



Universidad de Costa Rica.

Facultad de Derecho.

“La Fecundación in Vitro: el derecho del embrión frente al derecho reproductor, un análisis comparativo entre la situación actual de Costa Rica y España”.

Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho.

Realizada por:

Zaida María Dávila Castro.

Carné: A82073

María Martha Ugalde Zamora.

Carné: A76536

Ciudad Universitaria Rodrigo Facio.

San José, Costa Rica.

Julio 2013.



UNIVERSIDAD DE
COSTA RICA

Facultad de Derecho
Área de Investigación

22 de julio del 2013
FD-AI-0930-13

Doctor
Daniel Gadea Nieto
Decano
Facultad de Derecho

Estimado Decano:

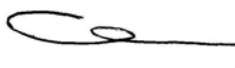
Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), del (la) estudiante (s): **Zaida María Dávila Castro**, carné **A82073** y **María Martha Ugalde Zamora**, carné **A76536**, denominado: **"La fecundación in Vitro: el derecho del embrión frente al derecho reproductor, un análisis comparativo entre la situación actual de Costa Rica y España"**, fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuse de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que: **"EL O LA ESTUDIANTE DEBERA ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DIAS HABLES DE ANTICIPACION A LA FECHA DE PRESENTACION PUBLICA"**.

Tribunal Examinador

Informante	Dra. Andrea Acosta Gamboa
Presidente	Lic. Pedro Chaves Corrales
Secretario (a)	Lic. Víctor Castillo Mora
Miembro	Dr. Marvin Carvajal Pérez
Miembro	Lic. Oscar Rojas Herrera

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **31 de julio del 2013**, a las **06:00 pm**, en la Sala de Réplicas, ubicada en el 5° piso de la Facultad de Derecho, **Sede de Rodrigo Facio**.


Andrés Montejo Morales
DIRECTOR



San José, Martes 16 de julio de 2013.

Doctor

Andrés Montejo Morales

Director

Área de Investigación

Facultad de Derecho

Estimado Doctor Montejo:

En mi condición de Directora de trabajo final de graduación de las egresadas Zaida María Dávila Castro carné A82073, y María Martha Ugalde Zamora carné A76536 titulado *"La fecundación in Vitro: el derecho del embrión frente al derecho reproductor, un análisis comparativo entre la situación actual de Costa Rica y España"*, me permito manifestarle lo siguiente:

Considero que el referido trabajo de graduación cumple con todos los requisitos formales y de contenido exigidos en la normativa que regula esta materia.

Le he dado mi aprobación a dicho trabajo de investigación para que sea debatido en el alma mater y así las egresadas completen los trámites de graduación y comiencen a dar sus aportes a la sociedad costarricense.

Con toda consideración,



Dra. Andrea Acosta Gamboa

DIRECTORA

San José, Miércoles 17 de julio de 2013.

Dr. Andrés Montejo Morales.

Director del Área de Investigación

Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica

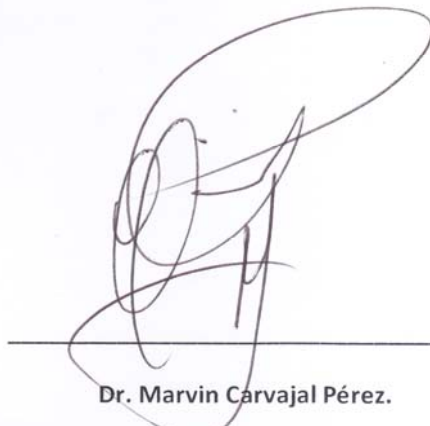
San Pedro de Montes de Oca

Estimado Director:

Por este medio hago constar, que en mi condición de lector he analizado el Trabajo Final de Graduación para optar por el Título de Licenciado en Derecho titulado *"La fecundación in vitro: el derecho del embrión frente al derecho reproductor, un análisis comparativo entre la situación actual de Costa Rica y España"* realizado por las estudiantes Zaida María Dávila Castro carné A82073, y María Martha Ugalde Zamora carné A76536.

