

1.- ENSAYOS

ACERCA DEL PROYECTO DE LEY QUE REGULA LOS PROCEDIMIENTOS DE FECUNDACION ASISTIDA *

Alvaro Salas Chaves

1.- INTRODUCCIÓN

Consideraciones generales

Previamente a entrar en el análisis del Proyecto de Ley (Exp. N° 12.295, Asamblea Legislativa), resulta necesario formular algunas consideraciones acerca del papel del Derecho y de la Ciencia en nuestra sociedad, con el propósito de ubicar el problema en su dimensión exacta.

El Derecho no debe abdicar de su función normativa. Por eso los legisladores, al estudiar las nuevas situaciones de hecho que en una sociedad se presentan, deben considerar ante todo, si son o no relevantes jurídicamente. En el caso de que si lo sean, deben considerar si es conveniente regularlas reconociéndolas como legítimas, o sea, si son dignas de respaldo jurídico, o si, por el contrario, deben ser calificadas como jurídicamente reprobables.

El avance de la ciencia no es, en sí mismo, un valor absoluto. El legislador debe valorar si los nuevos conocimientos científicos, el modo de adquirirlos y, sobre todo, su aplicación, van o no en detrimento de la dignidad humana, pues el respeto a la dignidad humana es una cuestión de principio.

Por eso, ante el desarrollo de las técnicas de fecundación artificial, el legislador no debe limitarse a “recoger esta realidad y convertirla en ley” sino ir más allá, y considerar, a la luz de la Constitución y de las leyes, de los principios generales de Derecho, de los instrumentos internacionales ratificados por Costa Rica y demás normativa internacional, si esa realidad- en este caso, la posibilidad de aplicar las técnicas de fecundación artificial- debe ser legítima.

No basta, por tanto, decir que hay que regular toda situación nueva que surja en la sociedad. Quizá lo que hay que determinar primero es que si esas situaciones se deben fomentar o se deben suprimir.

Por ello, antes de entrar a considerar si debe o no regularse la aplicación de esas técnicas de fecundación asistida, se debe analizar primero la naturaleza de las técnicas y su bondad intrínseca, no solo respecto del fin que persigue, sino también de los medios que se utilizan.

* Este trabajo se basa en la exposición que sobre el tema formuló el Presidente Ejecutivo de la CCSS, Dr. Alvaro Salas Chaves, a la Asamblea Legislativa.

Las anteriores consideraciones se refieren a las dos técnicas de fecundación asistida que el proyecto contempla. Sin embargo los siguientes apartados se refieren más directamente a la fecundación in vitro (FIV).

Como no es intelectualmente honrado desde el punto de vista ético y científico, calificar a priori el carácter positivo o negativo de la FIV se incluye aquí una referencia a estos aspectos: la naturaleza de la FIV y sus riesgos.

II. ASPECTOS JURIDICOS DE LA APLICACIÓN DE LA FIV

En esta materia entran a juego los distintos derechos que el ordenamiento jurídico reconocer al ser humano. Por ellos es oportuno hacer un desglose de éstos recordando que se trata de derechos inherentes a la naturaleza humana y que su respeto constituye una obligación para los individuos y para el Estado: son un mandato imperativo de la vida en sociedad.

DERECHOS DEL NON NATO

1. DERECHO A LA VIDA

a. ¿Es el fruto de la fecundación un ser humano?

Antes de entrar a analizar la normativa referente al derecho a la vida, parece oportuno responder la pregunta precedente.

Los datos proporcionados por la ciencia actual demuestran fehacientemente que la vida humana inicia a partir de la fecundación.

El embrión humano, en sus estadios más precoces, es un individuo diferente de sus padres, genéticamente perfecto e individualizado:

“Existe una diferencia esencial entre el cigoto y los gametos. El espermatozoide y óvulo aportan 23 cromosomas cada uno a la constitución del cigoto, pero éste no es biológicamente el resultado de una simple suma de gametos, sino un ser estrictamente distinto u original desde el primer instante. Ambos gametos contienen el código genético de la madre o del padre en su caso, idéntico al de las demás células de su cuerpo. Son, además células adultas, es decir, han alcanzado su máximo desarrollo previsto para la función que les es propia, la fecundación. De suerte que, si no participan en la fecundación, por sí mismos, no les queda otra fase que la muerte. Cuando ambos gametos se funden y surge el cigoto, éste contiene un código genético perfectamente distinto y original respecto del código del espermatozoide y del óvulo. El cigoto no es una célula del padre ni de la madre. Su mensaje genético es irrepetible, inédito, permanecerá invariable y, mediante los conocimientos que le imponga el medio, se desarrollará autónomamente hasta la vejez y muerte, sin añadirsele nada esencial, salvo nutrición, oxígeno y tiempo. El cigoto, lejos de ser una célula adulta, es un embrión que contiene dentro de sí todo un futuro desarrollo de vital. La moderna biología no hace sino confirmar la elemental

experiencia de que, no obstante los parecidos físicos y temperamentales de los hijos, éstos no son una simple parte del padre o de la madre.”¹

No es, como algunos se han atrevido a afirmar negando la evidencia científica, que el fruto de la fecundación es parte de la madre, como una célula más.

Asimismo, la ciencia demuestra que no es a partir del desarrollo de ciertos órganos o sistemas que el cigoto o embrión adquiere la condición de ser humano.²

Uno de los argumentos más usados por los grupos abortistas, es también aludir a la existencia del ser humano condicionada a criterios de variabilidad, lo cual también ha sido rebatido por la ciencia moderna.

“ Podría objetarse que el cigoto es invariable fuera del claustro materno. Pero el criterio de viabilidad no sirve para distinguir el de vida humana. El cigoto es vida independiente por cuanto no provienen de la madre su impulso vital, que le llevará a desarrollar todas las fases de crecimiento hasta la ancianidad y muerte. Si se cayera en el error de entenderse por viabilidad la capacidad de proseguir el desarrollo con independencia del claustro materno, sería forzoso reconocer que aún el niño de meses de nacido no es “viable”. Antes del nacimiento., la viabilidad del feto es un criterio relativo. Hace casi dos siglos la mortalidad infantil era extraordinariamente alta comparada con la actual, los niños prematuros estaban condenados a morir. Los niños son los mismos, lo que cambia son los medios de protección y mejora de la vida. Puede decirse que el niño, dentro del vientre materno, es como el astronauta en su traje espacial. “La viabilidad del concebido es extraordinaria (...) dentro de su cápsula vital, la bolsa amniótica, el pequeño ser es tan viable como un astronauta sobre la luna con su traje espacial, solo es necesario que su nave nodriza le abastezca con fluidos vitales. Esta alimentación es indispensable para la

¹ VILADRICH, P.J. Aborto y Sociedad de permisiva. Persona y Derecho, Vol. II. Pamplona. 1975 pp. 157-158.

