida queden incluidas dentro de las prestaciones del Sistema Nacional Integrado de Salud con el alcance dispuesto en la presente ley. Asimismo, promoverá la prevención de la infertilidad combatiendo las enfermedades que la puedan dejar como secuela, así como la incidencia de otros factores que la causen.

En Uruguay, el alcance de la ley es para las parejas que sufren de infertilidad y también para las mujeres independientemente de su estado civil, definiendo la infertilidad como "la incapacidad de haber logrado un embarazo por vía natural después de doce meses o más de relaciones sexuales" (artículo 6). La ley prohíbe la maternidad subrogada pero de manera excepcional la permite sólo para la "mujer cuyo útero no pueda gestar su embarazo debido a enfermedades genéticas o adquiridas, quien podrá acordar con un familiar suyo de segundo grado de consanguinidad, o de su pareja en su caso, la implantación y gestación del embrión propio" (artículo 25).

En el caso de Colombia, el Plan Obligatorio de Salud (POS) no incluye la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, en Venezuela el Seguro Social tampoco. Sin embargo, en Colombia los ciudadanos que se han visto afectados en algunos casos han logrado y en otros no, la prestación a través de una acción de tutela. En ciertas oportunidades la Corte ha negado el tratamiento, señalando:

<sup>9</sup> FERRER, F. "Biomedicina, Bioética, bioderecho, procreación asistida y filiación". *op. cit.*, p. 25 y ss.

Como el derecho fundamental a la salud es limitable y, por lo tanto, el plan de beneficios, bien sea del régimen general o de los regímenes exceptuados, no tiene que ser infinito sino que puede circunscribirse a cubrir las necesidades y las prioridades de salud determinadas por los órganos competentes para asignar de manera eficiente los recursos escasos disponibles, la Corte Constitucional en numerosas sentencias ha negado servicios de salud solicitados por vía de tutela y, de paso, ha admitido que el plan de beneficios excluya los tratamientos de fertilidad por cuanto no es obligación del Estado garantizar la procreación biológica a las parejas colombianas (T-760 de 2008 numeral 3.5.2).

Sin embargo, la Corte ha establecido en la sentencia T-605 de 2007:

...que los derechos sexuales y reproductivos son reconocidos como derechos humanos cuya titularidad recae particularmente en cabeza de las mujeres, razón por la cual una adecuada atención en salud reproductiva se torna como elemento clave en la construcción de equidad social. Así, la atención en salud sexual y reproductiva comprende los tratamientos de infertilidad los cuales, si bien se encuentran excluidos de los planes de salud, deben excepcionalmente prestarse cuando se comprometen derechos fundamentales de los usuarios del servicio de salud o cuando el tratamiento ya ha sido iniciado a la paciente por prescripción médica aceptada por el prestador del servicio...

En ese sentido, la Corte ha indicado de manera excepcional cuando procede la acción de tutela para conceder tratamientos de fertilidad:

"(i) Cuando el tratamiento de fertilidad fue iniciado y es posteriormente suspendido por la EPS -o IPS- sin mediar concepto médico o científico que justifique dicho proceder; (ii) Cuando se requiere la práctica de exámenes diagnósticos para precisar una condición de salud de una mujer asociada a la infertilidad; y, (iii) Cuando la infertilidad sea producto o consecuencia de otra enfermedad que afecte el aparato reproductor y de paso ponga en riesgo los derechos fundamentales de la paciente (infertilidad secundaria)". T-890 de 2009

En los casos en que se ha declarado con lugar la acción de tutela, la misma no ha sido de manera ilimitada, ejemplo de ello es la sentencia T-644/10, que establece:

...autorizar la continuidad del tratamiento denominado fertilización *in vitro* con óvulo donado que fue iniciado a la accionante, incluyendo los exámenes diagnósticos y medicamentos que considere necesarios el médico para lograr la

correcta implantación del embrión en el útero de la actora. Dicha autorización procederá por una sola vez y no de forma sucesiva e indefinida<sup>10</sup>.

En el caso de Colombia no se garantiza directamente el ejercicio de los derechos reproductivos en los casos de infertilidad, sino de manera indirecta cuando los afectados activan el aparato jurisdiccional; ello es un avance en comparación con otros países en América latina, pero no es suficiente.

