

XV CONGRESO NACIONAL DE DERECHO POLÍTICO

6 y 7 de Junio de 2019 - Facultad de Derecho - UNC

DERECHO Y POLÍTICA EN LA ENCRUCIJADA: PROBLEMAS Y PERSPECTIVAS

COMPILADORES: Myriam Consuelo Parmigiani, Daniela Magalí Miranda,
Martín Diego Barbará.

ASOCIACIÓN ARGENTINA

AADP

DE DERECHO POLÍTICO



XV CONGRESO NACIONAL DE DERECHO POLÍTICO
6 y 7 de junio de 2019 – Facultad de Derecho – UNC

DERECHO Y POLÍTICA EN LA ENCRUCIJADA:
PROBLEMAS Y PERSPECTIVAS

Compiladores

Myriam Consuelo Parmigiani

Daniela Magalí Miranda

Martín Diego Barbará

Universidad Nacional de Córdoba

Rector: Dr. Hugo Oscar Juri

Vicerrector: Dr. Ramón Pedro Yanzi Ferreira

Decano de la Facultad de Derecho: Dr. Guillermo Barrera Buteler

Vicedecano: Dr. Edgardo García Chiple

Obispo Trejo 242, Córdoba, Argentina

Asociación Argentina de Derecho Político

Presidente: Dr. Álvaro Monzón Wyngaard

Bolívar 2256, Ciudad de Corrientes, Argentina

Compiladores: Myriam Consuelo Parmigiani, Daniela Magalí Miranda, Martín Diego Barbará

Cuidado de Edición: Mariú Biain

Comisión organizadora Congreso:

Presidencia y coordinación general: Myriam Consuelo Parmigiani

Miembros coordinadores de áreas: Martín Diego Barbará, Alejandro Cassani, Miguel Ángel Duarte, Luis Fasoli, Daniela Magalí Miranda, María Alejandra Nallino

Derecho y política en la encrucijada: problemas y perspectivas / Pablo Riberi ... [et al.]; compilado por Myriam Consuelo Parmigiani de Bárbara; Daniela Magalí Miranda; Martín Diego Barbará. - 1ª ed. - Córdoba: Advocatus, 2019.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online

ISBN: 978-987-551-403-4

1. Derecho Constitucional . 2. Sistemas Políticos. I. Riberi, Pablo II. Parmigiani de Bárbara, Myriam Consuelo, comp. III. Miranda, Daniela Magalí, comp. IV. Barbará, Martín Diego, comp.

CDD 342



Editorial Ciencia, Derecho y Sociedad
Facultad de Derecho

**ALGUNOS ASPECTOS SOBRE LA REGULACIÓN JURÍDICA Y LA
IMPLEMENTACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS EN REPRODUCCIÓN
MÉDICAMENTE ASISTIDA EN LATINOAMÉRICA¹**

Álvaro Monzón Wyngaard²

alvaromonzonw@hotmail.com

Agustín Sebastián Carlevaro³

agustincarlevaro@conicet.gov.ar

Consideraciones iniciales

Este artículo tiene como objetivo indagar en los significados jurídicos y políticos que las propias mujeres enfrentadas con la experiencia de poder o no poder concebir atribuyen a los dominios de la naturaleza y la tecnología. Para ello, utilizamos el modelo de Matriz elaborada por Juan Samaja (2002). Comprendemos a la unidad de análisis (UA) las entidades que debemos estudiar. En un primer momento, comunicamos las definiciones operacionales que condicionan este estudio. Posteriormente, analizamos las normas y las políticas públicas en torno a aquellos productos médicos que impiden la concepción. Cabe destacar que este acápite considera, además de los antecedentes latinoamericanos, a todos aquellos movimientos que se han suscitado en el mundo y que han tenido una especial influencia en las regulaciones jurídicas que se produjeron posteriormente en nuestro continente. En segundo lugar, indagamos en aquellas tecnologías que permiten la reproducción humana mediante el uso de productos sanitarios. Comprendemos a las variables (V) o dimensiones de análisis como los rasgos relevantes que permiten conocer el perfil de la unidad de análisis a investigar devenidas de a) Bioinstrumentación; b) Historia de la legislación; c) Derechos Reproductivos y Sexuales (desde la perspectiva de

