



Mónica Roa
Keina Yoshida*

Great Eggspectations: La tecnología reproductiva y los nuevos retos para la autonomía de las mujeres

* Mónica Roa es directora de programas de Women's Link y coordina proyectos de género a nivel internacional. Presentó la demanda que generó la liberalización del aborto en Colombia. Magister en Derecho Global de Interés Público de New York University y abogada de la Universidad de los Andes de Bogotá.

Keina Yoshida es abogada en la oficina de Madrid de Women's Link en donde trabaja en el Observatorio de Género y Justicia. Magister en Derecho Internacional Público del London School of Economics y abogada del Trinity College de Dublín.

La autonomía, como componente esencial de los derechos sexuales y reproductivos ha sido uno de los temas bandera que el feminismo ha defendido a ultranza en las últimas décadas. Desde el ámbito jurídico, dedicarse a defender los derechos sexuales y reproductivos se ha convertido en una opción de carrera profesional y aunque aun no somos suficientes, sí existe un grupo de abogadas y abogados dedicado a estas labores. En todos los países de la región latinoamericana seguimos discutiendo jurídicamente preguntas básicas como si el aborto debe ser un delito o un servicio de salud; si la anticoncepción de emergencia es abortiva o no; si el derecho a la vida puede predicarse de un feto humano en formación; o si es posible armonizar los derechos reproductivos con la objeción de conciencia. En el trasfondo de todos estos debates está siempre latente la idea de que las mujeres somos sujetas morales que podemos tomar decisiones autónomas y responsables.

Tanto es el trabajo y tan intensos los debates que no hemos tenido tiempo para notar una serie de prácticas que ya están instalándose en nuestra realidad social. Muchas de estas prácticas plantean preguntas difíciles que además podrían cuestionar el principio de la autonomía reproductiva que tanto hemos defendido. Nos referimos a fenómenos relacionados con la disponibilidad, al menos para algunas, de avances científicos en materia reproductiva: las ecografías que nos permiten saber el sexo del feto en formación, la posibilidad de hacer fertilizaciones in vitro, de donar óvulos o espermatozoides, de congelar embriones o de alquilar vientres. Prácticas que hasta ahora conocemos si acaso en contextos cinematográficos o literarios de ciencia ficción y que cada vez son menos ajenas a la vida diaria. Este artículo tiene como objetivo hacer un primer acercamiento a esta problemática y plantear algunas de las preguntas que las abogadas, de la mano de bioeticistas, médicas, científicos sociales y feministas, tendremos que empezar a debatir y responder en los próximos años.

Para efectos de claridad conceptual, discutiremos cada práctica por separado resaltando las preguntas que surgen de la parte del proceso de reproducción asistida junto con algunas de las decisiones judiciales que han tenido que resolver conflictos surgidos alrededor de estas prácticas. No pretendemos ser exhaustivos en la identificación de todos los casos relevantes alrededor del mundo, pero sí iniciar el camino del análisis comparado. La velocidad con que estos casos están llegando cada vez a más cortes, hace que no podamos incluir -como nos hubiera gustado-, aún más decisiones, como algunas pendientes de resolución ante el Tribunal Europeo de derechos humanos¹ u otras reseñadas en los medios de comunicación durante la etapa final de redacción de este artículo².

La ecografía y el genocidio de género

El primer procedimiento que queremos discutir es el más común: la ecografía que permite determinar el sexo del futuro nuevo integrante de la familia. De acuerdo con algunos analistas, la preferencia por hijos hombres (generada por los costos que impone el sexismo a las mujeres), la disminución en la tasa de fertilidad y el acceso a este tipo de tecnología que permite saber el sexo del feto, explica los más de 100 millones de niñas que faltan en el mundo, de acuerdo al cálculo hecho por Amartya Sen³. En países como China, India, Corea del Sur, Singapur y Taiwan, la tasa de natalidad de niñas es 100 por cada 120 niños. La práctica en Occidente ha sido menos evidente, pero sin duda coinciden la búsqueda de familias menos numerosas y el deseo de equilibrar el género en los hijos, la famosa “parejita”. Por eso, la ecografía ofrece exactamente lo que los padres necesitan para determinar si el futuro miembro de la familia tiene el sexo “deseado”.

Las consecuencias de este fenómeno son considerables. Para empezar existen varias generaciones de hombres, particularmente en China, que no encuentran pareja con quien construir una familia. Esto, a su vez, ha llevado a un aumento en los índices de violencia y suicidios de hombres jóvenes. Sin duda, las sociedades empiezan a pagar altos costos por el vacío que deja la falta de estas 100 millones de niñas.

1 Valerie Gas & Nathalie Dubois v. France Application. 25951/07 ECHR, en <http://www.sexualorientationlaw.eu/news/2009/European%20Cour%20of%20Human%20Rights/Gas&Dubois.pdf>

2 Ver http://www.eltiempo.com/colombia/justicia/pelea-judicial-por-gemelos-nacidos-de-ventre-alquilado_7843929-1

3 Sen, Amartya. “More than 100 Million Women are Missing”. The New York Review of Books. Diciembre 2009. Volume 37. Number 20. <http://ucatlasc.ucsc.edu/gender/Sen100M.html>

De otra parte, los grupos anti-derechos han encontrado un poderoso argumento para respaldar la prohibición absoluta del aborto. Si el interés último es proteger los derechos de las mujeres, el aborto deja de ser un derecho y empieza a ser la peor amenaza para cientos de millones de niñas por nacer en el mundo⁴. Grupos un poco más sensatos han extrañado, por decir lo menos, fuertes pronunciamientos de los grupos feministas frente al llamado “genocidio de género”. Incluso alguna académica ha llegado a afirmar que la defensa de la autonomía absoluta que hace el feminismo liberal no es suficiente y que el debate debe reconocer la moralidad que tiene el feto en el debate, aunque no sea una moralidad independiente⁵.

