

# Reglamentando políticas públicas en reproducción asistida para parejas seroconcordantes homoafectivas

Antônio de Freitas Freire Júnior<sup>1</sup>, Lethícia Geovânia Bezerra de Brito<sup>2</sup>, Ricardo Jorge de Araújo Filho<sup>3</sup>, Rosângela Viana Zuza Medeiros<sup>4</sup>

## Resumen

Las tecnologías reproductivas permiten que las parejas seroconcordantes homoafectivas tengan hijos biológicos saludables, ya que, si se aplican adecuadamente, impiden la transmisión vertical del virus de la inmunodeficiencia humana. Frente al avance de las ciencias naturales y de las consecuencias sociales que lo acompañan, la ciencia jurídica debe progresar para lidiar con estas nuevas realidades. En base a ello, el presente estudio se propone investigar la obligación estatal de reglamentar políticas públicas que contemplen técnicas de reproducción asistida, puesto que la integralidad del derecho a la salud y a la planificación familiar debe abarcar al grupo-objeto de esta investigación. Se utilizaron el método deductivo y técnicas de revisión de la literatura, enfocándose en la legislación brasileña vigente, en monografías de bioderecho y en resoluciones del Consejo Federal de Medicina acerca del tema.

**Palabras clave:** Seropositividad para VIH. Técnicas reproductivas. Política pública.

## Resumo

### Regulamentando políticas públicas em reprodução assistida para casais soroconcordantes homoafetivos

Tecnologias reprodutivas permitem que casais soroconcordantes homoafetivos tenham filhos biológicos saudáveis, já que, se aplicadas adequadamente, impedem a transmissão vertical do vírus da imunodeficiência humana. Diante do avanço das ciências naturais e das consequências sociais que o acompanham, a ciência jurídica deve progredir para lidar com essas novas realidades. Com base nisso, a pesquisa propõe-se a investigar a obrigação estatal de regulamentar políticas públicas que contemplem técnicas de reprodução assistida, visto que a integralidade do direito à saúde e ao planejamento familiar deve abarcar o grupo-objeto deste estudo. Utilizou-se método dedutivo e técnicas de revisão literária, com enfoque na legislação brasileira vigente, em monografias do biodireito e resoluções do Conselho Federal de Medicina sobre o tema.

**Palavras-chave:** Soropositividade para HIV. Técnicas reprodutivas. Política pública.

## Abstract

### Regulating public policy regarding assisted reproduction for seroconcordant homosexual couples

Reproductive technologies allow HIV positive seroconcordant homosexual couples to have healthy biological children, since, if executed properly, they prevent the vertical transmission of the human immunodeficiency virus. Given the advance in natural sciences and the accompanying social consequences, law must progress to deal with these new realities. Based on that, the present study proposes to investigate the state obligation on the regulation of public policies that contemplate assisted reproduction techniques, since the right to health and family planning should encompass the object group of this research. We used the deductive method and literary review techniques focusing on the Brazilian legislation in force, biolaw dissertations and the resolutions of the Brazilian Federal Council of Medicine on the subject.

**Keywords:** HIV Seropositivity. Reproductive techniques. Public policy.

1. **Graduando** juniorfreitasxx@gmail.com – Universidade Potiguar (UnP) 2. **Graduanda** lethiciabrito@outlook.com – UnP 3. **Graduando** ricardojorge9345@gmail.com – UnP, Natal/RN, Brasil 4. **Mestre** rvzuza@hotmail.com – Universidade de Coimbra (UC), Coimbra, Portugal.

## Correspondência

Antônio de Freitas Freire Júnior – Rua Alcindo Dias de Oliveira, 1.446 CEP 59633-220. Mossoró/RN, Brasil.

Declararam não haver conflito de interesse.

Este artículo aborda el acceso de las parejas homoafectivas seroconcordantes (ambas con el virus de la inmunodeficiencia humana – VIH/SIDA) a las políticas públicas de reproducción asistida. Las nuevas tecnologías reproductivas han posibilitado que las parejas infértiles tengan hijos biológicos, así como la prevención de la transmisión vertical del VIH, es decir, de los padres a los hijos. Estas técnicas ayudan a la concepción, siendo utilizadas principalmente en casos de infertilidad (dificultad para quedar embarazada), esterilidad (incapacidad para concebir) y para prevenir el contagio de enfermedades, ya sea vertical u horizontalmente (entre parejas).

La *Convención Internacional de Población y Desarrollo* de 1994 (Convención de El Cairo)<sup>1</sup> fue un hito para los derechos sexuales y reproductivos. A partir de ella se entendió que el individuo tiene autonomía sobre su aparato reproductor. Sin embargo, las nuevas tecnologías reproductivas plantearon algunas cuestiones sobre esta autonomía y el papel del Estado, es decir, ¿debería el poder público meramente garantizar esta libertad sólo impidiendo que terceros la violen, o debería elaborar e implementar políticas públicas, saliendo de la inercia garantista?