¹ *Agradecimientos.* Esta presentación es producto del trabajo interdisciplinario del Grupo de Ingeniería Biomédica que se realiza en la Facultad de Ciencias Exactas, Naturales y Agrimensura de la Universidad Nacional del Nordeste y se constituye como la antesala de un trabajo más complejo que integra el análisis social, político y jurídico de la unidad de análisis. Dada la limitación de dos autores instituidas por las autoridades de este Congreso, quienes suscriben, representan también el trabajo mancomunado con distintos actores de la investigación, entre estos, Dr. Jorge E. Monzón (Director de Proyecto – FaCENA UNNE), Dra. María Inés Pisarello (investigadora FaCENA UNNE) y Lic. Patricio Monzón Battilana (becario investigador CONICET-FaCENA UNNE-).

² Grupo de Ingeniería Biomédica, Facultad de Ciencias Exactas Naturales y Agrimensura (FaCENA), Universidad Nacional del Nordeste (UNNE).

³ Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET), Grupo de Ingeniería Biomédica, Facultad de Ciencias Exactas Naturales y Agrimensura (FaCENA), Universidad Nacional del Nordeste (UNNE).

Derechos Humanos); a los valores (R) o categorías como al estado actual de una unidad de análisis respecto de una cierta variable; y a los indicadores (I) o definiciones operacionales como manera de evaluar las dimensiones de una variable y medir mediante un procedimiento.

El Derecho procura el orden de la conducta humana a partir de las decisiones del Estado, se compone de normas jurídicas que asignan obligaciones y conceden derechos modificados a partir de las necesidades y evoluciones de la misma sociedad. El derecho, por basarse en el orden de un componente cambiante (verbigracia, la conducta humana) es evolutivo y dependiente. Al respecto, Kelsen (2003) reconoce que es cierto que ya no se supone más que el Derecho sea una categoría eterna; se reconoce que su contenido está sometido a mutación histórica y que es un fenómeno condicionado por circunstancias de tiempo y de lugar. Esto implica que fenómenos cambiantes, como lo son los productos biomédicos y las relaciones que se generan en torno a éstos, no pueden ser eternamente regulados por un derecho estático e inmutable, sino más bien, en base a los mismos elementos epistemológicos, se los debe regular en busca de un orden de la conducta – justo– si se actualizan las variables que lo condicionan, en este artículo, las variables que son producto del avance de la ciencia y la tecnología e impactan en las decisiones de los tribunales y las políticas estatales en materia de tecnologías reproductivas.

Así aparece en escena el *derecho al acceso a las tecnologías en salud* el cual se constituye como un fenómeno cuyo origen se remonta a la lucha de pacientes con VIH por conseguir acceso a medicamentos antirretrovirales a principios de los 90, fortalecido por la demanda de otros medicamentos (oncológicos y contra la hepatitis C), en la cual los tribunales se han constituido en factores sustantivos de la garantía del derecho humano a la salud cuando su realización depende del acceso a tecnologías sanitarias.

Esto plantea un núcleo problemático entre la institución judicial y las descentralizaciones sanitarias obligadas a brindar dicha prestación, ya que la decisión de la primera puede, potencialmente, menoscabar la capacidad y competencia de las segundas. Así, en varias Cortes de Latinoamérica (en especial, Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Perú, y Uruguay), las autoridades judiciales respaldan las demandas interpuestas por particulares que necesitan acceso inmediato a este tipo de tecnologías (Iunes, Cubillos-Turriago, Escobar, 2012; Dittrich, Cubillos, Gostin, Li & Chalkidou, 2016). En ocasiones, las sentencias que obligan al Estado y a sus instituciones a garantizar el suministro de un producto determinado no toman en suficiente consideración las razones aducidas por el Estado en su momento para no suministrarlo (o

no subsidiar su compra) (Vidal, Di Fabio, 2017). A este proceso, lo llamamos “judicialización de las tecnologías en salud”.