La legislación en Uruguay es un ejemplo de cómo el Estado puede garantizar directamente el ejercicio de los derechos reproductivos a sus ciudadanos indistintamente de su condición económica y social, de manera que la carencia de recursos económicos no es un obstáculo para el ejercicio de los derechos reproductivos en el caso de la infertilidad; el Estado cubre los costos. Ello es importante de considerar más cuando los costos oscilan entre ochocientos dólares en el caso de la inseminación artificial que es la técnica más sencilla hasta seis mil ochocientos dólares en el caso de la fecundación in vitro, más los gastos de congelamiento de embriones y descongelamiento de embriones que serían unos dos mil dólares<sup>11</sup>.

Las preguntas son: ¿Los derechos sexuales y reproductivos son verdaderos derechos en algunos países y en otros no? ¿Depende de cada país, que los derechos sexuales y reproductivos, se puedan ejercer cabalmente aún en el caso de la infertilidad? ¿El papel del Estado en el ejercicio de los derechos reproductivos, varía dependiendo del país?

## **2.2. Algunas referencias de las técnicas de reproducción humana asistida**

Existen diversas técnicas de reproducción humana asistida, unas más simples que otras desde el punto de vista médico y otras con mayores implicaciones jurídicas. Las principales técnicas son:

- Inseminación artificial: "Introducción por medio de instrumentos del semen en la vagina o la matriz para producir el embarazo. //Heteróloga: Inseminación con semen que no es del marido de la paciente. // Homóloga: Inseminación con semen del marido"<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Corte Constitucional de Colombia. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-644-10.htm>. [Consulta: 2014, Febrero 16].

<sup>11</sup> Según el centro Ecuatoriano de Reproducción Humana. [http://www.cerhvalencia.com/spanish/faq\\_costos.html](http://www.cerhvalencia.com/spanish/faq_costos.html). [Consulta: 2014, Febrero 15]

<sup>12</sup> Diccionario Médico. <http://www.diccionario-medico.com/ictericia.html>. [Consulta: 2012, Septiembre 20].

- Fecundación *in vitro*: "Impregnación del óvulo maduro por el espermatozoide y fusión de los pronúcleos masculino y femenino (...). / *In vitro*: La experimental, extracorpórea, en un matraz o la platina de un microscopio"<sup>13</sup>.
- Transferencia intratubárica de gametos: "El ovocito extraído de la mujer no es fecundado en probeta, sino que se coloca junto con el líquido espermático en el extremo de las trompas de Falapio, y de este modo la fecundación se produce en su ámbito natural"<sup>14</sup>.

La *fecundación in vitro* necesita de otras técnicas como es el caso del congelamiento del semen y de los embriones, lo cual trae como consecuencia los llamados embriones supernumerarios o embriones sobrantes, lo que significa que al final del procedimiento, si el embarazo resulta exitoso, se contará con un número de embriones congelados en espera de ser utilizados o ser desechados luego de cierto tiempo. Por ello, algunos autores consideran que la fecundación *in vitro* es ilícita por acarrear el desecho de embriones, la frecuencia de los embarazos múltiples, lo que provoca un aumento de los abortos espontáneos, y de los partos prematuros, y riesgos en la salud del niño<sup>15</sup>.

La *fecundación in vitro* permite el diagnóstico genético de preimplantación con el cual se busca controlar la calidad de los embriones y se realiza en:

los embriones de pocos días para buscar la presencia de anomalías genéticas o cromosómicas, en especial las relacionadas con enfermedades graves y muertes prematuras y por otras razones, incluida la identificación de los embriones que tienen altas posibilidades de implantación exitosa en las mujeres con múltiples abortos espontáneos. Los embriones con anomalías son descartados, sólo los embriones con complementos genéticos y cromosómicos aparentemente normales son implantados<sup>16</sup>.

El uso de las diversas técnicas debe ser regulado, pues su falta de regulación puede dar lugar a situaciones frívolas como puede ser la manipulación de los

<sup>13</sup> Diccionario Médico. <http://www.diccionario-medico.com/FACOLISIS.html>. [Consulta: 2012, Septiembre 20].

<sup>14</sup> FERRER, F. "Biomedicina, Bioética, bioderecho, procreación asistida y filiación". *op. cit.*, p. 57

<sup>15</sup> Ugarte GODOY, J "El derecho a la vida y la Constitución". En Revista Chilena de Derecho, vol. 33 N° 3, pp. 509 – 527, 2006, p. 522. <http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v33n3/art04.pdf>. [Consulta: 2013, Junio 14].