Considero que dicho trabajo reúne todos los requisitos de forma y fondo necesarios para ser sometido a réplica ante su Tribunal Examinador. Por ello otorgo mi aprobación como lector para los efectos correspondientes.

Sin más me suscribo.



Dr. Marvin Carvajal Pérez.
Lector.

San José, Martes 16 de julio de 2013.

Dr. Andrés Montejo Morales.
Director del Área de Investigación
Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica
San Pedro de Montes de Oca

Estimado Director:

Por este medio hago constar, que en mi condición de lector he analizado el Trabajo Final de Graduación para optar por el Título de Licenciado en Derecho titulado "*La fecundación in Vitro: el derecho del embrión frente al derecho reproductor, un análisis comparativo entre la situación actual de Costa Rica y España*" realizado por las estudiantes Zaida María Dávila Castro carné A82073, y María Martha Ugalde Zamora carné A76536.

Considero que dicho trabajo reúne todos los requisitos de forma y fondo necesarios para ser sometido a réplica ante su Tribunal Examinador. Por ello otorgo mi aprobación como lector para los efectos correspondientes.

Sin otro particular,



Víctor Hugo Castillo Mora.
Lector

Víctor Hugo Castillo Mora
ABOGADO 10792

San José, 18 de julio del 2013

Doctor:

Andrés Montejo Morales

Director del Área de Investigación

Facultad de Derecho

Universidad de Costa Rica

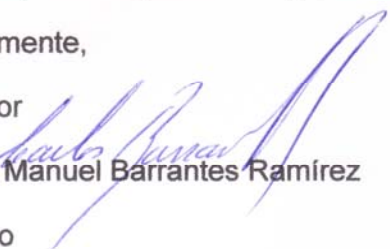
Estimado señor:

He revisado y corregido los aspectos referentes a la estructura gramatical, ortografía, puntuación, redacción y vicios del lenguaje de La Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, denominada, **“La fecundación in vitro: el derecho del embrión frente al derecho reproductor, un análisis comparativo entre la situación actual de Costa Rica y España”**, elaborada, por las estudiantes Zaida María Dávila Castro y María Ugalde Zamora , por lo tanto, puedo afirmar que está escrita correctamente, según las normas de nuestra Lengua Materna.

Respeté, a lo largo del trabajo, el estilo de los autores.

Atentamente,

Profesor


Carlos Manuel Barrantes Ramírez

Filólogo

Cédula 1-0312-0358

Carné afiliado 16308

Agradecimientos.

A Dios por darme la vida. A mi madre, mi padre y mis hermanos por su apoyo incondicional a lo largo de estos años de Universidad.

A Enoc, Ednider y Martiza por toda la ayuda que me han dado en este proceso académico.

A los miembros del Comité Asesor y especialmente a nuestra Directora por su apoyo, tiempo y dedicación.

María

Agradecimientos.

A mi padre y a mis dos hermanos por su apoyo incondicional en estos años de universidad.

A mi madre por ser el pilar que me sostuvo en los momentos más difíciles y por ser mi ejemplo a seguir de esfuerzo y dedicación ante la adversidad.

Y a mi segunda familia, en especial a mi Suegra por su apoyo a lo largo de este tiempo académico, por acogerme en su hogar como una hija más.

A la Dra. Andrea Acosta G, por creer en este proyecto y a los miembros del Comité asesor, por su tiempo apoyo y dedicación.

Zaida.

Dedicatoria.

A Dios y al Padre Pío, por hacer lo imposible, posible y a mí prometido Andrés por su incondicional amor, por creer en mí, alentándome siempre a lograr mis metas y sueños.

Zaida.

Dedicatoria.

A mi madre y a Enoc, por estar junto a mí y apoyarme incondicionalmente en esta etapa de la vida.

María.