Cuando se enfoca el derecho al acceso de tecnologías en salud hay que analizar muy bien sobre varios puntos: a) a favor de quién se reconoce (sujeto activo o titular del derecho); b) frente o contra quién (sujeto pasivo) se es titular del mismo derecho – organismos del Estado–; c) cuál es la obligación del sujeto pasivo (abstenerse de impedir o dañar el derecho, dar algo o hacer algo); d) si hay posibilidad de articular y usar una vía compulsiva para obtener el cumplimiento de la obligación que tiene el sujeto pasivo frente al sujeto activo (a fines de este trabajo, la Acción de Amparo). Siguiendo esta inteligencia, este esquema sirve, aunque más no sea, para no fomentar la inscripción constitucional o legal de derechos imposibles en los que no hay ni puede haber un sujeto pasivo, ni una obligación correspondiente a él, ni por supuesto una vía para exigir la prestación involucrada en la obligación. Como sostuvimos en trabajos anteriores, escribir en una declaración constitucional o legal tal o cual derecho a o derecho de, carece de sentido si verdaderamente falta la sustancia y falta el contenido de ese derecho. En un contexto generalizado, la salud reproductiva está fuera del alcance de muchas personas de todo el mundo a causa de factores comunes tales como:

a. Conocimientos insuficientes sobre los derechos sexuales y reproductivos por colectivos de mujeres especialmente vulnerables;

b. Desconocimiento de la existencia de determinadas tecnologías en salud reproductivas y de las vías jurídicas para conseguirlas;

c. Ausencia de regulación jurídica o regulación normativa insuficiente en materia de salud sexual y reproductiva;

d. Antinomias y lagunas jurídicas en materia de salud sexual y reproductiva. Vocablos subyacentes a la norma contradictorios al espíritu de la misma.

Definiciones Operacionales / Dimensiones e Indicadores

Existen variadas situaciones respecto de las personas humanas que se ven afectadas en su salud. En algunas de ellas la particularidad viene dada por los rasgos de una patología, en otras por el impacto social que la posesión de determinada condición acarrea a quien la experimenta y existen casos, especialmente los tratados en este trabajo, en que ello se halla determinado por las características propias de la persona y su contexto. Frente a esto, el Derecho aborda de modo particular dichas situaciones puntualizando, a fines de

este artículo, en las afectadas que necesitan de un sistema de protección particular. Para ello, del conjunto de la sociedad, analizaremos la peculiar situación de algunos grupos especialmente vulnerables que presentan una situación especial de salud. Denominamos *grupos especialmente vulnerables* a las características de una persona o grupo desde el punto de vista de su capacidad para anticipar, sobrevivir, resistir y recuperarse del impacto de una amenaza natural, en el que confluyen el riesgo probable de ocurrencia de un peligro que surge de la relación *a priori* entre la amenaza y la vulnerabilidad frente a una situación sanitaria especial (Carranza Torres, 2013), entendida esta última como una situación en que una persona, sin padecer una enfermedad, necesita de una particular atención sanitaria, predominantemente preventiva o de control, ya sea por el contexto de su vida personal/laboral (espacio y tiempo en el que se desarrolla) o a causa de un proceso biológico (como la gravidez) o condición física (discapacidad, como la infertilidad).

Si bien todo ser humano es vulnerable a la afectación de su salud, utilizamos la expresión *especialmente vulnerables* para denotar en la cuestión la existencia de factores adicionalmente de riesgo por encima de los comunes o esperables como promedio humano. En esta inteligencia, registramos algunos grupos de la sociedad que son más propensos que otros al daño, pérdida y sufrimiento en el contexto de diferentes amenazas. A fines de este trabajo, analizaremos a un segmento de la población que tiene como atributo común al género que les genera problemas relevantes similares. En este orden de ideas, este sector de nuestra sociedad debe ser protegido y respetado en su integridad personal según lo dispuesto en el Art. 8° “Respeto de la Vulnerabilidad Humana y la Integridad Personal” de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, aprobada por aclamación por la 33° sesión de la Conferencia General de la UNESCO el 19 de octubre de 2005. A fin de colocar esta teoría en perspectiva, pondremos el foco en grupos de mujeres especialmente vulnerables, a saber, mujeres pertenecientes a minorías, las mujeres indígenas, las refugiadas, las mujeres migrantes, las mujeres que habitan en comunidades rurales o remotas, las mujeres indigentes, las mujeres recluidas en instituciones o detenidas, las niñas, las mujeres con discapacidades y las mujeres en situaciones de conflicto armado. Sostenemos que estas mujeres pueden ver disminuidas las brechas con el resto de las mujeres mediante el acceso a la tecnología reproductiva ya que son parte de la manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer en esta materia.

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

En consonancia con esta definición de salud reproductiva, la *atención de la salud reproductiva* se define como el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivo al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva. Incluye también la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual.