Para este estudio se adoptó el método deductivo, con revisión literaria de la doctrina, la jurisprudencia y la legislación concernientes a los derechos sexuales y reproductivos, además del derecho a la salud del grupo en cuestión, parejas homoafectivas seroconcordantes, así como las resoluciones del Consejo Federal de Medicina (CFM) que abordan el asunto.

Esta investigación no consideró a serodiscordantes, lo que agregaría la transmisión horizontal a la problemática, tema que no convergería con los propósitos de este trabajo. Además, se limitó a parejas homoafectivas, no sólo por ser un grupo vulnerable, sino también porque sufren estigmatización en relación con el VIH.

Así, para comprender la regulación de las políticas públicas sobre reproducción asistida para este grupo, el artículo propone entrecruzar derechos fundamentales, normativas relevantes para el objeto y conocimientos sobre reproducción humana asistida (RHA), esta última en observancia a la interdisciplinariedad que la temática exige.

### Derechos fundamentales inherentes a la salud reproductiva

Los derechos fundamentales, en tanto positividad de los derechos humanos en los países, se extienden a todos los seres humanos y no sólo a los

ciudadanos o contribuyentes. Apuntan al bienestar general de la sociedad, sin ningún tipo de selectividad en cuanto a quién es el sujeto de derechos. Por lo tanto, es esencial recurrir a la Carta Magna como fundamento mayor para respaldar el acceso de grupos vulnerables, como las parejas seroconcordantes homoafectivas, a las tecnologías reproductivas. Se destaca que la novedad de estas tecnologías no es un obstáculo, ya que los derechos fundamentales están en evolución constante precisamente para adecuarse a las nuevas realidades.

En esta discusión, merece destacarse el derecho a la salud, dada su intimidad con el propio derecho a la vida, ya que la falta del primero compromete la preservación del segundo, como señalan Sarlet y Figueiredo<sup>2</sup>. Esta relación es esencial, pues, siendo la vida una de las principales garantías del individuo difícilmente puede relativizarse. Por lo tanto, la inflexibilidad del derecho a la vida acaba por inviabilizar el derecho a la salud.

Este último es difícil de conceptualizar, ya que la propia idea de salud es poco medible. En palabras de Ribeiro Filho<sup>3</sup>, cuanto más altos son los niveles de bienestar alcanzados, mayores pueden ser las exigencias de servicios sanitarios realizadas a los poderes públicos. Es decir, la idea de salud no es estática, sino que siempre es un concepto en expansión.

La Organización Mundial de la Salud (OMS), en su protocolo de constitución, define la salud como un *estado de completo bienestar físico, mental y social*, (...) [que] *no consiste sólo en la ausencia de enfermedad o dolencias*<sup>4</sup>. Para complementar, vale decir que el derecho a la salud abarca todas las situaciones de la vida humana en que debe garantizarse el bienestar del individuo<sup>3</sup>. En Brasil, en los términos del artículo 196 de la Constitución Federal (CF) de 1988<sup>5</sup>, esta garantía es un deber del Estado.

También según Sarlet y Figueiredo<sup>2</sup>, los derechos fundamentales tienen dos clasificaciones: una negativa, que implica la defensa de la salud, y otra positiva, es decir, la prestación de servicios y la aplicación de políticas públicas. Aunque el deber estatal en este contexto incluya a ambas definiciones, cuando se trata del acceso de parejas homoafectivas seroconcordantes a la reproducción asistida, se hace evidente la necesidad de debatir la dimensión positiva.

También considerando el artículo 196 de la Constitución Federal de 1988, este derecho es universal e igualitario, lo que no significa que la forma de garantizarlo deba ser igual para todas las personas, especialmente en un país desigual como Brasil<sup>2</sup>. En este contexto, debe buscarse la igualdad material, es decir, el trato desigual a lo desiguales.

Corresponde, por lo tanto, considerar el derecho a la salud junto con el derecho a la igualdad, sin ser el primero brindado sólo a una parte de la población.

En este sentido, Marmelstein<sup>6</sup> señala la discriminación negativa, esto es, el deber de no segregar al diferente, y la discriminación positiva, el compromiso de igualar. De esta forma, corresponde al Estado promover medidas compensatorias que garanticen la igualdad de condiciones entre los grupos menos favorecidos y los demás ciudadanos. Esto remite a la discriminación positiva, apuntando a la igualdad material.

La Constitución de la OMS también aborda la isonomía en el acceso a la salud, definiéndola de la siguiente manera: *gozar del mejor estado de salud que sea posible alcanzar es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano, sin distinción de raza, religión, credo político, condición económica o social*<sup>4</sup>. Por lo tanto, en la perspectiva isonómica, la salud debe garantizarse tanto a nivel nacional como internacional.