No menos preocupante es la consecuencia lógica que se seguiría de una crítica a este fenómeno en términos del principio de autonomía reproductiva. ¿Son las mujeres realmente agentes morales con capacidad para tomar decisiones responsables en todos los casos? ¿o en algunas ocasiones el consentimiento de la mujer no es realmente libre, sino determinado por una cultura machista y misógina? Y si esto es así, ¿quién decide cuándo la mujer está actuando como un agente moral responsable y cuándo está siendo manipulada por la cultura?

Soluciones facilistas, como prohibir la revelación del sexo del feto, no han dado resultado. En China y en la India esta prohibición ya existe y a lo único que ha llevado es a crear un mercado negro y lucrativo de ecografías para determinar el sexo del no-nato⁶. Suecia, por ejemplo, un país que siempre ha estado a la vanguardia de los derechos sexuales y reproductivos, decidió que a pesar de que se ha probado su ocurrencia, el aborto de sexo selectivo no es ilegal. La decisión sueca establece que el aborto es

legal en cualquier circunstancia, por lo que no se puede justificar un tratamiento diferente al aborto de sexo selectivo⁷.

Una solución real debe pasar por entender que no podemos privar a las mujeres ni a las familias del derecho a gozar del progreso científico, es decir que la solución no puede ser prohibir las ecografías. También es importante resaltar que el calentamiento global hace imposible pensar en políticas de promoción del aumento de la tasa de fertilidad, pues sería ambientalmente irresponsable. Sin duda, la solución tiene que enfrentar el problema más amplio de la inequidad de género, valorar el trabajo productivo y reproductivo de la mujer en las sociedades, crear incentivos para la educación de las niñas, eliminar las barreras que impiden la posibilidad de heredar tierras y propiedades, disminuir los índices de violencia contra las mujeres, etc.

Fertilización in vitro

La fertilización in vitro (FIV) es una técnica de reproducción asistida en la que la fecundación de los óvulos femeninos con los espermatozoides masculinos (del padre biológico o de donantes) se realiza por fuera del cuerpo de la mujer, en un laboratorio⁸. Para ello, se realiza un control hormonal del proceso ovulatorio, se extrae cierto número de óvulos y se procede a su fecundación. Una vez fecundados, se vuelven a implantar en el útero de la mujer para iniciar un embarazo. Cuando se generan embriones múltiples los pacientes pueden elegir congelar los sobrantes o donarlos para la investigación; esto es lo que se conoce como investigación de células madre embrionarias.



4 <http://www.onenewsnow.com/Culture/Default.aspx?id=1005070>

5 Cherry, April. “A feminist understanding of sex-selective abortion: solely a matter of choice?” *Wisconsin Women’s Law Journal*. 1995. Vol. X.

6 India. Pre-natal Diagnostic Techniques (Regulation and Prevention of Misuse). Ley de 1994, modificada en 2002. La Ley prohíbe la selección del sexo del feto con miras a practicarse un aborto.

7 Ertelt, Steven. *Sweden National Board of Health Rules Sex-Selection Abortions Not Illegal*. Lifeneews.com. 12 de mayo de 2009. <http://www.lifeneews.com/int1188.html>

8 Zegers-Horschild, F. et al. *Glosario de Terminología en Técnicas de Reproducción Asistida* [en línea]. Traducido por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida. OMS, 2010. p. 6. http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf

Esta tecnología ha permitido que mujeres lesbianas, solteras, infértiles, con pérdida parcial de su fertilidad (por ejemplo a causa de infecciones) o menopáusicas, puedan alojar un embrión en su útero, desarrollar un embarazo y dar a luz. En el caso de mujeres menopáusicas, la FIV se hace con el óvulo de una mujer donante (ver más adelante *Donación de óvulos*). Cuando se trata de mujeres lesbianas o solteras, se usan espermatozoides de hombres donantes.

Desde la perspectiva de derechos, la FIV ha permitido ejercer los derechos reproductivos a ciertas mujeres que querían tener hijos y no podían hacerlo naturalmente. En Colombia, este procedimiento no está incluido dentro del plan obligatorio de salud (POS) y cuesta entre 13 y 16 millones de pesos⁹. En 2001 la Corte Constitucional declaró que el derecho a la procreación es de carácter negativo, por cuanto implica una abstención del Estado para no intervenir en las elecciones de las mujeres al respecto¹⁰. También declaró que por lo tanto no existe una obligación de garantizar la procreación a las mujeres que biológicamente no pueden tener hijos¹¹. Por todo lo anterior, es claro que sólo un grupo de mujeres privilegiadas y con acceso a recursos pueden realmente gozar del derecho a este progreso científico.