² La incapacidad temporal para expresar conceptos por medio del lenguaje no es la consecuencia de una ausencia de facultades espirituales, sino de carencia de un cerebro plenamente funcional, situación en la que puede caer un adulto sin que signifique perder su condición de ser humano. A diferencia del adulto, el embrión es capaz de desarrollar un cerebro que le permitirá comunicarse por medio del lenguaje. Si se negara que el cigoto tenga tal capacidad de desarrollarse en la dimensión racional y sensorial ¿en qué momento se le añade esa capacidad, de dónde procede y por qué razón se retardaría a un momento posterior a la concepción? En este sentido, según la moderna neuropsicología, aún cuando el cigoto no tenga sistema nervioso, puede percibir. Reacciona a los estímulos: la animación es una actividad del embrión guiada por estímulos externos. Cuando al cabo de dos meses aparece el sistema nervioso también puede percibir por medio de los sentidos y la corteza cerebral, lo cual es posible aunque ya antes estaba presente la capacidad de interpretar las imágenes percibidas. La capacidad de percepción sensorial está no potencialmente, sino actualmente presente antes del desarrollo del sistema nervioso, desde la concepción, por que todo su desarrollo es humano, dirigido a la formación de un cuerpo capaz de dar expresión a una personalidad humana. La estructura de los órganos sensoriales y de la corteza cerebral tiene sentido solo porque el embrión ya posee la capacidad de percepción sensorial en el momento de la concepción, cuando comienza todo ese desarrollo. “GUNNING, K.F. ¿Ha sido el hombre no humano alguna vez? ACEPRENSA. Servicio 138/90. 26-9-90.

*supervivencia, pero no “hace” al niño: del mismo modo que el más sofisticado cohete espacial no puede producir un astronauta.”*³

Protección jurídica de la vida humana

b.1. Constitución Política

El artículo 21 de la Constitución Política establece:

“La vida humana es inviolable”.

Se trata de una disposición tajante, revestida de una firmeza sin igual. Esa norma debe además ser interpretada a la luz de la norma constitucional que prohíbe la pena de muerte. En efecto, tan inviolable es la vida humana para nuestro ordenamiento que si el culpable de delitos mayores no puede bajo ninguna circunstancia ser condenado a muerte, menos los seres inocentes dentro de los que se encuentran los non nato. A partir de lo dispuesto en este artículo 21 nuestro ordenamiento da la más extensa (desde la fecundación hasta la muerte natural) e intensa (desde la integridad física, la salud, hasta la vida misma) protección jurídica de la vida humana. Sin lugar a dudas, el constituyente se percató de que la solidez de nuestro ordenamiento descansa en el respeto efectivo y sin excepción de este derecho.

b.2. Los instrumentos internacionales

Los instrumentos internacionales ratificados por nuestro país – y por tanto vinculantes (art. 7° párrafo 1° de la Constitución Política)- son los siguientes:

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que fue aprobado por la Ley N° 4229 del 11 de diciembre de 1968, dispone:

“Art. 5.1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.

5.2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.”

“Art. 6.1 El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente...”

La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, que fue aprobada por Ley N° 4534 del 23 de febrero de 1970, dispone:

³ LEJEUNE; J:Al Senado de Estados Unidos, 23-4-81

“Art. 1. inc. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.”

“Art. 4 inc.1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente...”

La convención sobre los Derechos del Niño- aprobada por Ley N° 7184 del 18 de julio de 1990- establece en el párrafo noveno de su Preámbulo:

“Teniendo presente que, como se indica en la declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, ‘el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección legal, tanto antes como después del nacimiento.’”

Asimismo señala en el artículo 6:

“1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.

“2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.”

b.3.. Legislación ordinaria.

También en el ámbito de la ley ordinaria, el reconocimiento y la protección del derecho a la vida son muy claros.

El Código Civil establece en el Capítulo sobre la existencia de las personas:

“Art.3.1.- La existencia de la persona física principia al nacer viva y se reputa nacida para todo lo que la favorezca desde 300 días antes de su nacimiento...”

Por tanto, teniendo en cuenta que inobjetablemente el respeto a su derecho a la vida le favorece, en este punto, el fruto de la fecundación es sujeto –y no objeto-, es persona física y no cosa, desde 300 días antes de su nacimiento.

El Código de Familia dispone en el título de paternidad y filiación:

“Art.69- Se presume habidos en el matrimonio los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde su celebración o desde la reunión de los cónyuges separados judicialmente, y también los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio o a la separación de los cónyuges judicialmente decretada...”

Esta disposición es perfectamente congruente con el artículo 31 del Código Civil citado.

Además, el Código Penal en los artículos 118 y siguientes sancionan el delito de aborto.⁴

b.4 Dictamen de la Procuraduría General de la República

Respecto del tema que nos ocupa y su relación estrechísima con el derecho a la vida, la Procuraduría General de la República, manifestó ante la Sala Constitucional, mediante escrito de fecha 14 de junio del 1995, Expediente N° 1734-95, lo siguiente:

“...Lo anterior permite determinar que desde el momento en que se determine que existe vida, se impone la protección constitucional. Poco importa, entonces, que sea vida no haya materializado en un ser humano. Por el contrario, la protección se da desde su existencia en la forma más primigenia que sea. Ello en tanto que se defina que existe vida humana.”

“Ciertamente., podría discutirse que, al incorporar dicha norma, el constituyente tenía presente la vida a partir del nacimiento. Sin embargo, cabe recordar que civilmente el concebido era ya objeto de protección jurídica bajo el Código Civil. Además. La convención Americana de Derechos Humanos no da margen a duda alguna en cuanto al hecho de que la protección a la vida anterior al nacimiento constituye un derecho fundamental (...)

“Dos acotaciones proceden. En primer término, la Convención se manifiesta expresadamente porque existe vida protegible a partir de la concepción. La redacción es expresa y más amplia que la contenida en el artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por Ley N° 4229 de 11 de diciembre de 1968 y la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por Ley N° 7184 de 18 de julio de 1990. En segundo término, en virtud de la aprobación por Ley N° 4534 de 23 de febrero de 1970, esa Convención y, por ende, la norma que consagra el derecho a la vida desde la concepción, tiene valor constitucional (art. 48 de la Constitución Política y resoluciones de esa Sala N° 348-94 de las 15:48 hrs. del 18 de enero de 1994,0000 y N° 2313-95 de las 16:18 hrs. del 9 de mayo de 1995).