Por ser un tema abarcativo, para hablar del derecho a la salud es más apropiado realizar un recorte específico – en el contexto de este artículo, el derecho a la salud reproductiva a partir de técnicas asistidas. Estas técnicas fueron definidas por el *Informe de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo*<sup>1</sup> y reafirman los conceptos de la Constitución de la OMS: *la salud reproductiva es un estado de completo bienestar físico mental y social (...) en todas las materias concernientes al sistema reproductivo y a sus funciones y procesos*<sup>7</sup>. Así, evitar la transmisión hereditaria del VIH es parte del derecho a la salud reproductiva, respetando la isonomía en este proceso.

Los derechos reproductivos se basan en la libertad de toda pareja o individuo para decidir responsablemente cuándo y cuántas veces tener hijos, obteniendo información y medios para hacerlo, gozando del más alto nivel de salud sexual y reproductiva. El *Informe de la Conferencia de El Cairo*<sup>1</sup> también contempla la planificación familiar, dejando implícito que, para ello, mujeres y hombres deben tener acceso a métodos eficientes, seguros y aceptables que permitan generar descendencia sana.

Según Heloisa Helena Barboza, citada por Moás y colaboradores<sup>8</sup>, anteriormente se atribuía al derecho a procrear sólo connotaciones negativas, asociadas a la libertad de decidir no tener hijos a través de métodos de control de la fecundidad. Actualmente, la idea también ha adquirido un significado positivo, refiriéndose a la libertad de elegir cómo procrear, siendo la Conferencia de El Cairo<sup>1</sup> uno de los hitos para la valorización de esta faceta positiva.

Lemos y Chagas<sup>9</sup> entienden que los derechos reproductivos no son necesariamente absolutos, ya que su ejercicio puede afectar la vida y la intimidad de aquel que será concebido. Esta persona no puede ser simplemente objeto de cumplimiento de deseos, ya que tiene una finalidad en sí. A pesar de eso, no se puede impedir la reproducción de parejas seroconcordantes con el argumento de que pondría en riesgo la salud del niño, ni tampoco apuntar a la adopción como una alternativa para satisfacer la paternidad o maternidad biológica.

En el mismo sentido, Paiva y colaboradores<sup>10</sup> enfatizan la obligación ética y constitucional de promover los derechos reproductivos de las personas que viven con VIH, cuya libertad de tener hijos es legítima, a pesar de la estigmatización de la enfermedad incluso entre los profesionales de salud. En la práctica, esta garantía pasa por políticas públicas, como el Programa de Reproducción Asistida para Seropositivos, implementado por el gobierno de São Paulo en 2010, y el Programa Estadual DSTAids-SP. Según Maria Clara Gianna, coordinadora de este último, el objetivo es *propiciar una concepción segura, sin riesgos de infección de la pareja seronegativa en el caso de parejas serodiscordantes o sin riesgos de reinfección para parejas donde ambos son seropositivos para el VIH*<sup>11</sup>.

Se constata que la aplicación de políticas públicas de RHA a parejas seroconcordantes homoafectivas, en tanto discriminación positiva dirigida a compensar las desigualdades, materializa también el aspecto positivo de los derechos reproductivos, permitiendo que los miembros de este grupo tengan hijos. Así, sus derechos de reproducción no se limitan a la posibilidad de optar solamente por *no* procrear, sino siempre teniendo en cuenta la prevención de la transmisión vertical del VIH. Dicho esto, en la siguiente sección se encuentran algunas reflexiones más profundas sobre las técnicas de RHA que pueden garantizar estos derechos.

### Técnicas de reproducción asistida

Frente a la carencia legislativa sobre RHA en Brasil, el CFM publicó la Resolución 2.168/2017<sup>12</sup>, que aborda los principios y requisitos para estas técnicas en el sistema de salud nacional. La deliberación define estos métodos como auxiliares en la solución de problemas de reproducción humana, facilitando la procreación de parejas hetero y homoafectivas, así como de personas solteras, salvaguardando el derecho médico a la objeción de conciencia. Para someterse a estos procedimientos, las personas

deben ser consideradas capaces y estar totalmente de acuerdo y debidamente informadas, siguiendo el principio del consentimiento informado.

Esta investigación destaca las técnicas de RHA dirigidas a parejas seroconcordantes homoafectivas que desean formar una familia, pues la presencia del virus requiere mayor atención para prevenir la transmisión por contacto sanguíneo, horizontal o verticalmente (durante la gestación, el parto y la lactancia). Entre estas técnicas se destacan la inseminación intrauterina (IIU), la fertilización *in vitro* (FIV) y la inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI).