En el derecho comparado existen dos decisiones contradictorias relacionadas con la FIV, que revelan la complejidad del tema y el potencial impacto que pueden tener en el discurso macro de los derechos y la autonomía reproductiva. La primera de ellas es la decisión del Tribunal Constitucional de Costa Rica que declara inconstitucional la FIV¹². El argumento central es la violación del derecho a la vida, del cual son titulares los embriones, dado que se predica desde el momento de la concepción. Esto quiere decir que la protección jurídica constitucional de un embrión (óvulo fertilizado con espermatozoide) es exactamente la misma garantizada para cualquier ser humano nacido. Dado que la fertilización ocurre en el laboratorio, y que no todos los embriones fertilizados son implantados en el útero de la mujer, se entiende violado el derecho a la vida de aquellos embriones que son

congelados o destinados a la investigación. Aunque no ha sido el caso en Costa Rica, esta declaración de la protección absoluta a la vida humana desde el momento de la concepción, traería como consecuencia lógica la inconstitucionalidad del aborto en cualquier circunstancia, de la anticoncepción de emergencia y de cualquier otro anticonceptivo cuyo efecto ocurra después de la fecundación pero antes de la implantación, como el dispositivo intra-uterino (DIU), e incluso de figuras penales como la legítima defensa o el estado de necesidad.

Recientemente en Irlanda, la Corte Suprema resolvió de manera diferente el caso *Roche v. Roche & Ors*¹³ que presentaba problemas jurídicos similares. Los hechos del caso se refieren a una pareja que decidió congelar sus embriones. Tiempo después el esposo decidió retirar su consentimiento prohibiendo la implantación del embrión en el útero de su esposa. Lo interesante de este caso es que en Irlanda, existe una protección constitucional del derecho a la vida del no nacido¹⁴. Este argumento restringe el derecho al aborto excepto en los casos en que la vida de la mujer está en peligro, haciendo excepcional el acceso a este servicio¹⁵. La señora Roche utilizó este argumento para respaldar su deseo de que el embrión congelado le fuera implantado para iniciar un embarazo, ya que el embrión, de acuerdo con la Constitución, es titular del derecho a la vida. La Corte Suprema no aceptó este argumento y estableció una regla según la cual se necesita una relación física entre la madre y el hijo para que surja el derecho a la vida del no nacido¹⁶.

Los jueces alcanzaron esta conclusión siguiendo la redacción literal del artículo constitucional, que enuncia el derecho a la vida del no nacido en armonía con el de la madre, por lo que el potencial para nacer sólo ocurre después que el embrión ha sido implantado en el útero. La

9 Información obtenida en entrevista con el Dr. Daniel Ronderos, médico perinatólogo.

10 Colombia. *Sentencia T-689/01* [en línea]. Corte Constitucional, 3 de julio de 2001. http://www.womenslinkworldwide.org/pdf_cases/gjo_col_T6892001_es.pdf

11 Ibid.

12 Costa Rica. *Sentencia 95-001734-0007-CO* [en línea]. Tribunal Constitucional de Costa Rica. 15 marzo del 2000. <http://www.congresoderechosreproductivos2009.com/files/docscongreso/repasistida/Sentencia-deCostaRica.pdf>

13 Irlanda. *Roche v. Roche* [en línea]. Corte Suprema, 2010. <http://www.bailii.org/ie/cases/IESC/2010/S10.html>

14 Irlanda. *Constitución de Irlanda*. 1 de Julio de 1937. En su artículo 40.3.3 introducido vía referendo: (3.3) El Estado reconoce el derecho del no nacido y, teniendo en cuenta la igualdad al derecho a la vida de la madre, garantiza en sus leyes a respetar, y, en la medida de lo posible, con sus leyes a defender y reivindicar ese derecho. Esta subsección no limitará la libertad de viajar entre el Estado y otro estado. Esta subsección no limitará la libertad de obtener o de poner a disposición, en el Estado, con sujeción a las condiciones que sean establecidas por la ley, la información relativa a los servicios disponibles legalmente en otro estado.

15 Irlanda. *The Attorney General v. X. and Others* [en línea]. Corte Suprema, 1992. <http://www.bailii.org/ie/cases/IESC/1992/1.html>

16 Op. cit. Nota: 12. (Caso Roche). Voto de la jueza Denham, S. Párrafos: 60-61.

“El concepto de no nacido prevé un estado de nacer, la posibilidad de nacer, la capacidad de nacer que se produce sólo después de que el embrión se ha implantado en el útero de la madre.”

jueza Denham resaltó que si se reconocía una protección a los embriones congelados, el Estado se vería obligado a facilitar su implantación, lo que estaría contra los derechos de la familia protegidos por la Constitución¹⁷.

Donación de óvulos

La donación de óvulos se refiere a la donación de uno o más (normalmente entre 8 y 12) óvulos para ser usados en procesos de reproducción asistida o investigación biomédica¹⁸. En los casos de reproducción asistida el rol de la donante termina al sustraerse los óvulos. El óvulo es fertilizado *in vitro* con espermatozoides (del padre biológico o de donantes) y luego se implanta el o los embriones en la mujer que quiere generar el embarazo. La donación de óvulos ha permitido que mujeres cuyos embarazos fracasan con óvulos propios o simplemente no producen óvulos (por ejemplo, son mayores o se les han removido los ovarios), y parejas de hombres gays (en este caso se requiere además de un alquiler de vientre; ver más adelante), puedan tener hijos.

Las mujeres donantes son generalmente mujeres jóvenes o de bajos recursos. En ocasiones, las donantes son amigas o familiares de la pareja. Las donantes son identificadas a través de un complejo proceso, en el que la edad, el estado de salud, la raza, la etnia, e incluso el intelecto, son usados como criterios de selección. Una vez seleccionada se realiza el acuerdo legal, en el que la donante se compromete a completar determinados procesos médicos que resultarán en la extracción de cierto número de óvulos y la pareja (normalmente a través de intermediarios, como clínicas de reproducción asistida), se compromete a pagarle una determinada cantidad de dinero. En Estados Unidos se paga aproximadamente US\$4.000.00 por cada donación. En Colombia se paga alrededor de \$1'200.000 por cada donación.