“En virtud de lo dispuesto en ese instrumento de Derechos Humanos, no podría discutirse en Costa Rica si el preembrión y el embrión y, con mucha mayor razón, el feto son titulares del derecho a la vida. Y que esa vida está constitucionalmente protegida.

“En ese sentido, puede considerarse que lleva razón el accionante al afirmar que existe una protección de la vida humana en toda su existencia, desde el momento de la fecundación (...)

⁴ “Hoy existe una nueva posibilidad de aborto que no supone la muerte del embrión en el seno materno. Se trata de la destrucción del embrión viable antes de la implantación en el útero, en la etapa en que aún se encuentra fuera del seno materno y sujeto a la manipulación de laboratorio. Lo esencial, lo común a todo tipo de aborto o forma de aborto es la destrucción provocada del embrión humano. Que hasta ayer se formada en el seno materno, pero que hoy puede formarse fuera de él. “ZANNONI; E.: La Fecundación Extrauterina; IUSTITIA; San José, 1987. P. 56.

“Desde el punto de vista civil, cabe recordar que (...) el artículo 31 del Código Civil establece que la persona humana se reputa nacida para todo lo que le favorezca desde 300 días antes de su nacimiento; es decir, desde antes de su concepción.”

El proyecto en los artículos 1º y 2º inciso b) se opone a la normativa anteriormente citada respecto al derecho a la vida. Sobre el art.2º inc. b) hay que decir que la técnica de la FIV no solo supone la manipulación de los gametos sino del óvulo ya fecundado.

Además no se entiende qué pretende el proyecto en el art. 14 al poner un plazo para que los embriones fecundados extracorpóreamente deban ser implantados. ¿Es acaso que sólo después de transcurridos los 14 días se convierte en antijurídica la manipulación de embriones?

En relación con lo dispuesto en el art.6 del proyecto el legislador tiene que ser realista y percatarse de la dificultad de ejercer un control efectivo en esos puntos que prohíbe.⁵

2. DERECHO AL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURIDICA

El art.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos estipula:

“Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

Para el Derecho la personalidad comienza antes del nacimiento. La concepción determina el momento a partir del cual el sujeto se denomina persona por nacer, cuya existencia distinta, si bien biológicamente dependiente de la madre, ha de reputarse tal jurídicamente, consolidando definitivamente esa personalidad si nace con vida.⁶

En relación con ese particular, recientemente el Tribunal Supremo holandés ha pronunciado una sentencia que reconoce el derecho a los hijos a recabar datos sobre sus ascendientes. “El derecho a la propia identidad es parte del derecho a la personalidad, y el conocimiento a la propia ascendencia es indispensable para el conocimiento de esa propia identidad” afirma T. Koopmans.⁷

En este sentido, el artículo 53 de la Constitución Política establece: “... Toda persona tiene derecho a saber quiénes son sus padres, conforme a la ley.”

3. DERECHO AL RECONOCIMIENTO A LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LA PERSONA

El Código Civil en el capítulo de la capacidad de las personas, señala en el artículo 36:

⁵ Lo mismo se debe decir en relación con el art. 3 del proyecto pues nadie puede asegurar que en la práctica no será utilizado como un medio alternativo de concepción para la experimentación, o para utilización de material genético.

⁶ ZANNONI, E.: op. Cit. p. 55.

⁷ ACEPRENSA, Servicio 95-96 p.2.

“La capacidad jurídica es inherente a toda persona durante su existencia de un modo absoluto y general...”

En relación con esto, todos los artículos del Código Civil y del de Familia que se refieren al non nato, lo tratan como sujeto de derechos.

El art. 94 Código de Familia permite la investigación de paternidad del hijo por nacer. En tal caso, el art. 91 del mismo código confiere la representación del concebido a su madre, con lo cual se indica que es concebido a su madre, con lo cual se indica que es considerado sujeto de derechos y efectos jurídicos en general.

El art. 1004 del Código Civil establece como requisito para recibir donación- la cual es considerada no como acto unilateral, sino como contrato, por requerir el consentimiento del donante y del donatario- el estar concebido al momento de redactarse la escritura respectiva. El art. 605 ibídem permite heredar a personas por nacer, estableciendo que los bienes dejados al concedido se ponen en administración, la cual se mantendrá hasta que el sujeto nazca o se tenga la certeza de que no va a nacer.

También el Código de Familia, en el art. 84 indica que pueden ser reconocidos por sus padres los hijos por nacer. El art. 97 de ese mismo código señala cuáles son los efectos jurídicos de tal reconocimiento: el non nato entra jurídicamente a formar parte de la familia consanguínea de sus progenitores, para todo efecto, adquiriendo derechos inherentes a la paternidad (alimentación, custodia, guarda, crianza, etc.) y a la consanguinidad familiar (puede heredar desde su concepción hasta de los ascendientes de su progenitor).

4. DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL

El art. 7º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe:

“Nadie será sometido a torturas ni apenas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.”

En caso de investigaciones terapéuticas sobre el embrión, el Reglamento para las Investigaciones y Experimentaciones en Seres Humanos (D.E. N°5463-SPPS, Dic. 1975) prohíbe todo tipo de investigación o experimento que sea peligroso para la salud de los seres humanos. Es necesario el consentimiento informado previo del sujeto o sus representantes. Toda investigación debe sujetarse a lo establecido en la Declaración de Helsinki⁸ y el Código de Nuremberg.

⁸ Los puntos fundamentales de la Declaración de Heisinki son:

- a) La responsabilidad por el ser humano objeto del experimento debe recaer siempre en una persona capacitada médicamente y jamás en el propio sujeto de la investigación, aunque éste haya dado su consentimiento.
- b) El objetivo propuesto debe justificar siempre los riesgos a que se somete al paciente, y en todo caso el interés del sujeto debe prevalecer por encima de los objetivos, métodos, beneficios, riesgos e incomodidades que puede acarrear la investigación, así como de que en cualquier momento es libre de retirar su

Por su parte, el párrafo 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos indica:

“Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.”

5. DERECHO A LA PROTECCION DE LA HONRA Y DIGNIDAD

El art. 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone:

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

“2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

“3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias esos ataques.”

Este precepto también es enunciado por el art. 17 del Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos.

Por motivos claramente necesarios, la protección de la honra y de la dignidad es de especial aplicación en el caso de menores, incluido el non nato, siendo etapas del desarrollo que marcan a las siguientes.