Dada la responsabilidad de los padres y del Estado de garantizar la salud del bebé, evitando la transmisión vertical y asegurándole el derecho a la vida y a la salud, de acuerdo con el artículo 227 de la CF/88<sup>5</sup>, antes de aplicar la tecnología mencionada, es necesario proceder al lavado de espermatozoides. Según Vaz<sup>13</sup>, este método se divide en los siguientes pasos: recolección, centrifugación, lavado y filtrado de semen, cuando el compañero es seropositivo. Esto permite aislar gametos masculinos no infectados por el líquido seminal, donde el virus se instala.

Para las parejas heterosexuales serodiscordantes en las que el hombre es seropositivo, después del lavado de esperma, se procede a la FIV que, según Souza y Alves<sup>14</sup>, tiene como objetivo la manipulación en laboratorio de ambos gametos (espermatozoides y óvulos), buscando obtener embriones de buena calidad. Cumplida la etapa masculina, los óvulos son capturados por punción guiada vía ultrasonido transvaginal y fertilizados con el esperma ya lavado. De tres a cinco días después de la FIV, los embriones se transfieren al útero.

En el caso de la ICSI, los espermatozoides se evalúan con un potente microscopio, lo que permite elegir los gametos con más movilidad y morfología normal. Después del análisis, la ICSI consiste en inyectar el espermatozoide directamente en el óvulo, en un procedimiento realizado en el laboratorio por un embriólogo, según relatan Souza y Alves<sup>14</sup>.

Para las parejas heterosexuales en las que sólo la mujer es seropositiva, la IIU es normalmente la más recomendada, ya que se considera de baja complejidad. En esta técnica, el semen, recogido y preparado en el laboratorio, se introduce en el útero con la ayuda de un catéter específico<sup>14</sup>. Otro método indicado para estas parejas es el ICSI, que evita la transmisión por contacto, ya que este procedimiento se realiza mediante inyección directa de esperma en el óvulo, seguido del diagnóstico pre-implantacional que selecciona embriones sanos, como lo explican Corrêa y Loyola<sup>15</sup>.

Vale señalar que, para todas estas técnicas de parejas serodiscordantes, además es necesario el acompañamiento médico, los medicamentos antirretrovirales, el parto por cesárea y, en caso de mujeres seropositivas, buscar alternativas a la lactancia, pues la leche materna contiene el virus.

Para las parejas seroconcordantes homoafectivas femeninas, existen dos posibilidades: la IIU, también llamada inseminación artificial, y la FIV; ambas necesitan semen donado. En este método, una de las compañeras fecunda con el espermatozoide sólo su óvulo o el de la otra también – la denominada gestación compartida, por la Resolución CFM 2.168/2017<sup>12</sup>. Es importante recordar que, según la Resolución, la edad máxima para que las mujeres utilicen esta técnica es de 50 años, ya que las dificultades aumentan con la edad.

Cuando las parejas seroconcordantes homoafectivas masculinas desean tener hijos biológicos, la presencia de una tercera persona va más allá de la donación de gametos: es necesaria la gestación de sustitución, es decir, el uso temporal del útero, popularmente conocido como el “alquiler de vientre”. La Resolución CFM 2.168/2017, en su ítem VII, inciso 1, deja en claro que *las donadoras temporales del útero deben pertenecer a la familia de uno de los compañeros*<sup>12</sup>, y pueden ser madre, hermana, tía o prima, siempre que se respete la edad de hasta 50 años.

En estos casos, la FIV o la IIU se realiza en la donadora de útero con el semen de uno de los compañeros, después del lavado de esperma en el laboratorio. Es de destacar que la donación temporal del útero no puede tener un carácter lucrativo o comercial<sup>16</sup>. Para evitar la transmisión horizontal y vertical en la aplicación de las técnicas reproductivas, es necesario el lavado de esperma, cuando el seropositivo en la pareja es masculino, y la IIU, cuando es la mujer. Además de mantener la terapia antirretroviral durante la gestación, se deben tomar los debidos cuidados médicos en el parto y evitar la lactancia, ya que la transmisión vertical puede ocurrir en estas últimas tres etapas.

Un proceso poco utilizado, pero que gradualmente va ganando importancia en los estudios de la biomedicina brasileña es la terapia génica. Según Paiva, este procedimiento consiste en introducir *material genético terapéutico en una célula* [para sustituir o silenciar] *genes defectuosos utilizando técnicas de ADN recombinante y de edición de genoma*<sup>17</sup>. El autor explica además que los vectores protegen y transportan *material genético hacia dentro de la célula*; el vector ideal se selecciona de acuerdo con el objetivo terapéutico, siendo posible *elegir entre vectores virales y no virales*<sup>17</sup>.