El ciclo de donación lleva de tres a seis semanas y empieza con la administración de pastillas anticonceptivas para sincronizar el ciclo de la donante con el de la mujer recipiente. Después se aplican hormonas durante una a seis

semanas, para aumentar la producción y maduración de óvulos por parte de la donante. Este proceso es monitoreado cuidadosamente a través de exámenes de sangre y ecografías para determinar la respuesta de la donante a las hormonas y el desarrollo del folículo¹⁹. Si se presenta una sobre estimulación de los ovarios, la mujer donante corre el riesgo de tener un síndrome de hiper-estimulación ovárica (SHO), el cual es una complicación de la inducción hormonal de la ovulación y puede resultar en una grave amenaza para la vida por sus posibles complicaciones²⁰.

Una vez se determina que los óvulos están lo suficientemente maduros, se programa la cirugía de extracción, la cual requiere de anestesia general. Para ello se usa una aguja que se inserta en ambos ovarios para aspirar los óvulos maduros; el procedimiento dura 30 minutos aproximadamente.

Las mujeres donantes son tradicionalmente mujeres jóvenes y estudiantes universitarias que acceden a esta práctica buscando una manera “fácil” de obtener ingresos económicos y ayudar a otros al mismo tiempo, muchas veces sin entender los posibles riesgos que van a correr al someterse al tratamiento²¹. Las mujeres o parejas recipientes, tienen una situación socio-económica lo suficientemente favorable como para permitirles pagar este tipo de tratamientos.

En la jurisprudencia internacional, sólo existe un caso que habla explícitamente de la donación de óvulos en el contexto de la fertilización *in vitro*. Se trata del caso de SH v. Austria en el que dos parejas con problemas de infertilidad necesitaban tratamientos de reproducción asistida *in vitro* que no estaban permitidos por la ley de procreación artificial austriaca²². Una de las parejas necesitaba de un donante de espermatozoides y la otra de una donante de óvulos, para que en ambos casos fuera posible tener un hijo que fuera al menos, hijo biológico de uno de los miembros de la pareja. Las dos parejas demandan la ley de procreación artificial ante la Corte Constitucional alegando que ésta viola su derecho constitucional a la vida en familia. La Corte determina que si bien su argumento es real, esta limitación está justificada tanto en el objetivo de evitar relaciones personales inusuales (como por ejemplo tener dos madres biológicas, la que produce

17 Ibid. (*Caso Roche*). Párrafo: 57.

“Si los embriones congelados eran los “no nacidos” protegidos por el artículo 40.3.3 el Estado habría tenido que intervenir para facilitar la implantación. Esta habría sido un deber del Estado, independientemente del deseo de los padres. Es evidente, que esto es incompatible con los derechos de la familia que aparecen en la Constitución. También obligaría al Estado a proteger a todos los embriones en las clínicas, en los hospitales, en el Estado etc., sin importar cuáles eran los deseos de los padres.”

18 Véase <https://bhed.com/become-an-egg-donor.php#donation>, <http://avapeter.com/en/egg/>

19 Ibid.

20 Por ejemplo, accidente cerebro-vascular debido a trombosis venosa, disfunción hepática, falla renal aguda, complicaciones respiratorias y torsión anexial. Ver: http://www.fecolsog.org/userfiles/file/revista/REvista_Vol-53No3_Julio_Septiembre_2003/v53n3a05.PDF

21 *Eggsploitation* [vídeo en línea]. The Center for Bioethics and Culture, 2010. <http://www.eggsploitation.com/>

22 Austria. The Artificial Procreation Act 275/1992. Section 3.

el óvulo y la que lleva el embarazo a término), como en el de evitar la explotación de mujeres en posición económica vulnerable, quienes estarían obligadas a donar óvulos ya que no podrían pagar de otra manera un tratamiento de fertilización *in vitro* para poder tener hijos propios²³.

El caso llegó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos que estableció que no es una obligación internacional de los Estados ofrecer servicios de fertilización *in vitro*, pero que si los Estados lo hacen, el marco legal debe ser coherente y permitir la donación tanto de óvulos como de espermatozoides²⁴. El Tribunal dijo que los riesgos de la donación de óvulos eran muy similares a los que tenía una mujer a la que se le practicaba la FIV con sus propios óvulos y que por lo tanto no se justificaba un tratamiento diferente. Dijo también que la constitución de familias por lazos diferentes al biológico no era nada nuevo ya que desde la figura de la adopción se admite la constitución de familias a través de contratos y no de lazos sanguíneos²⁵.

Llama la atención que el Tribunal no haya hecho un estudio comparativo de los riesgos generados por la donación de óvulos y de aquellos generados por la donación de espermatozoides, para dar su decisión. Mientras la donación de óvulos es un procedimiento invasivo y que puede presentar un riesgo para la vida de la mujer donante, la donación de espermatozoides no es más que la descarga seminal masculina generada por estimulación de los genitales externos. Los efectos de estos procedimientos para hombres y mujeres son considerablemente diferentes y pasarlos por alto podría constituir una discriminación con base en género que ignora el rol particular que tienen las mujeres frente a la reproducción humana. Entender de manera integral cuáles son los riesgos a los que se enfrentan los donantes de uno y otro sexo, debería ser un requisito razonable para emitir un pronunciamiento sobre la disponibilidad y posibles efectos discriminatorios de estas prácticas.