En esta inteligencia, denominamos *tecnologías reproductivas* al conjunto de técnicas que desde el campo interdisciplinario de la medicina terapéutica o clínica, la biología, la medicina experimental y la ingeniería biomédica, se propone como una respuesta a la ausencia involuntaria de descendencia. En esta lógica, fortaleciendo el modelo expuesto por Ariza (2010), las clasificaremos en tecnologías del embarazo y tecnologías que impiden el desarrollo de la pregnancy. A las primeras, las subclasificamos en técnicas de baja complejidad, paradigmáticamente la inseminación artificial (con vínculo biológico del padre, IA, o por donación anónima de espermatozoides, IAD) y las técnicas de alta complejidad tales como la fecundación in vitro (FIV) y la inyección intracitoplasmática de espermatozoide (ICSI). Otras técnicas de alta complejidad, aunque actualmente menos usadas, son la transferencia intrafalopiana de gametos (GIFT), la transferencia de pre-embiones de 2 días a la trompa (TET), la transferencia a la trompa de ovocitos recientemente microinyectados (TOMI), y la transferencia a la trompa de embiones en estado de pro-núcleo (PROST), entre otras. A las segundas, en productos médicos que impiden la concepción (PREVENTIVOS) y productos médicos utilizados

para la interrupción de la gravidez (INTERRUPTIVOS). Éstas últimas no serán analizadas en este trabajo.

Por su parte, denominamos *infertilidad* a la incapacidad de haber logrado un embarazo por vía natural después de doce meses o más de relaciones sexuales (criterio de la OMS en cuanto a la característica de incapacidad, y con respecto al período necesario para considerarlo utilizamos el criterio seguido en la Ley de la República de Uruguay).

Resultados y Discusión

Históricamente, entre los distintos instrumentos internacionales con rango constitucional, y de acuerdo al artículo 75, inciso 22, párrafo segundo, nos hallamos en una “dualidad de fuentes en el sistema de derechos”: la interna y la internacional, reconociendo la tendencia universal progresiva del derecho internacional de los derechos humanos que se estudia en principio de supremacía, en particular: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que dictamina que: “Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales relativas a (...) la asistencia médica” (art. XI); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que reconoce, en el artículo 12, el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, y exige a los Estados Partes la adopción de medidas para asegurar a todos asistencia médica en caso de enfermedad; la Declaración Universal de Derechos Humanos establece, en el artículo 25.1, que “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud (...), y en especial (...) la asistencia médica”; la Convención Americana sobre Derechos Humanos que prevé en el artículo 26 el compromiso de los Estados Partes de adoptar, en la medida de los recursos disponibles, las disposiciones que permitan la efectividad de los derechos sociales enunciados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, cuyo artículo 33 expresa que, entre los objetivos que deben ser alcanzados para contribuir al desarrollo integral de los sujetos, está la defensa del potencial humano mediante la extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, prevé en el artículo 12 el derecho de toda mujer al “... acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia...” sin discriminación y a los “... servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario

asegurándole una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia”, adjudicando al Estado la responsabilidad de lograr dichos objetivos; la Convención sobre los Derechos del Niño, que reconoce en el artículo 24.1 “... el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud [y establece que] Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios”. Con todo, cuadra advertir que por Ley 27.044 otorgó rango constitucional a la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad como así también la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, aprobados mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 de diciembre de 2006 incorporada por el Senado y la Cámara de Diputados de la Nación a través de la Nación. Este último antecedente es importante, ya que se considera a la infertilidad como una discapacidad.

Hoy nos encontramos en un marco jurídico de lo que Bobbio (1991) denomina *proceso de especificación de los derechos humanos*. Según este autor, en este proceso se produce el paso gradual hacia una ulterior determinación de los sujetos titulares de derechos según una especificación que se ha producido del bien respecto al género, a distintas fases de la vida, teniendo en cuenta la diferencia entre el estado normal y el estado excepcional de la existencia humana. En este proceso de especificación, aunque resulte redundante, conviene destacar que el mismo no es genérico para todo el grupo de personas (por ejemplo, de quienes poseen alguna discapacidad), sino que es elemental reconocer la diversidad dentro de éste y realizar un tratamiento jurídico diferente, específico y no homogéneo de las políticas medidas para lograr el efectivo ejercicio de todos los derechos de los que somos titulares.