A pesar de haber sido pensada para evitar enfermedades hereditarias monogénicas, en los estudios actuales esta terapia es más utilizada para el tratamiento de enfermedades adquiridas, como el cáncer y la infección por VIH<sup>18</sup>. La técnica germinativa, parte de la terapia génica, ha llamado la atención de las personas que viven con VIH y desean tener hijos, pues propone fundamentalmente la transformación definitiva de la expresión génica con fines terapéuticos.

Todos estos recursos mencionados buscan ofrecer una mejor calidad de vida reproductiva al ciudadano, garantizando así su derecho a la salud y a la dignidad humana<sup>8</sup>. Para las parejas seropositivas que desean tener hijos, la terapia génica germinativa podría ser la esperanza para evitar la transmisión vertical, dado que sus células-fin son los gametos, localizados para la extracción del gen defectuoso. Sin embargo, hay varias críticas a este método, y una de ellas es la injerencia en la reproducción humana, en el patrimonio genético, sin contar con las posibles consecuencias para el ADN, como la malformación del embrión, las alteraciones morfológicas y, en algunos casos, muerte.

### Reglamentación de políticas públicas

Es necesario investigar la implementación de estas técnicas de RHA a través de políticas públicas, teniendo en cuenta los principios y derechos fundamentales que envuelven la problemática, así como el reconocimiento jurisprudencial de la protección de los grupos vulnerables. Hay que considerar, en este contexto, el juicio de la Acción Directa de Inconstitucionalidad (ADI) 4.277<sup>19</sup>, que reconoció la unión homoafectiva como una entidad familiar y garantizó el derecho a la autoestima y a la búsqueda de la felicidad para las parejas del mismo sexo.

En el sistema jurídico brasileño, asegurar la *protección de las minorías y de los grupos vulnerables califica, en realidad, como un fundamento imprescindible para la plena legitimación material del Estado Democrático de Derecho*<sup>20</sup>. Así, la reglamentación de políticas de reproducción asistida para parejas seroconcordantes homoafectivas haría concretos tales derechos.

Esta posibilidad se reconoce en el artículo 2º de la Ley 8.080/1990 (Ley del Sistema Único de Salud), al considerar la salud como un derecho fundamental de todos, atribuyendo al Estado el deber de *proporcionar las condiciones indispensables para su pleno ejercicio a través de la formulación y ejecución de políticas económicas y sociales destinadas a la reducción de riesgos de enfermedades y de otras*

*dolencias*<sup>21</sup>. Por lo tanto, la legislación confiere al poder público un papel positivo, sin limitarse a la garantía del acceso universal a sus políticas.

La infertilidad y la imposibilidad de formar un núcleo familiar saludable, las adversidades que afectan a las personas que viven con VIH, deben ser pensadas como problemas de salud. El CFM, en el preámbulo de la Resolución 2.168/2017<sup>12</sup>, ya reconoce la infertilidad humana como una cuestión de salud, dado que está acompañada de implicaciones médicas y psicológicas para los infértiles y legitima el deber de superarlas. El mismo documento admite el avance del conocimiento científico para franquear los obstáculos a la reproducción humana, y recurre al juicio de la ADI 4.277 para garantizar los mismos derechos a las parejas homoafectivas.

Esta perspectiva también se ha discutido administrativamente en las últimas dos décadas. Según Nascimento, en su tesis doctoral, en el Plan Nacional de Atención Integral a la Salud de la Mujer – Principios y Directrices, presentado en 2004, *la infertilidad y la reproducción asistida son consideradas como una de las lagunas en las políticas de atención a la salud de la mujer*<sup>22</sup>.

Al reconocer estos problemas y los derechos reproductivos de las parejas seroconcordantes homoafectivas, que aún deben estar protegidas por el principio de isonomía, surge el deber estatal de concretizar los derechos fundamentales a través de políticas públicas, como señala Faro<sup>23</sup>. Según el investigador, *el Estado, por medio de la Administración Pública, tiene el deber de poner en práctica y con eficiencia políticas públicas que concreten derechos, con el uso esperado (correcto) de los recursos públicos en la mejor relación posible de costo-beneficio*<sup>24</sup>.

Las discusiones sobre programas gubernamentales que hacen viables los derechos reproductivos se remontan a más de dos décadas. El ítem 7.3 del *Informe de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo*<sup>1</sup>, al considerar los derechos de reproducción como garantizados por leyes nacionales e internacionales, establece que *la promoción del ejercicio responsable de estos derechos por cada individuo debe ser la base fundamental de las políticas y programas de gobierno y de la comunidad en el área de la salud reproductiva*<sup>7</sup>.

La protección de las personas infectadas por el VIH se discutió ampliamente durante la Conferencia y, entre las acciones establecidas para los gobiernos, se destacan: *apoyar y desarrollar los debidos mecanismos para ayudar a las familias a cuidar a sus hijos, de ancianos dependientes y de miembros de la familia portadores de discapacidades, incluso las*

resultantes del VIH/SIDA<sup>25</sup> (ítem 5.11); (...) reconocer las necesidades concernientes, inter alia, la salud reproductiva, incluida la planificación familiar y la salud sexual, el VIH/SIDA, la información, la educación y la comunicación<sup>26</sup> (párrafo 6.30).