A pesar de que el procedimiento es relativamente nuevo²⁶, las preguntas ya se acumulan en espera de una respuesta. ¿Tienen las mujeres jóvenes o de pocos recursos, derecho a la autonomía reproductiva para decidir convertirse en donantes de óvulos para el beneficio de mujeres y fami-

lias con alta capacidad económica?; ¿es el dinero ofrecido un tergiversador de la libre voluntad de las mujeres que acceden a poner su salud en peligro para donar un óvulo, o es una simple expresión del libre mercado y de la posibilidad de las mujeres de decidir sobre su propio cuerpo?; ¿podemos asegurar un real consentimiento informado de las mujeres candidatas a donantes de óvulos, o pensar lo es ya una indicación de paternalismo machista que no confía en la capacidad de las mujeres de tomar decisiones morales y responsables?; ¿defendemos solamente las decisiones de la mujer cuando son morales y responsables, o defendemos también su derecho a cometer errores y ser inmorales o irresponsables?; y, finalmente, ¿es la experiencia de los hombres donantes la misma que la de las mujeres, o al menos debe tratarse de la misma manera?; ¿permitimos que las mujeres exploten económicamente su capacidad reproductiva con el argumento de que los hombres también tienen el derecho de hacerlo, aunque ellos nunca asuman los mismos riesgos para su salud?

Alquiler de vientres

El alquiler de vientre es la práctica en la que una mujer lleva a término un embarazo por encargo contractual de otra mujer o pareja. Originalmente las beneficiarias de este avance científico eran las mujeres que no podían tener hijos; pero en la actualidad también se benefician aquellas que no quieren experimentar los nueve meses de gestación en su propio cuerpo, los hombres solteros que quieren ser padres y las parejas de hombres gay.

Bajo este procedimiento el bebé dado a luz puede ser hijo biológico de la mujer que lo gestó o de la mujer que encargó a otra el embarazo, es decir que el óvulo puede provenir de la gestante o de quien encarga la gestación. En ambos casos el óvulo puede estar fertilizado con el espermatozoide del padre o con el de un donante. En esta modalidad pueden o no coincidir la fertilización *in vitro*, la donación de óvulos, la donación de espermatozoides y el alquiler de vientre. Aunque dar un vientre en alquiler puede ser una acción meramente altruista de amigas o familiares que se ofrecen como madres sustitutas, lo más común es que sea una práctica comercial realizada por mujeres extrañas. En Estados Unidos estas mujeres reciben entre U\$15.000 y U\$30.000.

Uno de los principales retos de este tipo de procedimientos es la seguridad que se busca de que la madre sustituta entregue al bebé una vez sea dado a luz. En Estados Unidos el caso *Baby M* es el primero en sentar precedentes sobre el tema. En este caso la pareja Stern contrata a Mary Beth Whitehead para que sea fertilizada con el semen del

23 Austria. Corte Constitucional (Verfassungsgerichtshof). Decisión del 14 de octubre de 1999.

24 Echr. *S.H. and Others vs. Austria* (Application no. 57813/00) [en línea]. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1 de Abril de 2010. <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=57813/00&sessionid=57803863&skin=hudoc-en>

25 Ibid.

26 El primer procedimiento exitoso fue realizado en 1984 en Harbor UCLA Medical Center.

señor Stern y les entregue el hijo que dé a luz. Whitehead fue contratada para donar un óvulo y llevar el embarazo a término, cuando ella respondió un aviso de prensa que buscaba mujeres que quisieran ayudar a parejas con problemas de fertilidad a tener hijos. Veinticuatro horas después de dar a luz una niña y entregársela a los Stern, Whitehead regresó por ella amenazando con suicidarse si no se la entregaban. Whitehead se fue del estado de Nueva Jersey donde vivían, llevándose a la niña con ella. El caso llegó a los juzgados y terminó con una decisión de la Corte Suprema de Nueva Jersey que reconoció la maternidad genética y por lo tanto legal de Whitehead pero en aras del interés superior de la menor le dio la custodia al padre biológico, el señor Stern y su esposa²⁷.

Casi quince años después, esta misma corte decidió un caso similar en el que la mujer, a diferencia del caso *Baby M*, no era la madre genética ya que no había donado un óvulo. En este caso conocido como *Robinson vs Hollingsworth*²⁸ Angelia Robinson, hermana de Donald Robinson, acordó llevar la gestación de un embrión fecundado con el óvulo de una donante anónima y el espermatozoide de la pareja de su hermano, Sean Hollingsworth. Angelia dio a luz un par de gemelas en 2006 y posteriormente pidió la nulidad del contrato de madre sustituta. La corte falló a favor de Angelia ampliando el precedente del caso *Baby M*, reconociendo la maternidad de las madres sustitutas aunque no son madres genéticas por no haber donado el óvulo que dio lugar a la gestación.

Mientras en algunas partes de Estados Unidos se acepta y se regula el alquiler de vientres como una forma de reproducción asistida, muchos estados europeos consideran ilegal esta práctica. Sin embargo, esto no ha detenido a quienes no pueden tener hijos biológicos, a buscar servicios en países como India y Estados Unidos. La realidad, por supuesto, es que dadas las dificultades y los largos periodos de espera asociados con la adopción internacional, las parejas gay están optando cada vez más por las madres sustitutas para crear sus familias y cumplir su sueño de ser padres²⁹. Recientemente dos casos en Bélgica y España han llegado a decisiones completamente opuestas a pesar de la similitud de los hechos.