La aplicación de estas tecnologías impacta tanto en el derecho privado en cuanto a la responsabilidad civil, filiación, sucesiones, obligaciones, etcétera como también en el ejercicio de derechos humanos fundamentales como la vida, la integridad física, la salud, la intimidad, la identidad, reproducción, entre otros. A continuación se discutirán algunos aspectos vinculados a los derechos reproductivos, valiéndonos del método realista para la operacionalización de los datos arrojados por la matriz y utilizando como técnica auxiliar a la historia de la legislación, a saber:

1979. Se regula la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante, CEDAW). Merecen especial atención los artículos 11.1.f, 12.1, 12.2 y 16.1.e. En estos se reconoce el derecho a la protección de la salud y a la seguridad en

las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción e informa a los Estados a adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia. Respectivamente informa garantizar a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y de asegurar una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia. El último de los artículos *ut supra* referenciados reconoce los derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos.

1985. Chile, a través del Ministerio de Salud, a través de la Res. 1072 crea un régimen de normas aplicables a la FIV y la transferencia embrionaria. Sostiene que la garantía constitucional del derecho a la vida y la protección de la vida de quien está por nacer, que prevé el artículo 19°, N° 1 de la Constitución Política de la República, incluye el derecho a procrear y, consecuentemente, el acceso a los medios médicos para superar las causas que impiden o dificultan la concepción;

1993. Se proclama la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, informando en su artículo cuarto que se debe condenar a todo aquel o aquella que la violentare, hasta incluso, invocando costumbre, tradición o consideración religiosa para eludir su obligación de procurar eliminarla. Este cuerpo jurídico es importante ya que considera a ciertos actos que impiden el ejercicio de derechos sexuales y reproductivos de las mujeres como violentos, informa qué comportamientos pueden ser reputados como tales, a saber, (Art. 2) a) La violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos el abuso sexual de las niñas en el hogar, violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer (...); b) La violencia sexual perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación y el abuso sexual en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada; c) La violencia sexual perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra. Cabe destacar que el pilar de esta declaración es el derecho a la vida (Art. 3.a.)

1994. Se llevó a cabo la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (POPIN), la cual reconoció a los derechos reproductivos como derechos humanos. Esta Institución fue llevada a cabo en El Cairo y participaron 179 Estados. Las

recomendaciones producto de esta conferencia conforman un programa de acción llevado adelante por los países participantes. Marcó un cambio de paradigma ya que las convenciones anteriores como la de Bucarest en 1974 y México en 1984, centraban la discusión en el tema de la población mundial y los procesos migratorios. Sin embargo, en este hito, se trataron temas referidos a derechos sexuales y reproductivos, a las acciones para mejorar la situación de las niñas, el estatus de la mujer, la situación de las adolescentes y la igualdad de género, como componentes básicos para mejorar la salud sexual y reproductiva de la población. Se reconoció que si bien hombres y mujeres tienen realidades y necesidades comunes, las instituciones sociales perpetúan una posición de desventaja de las mujeres con relación a los hombres. Vincularon los derechos reproductivos de las mujeres con la estrategia para reducir la pobreza, proteger la salud y mejorar la calidad de vida. En este sentido, se reconoció que toda persona tiene el derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos que quiere tener. El programa de acción producto de esta conferencia está en consonancia con el Programa 21 y la Declaración de Río de 1992 de lo aprobado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medioambiente y el Desarrollo; los acuerdos de la Cumbre Mundial a favor de la Infancia en 1990, y la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena de 1993.

1995. Costa Rica reguló la práctica de la fertilización in vitro; meses después se presentó un recurso de inconstitucionalidad contra el Decreto Ejecutivo 24029-S. La argumentación para promover la acción se basó fundamentalmente en que era violatorio del derecho a la vida, porque a través de la fecundación in vitro son desechados embriones humanos. Costa Rica es el único país en el mundo en el que se prohibió expresamente la práctica de la fertilización in vitro. Actualmente, por un fallo de la CIDH, Costa Rica prepara un decreto para permitir la a fin de evitar sanciones.

1996. Se sanciona y promulga en Argentina la Ley 24632 que aprueba la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer – “Convención de Belem do Pará”.