Por ello debe incluso considerarse en el análisis que se de a la FIV, el control publicitario, la expresa prohibición de la manipulación y publicidad de información genética de los embriones, etc. que son ámbitos aún no debidamente desarrollados.

6. DERECHO DEL NIÑO A UNOS PADRES Y A UNA FAMILIA

Por ejemplo, el art. 7° de la Convención sobre los Derechos del Niño dicta:

“1. El niño será registrado inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde éste a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.”

consentimiento. El consentimiento del sujeto, debidamente informado, otorgado en forma libre y espontanea debe constar en lo posible por escrito.

c) En toda investigación se debe informar debidamente al sujeto de los objetivos, métodos, beneficios, riesgos e incomodidades que puede acarrear la investigación, así como de que en cualquier momento es libre de retirar su consentimiento y abstenerse de participar en el experimento. El consentimiento del sujeto, debidamente informado, otorgado en forma libre y espontanea debe constar en lo posible por escrito.

d) Cuando el paciente sea incapaz mental o legal se pedirá la autorización a su tutor o representante, conforme alas leyes del país. (Declamción de Helsinki, citada por ELIZONDO U., Ma Carolina: Implicaciones éticas y jurídicas de la fecundación in vitro y transferencia embrionaria. Tesis de grado. Universidad de Costa Rica, 1988. p.72-73): Téngase presente que el embrión es un sujeto, un paciente.

El artículo 9° inciso 3° dispone:

“3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que está separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.”

Como se aprecia, según el espíritu de éstas y otras normas⁹ todo niño tiene derecho a nacer en el seno de una familia. El proyecto viola ese derecho en el art. 7° inc.c, cuando faculta a la mujer soltera o sin conviviente a acceder a la FIV y ala inseminación artificial (IA).¹⁰

Con base en esas normas se debería poner en tela de juicio el artículo 8° del proyecto que habla sobre la IA, tanto homóloga como heteróloga.

Además los problemas jurídicos que se pueden presentar en torno a la FIV y ala IA son múltiples¹¹ a pesar de lo dispuesto en el art. 24 del proyecto que, por lo demás, roza con la normativa internacional mencionada.

7. DERECHO A LA SALUD FÍSICA Y MENTAL

Se encuentra contemplado en el art.4° de la Declaración de Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1959, y en el aparte II de la declaración de Derechos del Niño de 1924. El primero manifiesta:

“El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin deberán proporcionarse tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal. El niño tendrá a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados.”

La Carta Constitucional Sobre la Niñez, aprobada en la Conferencia de la Casa Blanca en 1930, enuncia:

⁹ Art. 51 Constitución Política; art. 23 Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y art. 17 Convención Americana de Derechos Humanos

¹⁰ Llama la atención que en la exposición de motivos se trata de justificar la aplicación de las técnicas de fecundación asistida por “la cantidad de parejas que sufren esterilidad”.

¹¹ El “laberinto” jurídico para solucionar los problemas de una adecuada identificación del status jurídico de la filiación y repercusión en la salud física y psíquica de los hijos, que a nivel mundial han ocasionado la inseminación artificial y la FIV no tiene parangón: ¿qué hacer con embriones congelados de progenitores fallecidos en un accidente? Una lesbiana española acude a un banco de esperma tiene un hijo. Julia Skolnick, blanca norteamericana da a luz una niña de color después de inseminada con el esperma de su difunto marido, también blanco. En Dakota del Sur, Arlette Schweitzer, de 42 años, se hace implantar en su útero embriones de los que serán sus nietos. En Nueva York, una pareja de lesbianas que recurrió a la inseminación artificial está obligada judicialmente a permitir que el padre genético (Steve Wittman, homosexual) comparta la custodia del disputado bebé. Otro par de lesbianas que comparten la custodia del niño habido mediante inseminación artificial, se ha separado y demandan mutuamente la custodia. En el conocido caso de Baby M. – caso de alquiler de útero donde la madre sustituta no quería entregar la bebé – la custodia se confió al padre genético. (NAVARRO, R. La probeta de Aladino, en ACEPRENSA. Servicio 136/91; 16-10-91).

“IV. Para todo niño, la preparación completa para su nacimiento, debiendo recibir su madre asistencia prenatal y postnatal y la organización de aquellas medidas de protección que hagan más seguro el parto”.

El IX Congreso Panamericano del Niño de 1948, aprobó la Declaración de Caracas sobre la Salud del Niño, donde estipula:

“Art. 1º.- Todo niño tiene derecho al mejor cuidado posible de su salud. Los padres y los tutores serán instruidos en los derechos que a ese respecto les corresponden y recibirán los elementos conducentes a aquel fin. El Estado y las Instituciones particulares proveerán esos medios en los casos necesarios, ordenando la organización eficiente de las instituciones que realicen esos programas y procurando el debido entrenamiento del personal médico, sanitario, social y auxiliar. Con este fin, las facultades de medicina y demás institutos formadores de personal, deberán intensificar y ampliar la enseñanza de puericultura y de la pediatría.

“Art. 2ª.- Se cuidará del nacimiento del niño en forma completa incluyendo atención prenatal, natal y postnatal, con el objeto de asegurar a la madre, embarazo y parto normal, y al niño, las mayores seguridades para su salud ulterior.”

8. DERECHO DEL MINUSVALIDO A CUIDADOS ESPECIALES

El contenido de la misma Declaración de Caracas previene contra la selección de embriones y posterior desecho por causa de malformaciones, al prescribir:

“Art.7º.- Se protegerá al niño contra las enfermedades mentales y físicas, procurando que la higiene mental integre los programas de protección infantil. Los niños deficientes mentales y los que constituyen especiales problemas sociales, deberán recibir el tratamiento adecuado para la recuperación de su equilibrio perdido bajo el amparo de la sociedad y no considerados como seres nocivos para ella.”

“Art. 8º.- Los niños lisiados, ciegos, sordos, mudos, etc. o que padezcan de cualquier impedimento físico, deberán ser tratados convenientemente desde el punto de vista médico y educativo para hacerlos seres útiles a la colectividad.”

En semejante forma se manifiesta la Carta Constitucional de la Niñez, de 1930, adoptada en Washington.

9. DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

Aspectos que ya menciona el citado art. 4º de la Declaración de Derechos del Niño de 1959 y el art. 1º de la Declaración de Caracas. Este derecho también es reconocido además en el aparte final de la Carta Constitucional de la Niñez de 1930.