Tabla de Abreviaturas:

Fecundación in Vitro: FIV

Inyección Intracitoplasmática de Espermatozoides ICSI

Corte Interamericana de Derechos Humanos: CIDH

Tecnología Procreativa Natural: TPN

Índice General.

Cartas de Aprobación	i
Agradecimientos.....	vi
Dedicatoria.	vii
Tabla de Abreviaturas:.....	viii
Índice General.....	ix
Resumen.....	xii
Ficha Bibliográfica.....	xv
Introducción General.....	1
Capítulo I: La situación posterior y actual sobre la Fecundación in Vitro en Costa Rica.	7
A: Nociones introductoras sobre las Técnicas de Fecundación Asistida.	8
1. La vida humana: ¿Cuándo se considera que inicia?	8
1.1 La Teoría de la Concepción.....	12
1.2 La Teoría de la Anidación.....	15
1.3 La Teoría de la Formación del Sistema Nervioso Central.	17
2. Nociones generales sobre las Técnicas de Fecundación Asistida.....	19
2.1 Técnicas de Fecundación Asistida.	22
3. Concepto general de la Fecundación In Vitro.....	28
B: Análisis de las resoluciones trascendentales sobre la Fecundación in Vitro en Costa Rica.....	34
1. Análisis de la situación de la FIV cuando era regulada por el Decreto Ejecutivo N° 24029-S.....	34
2. Análisis de la resolución emitida por la Sala Constitucional que prohibió la práctica de la Técnica en el país.....	39
2.1 Solicitudes realizadas por el accionante.....	40
2.2 Consideraciones de la Procuraduría General de la República.....	44
2.3 Argumentos de la Sala Constitucional de Costa Rica.	47
2.4 Voto salvado de los magistrados Arguedas Ramírez y Calzada Miranda.....	51

2.6 Resoluciones posteriores que respaldan la resolución de la Sala Constitucional 2306-2000.	60
3. Análisis de la resolución emitida por la CIDH.....	71
3.1 Voto Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi.	108
Capítulo II: Una comparación entre Costa Rica y España: Distintas formas de legislar sobre la Fecundación in Vitro.	122
A: Análisis doctrinal, legislativo y jurisprudencial en España sobre el tema de la Fecundación in Vitro.	122
1. El desarrollo histórico de las Técnicas de Fecundación Asistida hasta la actualidad.	122
1.1 Ley 35/1988, del 22 de noviembre.....	123
1.2 Ley Orgánica 10/1995, Código Penal de España.	129
1.3 Ley 45/2003.	131
1.4 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.	137
1.5 Ley Orgánica 9/1985, del 5 de Julio.	144
1.6 Ley Orgánica 2/2010, del 3 de Marzo.	146
2. Forma como actualmente, se realiza la Técnica de Fecundación in Vitro.	149
3. Uso de los embriones crioconservados.	176
3.1 Crioconservación.	177
3.2 Tratamiento de los embriones congelados.....	178
3.3 Donación de Embriones con Fines Reproductivos.	180
3.4 Donación de Embriones con Fines de Investigación.	182
B: Análisis jurídico sobre la posición de Costa Rica en contraste con España, concerniente al interés jurídico de la vida y dignidad del embrión humano y la posición del derecho de reproducción de las parejas.	189
1. Determinar la posición costarricense en el marco del derecho del embrión y el derecho de reproducción.....	189
1.1 La Posición del Derecho de Reproducción de las Parejas.	210
Capítulo III: Modelos de reglamentación de la Técnica de Fecundación in Vitro.	230