<sup>16</sup> Asociación Médica Mundial, Resolución de la Asociación Médica Mundial sobre las Tecnologías de Reproducción Asistida. Adoptada por la 57a Asamblea General de la Asociación Médica Mundial, Pilanesberg, Sudáfrica, Octubre 2006 <http://www.wma.net/es/30publications/10policies/r3/> [Consulta: 2013, Agosto 18].

genes para escoger el sexo del bebé; incluso dar lugar al alquiler de vientres o madres sustitutas donde se afectan derechos esenciales del niño; o donantes de esperma en donde se cuestiona la paternidad dependiendo si la madre es casada o no, y si el marido según el caso dio su consentimiento o no.

### **2.3. Impacto jurídico de las técnicas**

El uso de las técnicas de reproducción asistida tiene un impacto jurídico, ya que afecta instituciones del Derecho civil como la paternidad, la maternidad, el comienzo de la personalidad jurídica del ser humano, la filiación<sup>17</sup>.

- La paternidad: en las mayorías de las legislaciones existe la presunción de paternidad, todo niño que nace de una relación matrimonial es del marido, presunción que puede ser desvirtuada al demostrar algunas de las causas que establece el legislador. Al estar en presencia de una técnica de reproducción asistida puede suceder que se realice con el semen de un hombre distinto a la pareja de la mujer, y en ese caso se estaría en presencia de una presunción que no es la realidad, pues no es el padre biológico; o que la fecundación se de con esperma del marido pero después de su muerte, y en ese caso estaría fuera de la presunción de paternidad.
- La maternidad: el vínculo jurídico entre madre e hijo viene dado por el nacimiento, y se prueba con el acta de nacimiento. En el caso de que una mujer requiera de la fecundación *in vitro* y los ovocitos no sean de ella sino de otra mujer, se estaría en presencia de dos madres una biológica por ser quién ha dado los ovocitos y otra por el parto, lo cual afecta la noción que se ha manejado hasta los momentos de la maternidad.
- Inicio de la personalidad jurídica del ser humano: en el caso venezolano "El feto se tendrá como nacido cuando se trate de su bien; y para que sea reputado como persona, basta que haya nacido vivo"<sup>18</sup>. Lo que significa que en el país se acoge una teoría mixta o ecléctica, por una parte la teoría del nacimiento, se es persona y se tiene personalidad jurídica desde que se nace vivo; y la teoría de la concepción, pues el feto se considera persona si es para favorecerlo. Como no se puede determinar con exactitud el momento de la concepción, y desde el punto

<sup>17</sup> Sobre el impacto jurídico de las técnicas en Venezuela revisar Mazuera, A, "Implicaciones jurídicas de las técnicas de reproducción asistida en Venezuela", M. p. 173-183, en Martínez De Aguirre, C; Ferrer, J; Herreriquez, L., Vivas, C; Roa, F; Contreras, Y; Mazuera, R y Cantor, M. p. 173-183. Derecho de Familia: presente y futuro. San Cristóbal, 2013.

<sup>18</sup> Código Civil venezolano, artículo 17.

de vista jurídico nos interesa el feto, existe el cálculo de la concepción, que como toda presunción *iuris tantum* admite ser desvirtuada. En el caso de la fecundación *in vitro* la fecundación se da en una probeta y ante esa situación vale la pena preguntarse cuándo comienza la vida humana, y cuál sería el estatuto jurídico del embrión humano.

- La filiación biológica: el principio de la autonomía de la voluntad permite que los particulares puedan regular sus relaciones jurídicas siempre y cuando la materia éste regulada por normas dispositivas; si la materia que quieren regular los particulares se encuentra regulada por normas taxativas por ser de orden público esa voluntad se ve limitada. Es decir, que las personas no tienen plena libertad para regular sus relaciones familiares en materia de capacidad, matrimonio, niños y adolescentes, filiación. Igualmente las decisiones judiciales que se toman en materia de filiación tienen como base la prueba de que esa persona es el padre o madre biológica de un determinado niño o niña. En las técnicas de reproducción asistida se pueden necesitar óvulos o espermatozoides de donantes y al darse el nacimiento los padres no serán los donantes con lo cual se resquebraja varias instituciones del derecho civil: el principio de la autonomía de la voluntad y la filiación. Y se deja de lado el derecho constitucional de conocer la identidad del padre y la madre<sup>19</sup>.