B. DERECHOS DE LOS PADRES

La generación: su naturaleza jurídica

El deseo de los cónyuges de tener descendencia es, en principio, un fin bueno. Se encuentra en función de uno los fines de matrimonio- no el principal, según nuestro ordenamiento.- En efecto, la comunidad de vida personal entre el varón y la mujer, y no la procreación, es el fin primario que el Código de Familia asigna al matrimonio.

Aunque estuviera considerado como el fin primario del matrimonio, es evidente que los cónyuges no tendrán tampoco el derecho a la procreación sino a poner los medios lícitos para conseguir procrear. Si no consiguen procrear, no es porque alguien les ha faltado a un deber de justicia: ni el otro cónyuge, ni el Estado, ni la sociedad, ni la naturaleza. Por eso resulta evidente que si los cónyuges no logran descendencia, el matrimonio no deviene en inválido, ni se deben resarcimiento entre sí los cónyuges, ni la sociedad o el Estado para con ellos. No se trata de un derecho a tener hijos; en todo caso, podríamos calificar ese deseo como un interés subjetivo.

En efecto, en el plano estrictamente jurídico, hay que advertir que ninguna de las declaraciones internacionales de Derechos Humanos reconoce el derecho a un hijo, como una concreción del derecho a la reproducción humana.

De modo que se trata de un interés subjetivo, mas no es un derecho tutelado por el ordenamiento, ni mucho menos un valor superior en el nivel jerárquico normativo.

C. LA FECUNDACION ASISTIDA Y LOS BIENES JURÍDICOS

Es una jerarquía de bienes, se encuentra en primer lugar la vida del embrión y los otros derechos del non nato, y en segundo término el interés de los padres por tener un hijo.

Para que de la técnica FIV sea legítima, sus características deberían ser tales que su aplicación satisfaga un interés subjetivo sin afectar intereses y derechos reconocidos a un nivel jurídico superior (constitucional e internacional).

III. LA TECNICA DE LA FIV

Visto el marco jurídico que se relaciona con la aplicación de las técnicas de fecundación asistida, el presente apartado se dedicará al análisis de aspectos científicos de la FIV relevantes para el Derecho y para esta institución. No se trata de explicar el modus operandi, sino aclarar la naturaleza de la técnica y los resultados desde el punto de vista de la ciencia.

A. NATURALEZA DE LA FIV

En estricto rigor científico, la FIV no es un procedimiento terapéutico, no cura, sino que suplanta: sustituye el acto que naturalmente da origen a la vida, por un acto técnico.

La técnica médica es aquella que se orienta a curar, aliviar o consolar. Sin embargo, la FIV parece que no inserta en esa dinámica. Al final del proceso el matrimonio seguirá siendo estéril, por lo que pareciera que no califica como una técnica médica.

B. RESULTADOS DE LA TÉCNICA

Estadística

A escala mundial, para 1988, en las clínicas de mayor éxito ¹² los porcentajes de embarazo eran:

20% con transferencia de un embrión
28% con transferencia de dos embriones
38% con transferencia de tres embriones ¹³

Las estadísticas más favorables afirman que solo el 45% de las parejas terminan con un hijo en casa, siempre que cada pareja candidata acepte someterse a cinco transferencias de embriones. ese resultado óptimo se da en mujeres entre 20 y 34 años, disminuye con la edad: 28,9 entre 35 y 39 años; 14,4% para mayores de 40 años.

Como se aprecia, son pocas las transferencias que se siguen de un embarazo que llegue a término. En los años ochenta las probabilidades eran de un 15%, por lo que el aumento de probabilidades es muy leve. En términos globales, el aumento de efectividad de un 4% en 1978 hasta de un 38% en 1988 por número de laparoscopías, se explica por el aumento desproporcionado de embriones empleados y de transferencias múltiples realizadas, así como, por el uso de la técnica de congelamiento de embriones que supone un mayor número de muertes.

El rendimiento de técnicas es bastante exiguo: para obtener un niño nacido es necesario, en caso óptimo, haber transferido una media de 15 a 24 embriones.

La mayoría de las veces, en los casos sin éxito se transfieren 15 embriones (5 ciclos por tres embriones). La media de éxito se consigue en el tercer intento, lo que supone la transferencia de 9 embriones. esto equivale a un 4% de efectividad.

Nuevamente destacamos que hablamos de transferencia y no necesariamente de fecundación, pues es probable- y así lo permite el tratamiento de superovulación- que se fecunden entre 6 y 10 óvulos y Únicamente se transfieran tres.

El 4% de efectividad contrasta con las cifras de éxito de la naturaleza: se calcula que entre un 25% y un 65% de los óvulos fecundados naturalmente se implantan y provocan un embarazo que llega a término.

¹² Advertimos con el subrayado el tipo de comparación, ya que no resulta proporcional comparar datos indiscriminados de todo el mundo con los obtenidos en las mejores clínicas, ya que esta última cifra resulta artificialmente superior, sin embargo no contamos con otros datos.

¹³ ELIZONDO UGALDE, M^aCAROLINA: Implicaciones ... op cit pp.39 a 43.

Se ha hecho una tergiversación al afirmar que los porcentajes de éxito de la FIV con respecto a la naturaleza son iguales o mayores. Esto puede deberse a comparar el resultado natural menos optimista (25%) y el más optimista de la FIV (45%).

Sin embargo, esa compensación es errada, ya que la naturaleza consigue ese 25% con un solo embrión, mientras que la FIV lo consigue con una veintena, por lo que la eficacia de la FIV es incomparablemente menor.

Según cifras mundiales, por cada niño que nace se pierden 17 embriones (si no hubo congelación), mientras que naturalmente muere alrededor de un embrión por niño que nace, estimación esta que resulta tal vez un poco mayor, pero que no obstante utilizaremos como parámetro comparativo.

Así, aunque estimar que la efectividad de la naturaleza sea de un 50% de nacimientos por embriones fecundados, este resultado es incomparablemente mayor al de la FIV.

En Francia, para obtener la gestación- no necesariamente el nacimiento- de un niño, se ocupa un promedio de 10 embriones. En Australia, solo uno de cada 10 embriones llega a nacer. En EE.UU. y Canadá nace un niño por 10 a 25 embriones implantados, sin contar los que se descartan previamente, dependiendo del centro y del tipo de esterilidad.

En el ámbito mundial existe un 5,5% de probabilidades de éxito si no hay embriones congelados: de 100 embriones se logra implantar 10, nacen 5,5. Mientras que la naturaleza consigue, como hemos dicho, un 50% de efectividad. Los resultados obtenidos en nuestro país son aún menos óptimos.¹⁴

Con los datos anteriores es clara la desproporción entre el interés que se persigue: el nacimiento de un niño, y el riesgo de muerte al que se somete no a uno, sino a decenas de seres humanos, lo cual no es justificable ni comprensible por el sentido común.