A: Beneficios y consecuencias del modelo de reglamentación español aplicado al sistema jurídico costarricense.	231
1. Análisis de los beneficios que tendría la implementación de la FIV en Costa Rica.....	231
1.1 Obtención del embarazo.....	232
1.2 Menor Costo de la FIV en el país.....	233
1.3 Igualdad en la Práctica de la FIV.	236
1.4 Combate Enfermedades Genéticas Graves.....	237
2. Análisis de las consecuencias que tendría para Costa Rica la implementación de la FIV.....	239
2.2 Riesgos y Complicaciones de la FIV.	242
2.3 Discriminación de Género: mujer y hombre.	253
2.4 Abuso de la Técnica.	256
2.5 Eugenesia.	257
2.6 Los costos para la Caja Costarricense del Seguro Social.	260
2.7 La Implementación en el Ordenamiento Jurídico.	262
2.8 La Implementación de controles a la FIV.....	268
B: El futuro de Costa Rica en la práctica de la Fecundación in Vitro: el derecho a la vida y dignidad del embrión.	272
1. ¿Cuál es la mejor forma de ejecutar la Fecundación in Vitro en Costa Rica? .	272
2. Medidas alternativas a la práctica de la Fecundación in Vitro.	293
2.1 Tratamiento de la infertilidad.....	293
2.2 Adopción.	297
Conclusiones.....	313
Referencias Bibliográficas.	323

Resumen.

En la siguiente investigación, se decidió tratar el tema del derecho del embrión frente al derecho reproductor en el caso de la Fecundación in Vitro, a través de un análisis comparativo entre la situación actual de Costa Rica y España, esto debido a la gran controversia que ha provocando su prohibición en el país y su actual implosión por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por lo que se considera de gran importancia su análisis debido a que a raíz de las a las circunstancias en que se desarrolla la Técnica de Fecundación in Vitro, el derecho a la vida y el derecho a la reproducción se confrontan, generando que al darse uno de estos derechos no se logra desarrollar el otro o no se desarrolle plenamente.

Al ser España un país pionero tanto en la elaboración de estas técnicas como en su legislación, nos sirve de base comparativa referente a este tema, en especial al haberse practicado durante tantos años, nos permitió estudiar su evolución y lograr determinar los problemas que vivió y sigue viviendo este país y la manera en que los han enfrentado.

Este estudio nos permitió realizar la siguiente hipótesis:

Con la implantación inminente de la Fecundación in Vitro en Costa Rica en comparación con el trato actual de dicha técnica en España; ¿Se estaría violentando el derecho a la vida y dignidad del embrión humano al tomar en cuenta solo el derecho de reproducción de las parejas?

Por lo que nuestro objetivo general fue lograr Determinar si existía o no dicha violación al derecho a la vida y dignidad del embrión, al ponerse en

práctica la Fecundación in Vitro en Costa Rica, prevaleciendo el derecho a la reproducción, en comparación con la situación actual de España.

Para lo cual se utilizará la metodología cualitativa con paradigma interpretativo, ya que nuestra finalidad siempre fue comprender e interpretar la información obtenida del análisis de legislación jurisprudencia y doctrina, existente en torno al tema, entre Costa Rica y España.

De este análisis nuestra principal conclusión fue que al implementarse la FIV en Costa Rica si se estaría violentado el derecho a la vida y dignidad del embrión, partiendo del hecho de que la vida comienza en el momento de la fecundación, siendo la FIV una técnica que expone al embrión a altas tasa de mortalidad en comparación a la baja posibilidad de lograr un embarazo, además de enfrentarlos a múltiples procesos degradatorios, tomando en cuenta que esta técnica no cura la infertilidad y por sus múltiples problemas no se debe de considerar como un tratamiento adecuado para tratarla.

España es un país que a través de los años ha desprotegido progresivamente el derecho del embrión, hasta el punto de deshumanizar su existencia, permitiendo diversos procesos sobre éstos, brindando prioridad a la protección jurídica de los derechos de reproducción de las parejas. Tomando en cuenta el tipo de legislación y como está planteada se hace muy difícil la implementación de ésta en el país.