En el caso belga, dos hombres casados en Bélgica contrataron a una mujer de California quien dio a luz gemelas en diciembre de 2008. Uno de los hombres era el padre biológico, pero los dos figuraron como los padres en el certificado de nacimiento. Las autoridades belgas negaron el reconocimiento del certificado, negando por lo tanto la relación parental. En marzo de 2010, la Corte de primera instancia de Huy, negó el reconocimiento del certificado estableciendo que hacerlo violaría la Convención Europea de derechos humanos. En particular frente al artículo 3 de esta Convención, la Corte afirmó que pagarle a una mujer por sus servicios como madre sustituta es difícil de reconciliar con la dignidad humana. También notó que los países que admiten los contratos de alquiler de vientre, promueven una motivación altruista y no comercial por parte de las mujeres.

En el caso español, la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) emitió una resolución en febrero de 2009 permitiendo el registro de certificados de nacimiento de California de una pareja de niñas, nacidas en Estados Unidos de una pareja española del mismo sexo. En este caso, ambos hombres aparecían como los padres de las gemelas. La disputa legal surgió después del nacimiento cuando les informaron que las gemelas necesitarían visas para entrar a España ya que el Estado no reconocería el certificado de nacimiento.

A diferencia de la Corte belga, el DGRN decidió registrar los certificados basándose en argumentos de no discriminación y mayor interés de las menores. El organismo encontró que no se violaba el interés público porque el registro de dos padres estaba permitido en España para la adopción y que no podía haber diferencia de trato entre los hijos biológicos y los adoptados. También recordó que dos mujeres pueden ser registradas como padres y que tratar diferente a una pareja de dos hombres sería una violación a la prohibición de no discriminación. Finalmente, bajo la Convención de los derechos del niño y la jurisprudencia de la Unión Europea estaba en el mejor interés de las niñas que estuvieran registradas en España y en California bajo los mismos términos.

En todos los casos los argumentos que se enfrentan incluyen el derecho de la mujer a decidir sobre su cuerpo y por lo tanto decidir alquilar su vientre, la dignidad de la reproducción humana frente a la comercialización de esta función y la potencial explotación de la capacidad reproductiva de las mujeres, especialmente de aquellas en situación de vulnerabilidad. Adicionalmente hay que preguntarse si existe un sesgo discriminatorio cuando se trata de parejas gays y se privilegia la maternidad de la

27 USA. *In re Baby M*. No A-39 [en línea]. Suprema Corte de Justicia de Nueva Jersey, 3 de febrero de 1988. http://www.gale.cengage.com/free_resources/whm/trials/babym.htm

28 USA. *A.G.R. vs D.R.H. & S.H.* [en línea]. Corte Superior de Justicia de Nueva Jersey, 23 de diciembre de 2009. http://graphics8.nytimes.com/packages/pdf/national/20091231_SURROGATE.pdf

29 Echr. *Schalk and Kopf v. Austria* [en línea]. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 24 June 2010. En este caso el Tribunal Europeo sostuvo por primera vez que las parejas del mismo sexo están protegidas por el artículo 8 de la Convención y tienen el derecho a la vida familiar.

mujer gestante. O si tal vez, una visión romántica de la maternidad traiga consigo una inclinación por buscar que la madre biológica mantenga ese “lazo único e irremplazable” que crean los nueve meses de la gestación.

El consentimiento del hombre

En materia de derechos reproductivos, la última palabra siempre la ha tenido la mujer. A pesar de que la función reproductiva no es posible sin la presencia del gameto masculino (espermatozoide), el hecho de que el proceso de gestación ocurra en el cuerpo de la mujer y de que sea ella quien sufre las consecuencias físicas y biológicas de un embarazo, justifica que sea su consentimiento el que sea tenido en cuenta y no el del hombre. La pregunta, entonces, es ¿qué valor tiene el consentimiento del hombre cuando la fecundación no ocurre en el cuerpo de la mujer sino en un laboratorio? Algunas cortes ya han tratado de responder esta pregunta.

Uno de los casos más paradigmáticos ocurrió en Inglaterra y llegó hasta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos³⁰. El dramático caso enfrenta a la pareja de Natallie Evans y Howard Johnston quienes se comprometieron en 2000. En octubre de 2001, le diagnosticaron cáncer de ovarios a Evans y le ofrecieron extraerle unos óvulos para ser fertilizados *in vitro*, ya que el tratamiento del cáncer afectaría su fertilidad. Un mes después, once óvulos de Evans fueron extraídos, fertilizados con el semen de Johnston y posteriormente los seis embriones resultantes fueron congelados. Ese mismo mes, le removieron los ovarios a Evans quirúrgicamente. Los médicos indicaron que debería esperar al menos dos años antes de considerar la implantación de alguno de los embriones en su útero.

En mayo de 2002 la pareja decidió romper su compromiso y un par de meses después Johnston le escribió a la clínica que tenía congelados los embriones, pidiéndole que fueran destruidos. La clínica notificó a Evans, recordándole que legalmente se requería del consentimiento sostenido de las dos partes durante todo el proceso y que si una de las partes lo retiraba, los embriones debían destruirse. Evans decidió iniciar una demanda contra la ley vigente ante el alto tribunal, en compañía de la Sra.

Hardley quien coincidía en querer usar los embriones congelados, que había fertilizado con su ex esposo, que también había retirado el consentimiento para la implantación de estos. El argumento de las dos mujeres se centraba en que los embriones representaban su única opción de tener hijos biológicos, dada su actual infertilidad y que si esa gestación se hubiera hecho en su cuerpo, los hombres no tendrían el poder de interrumpirla, ni se requeriría su consentimiento.