¹⁴ A inicios de 1995, para el equipo a cargo del procedimiento – el departamento de Biología de la Reproducción de la empresa Ultrasonografía S.A.- el de Lorena Vargas Aguilar había sido el primer intento que había culminado con éxito. Antes de ella, aplicaron la técnica a 16 mujeres, pero solo tres de éstas lograron que los embriones transferidos a la cavidad uterina se implantaron. En los tres casos, los embarazos no llegaron a buen término porque los embriones murieron antes de la tercera semana de gestación. El nuestro no es un caso excepcional, al contrario. El ginecólogo y pediatra Gerardo Escalante López, director del equipo, se apresura a explicar. “El Instituto Valenciano de Infertilidad consiguió su primer embarazo al intento número 69. Centros de reconocimiento prestigio por su experiencia en fertilización in vitro puede pasar hasta seis meses sin obtener un solo embarazo. Y esto no es porque los centros sean malos; simplemente la FIV es así.” 8MINSKY, Larissa: Bebés de la controversia, en La Nación, Revista Dominical, San José, 12 de febrero de 1995. Pp. 8 a 10) Con los datos que el Dr. Escalante y sus compañeros han suministrado a la prensa, se tiene que la FIV se ha intentado sin éxito en 17 mujeres, además, indica que se fecundan seis óvulos- nótese que el Dr. Escalante informó en agosto de 1994 que se fecundarían 9 óvulos – y todos se transfieren (el doble de lo recomendado internacionalmente), lo que indica al menos 102 embriones muertos.

Y, lo que es más evidente, pone a un promedio alto de seres humanos en previsible y aceptado riesgo de muerte segura: morirán 17 para que viva uno, mas no sabemos cuál tiene la vida asegurada y a quiénes corresponderá, por efecto directo de la técnica, morir.

2. Riesgos de la utilización de la FIV (resultados en la década de los 90).

- Riesgo de embarazo múltiple y parto prematuro

Los procedimientos de la FIV se asocian a un incremento en el riesgo de discapacidad después del nacimiento por parto prematuro y nacimientos múltiples.

Estudios más recientes realizados por el Comité de ética en Francia señalan los problemas ligados a los embarazos múltiples.

El crecimiento del fenómeno es notable: el nacimiento de mellizos ha aumentado un 37% de 1972 a 1990, y el de trillizos un 450% entre 1972 y 1989. Se estima que el número de niños nacidos después de la fecundación “in vitro” es de 4.500 al año, más otros 1.500 nacidos por inseminación artificial heteróloga, lo cual supone un 1% del total de nacimientos. No se sabe el número de embriones congelados en laboratorios, pero se estima que anualmente se congelan unos 30.000. ¹⁵

El promedio de embarazos múltiples es de 12,6% - en condiciones naturales es de un 1,1% - y de 1,8% de embarazos ectópicos. ¹⁶

- Aumento de mortalidad prenatal

Además, la FIV incluye directamente en la mortalidad prenatal: por la “calidad” de embriones, y “stress” causado durante el embarazo que predispone la labor de parto.

Algunos sostienen que el fuerte deseo de los padres por tener un hijo, su edad avanzada, y el desequilibrio provocado por la FIV, puede influir en el desarrollo del niño. ¹⁷

- Riesgo de malformaciones genéticas

Aún hoy no es posible una estadística de malformaciones congénitas, por los abortos provocados por diagnóstico prenatal y selección de embriones. No obstante, está probado que los hijos nacidos por FIV padecen malformaciones con frecuencia ligeramente superior

¹⁵ Dos serias advertencias sobre el desarrollo incontrolado de la procreación asistida. El Consejo de los Colegios Médicos franceses y el Comité Nacional de Etica rechazan varias técnicas muy utilizadas, ACEPRENSA, Servicio 103/94, 13-7-94.

¹⁶ WOLF, D.: In vitro Fertilization and Embryo Transfer: A Manual of Basic Techniques. New York. 1988. p. 137.

¹⁷ ELIZONDO UGALDE, MA CAROLINA,: implicaciones ... op.cit.p.42 a44.

a lo normal, aún después del control de calidad en que se eliminan niños con defectos mediante la selección de embriones o el aborto eugenésico.

Esta tendencia puede deberse lógicamente a que en la FIV no hay- como en la fecundación natural- selección de los gametos más resistentes. Por eso, en la FIV las probabilidades de fertilización con gametos genéticamente anormales se multiplican.

No obstante, queda abierta la pregunta: ¿en qué medida la FIV aumenta la probabilidad de anomalías congénitas, sea por inducción de aberraciones cromosómicas o por acción de productos físicos o químicos utilizados?

- Riesgos por utilización de hormonas que estimulan ovulación

En la misma línea, existe documentación en el sentido de que la técnica de superovulación puede favorecer aberraciones cromosómicas. Bond sostiene que existen gran cantidad de sustancias y factores ambientales que inducen en gran medida a anomalías cromosómicas numéricas (aneuploidía), entre las que se encuentra una enzima llamada dimetilsulfaxidasa, utilizada en la criopreservación de los embriones “in vitro”. Esto conlleva el riesgo de que, cuando el embrión se encuentra en su división mitótica, la enzima induzca a una no-disyunción con la subsiguiente formación de individuos anormales.

En 1993 un equipo de Nantes, dirigido por el Prof. Lopes, publicó un trabajo documentado sobre observaciones epidemiológicas realizadas en Francia, basado en un cuestionario que dirigió a 116 centros franceses de procreación asistida, de los que solo contestó la mitad. Se registraron 19 casos de cáncer de ovario, de los que 13 concernían a mujeres que habían sido objeto de estimulación ovárica. Tenían entre 35 a 41 años.

En Francia, la incidencia de cáncer de ovario se calculaba en 1993 en el 14, 1 por 100 mil. Al mismo tiempo, estudios publicados en el American Journal of Epidemiology relacionaban estadísticamente los tratamientos contra la esterilidad y el riesgo de cáncer de ovario, riesgo que podría multiplicarse casi por 30.¹⁸

Ante tales sospechas de efectos secundarios graves, el Ministerio de Sanidad francés encargó en 1994 un estudio nacional para 1995 que aclare si la estimulación hormonal de la ovulación aumenta el riesgo de cáncer de ovario.