El impacto jurídico que tienen las técnicas de reproducción asistida se traduce en problemas jurídicos que deben resolverse, como: la paternidad y maternidad disueltas, la situación jurídica de la noción de familia, los derechos del hijo (derecho de conocer a los padres, a una paternidad y maternidad), el derecho de procrear (hijos póstumos), la donación de gametos, y el determinar quiénes pueden acceder a las técnicas de reproducción asistida. Por ello es necesaria la intervención del Estado y la existencia de una Ley en la materia.

### 3 Conclusión

El ejercicio de los derechos reproductivos requiere de la existencia de leyes especializadas en cada uno de los países. Los derechos reproductivos significan en el caso de las personas que sufren infertilidad el poder acceder a técnicas de reproducción asistida, lo que significa, que la necesidad de una ley en materia de técnicas de reproducción humana asistida, es apremiante, existen clínicas especializadas y mientras no exista una regulación puede salir perjudicado el débil jurídico además de la violación de derechos constitucionales a los

<sup>19</sup> Constitución de la República Bolivariana de Venezuela artículo 56.

involucrados. Los derechos reproductivos implican poder recurrir a los medios y avances médicos para lograr tener los hijos y su no regulación vulnera ese derecho. Y si aunado a ello la persona no cuenta con los recursos económicos para poder costear el tratamiento, no puede ejercer sus derechos reproductivos, lo que nos hace cuestionar si los derechos reproductivos son para aquellas personas que cuentan con los recursos económicos suficientes, lo que traería una discriminación, situación que debe ser evitada por el Estado como garante de los derechos humanos y obliga al Estado a tener un nuevo papel en el ejercicio de estos derechos, como por ejemplo ya lo ha asumido el Estado en Uruguay.

### Referencias Bibliográficas

- Asociación Médica Mundial, Resolución de la Asociación Médica Mundial sobre las Tecnologías de Reproducción Asistida. Adoptada por la 57a Asamblea General de la Asociación Médica Mundial, Pilanesberg, Sudáfrica, Octubre 2006 <http://www.wma.net/es/30publications/10policies/r3/> [Consulta: 2013, Agosto 18].
- Código Civil venezolano. Gaceta Oficial Extraordinaria 2.990, 26 de julio de 1982
- Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo realizada en El Cairo, 1994. <http://www.un.org/popin/icpd/conference/offspa/sconf13.html> [Consulta: 2014, Enero 20]
- Constitución Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial Extraordinaria 5.908, 19 de febrero de 2009
- Corte Constitucional de Colombia.  
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-644-10.htm>. [Consulta: 2014, Febrero 16].
- Diccionario Médico. <http://www.diccionario-medico.com/ictericia.html>. [Consulta: 2012, Septiembre 20].
- FERRER, F. "Biomedicina, Bioética, bioderecho, procreación asistida y filiación". *Derecho de Familia*. Tomo IV. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 36
- MAZUERA, A. "Implicaciones jurídicas de las técnicas de reproducción asistida en Venezuela", M. p. 173-183, en Martínez De Aguirre, C; Ferrer, J; Herriquez, L., Vivas, C; Roa, F; Contreras, Y; Mazuera, R y Cantor, M. p. 173-183. *Derecho de Familia: presente y futuro*. San Cristóbal, 2013
- MINYERSKY, N. "Derechos sexuales y reproductivos: El aborto legal y seguro. Vinculaciones con los derechos humanos en la familia". En *Nuevos perfiles del derecho de familia*. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 141-143
- MORELLI, M. El concepto del bioderecho y los derechos humanos", *Vida y Ética*, año 11, n° 1, Buenos Aires, p. 201.  
<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/concepto-bioderecho-derechoshumanos.Pdf> [Consulta: 2012, Julio 20].
- ROSALES, P y VILLAVERDE, M. *Salud sexual y procreación responsable*. 1ª edición. Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 2008, p. 16.
- UGARTE GODOY, J. "El derecho a la vida y la Constitución". En *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33 N° 3, pp. 509 – 527, 2006, p. 22. <http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v33n3/art04.pdf>. [Consulta: 2013, Junio 14].