En octubre de 2003, el alto tribunal decidió fallar contra la solicitud de las mujeres aclarando que si bien sentían simpatía por su situación, la ley era clara al requerir el consentimiento del hombre y no era de su competencia, sino del parlamento, cambiar la ley. Ninguna corte nacional admitió las apelaciones presentadas. Hardley decidió desistir y Evans llevó su caso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En marzo de 2006 el Tribunal Europeo falló con una votación de 5-2 en contra de Evans estableciendo que el derecho a la vida familiar de Evans no podía superar la falta del consentimiento de Johnston. La decisión fue unánime en cuanto no se consideró violado el derecho a la vida desde el momento a la concepción de los embriones que se destruirían³¹. Evans apeló a la sala plena del tribunal, la cual confirmó el fallo definitivamente el 10 de abril de 2007 de manera unánime negando una violación del derecho a la vida y 13-4 frente a la violación del derecho a la vida familiar y a la prohibición de discriminación³².

Casos similares fueron fallados de manera similar, privilegiando el consentimiento del hombre sobre las consideraciones de la mujer de dar uso a los embriones congelados en Estados Unidos (*Davis v Davis*³³) e Irlanda (*Roche v Roche*³⁴). En todos estos casos, la regla que en materia reproductiva da la última palabra a la mujer³⁵, cambia radicalmente, siendo el hombre quien tiene la última

30 Reino Unido. *Natallie Evans v. Amicus Healthcare and Others*. Corte de Apelación de Inglaterra, 2003. Ver también: “Balancing competing interests over frozen embryos: the judgment of Solomon? *Evans v. United Kingdom*”. *Medical Law Review*. Autumn 2006. N° 14. p. 425. Sheldon, Sally. “Gender Equality and Reproductive Decision making”. *Feminist Legal Studies*. 2004, 12 (3). p. 303.

31 Echr. *Evans v. United Kingdom* [en línea]. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 7 de marzo de 2006. <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=793163&portal=hbk&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>

32 Ibid. (Caso Evans). Appeal to the Grand Chamber. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 10 de abril de 2007. <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=815166&portal=hbk&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>

33 USA. *Davis v. Davis* 842 S. W. 2d 588 [en línea]. Suprema Corte de Justicia de Tennessee, 1 de junio de 1992. http://biotech.law.lsu.edu/cases/cloning/davis_v_davis.htm

34 Op. cit. Nota : 12 (*Caso Roche*).

35 Paton v. United Kingdom 2 EHRR 408

palabra. Parecería que las cortes consideran que una vez el proceso de reproducción se halla fuera del cuerpo de la mujer, su consentimiento no sólo no es el definitivo, sino que además tampoco queda en igualdad de condiciones que el del hombre. Es decir que ni siquiera se considera el argumento de que como no está en el cuerpo de ninguno, entonces ninguna de las voluntades se puede convertir en un veto para la otra. Tampoco se hace uso de la figura de estoppel del derecho privado, según la cual una parte tiene expectativas legítimas derivadas de la actuación de la contraparte. En el contexto que se estudia, las mujeres de estos casos podrían argumentar que si los hombres dieron su consentimiento para la fertilización de sus óvulos y la congelación de los embriones resultantes, ellas tienen la expectativa legítima de que esos embriones sean usados eventualmente para sus propios fines reproductivos³⁶.

Esto es precisamente lo que ilustra el caso israelí de Nahmani vs Nahmani. La Corte Suprema de Israel en sala plena, llegó a la conclusión opuesta a la de los casos de Inglaterra e Irlanda y estableció las diferencias con el caso de Davis vs Davis de Estados Unidos. En este caso Ruth y Daniel Nahmani estaban casados y no podían tener hijos porque Ruth había tenido una histerectomía. Decidieron intentar un tratamiento de FIV del óvulo de Ruth con el espermatozoide de Daniel, esperando implantar el embrión en una madre sustituta. Bajo la ley israelí el alquiler de vientres no estaba permitido y la FIV sólo se permitía cuando la implantación del embrión se realizaría en la misma mujer de quien provino el óvulo. Dados los altos costos de este tratamiento en Estados Unidos, la pareja decidió solicitar a la Corte Suprema una autorización para que el tratamiento *in vitro* se realizara en Israel y el alquiler de vientre en Estados Unidos. La corte otorgó la autorización de que la FIV se realizara en Israel (HCJ 1237/91).

Posteriormente, Daniel dejó a Ruth y tuvo un hijo con otra mujer. Ruth le solicitó al hospital de Assuta que le entregara los embriones para que ella los llevara a Estados Unidos con el propósito de alquilar un vientre. Daniel se opuso. El hospital de Assuta se negó a entregar los embriones. La batalla legal empezó y llegó en apelación a la Corte Suprema.

Una mayoría de la Corte votó a favor de Ruth con varios argumentos. Primero encontró que bajo la doctrina del estoppel promisorio, ella tenía derecho a usar los embriones ya que ella había confiado en su pareja al decidir iniciar el proceso de donación de óvulos (con todas sus

implicaciones) y por lo tanto él no podía retractarse de su promesa. Segundo, la mayoría encontró que el consentimiento de ambas partes era necesario para destruir los embriones dado que el derecho de ella de ser madre tenía más peso que el derecho de él a no ser un padre genético. El juez Kedmi insistió en que el consentimiento dado al momento de la fertilización era suficiente para probar un consentimiento a la paternidad y no podía retirarse después³⁷. Finalmente, la Corte le dio mucho valor al hecho de que esta era la única posibilidad de que Ruth pudiera tener un hijo genético.

Lo que es claro de las varias opiniones de este caso, es que el retiro del consentimiento sólo presenta un problema cuando aún no se han implantado los embriones en el útero. Los jueces que votaron por Daniel también indicaron que una vez hay implantación la autonomía sexual de la mujer prima y que sin el consentimiento de una madre sustituta, un hombre no podría forzar a una mujer a que se implante un embrión.