Uno de los últimos estudios científicos lo publica la revista The New England Journal of Medicine (1994; 331; 771- 6); tras una investigación retrospectiva en 4.000 mujeres tratadas médicamente por infertilidad, han concluido que las que tomaron clomifemo (o clomid) durante más de 12 ciclos menstruales, tenían un riesgo de cáncer de ovario 11

¹⁸ El arriesgado afán de la maternidad a toda costa. ACEPRENSA, Servicio 143/94, 26-10-94. Dos serias advertencias sobre el desarrollo incontrolado de la procreación asistida. El Consejo de los Colegios Médicos franceses y el Comité Nacional de Ética rechazan varias técnicas muy utilizadas. ACEPRENSA, Servicio 103/94, 13-7-94. – La fecundación artificial, asociada con el cáncer de ovario. Estudios franceses y americanos relacionan este riesgo con la estimulación de la ovulación. ACEPRENSA. Servicio 83/90. 16-6-93.

veces mayor que el normal. También, los medicamentos empleados para la superovulación, aumentan el riesgo de menopausia precoz y de cáncer de mama.

La gonadotropina coriónica puede producir las siguientes reacciones secundarias:

- mayor incidencia de nacimientos múltiples
- alumbramientos prematuros
- tromboembolismo arterial
- dolor abdominal o pélvico por agrandamiento ovárico
- cefalea
- irritabilidad
- depresión
- esquizofrenia
- fatiga
- hinchazón en piernas y mamas
- carcinogenicidad (no hay estudios completos)
- retención de líquidos

La dosis empleada varía considerablemente para el estímulo de la ovulación, y debe ser ajustada para cumplir con las necesidades de la paciente.

El uso de gonadotropina posmenopáusicas humanas tiene una incidencia de embarazo múltiple del 20%.

Las posibles reacciones secundarias del uso de menotrofina son:

- mayor incidencia de embarazo múltiple (20% a 25%)
- riesgo de prematuridad neonatal
- tromboembolismo arterial
- distensión abdominal

IV. LA FECUNDACION ASISTIDA Y LA SEGURIDAD SOCIAL

Según el art. 5° del Proyecto en cuestión, los centros médicos donde podrán ser practicadas la IA y la FIV deberán ser autorizados por la Comisión Nacional de Fecundación Asistida. No se aclara si se trata tanto de centros públicos como privados.

Con independencia del tipo de centro médico donde se realice la técnica, la calificación jurídica de ésta es idéntica. Pero si se llevaran a cabo en centros médicos de la CCSS, al utilizarse fondos públicos para realizar esos procedimientos, los problemas jurídicos requieren un análisis particular.

A. FINES DE LA CAJA COSTARRICENSE DE SEGURIDAD SOCIAL

El Seguro Social nació bajo inspiración de los principios de justicia social. Se pretendió con su creación poner en práctica la asistencia social y la solidaridad. Por eso, el sistema parte de la exigencia del aporte diferenciado de recursos del Estado, los patronos y los

trabajadores. Se busca satisfacer las necesidades del trabajador y de su familia. Así, por ejemplo, el seguro de maternidad, consecuencia directa de los principios sociales de protección a la madre y al niño, busca ante todo evitar la mortalidad infantil que el legislador de entonces consideraba, como un índice acusador de una sociedad que en otros aspectos estaba muy avanzada, pero que en éste denotaba insuficiente organización.¹⁹

La CCSS es una institución autónoma, cuyos fines han sido definidos por el constituyente. Así, los tres primeros párrafos del art. 73 constitucional expresan:

“Se establecen los seguros sociales en beneficio de los trabajadores manuales e intelectuales, regulados por el sistema de contribución forzosa del Estado, patronos y trabajadores, a fin de proteger a estos contra los riesgos de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez, muerte y demás contingencias que la ley determine.

“La administración y el gobierno de los seguros sociales estarán a cargo de una institución autónoma, denominada Caja Costarricense de Seguro Social.

“No podrán ser transferidos ni empleados en finalidades distintas a las que motivaron su creación, los fondos y las reservas de los seguros sociales.”

Esta técnica no encaja en los supuestos del artículo transitorio. En la mentalidad del constituyente hay una clara prohibición de que los fondos y las reservas de los seguros sociales encomendados a la administración de la CCSS sean transferidos o empleados en finalidades distintas de las que motivaron su creación. La FIV no protege a los costarricenses contra los riesgos de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez, muerte, sino que pone a la salud de la madre en alto riesgo de enfermedades futuras, sin remediar su incapacidad para engendrar.

B. RESPONSABILIDAD MEDICA E INSTITUCIONAL

Todos los Códigos deontológicos señalan que el médico deberá basar su práctica en los conocimientos científicos y en los dictámenes de su conciencia, el progreso científico forma parte de la esencia de la Medicina.

El mismo empeño que pone en su educación científica ha de animar su formación ética. Hoy, el médico solicitado por fuerzas sociales, políticas y económicas, necesita una sólida formación deontológica, si desea dar a sus pacientes un trato verdaderamente humano.

Los médicos están obligados a emplear solamente procedimientos de eficacia probada, nunca de eficacia dudosa, especialmente si someten a la mujer a una carga doble de dolor, molestias, o excesivo gravamen económico.

¹⁹ Exposición de Motivos de la Ley de Seguros Sociales, del 14-10-41, en Revista Jurídica de Seguridad Social. Año 1, N° 1, Noviembre 1991. CCSS pp.7 y ss. El Congreso emitió entonces la primera Ley de Seguros Sociales, N° 17 del 31 de octubre de 1941, que creó la Caja Costarricense de Seguro Social. Posteriormente, en 1943 se promulgó la Ley N° 17 del 22 de octubre de 1943, Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social.

La FIV es exactamente eso: un procedimiento caro, de eficacia escasa (ni siquiera podríamos calificar de dudosa, por que se sabe con certeza que durante el procedimiento algunos sujetos de derecho morirán), que somete a la pareja – especialmente a la mujer- a numerosas molestias físicas, incertidumbres, ansiedades, etc.

Por otro lado, en el actual estado de desarrollo de la FIV, es inobjetable que lamentablemente se pierden seres humanos durante el procedimiento antes de lograr con éxito el nacimiento de un bebé fecundado extracorpóreamente. El problema no es que se pierdan muchas o pocas vidas humanas sino que se trata de muertes previsibles.²⁰

Tanto el equipo médico, sus ayudantes, y la misma pareja que se somete a esta técnica, es consciente de la perdida inevitable de seres humanos en estado embrionario; se hacen jurídica y moralmente responsables de esas muertes, por cuanto existe un precepto reconocido universalmente, de inviolabilidad de la vida humana y de la dignidad del ser humano, el cual forma parte del derecho constitucional.