El estado brasileño ya venía reconociendo la necesidad de crear servicios eficientes de reproducción asistida ofrecidos por el SUS. La Resolución GM/MS 426/2005<sup>27</sup> instituyó en el ámbito del SUS la Política Nacional de Atención Integral en RHA, que haría efectivo el derecho a la planificación familiar mediante las técnicas de RHA, identificando, de acuerdo con su artículo 2º, inciso II, *los determinantes y condiciones de los principales problemas de infertilidad en las parejas en su vida fértil, (...) [y desarrollando] acciones intersectoriales de responsabilidad pública*<sup>27</sup>.

Sin embargo, incluso con la institución de una política nacional, se ha avanzado poco. En 2012, con la Resolución 3.149<sup>28</sup>, el Ministerio de Salud nuevamente se manifestó sobre la problemática, determinando la destinación de recursos financieros a los establecimientos de salud que realizan estos procedimientos. Se utilizó como justificación, incluso, la idea de que *las técnicas de reproducción humana asistida contribuyen a la disminución de la transmisión horizontal y vertical de enfermedades infecto-contagiosas, genéticas, entre otras*<sup>28</sup>.

En mayo de 2010, el gobierno de São Paulo lanzó el Programa de Reproducción Asistida para Seropositivos que, con un año de vigencia, atendió a cerca de 100 parejas<sup>29</sup>. Sin embargo, se desconoce cuántas de estas parejas eran de personas del mismo sexo y si alguna pareja seropositiva homoafectiva fue atendida por el ambulatorio. Por lo tanto, es necesario considerar la inconstitucionalidad de una restricción (incluso si no es intencional) en el acceso a estas tecnologías a parejas heterosexuales, excluyendo a hombres o mujeres solteros o individuos homosexuales, considerando una concepción de familia que no da cuenta de la diversidad y el pluralismo de nuestra ciudad, conforme asevera Nascimento<sup>30</sup>.

No se puede negar el avance de los derechos reproductivos de las parejas seroconcordantes a partir de la implementación de un programa de este tipo, pero es necesario expandir estas políticas públicas en el ámbito federal, a fin de atender las demandas de todas las personas que viven con VIH y que desean tener hijos biológicos. El estado debe incentivar esta tendencia, así como la participación de parejas homoafectivas, teniendo en cuenta la vulnerabilidad del grupo en cuestión.

El Estado brasileño, aunque tímidamente, asumió la importancia de regular políticas públicas

en RHA para parejas seropositivas (seroconcordantes o no). Sin embargo, aún debe poner en práctica estas acciones para garantizar los derechos de estas personas. Al confrontarse con los recursos disponibles para implementar estas acciones, el gobierno brasileño debe evaluar primero su importancia y el alcance para la sociedad. Como destaca Liana Cirne Lins, citada por Santos, en Brasil *el principio de la reserva de lo posible, ha ejercido, muchas veces, la función de mero topos retórico destinado a la descalificación a priori de los derechos sociales, dado que se emplea incluso sin la verificación de la disponibilidad efectiva del libro de caja del Estado*<sup>31</sup>.

Según Fernando Facury Scaff, citado por Santos, la teoría de la reserva de lo posible manifiesta un *concepto económico que se deriva de la constatación de la existencia de escasez de los recursos, públicos o privados, de cara a la inmensidad de las necesidades humanas, sociales, colectivas o individuales*<sup>32</sup>. De esta manera, no puede ser utilizado por El estado como un factor determinante para efectivizar el derecho a la salud sin antes, por lo menos, por medio de un estudio financiero y de recursos públicos, analizar la condición estatal para garantizar los derechos discutidos aquí.

Las políticas públicas de RHA para parejas seroconcordantes homoafectivas subsanarían las lagunas en la efectivización de los derechos a la salud y reproductivos de este grupo social. Son importantes no sólo para garantizarlos, sino para reconocerlos ante toda la sociedad. De acuerdo con Lobato, *las políticas sociales en la actualidad requieren, por lo tanto, esta dimensión, que las coloca como garantes de bienes sociales como los derechos reconocidos por la sociedad, que reclama la intervención estatal para su efectivización, pero que las ubica en la esfera pública, en oposición a la privada y más allá del Estado*<sup>33</sup>.

Resta destacar que estas políticas protegerían incluso el orden económico del derecho a la salud. Además de garantizar los derechos reproductivos de las parejas seroconcordantes homoafectivas, pueden contribuir a evitar la propagación del VIH, reduciendo gastos del poder público en retrovirales y en todo el aparato médico y psicológico proporcionado por el SUS.