1998. Si bien este antecedente no corresponde a un país que pertenezca a Latinoamérica y El Caribe, la matriz de datos al analizar grupos de mujeres especialmente vulnerables en situación de conflicto armado arroja datos funcionales a la teoría del derecho que buscamos desarrollar. El Tribunal Penal Internacional para Rwanda contribuyó al Derecho Internacional al reconocer la protección de las mujeres en tiempos de conflicto cuando la violación pudiera constituir un acto de genocidio. La violencia sexual como arma de guerra se lleva practicando desde hace muchos siglos atrás y, sin

embargo, la lucha por su enjuiciamiento es relativamente actual. A partir del genocidio de Ruanda de 1994 y con la instauración del Tribunal Penal Para Ruanda (en adelante, TPIR), se comenzó a castigar a los responsables de este tipo de crímenes, y más mujeres pudieron acceder a productos médicos para planificar su familia.

2002. Este antecedente reviste de importancia, ya que según los datos arrojados por la matriz de datos, los distintos planes de acción que persiguen proteger a las mujeres en estas temáticas subyacen inicialmente en la experiencia vivenciada en países subdesarrollados, entre estos aquellos que forman parte, en especial, de África y Latinoamérica. A partir de una decisión impartida por el Tribunal Especial para Sierra Leona se instituyó que el matrimonio forzado puede constituir un crimen contra la humanidad. En este país se adoptó el Protocolo de Maputo sobre los Derechos de la Mujer en África: 2.003. Es el único Estado en el que las mujeres tienen derecho para controlar su fertilidad. En este país se implementó la “Agenda de la Prosperidad 2013-2018”, “Plan de Recuperación de la Salud Pública”, “Plan Básico de Servicios Esenciales Sanitarios de 2015”, “Iniciativa del Sistema Gratuito de la Salud” y crea la regulación específica de “Derechos en Salud reproductiva, Maternidad, Nacimiento, Niñez y Adolescencia”. Este hito es relevante, ya que se constituye en uno de los primeros países que reglamenta y aplica el plan de “Objetivos 2030 de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas”, “Estrategias Globales para la salud de las niñas, las adolescentes y las mujeres 2016- 2030” y el programa “Planificación Familiar 2020”.

2009. Argentina. Se sanciona y promulga la Ley 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales.

2011. En Brasil, el Consejo Federal de Medicina (CFM) estableció que las parejas pueden congelar su esperma, óvulos o embriones para que, en caso de que uno de ellos fallezca, el sobreviviente tenga la posibilidad de concebir un bebé que contenga material genético de su compañero/a, siempre y cuando haya una autorización previa a la muerte.

2011. Se lleva a cabo la Convención sobre la Prevención y la Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica (más conocida como Convención de Estambul) quedando abierta a la firma por el Consejo de Europa. Este plexo jurídico a fecha de 2018, ha sido firmado por 47 países. El 12 de marzo de 2012, Turquía se convirtió en el primer país en ratificar la Convención, seguida por dieciocho otros países que firmaron entre 2013 y 2015 (Albania, Andorra, Austria, Bosnia y Herzegovina, Dinamarca, Finlandia, Francia, Italia, Malta, Mónaco, Montenegro, Países Bajos,

Polonia, Portugal, Serbia, Eslovenia, España y Suecia). El 11 de mayo de 2017, el Consejo decidió la adhesión de la Unión Europea considerando que esta adhesión garantiza la complementariedad entre el plano nacional y el plano de la UE, y consolida la capacidad de esta última para desempeñar un papel más eficaz en foros internacionales como el Grupo de Expertos del Consejo de Europa en la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (GREVIO).

2012. Siguiendo la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, nuestro Tribunal Regional de Derechos Humanos se ha expedido en casos muy significativos en lo atinente al derecho de familia, que sustentan, avalan y obligan a revisar las legislaciones en América Latina, especialmente en aquellos países que han suscripto y ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos. Entre estos, el caso *Fornerón e hija vs. Argentina* la CIDH expresamente sostiene que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto de familia, ni mucho menos se protege solo un modelo de ella. Se utiliza el concepto de familia en sentido amplio, incluyendo a los modos de organización familiar monoparentales, homoparentales y familias con azoospermia, y; el caso *Artavia Murillo*, en cual la CIDH sostuvo que el impedimento de acceso a las tecnologías de reproducción humana asistida vulnera el derecho a gozar los beneficios del progreso científico.