Podría alegarse que no existe expresamente la voluntad de provocar la muerte a ningún ser humano, mas lo cierto es que se acepta una técnica que, por basta demostración científica y, podría decirse, por definición, implica siempre – aún obteniéndose el nacimiento de una persona en el primer intento- mayor cantidad de víctimas que de posibles nacimientos. Evidentemente podría calificarse de un delito culposo.

Respecto a que sea un procedimiento caro, ese dato no es especialmente relevante si la técnica fuera a aplicar en centros privados, pero si lo es, y de mucha importancia, si se pretende aplicar en centros de la CCSS, porque esta institución no puede hacer uso indebido de los fondos y las reservas de los seguros sociales- que son bienes públicos aplicando una técnica que pone en peligro seres humanos cuyo derecho a la vida y otros derechos son reconocidos por nuestro ordenamiento. Además como ya se ha dicho (supra II) estos procedimientos a que se someten las parejas no mejora la salud de ningún paciente.

Téngase siempre presente que el ser humano ya desde el momento mismo de su concepción es considerado hoy por la ciencia médica un paciente. De ahí que las ciencias biomédicas deben tratar al embrión como persona, y que la asistencia médica deba defenderlo en su integridad física y restaurarle su salud al igual que a cualquier ser humano.²¹

De manera que con la aplicación de la FIV en centros médicos de la CCSS no solo se estaría infringiendo derechos, sino lesionándose directamente el interés público y el espíritu de las normas en materia de seguridad social.

V. CONCLUSIONES

1. La vida humana existe desde el momento de la concepción, no puede sino ser vida humana el fruto de la unión de los gametos humanos. Además la ciencia en su estado actual

²⁰ Por eso podría calificarse de contradictorio el art. 32 inc. 13 del Proyecto.

²¹ ELIZONDO UGALDE, Ma. CAROLINA,: Implicaciones...op.cit.p.102.

así lo afirma. Pero es que además, el Derecho ante la duda ha preferido proteger. Y al hacerlo protege al indefenso.

2. El embrión es un ser humano, un sujeto de derechos, no un objeto, y no puede ser instrumentalizado para ningún fin, ni siquiera uno tan loable como proporcionar descendencia a un matrimonio estéril.

3. Solo sería lícito actuar sobre el embrión si se buscara favorecer su estado, y este no es el caso de la FIV. Por el contrario, se somete a un embrión viable a un riesgo que oscila entre el 10% y 80% de probabilidades de muerte. El grado de desarrollo alcanzado por la FIV la sitúa aún lejos del supuesto de beneficiar al embrión; basta la posibilidad de afectar el normal desarrollo de una sola vida humana para que todo el procedimiento sea antijurídico, que debería reservarse a los animales. Nótese que, a diferencia de las fecundaciones normales, en la FIV el daño es absolutamente previsto.

4. La FIV es ilícita porque supone un grave riesgo de producción de abortos. Por cada niño que nace vivo se puede asegurar, con antelación al inicio del tratamiento, que morirán bastantes más por fallos de la técnica.

5. En el caso de la FIV el embrión se ve seriamente amenazado por aquellos que deberían procurar su salud y están obligados a proveerle de lo necesario para desenvolverse y crecer: sus propios padres y el médico.

6. No se busca aquí un bien mayor: la salud, el alivio o salvar una vida, sino que se arriesga el bien mayor por satisfacer un bien menor: satisfacer un deseo de tener descendencia sacrificando el derecho a la vida y otros derechos del non nato.

7. Así como no es lícito destinar embriones a experimentos o investigaciones que tengan un fin diferente al terapéutico. Tampoco es lícito someter la vida del embrión a un riesgo desproporcionado en satisfacción de intereses menores.

8. Con la aplicación de la FIV, podrán estarse violentando los Derechos Humanos de los no natos. Derechos estos primigenios e inherentes a todo ser humano por el solo hecho de serlo. Entre ellos: el derecho al reconocimiento de personalidad jurídica, por cuanto se actúa prescindiendo de la normativa que estima la existencia de la persona y por tanto su reconocimiento jurídico desde el momento de la concepción. En estrecha relación, se violenta el derecho a la vida, por el riesgo de muerte a que se expone a los embriones. En cuanto al derecho a la integridad personal, y el derecho a la protección de la honra y dignidad, no se puede llegar más a fondo en la esfera privada del ser humano de llegar a manipular incluso su información genética, que es su constitución física, íntimamente ligada a su honra, al punto de caerse en el “descarte” de seres humanos que a juicio del técnico o del médico practicante no puedan llevar una vida digna. El derecho a la salud física y mental, y el derecho a la seguridad social también están siendo desconocidos con la manipulación y la selección embrionarias, al igual que con la aplicación de la FIV y la IA se lesiona el derecho del niños a unos padres y a una familia.

9. Si la técnica FIV pone en peligro la vida de un ser humano, es a todas luces ilícita.

10. La generación no es un derecho de los padres que el Estado deba por tanto tutelar; se trata de un interés subjetivo. En todo caso, para tutelar éste, el Derecho debe tener en cuenta que el bien social y los derechos de los embriones está por encima del interés subjetivo de los padres.

11. En consonancia con lo anterior, cabe desestimar la implementación de tal técnica por parte de una institución como la CCSS, siendo uno de sus principales objetivos erradicar la mortalidad infantil mediante la universalización de la atención prenatal.

12. No se han informado sobre las vidas humanas que se han perdido, qué riesgo ha corrido la salud física y emocional de los padres y del propio niño que ha nacido después de la aplicación de esta técnica.

Realizado el anterior análisis a la luz de nuestro ordenamiento y de los principios de la seguridad social, esta institución se opone al proyecto de ley en su integralidad, pero en particular se opone al mismo en cuanto pretenda obligar a esta institución a participar en una técnica que no ha sido absolutamente aceptada, desde el punto de vista científico, destinando para ello recursos que constitucionalmente debieran estar destinados a la salud, lo cual podría en entredicho, en primer lugar, el principio de solidaridad social: en segundo lugar, por derivación razonable de aquél, la prohibición constitucional de destinar recursos y fondos de los Seguros Sociales a actividades diferentes a las que justificaron su creación; y en tercer lugar, no por ello menos importante que los anteriores, por proponerse en entredicho la autonomía que en materia de administración y gobierno le garantiza la Constitución Política a la Caja Costarricense de Seguro Social.