“Puede ser que un día, cuando la ciencia permita que incluso el embarazo ocurra por fuera del útero de la mujer, debemos enfrentarnos a un nuevo problema. ¿Quién sabe qué nos depara el futuro? Actualmente, llegamos al punto de no retorno sólo cuando los embriones son implantados en el cuerpo de la madre sustituta, cuando el valor del derecho de la mujer a proteger y controlar su propio cuerpo debe primar”³⁸.

Esta discusión sobre el valor que tendrá el consentimiento masculino en materia reproductiva mientras el cuerpo de la mujer no esté de por medio, se hace mucho más aguda en un caso irlandés en el que se reconoce la legitimidad de un donante de semen que pide a una corte acceso a su hijo biológico, del cual son madres una pareja lesbiana³⁹. No es coincidencia que en la decisión la Corte afirme que una pareja de lesbianas no pueden reconocerse como familia bajo la ley irlandesa. Tal vez sea justo y deseable que la decisión del hombre pueda tener reconocimiento legal, pero si es así, ¿dónde fijar el límite? La realidad médica ha avanzado de mucho más rápidamente que la jurídica y la existencia de reglas alrededor de estos temas sólo deja más preguntas. Por ejemplo, crea una gran incertidumbre para las parejas que quieren tener

36 Israel. *Nahmani v. Nahmani*. CFH 2401/95. 12 de septiembre de 1996.

37 Ver: *Kass v. Kass*, la Corte de Nueva York sustentó que una vez realizada la fertilización, el esposo no podría vetar el procedimiento, ya que no había diferencia entre fertilización de un óvulo y fertilización *in vitro*.

38 Judgment of Justice T. Strasberg Cohen.

39 Irlanda. McD. V. L. & anor: neutral Citation. Corte Suprema, 2009. Párrafo: 81.

hijos y recurren a este tipo de técnicas, sobre si su relación con el menor va a ser reconocida o si en cualquier momento va a aparecer un donante exigiendo derechos sobre el menor.

Quienes hemos trabajado legalmente por la liberalización de las leyes contra el aborto, sabemos bien que una de las estrategias de los grupos que se oponen a ello, es la declaración del derecho a la vida desde el momento de la concepción; sin excepciones. Si esto es así, como se mencionó en un capítulo anterior, no existiría siquiera la posibilidad de congelar embriones y por lo tanto las parejas que buscan métodos de reproducción asistida, así como las clínicas que prestan este tipo de servicios, no tendrían un marco legal dentro del cual pudieran ejercer estas actividades. Es posible entonces, que tengamos aquí un aliado grande y poderoso al que tal vez debamos acudir para tener una conversación sobre intereses y amenazas comunes. Este acercamiento, además nos permitiría iniciar un acercamiento para tratar varios de los otros dilemas planteados en este artículo, no enfrentados sino pensándonos en la misma orilla. Las decisiones que las cortes han tenido que tomar alrededor de estos casos no han sido fáciles, y tal vez ni siquiera sea deseable establecer una regla de blanco o negro. Sin embargo, sin excepción todas las jurisdicciones han concordado en que una vez el embrión ha sido implantado en el cuerpo de la mujer, no hay duda de que su autonomía es definitiva y que el hombre no podrá obligarla nunca a permitir una implantación contra su voluntad.

Conclusión

Explorar todas estas preguntas genera una sensación de vértigo ante la infinidad de posibilidades que nos presentan los escenarios de la tecnología reproductiva. Verdades universales son reevaluadas y los acuerdos más básicos sobre el tratamiento jurídico de la familia quedan obsoletos.

Sin embargo, aunque la tarea sea titánica, es nuestro deber enfrentar los dilemas y empezar a evaluar las diferentes respuestas. Para ello, creemos que es útil considerar las siguientes reflexiones:

1. ¿Es nuestro deber como abogadas feministas defender la autonomía reproductiva de las mujeres incluso en aquellos escenarios en los que no compartimos sus decisiones o en los que el resultado de su ejercicio choca nuestras posiciones morales más básicas, como por ejemplo la comercialización de la esencia de la existencia humana, o la manipulación selectiva de la nueva generación de nuestra especie?

2. ¿Cómo podemos repensar una de las formulaciones del imperativo categórico de Kant, según la cual debe tratarse a las personas como un fin y no como un mero medio, para evitar tratar a las mujeres como máquinas reproductivas sin llegar a un paternalismo patriarcal que no ve en la mujer un sujeto que puede tomar decisiones morales⁴⁰?

3. ¿Es posible avanzar en la revolución femenina y la afirmación de derechos y libertades para las mujeres sin reconocer que muchos, si no todos los avances logrados históricamente, han sido gracias a que ciertos grupos de mujeres, casi siempre en alguna situación de vulnerabilidad, han asumido el costo de seguir cumpliendo con las funciones de cuidado y reproducción que la sociedad le impone a las mujeres?, ¿cómo reivindicar la equidad de género con la justicia social en materia reproductiva?, ¿qué efectos de la globalización facilitan la explotación de la función reproductiva de cierto tipo de mujeres?

Lo admitimos, son muchas preguntas y aún no tenemos todas las respuestas. Pero ya es hora de empezar a pensarlas, teniendo siempre en mente como derroteros últimos, los principios de dignidad humana y equidad de género.

⁴⁰ Este argumento fue usado por la Corte Constitucional en la sentencia C-355/06 que liberalizó el aborto en ciertas circunstancias. Ver http://www.womenslinkworldwide.org/pdf_pubs/es_pub_c3552006.pdf