2013. Argentina sanciona y promulga La Ley 26.862 de Reproducción Médicamente Asistida también conocida como ‘Ley de Reproducción Humana Asistida’ o ‘Ley Nacional de Fertilización Asistida’. Es una norma de orden público y de aplicación en toda la República, mediante la cual se permiten y regulan las más variadas posibilidades de fecundación e implantación, y se habilita sin mayores recaudos la criopreservación del material genético y de embriones. Según la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva (2019) (en adelante, SAMeR) desde que se sancionó la Ley en 2013 hasta 2019 se duplicó el acceso a los tratamientos reproductivos lo que se traduce en 400 pacientes por millón de habitantes. Dicho Registro reporta más de 21000 casos de fertilización asistida por año, con una tasa de nuevas familias de un 24%. Es decir, anualmente nacen alrededor de 3500 niñas y niños bajo esta política de Estado. De la clasificación de tecnologías reproductivas operacional a este trabajo, hallamos que Argentina utiliza técnicas de baja y alta complejidad, entre estas, las más utilizadas son las técnicas In Vitro (FIV) y, por otro lado, a ICSI (de sus siglas en inglés, *Intra Cytoplasmic Sperm Injection*) la cual consiste en la inseminación de un óvulo mediante la microinyección de un espermatozoide en su interior.

2013. Uruguay sanciona y promulga la Ley N° 19167 “Regulación de las Técnicas de Reproducción Asistida”. A tales efectos se entiende por técnicas de reproducción humana asistida como el conjunto de tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación de gametos o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Incluye a la inducción de la ovulación, la inseminación artificial, la microinyección 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 criopreservación 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 ley y aclara que 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. La principal diferencia con la regulación jurídica que se hace en el vecino país argentino, es que las técnicas o procedimientos serán parcial o totalmente subsidiados hasta un máximo de tres intentos (Argentina no coloca un límite), a través del Fondo Nacional de Recursos con el alcance y condiciones que establecerá la reglamentación dictada por el Poder Ejecutivo.

2017. Brasil actualiza sus normas referentes a esta materia. Si bien no lo hace a través de una Ley, lo hace a través de un acuerdo administrativo. Entre las innovaciones más destacadas el Consejo Federal de Medicina (CFM) estableció que las parejas pueden congelar su espermatozoides, óvulos o embriones para que, en caso de que uno de ellos fallezca, el sobreviviente tenga la posibilidad de concebir un bebé que contenga material genético de su compañero/a, siempre y cuando haya una autorización previa a la muerte. En cuanto al ejercicio del alquiler de vientre (o GS) que hasta ese entonces solo lo poseían la madre, abuela, hermana, tía o prima fue extendido a hijas y sobrinas. Personas solteras también pueden acceder al método. La regulación, además, expresa la reducción del período de descarte de embriones de cinco a tres años e incluye la “Recepción de Óvulos de la Pareja (ROPA) también conocido como maternidad compartida. Sigue prohibida la comercialización de óvulos.

Impacto en la Filiación

Las distintas codificaciones jurídicas civiles latinoamericanas comienzan a incorporar grandes reformas en esta materia abrazando las necesidades de la sociedad actual y

constitucionalizando el derecho privado de sus estados. De esta manera, existe común acuerdo entre las distintas normas latinoamericanas en reconocer dos fuentes filiales, a saber:

- a. Por naturaleza, y;
- b. Por adopción plena.

En esta inteligencia, países como Argentina, regulan además una tercera fuente filial aplicando nuevas políticas familiares, a saber c) Filiación por Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante, TRHA).