Costa Rica al no tener otra alternativa más que la implementación de la FIV, debe de tomar disposiciones que aseguren en la medida de lo posible la vida y dignidad del embrión en su legislación, además de tratar de impulsar

otras medidas alternativas que lleguen al mismo objetivo de la FIV de tener un hijo, sin que se pierdan tantas vidas en el proceso.

Ficha Bibliográfica.

Dávila Castro, Zaida María y Ugalde Zamora, María Martha. “La Fecundación in Vitro: el derecho del embrión frente al derecho reproductor, un análisis comparativo entre la situación actual de Costa Rica y España”. Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2013.

Directora: Dra. Andrea Acosta Gamboa.

Palabras Claves: Técnicas de Fecundación Asistida, Fecundación in Vitro, Fecundación, Concepción, Derecho a la vida y dignidad del embrión, ICSI, Derecho a la reproducción.

Introducción General.

Para la presente investigación, se adoptó el tema del derecho a la vida y dignidad del embrión frente al derecho reproductor de las parejas en el caso de la Técnica de Fecundación in Vitro (FIV) en Costa Rica en contraste con la situación actual de España. A razón, de que dicha Técnica de Fecundación Asistida a generado gran controversia, debido a su prohibición en el país y su actual imposición de implementarla en el Estado costarricense, como consecuencia a la resolución emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por lo que se considera que es de gran importancia su estudio, debido a las circunstancias en que se desarrolló la técnica en el país y su actual implementación de la Fecundación in Vitro en otros países. Asimismo, es de importancia observar y analizar, como los derechos tanto a la vida y dignidad del embrión y también el derecho a la reproducción que tienen las parejas se confrontan y a consecuencia de esto cómo uno de estos derechos no se logra desarrollar plenamente sin violentar el otro.

Por esta razón se pretende demostrar a lo largo de toda la investigación la existencia de estas dos posiciones, las cuales tomaron fuerza, como consecuencia de la prohibió la Fecundación in Vitro en el país. Y como se ha desarrollado un debate sobre cual posición debe prevalecer.

Todo esto en un marco comparativo entre las resoluciones emitidas por las distintas autoridades costarricenses, la resolución impuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (que implica una ejecución forzosa en el país) y la aprobación, legislación, evolución y consecuencias de la técnica de Fecundación in Vitro en España.

El país español fue seleccionado en esta investigación, debido a la cantidad de años que tiene practicando la técnica, por lo que es de interés observar de qué manera ha logrado legislar. Además, se pretende detectar problemas surgidos en dicha legislación, así como vacíos legales que no ha logrado llenar; lo cual permitiría tener un panorama más claro de qué hacer y qué no hacer ante la inminente práctica en el país.

Por lo que el siguiente trabajo tratara de analizar las dos realidades que son totalmente diferentes, y como en dichas posiciones se ve reflejado los derechos anteriormente mencionados. Esto con el fin de determinar si con la ejecución de la Técnica de Fecundación in Vitro en el país, se está violentando el derecho a la vida y dignidad del embrión al tener en cuenta solo el derecho de reproducción de las parejas.

Justificación.

Por lo que se considera, que es de gran importancia su estudio debido a que a raíz de esta prohibición y a las circunstancias en que se desarrolla la Fecundación in Vitro, el derecho a la vida del embrión y el derecho a la reproducción de las parejas se confrontan, por lo que al darse uno de estos derechos no se logra desarrollar el otro o no se desarrolla plenamente.

Se pretende demostrar la existencia de dos posiciones que surgieron a partir de la negativa de desarrollar esta técnica de reproducción asistida en el país. Estos dos enfoques a dilucidar, el primero respecto al derecho del embrión a la vida y dignidad, y en segundo el derecho de reproducción de las parejas que sufren problemas de fertilidad. Todo esto en un marco comparativo con respecto al proyecto legislativo, las resoluciones dadas por las distintas

autoridades costarricenses y la aprobación, legislación y evolución de la Fecundación in Vitro en España.