## Consideraciones finales

Este artículo se propuso investigar el papel estatal, a través de políticas públicas, en la garantía de los derechos reproductivos de las parejas seropositivas homoafectivas, considerando el principio de isonomía. La necesidad de reglamentar e implementar políticas de RHA para esta porción de la población se

mostró como actual y relevante, dadas las discusiones que ya se estaban llevando a cabo en Brasil (por ejemplo, la institución del Plan Nacional para la Atención Integral en Reproducción Humana Asistida en el SUS, por las Resoluciones MS 426 y 3.149)<sup>27,28</sup>.

Sin embargo, a pesar de la discusión del tema, poco se ha hecho. Este documento sostiene la urgencia de garantizar el acceso de las parejas seroconcordantes homoafectivas a las políticas públicas de RHA, observando su condición de grupo socialmente vulnerable

y la atención especial que el Estado debe ofrecerles, buscando el ejercicio pleno de la isonomía material.

Es imprescindible que este debate sea puesto en práctica por el Estado brasileño, pues las técnicas de reproducción asistida que previenen la transmisión vertical del VIH generalmente son costosas, lo que restringe el acceso de las parejas de menos recursos. Otras cuestiones relevantes también deberían abordarse, como el papel de la salud pública en la lucha contra el VIH, así como la plena salud del bebé.

## Referências

1. Fundo de População das Nações Unidas. Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento: plataforma de Cairo, 1994 [Internet]. Brasília: UNFPA; 2005 [acesso 21 ago 2018]. Disponível: <https://bit.ly/2I9MO6H>
2. Sarlet IW, Figueiredo MF. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. *Rev Direito Consum* [Internet]. 2008 [acesso 16 ago 2018];17(67):125-72. Disponível: <https://bit.ly/35BG910>
3. Ribeiro Filho HD. A terapia gênica como decorrência do direito fundamental à saúde: fundamentos e limites. In: Stancioli BS, Albuquerque L, Freitas RS, coordenadores. XXIV Congresso Nacional do Conpedi: UFMG/Fumec/Dom Helder Câmara: biodireito e direitos dos animais I [Internet]. Florianópolis: Conpedi; 2015 [acesso 19 ago 2018]. p. 296-311. Disponível: <https://bit.ly/2ORWu0J>
4. Organização Mundial da Saúde. Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO), 1946 [Internet]. São Paulo: Comissão de Direitos Humanos da USP; [s.d.] [acesso 17 ago 2018]. Disponível: <https://bit.ly/1x8itdQ>
5. Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União [Internet]. Brasília, 5 out 1988 [acesso 17 abr 2019]. Disponível: <https://bit.ly/1bIJ9XW>
6. Marmelstein G. Curso de direitos fundamentais. São Paulo: Atlas; 2008.
7. Fundo de População das Nações Unidas. Op. cit. p. 62.
8. Moás LC, Vargas EP, Maksud I, Britto R. HIV/aids e reprodução: a perspectiva jurídica em análise. *Cad Pesqui* [Internet]. 2013 [acesso 18 ago 2018];43(150):948-67. DOI: 10.1590/S0100-15742013000300011
9. Lemos MO, Chagas MC. O direito ao planejamento familiar como direito humano fundamental autônomo e absoluto? In: Silva MNA, Engelmann W, coordenadores. Biodireito [Internet]. Florianópolis: Funjab; 2013 [acesso 17 abr 2019]. p. 274-94. Disponível: <https://bit.ly/35vEGcN>
10. Paiva V, Lima TN, Santos N, Ventura-Filipe E, Segurado A. Sem direito de amar? A vontade de ter filhos entre homens (e mulheres) vivendo com HIV. *Psicol USP* [Internet]. 2002 [acesso 19 ago 2018];13(2):105-33. DOI: 10.1590/S0103-65642002000200007
11. Saúde lança programa pioneiro na rede pública de reprodução assistida para soropositivos. Governo do Estado de São Paulo [Internet]. Saúde; 6 maio 2010 [acesso 4 dez 2018]. Disponível: <https://bit.ly/33wdVTz>
12. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 2.168, de 21 de setembro de 2017. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Diário Oficial da União [Internet]. Brasília, 10 nov 2017 [acesso 23 ago 2018]. Seção 1. Disponível: <https://bit.ly/31b5MT6>
13. Vaz SFP. Técnicas de reprodução humana assistida para pacientes sorodiscordantes, portadores da síndrome da imunodeficiência adquirida (HIV) [Internet]. Goiânia: Pontifícia Universidade Católica de Goiás; [s.d.] [acesso 27 ago 2018]. Disponível: <https://bit.ly/31f0Egz>
14. Souza KKPC, Alves OF. As principais técnicas de reprodução humana assistida. *Saúde Ciênc Ação* [Internet]. 2016 [acesso 23 jan 2019];2(1):26-37. Disponível: <https://bit.ly/2BggFbz>
15. Corrêa MCDV, Loyola MA. Tecnologias de reprodução assistida no Brasil: opções para ampliar o acesso. *Physis* [Internet]. 2015 [acesso 27 ago 2018];25(3):753-77. DOI: 10.1590/S0103-73312015000300005
16. Regino FA. O desejo de ter filhos e a construção de gênero nas políticas de saúde: análise da Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida [tese] [Internet]. Recife: Fundação Oswaldo Cruz; 2016 [acesso 15 mar 2019]. Disponível: <https://bit.ly/32umGNK>
17. Paiva JCC. Terapia gênica e suas aplicações no tratamento de doenças [trabalho de conclusão de curso] [Internet]. Brasília: Centro Universitário de Brasília; 2017 [acesso 29 ago 2018]. p. 1. Disponível: <https://bit.ly/33BSQHE>
18. Azevêdo ES. Terapia gênica. *Bioética* [Internet]. 1997 [acesso 27 ago 2018];5(2). Disponível: <https://bit.ly/2srZfoA>
19. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.277 [Internet]. 5 maio 2011 [acesso 20 ago 2018]. Disponível: <https://bit.ly/2ryLWVJ>
20. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Op. cit. p. 849-50.