Mientras en la filiación por naturaleza el vínculo se funda en el elemento biológico (que comprende el genético), en la filiación derivada de las TRHA el vínculo se funda en el elemento volitivo (Lamm, 2006). Es decir el querer ser padre y madre, denominado en el derecho como voluntad procreacional, sentando las bases para una nueva fuente filial, a saber d) Filiación por Gestación por Sustitución (en adelante, GS). Amén de las distintas particularidades que se pueden dar en cada caso (GS altruista, onerosa, con gametos de la gestante, con gametos de los comitentes, entre otras), definimos a la *gestación por sustitución* como “técnica de reproducción humana asistida de alta complejidad que involucra a una tercera persona – la gestante– en el proyecto parental quien se compromete a gestar un niño sin que de ello derive vínculo filial alguno, el que será determinado respecto del/los comitente/s sobre la base de la voluntad procreacional. Ante esta práctica, se observa del estudio del derecho comparado que las principales posturas adoptadas a nivel mundial son la: 1) abstención, 2) prohibición o 3) regulación. A su vez, entre los países que admiten y regulan la GS encontramos la siguiente subclasificación: 1) admisión, solo cuando es altruista y bajo ciertos requisitos y condiciones y; 2) admisión amplia. Los primeros se subclasifican en a) aquellos que requieren la aprobación previa del acuerdo de GS entre los comitentes y la gestante, arreglo que debe ser presentado ante un organismo de contralor (puede ser un juez, tribunal o comité) para que preste su conformidad antes de proceder con el tratamiento médico. Estos organismos deben verificar el cumplimiento de las condiciones previstas en la legislación. Prevé que todas las partes involucradas estén de acuerdo desde el principio. Y, b) “procedimiento para que los comitentes obtengan la paternidad legal del niño nacido como resultado de un acuerdo de gestación por sustitución ex post facto. Aquí la atención se centra en la transferencia de la filiación post-parto”. Este régimen se muestra más protector de la gestante por cuanto resguarda su derecho a adoptar decisiones autónomas con respecto al embarazo; conserva la regla tradicional de establecimiento de la maternidad (mater

semper certa est), y protege el derecho de la gestante a un cambio de parecer. “Adolece, sin embargo, de cierta ambigüedad ya que esto implica que la gestante es también madre, lo que socava o se enfrenta con la propia filosofía de la figura de la gestación por sustitución” (Lamm, *Gestación por Sustitución*, 2012).

Conclusiones

Este derecho se reconoce a favor de toda persona que quiera ejercer el derecho a la procreación, el derecho a ser progenitora, el derecho a formar una familia independientemente del modo de organización familiar en el que se halla inserta; estos derechos pueden ser exigidos a los organismos sanitarios de los países como así también, en algunos casos, a las obras sociales de las titulares de estos derechos; la obligación del sujeto pasivo consiste en abstenerse de impedir o dañar el derecho ejercido por las mujeres, dar algo o hacer algo en cuanto a la asistencia sanitaria que engloba varias etapas desde el diagnóstico hasta la finalización de los tratamientos mediante estas técnicas e, inclusive, la asistencia socioemocional que el fenómeno denota; en los países latinoamericanos que no se halla regulada la reproducción médicamente asistida se registra la posibilidad de articular y usar una vía compulsiva para obtener el cumplimiento de la obligación que tiene el sujeto pasivo frente al sujeto activo, a fines de este trabajo, la Acción de Amparo. La cuestión ha hallado competencia y jurisdicción en las altas Cortes de cada uno de los países, los tribunales regionales de Derechos Humanos de los Estados y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Bibliografía

- ARIZA, L., “La procreación como evento natural y tecnológico”, *Êa Journal*, 4, 2010.
BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991.
CARRANZA TORRES, L., *Protección Jurídica de la Salud*, Alveroni Ediciones, 2013.
DITTRICH, R.; CUBILLOS, L.; GOSTIN, L.O.; LI, R. & CHALKIDOU, K., “The international right to health: what does it mean in legal practice and how can it affect priority setting for universal health”, *Health Systems & Reform*, Issue 1, Prince Mahidol Award Conference 2016, Priority Setting for Universal Health Coverage, 2016.
IUNES, R.; CUBILLOS-TURRIAGO, L.; ESCOBAR, M.L.; *Open Knowledge Repository*. (W. Bank, Ed.), Universal Health Coverage and Litigation in Latin America, 2012. Disponible en:

<https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/13072>

(Consulta:

03/03/2018).

KELSEN, H., *La teoría pura del derecho: Introducción a la problemática científica del derecho*, Porrúa, Ciudad de México, 2003.

LAMM, E., “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, *Revista de Bioética y Derecho* (24), 2006, pp. 76-91.

LAMM, E., “Gestación por Sustitución”, *Revista para el análisis del derecho*, 2012, pp. 4 y ss.

SAMAJA, J., *Epistemología y Metodología (Elementos para una teoría de la Investigación Científica)*, Eudeba, Buenos Aires, 2002.

VIDAL, J.; DI FABIO, J.L., “Judicialización y acceso a tecnologías sanitarias: oportunidades y riesgos”, *Revista Panamericana de la Salud Pública*, 137, 2017.