La perspectiva presentada por Costa Rica se desprenden de la sentencia de la Sala Constitucional N. ° 2306 de las 15 horas con 24 minutos de 15 de marzo de 2000 y de las resoluciones posteriores a la misma, así como de la resolución de la CIDH emitida 2012. Estos hacen referencia a cada uno de estos derechos dándole su respectivo énfasis, todo enmarcado en la técnica Fecundación in Vitro.

La forma de utilización y manipulación de los embriones son la piedra angular de los problemas presentados en esta técnica. Y es justamente en este momento en que surgen los verdaderos cuestionamientos respecto a los derechos que detentan tanto las parejas como los embriones.

En Costa Rica, como en otros países del mundo no se ha desarrollado plenamente la normativa para la protección de la vida embrionaria humana y la reproducción asistida. Por lo que nos lleva a tratar de determinar las consecuencias de los avances en materia de reproducción tanto para el embrión como para las parejas. Lo anterior con el fin de lograr desarrollar así la normativa que incluya la regulación de estas técnicas.

La Fecundación in Vitro fue tratada en el país en principio por el artículo 72 del Código de Familia y posteriormente se regulo a través del Decreto N° 24029-S en el año 1995 el cual la regulo específicamente. Posteriormente, el señor Hermes Navarro del Valle consideró que se desprotegía el derecho fundamental a la vida de los embriones al llevarse a cabo la Fecundación in Vitro el decreto por lo que planteo una acción de inconstitucionalidad.

Esta acción fue el inicio de la problemática abarcada en este tema, debido a que se empezó a discutir el derecho a la vida que posee el embrión y el derecho de las parejas con problemas de fertilidad. Ante tal acusación la Sala Constitucional emitió un criterio a favor de los derechos del embrión, prohibiendo dicha técnica. Por lo que se establece claramente la posición de Costa Rica, al considerar la vida del embrión sobre el derecho de reproducción de las parejas.

A raíz de dicha situación, en el 2001 un grupo de parejas afectadas por esta decisión impusieron una demanda contra el Estado de Costa Rica ante la CIDH. Esta entidad decidió admitirla para su estudio dando lugar al caso N.12.361, conocido como "Gretel Atavía Murillo y otros". Lo que conllevó en el 2010 a que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos elaborara un informe de Fondo N.º 85/10¹ en el que expresó su posición ante el tema y exigió el establecimiento nuevamente de la técnica Fecundación in Vitro en Costa Rica.

Este informe elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, consideró que la resolución que no permitía la Fecundación in Vitro establecida por la Sala Constitucional era violatoria de los artículos 11.2, 17.2 y 24, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José. Violando así derechos fundamentales de las parejas que por algún problema no podían concebir, pero ante la falta de interés del Estado

¹ http://www.gaceta.go.cr/pub/2010/11/08/COMP_08_11_2010.html#_Toc276715462. La Gaceta número 216 del 8 de noviembre del 2010. Asamblea Legislativa, comentario sobre el Informe de Fondo N.º 85/10 (Fecundación in vitro, Caso 12.361) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Consultado el 13 de octubre del 2011 a las 8.35pm. Nota: Este informe del fondo es confidencial por lo que lo expresado en esta citación es lo interpretado y expresado por la Asamblea legislativa en el periódico La Gaceta, al referirse posteriormente al Proyecto de Ley sobre Fecundación In Vitro.

costarricense de emplear esta técnica en el país se elevó el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual emitió resolución que apoyó la posición de las parejas, condenando a Costa Rica a implementar la FIV y al pago de daños y perjuicios a las parejas afectadas.

A partir de esta situación plasmada en Costa Rica, se toma en cuenta los países donde se practica la Fecundación in Vitro. Y se determina que España es el país con el cual Costa Rica tiene más similitudes con respecto a la legislación y la dirección doctrinal. Este país ha legislado la FIV desde hace varias décadas y actualmente se encuentra vigente la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida la cual entró en vigor a finales de mayo de 2006.