21. Brasil. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da União [Internet]. Brasília, 20 set 1990 [acesso 22 jan 2019]. Disponível: <https://bit.ly/2MVvkP9>
22. Nascimento PFG. Reprodução, desigualdade e políticas públicas de saúde: uma etnografia da construção do “desejo de filhos” [tese] [Internet]. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul; 2009 [acesso 15 mar 2019]. p. 45. Disponível: <https://bit.ly/2IR5sTh>
23. Faro JP. Políticas públicas, deveres fundamentais e concretização de direitos. Rev Bras Polit Públicas [Internet]. 2013 [acesso 22 jan 2019];10(1):251-69. p. 254. DOI: 10.5102/rbpp.v3i2.2161
24. Faro JP. Op. cit. p. 261.
25. Fundo de População das Nações Unidas. Op. cit. p. 56.
26. Fundo de População das Nações Unidas. Op. cit. p. 61-2.
27. Brasil. Ministério da Saúde. Portaria GM/MS nº 426, de 22 de março de 2005. Institui, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida e dá outras providências. Diário Oficial da União [Internet]. Brasília, 22 mar 2005 [acesso 22 jan 2019]. Seção 1. Disponível: <https://bit.ly/31f65vZ>
28. Brasil. Ministério da Saúde. Portaria GM/MS nº 3.149, de 28 de dezembro de 2012. Ficam destinados recursos financeiros aos estabelecimentos de saúde que realizam procedimentos de atenção à reprodução humana assistida, no âmbito do SUS, incluindo fertilização in vitro e/ou injeção intracitoplasmática de espermatozoides. Diário Oficial da União [Internet]. Brasília, 31 dez 2012 [acesso 22 jan 2019]. Seção 1. Disponível: <https://bit.ly/2ISuf9f>
29. Reprodução assistida para soropositivos atende 100 casais em 1 ano. Governo do Estado de São Paulo [Internet]. Secretaria de Estado da Saúde; 2011 [acesso 22 jan 2019]. Disponível: <https://bit.ly/2oiRuff>
30. Nascimento PFG. Op. cit. p. 40.
31. Santos CRV. Reserva do possível como uma estratégia jurídica para restringir o direito à saúde: o argumento da “reserva do possível” na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal [dissertação] [Internet]. Recife: Universidade Católica de Pernambuco; 2014 [acesso 15 mar 2019]. p. 114. Disponível: <https://bit.ly/2MMBvoB>
32. Santos CRV. Op. cit. p. 114-5.
33. Lobato L. Algumas considerações sobre a representação de interesses no processo de formulação de políticas públicas. Rev Adm Pública [Internet]. 1997 [acesso 15 mar 2019];31(1):30-48. p. 45. Disponível: <https://bit.ly/35ARwpX>

#### Participación de los autores

Antônio de Freitas Freire Júnior, Lethícia Geovânia Bezerra de Brito y Ricardo Jorge de Araújo Filho organizaron la investigación y redactaron el manuscrito. Rosângela Viana Zusa Medeiros, en tanto orientadora, colaboró en la organización del trabajo y revisó el artículo.

Antônio de Freitas Freire Júnior

 0000-0002-4730-9465

Lethícia Geovânia Bezerra de Brito

 0000-0002-6550-9380

Ricardo Jorge de Araújo Filho

 0000-0001-5507-2974

Rosângela Viana Zusa Medeiros

 0000-0001-5732-1823

Recebido: 17.12.2018

Revisado: 29. 5.2019

Aprovado: 30. 5.2019