La problemática que se tratará de analizar, a través de la siguiente investigación se dirige a determinar si se está violentando o no, el derecho a la vida y dignidad del embrión, al realizarse la FIV en el país. Y si ésta se llevara a cabo, cuál sería la mejor forma de legislarla tomando en cuenta la situación que ha vivido y sigue viviendo España.

Hipótesis.

Con la implantación inminente de la Fecundación In Vitro en Costa Rica en comparación con el trato actual de dicha técnica en España; ¿Se estaría violentando el derecho a la vida y dignidad del embrión humano al tomar en cuenta solo el derecho de reproducción de las parejas?

Objetivo General.

Determinar si existe violación al derecho a la vida y dignidad del embrión, al ponerse en práctica la Fecundación In Vitro en Costa Rica, prevaleciendo el derecho a la reproducción, en comparación con la situación actual de España.

Objetivos Específicos:

- Analizar la situación anterior y posterior a las resoluciones por parte de la Sala Constitucional costarricense con respecto de la Fecundación in Vitro.
- Determinar el contraste de intereses jurídicos entre, la vida y dignidad del embrión y derecho de reproducción de las parejas.
- Analizar la sentencia de la CIDH y sus implicaciones para el país.
- Analizar la evolución jurídica que han sufrido las técnicas de reproducción asistida en España hasta la actualidad.
- Precisar la posición costarricense y española con respecto de la Fecundación in Vitro en el marco del derecho del embrión y el derecho de reproducción.
- Realizar un análisis comparativo sobre: legislación doctrina, jurisprudencia y situaciones jurídicas entre Costa Rica y España en el caso de la Fecundación In Vitro.
- Determinar cuáles podrían ser las posibles consecuencias con respecto de una futura práctica de la fecundación in vitro en Costa Rica, utilizando como marco de referencia el caso de España.
- Establecer posibles soluciones a los problemas que conlleva la práctica de la Fecundación In Vitro.

Metodología

Para lo cual se utilizará la metodología cualitativa con paradigma interpretativo, ya que nuestra finalidad siempre fue comprender e interpretar la información obtenida del análisis de legislación jurisprudencia y doctrina, existente en torno al tema, entre Costa Rica y España.

Capítulo I: La situación posterior y actual sobre la Fecundación in Vitro en Costa Rica.

Como anteriormente se menciona, a raíz de la prohibición de la Fecundación in Vitro en el país, se logró establecer dos posiciones muy marcadas. Estas se pueden resumir en la confrontación de dos bienes jurídicos los cuales son, el derecho a la vida y dignidad del embrión y por otro lado, los derechos reproductivos de las parejas.

La perspectiva presentada por Costa Rica sobre estos dos derechos se ve reflejada en la posición que ha tomado desde que se interpuso el recurso de inconstitucionalidad contra el Decreto 24029-S. Posición que se ha venido sosteniendo desde el 2000 hasta la resolución dada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el 2012. Por lo que se considera de gran importancia analizar cada uno de estos momentos y el enfoque que se le ha dado en nuestro país, a cada una de estas etapas.

Igualmente, se podrá observar y analizar la otra perspectiva de esta problemática, la cual va a ser el derecho de reproducción de las parejas, tal y como lo han planteado los defensores de esta teoría en el Estado costarricense.

Es válido mencionar que estas dos posiciones que se estudiarán más a fondo en dicha investigación tienen sus comienzos en una discusión que aún hoy, no se logra llegar a un consenso. Esta radica en la de definir una teoría válida, del momento exacto cuando inicia la vida humana, y a partir del instante cuando se debe comenzar a proteger el derecho a la vida.

.Asimismo, se analizarán las nociones generales acerca de las técnicas de fecundación asistida, para poder así determinar cuál es el concepto que

abarca la Técnica de Fecundación in Vitro, la que ha provocado tanta controversia y análisis en nuestro país.

A: Nociones introductoras sobre las Técnicas de Fecundación Asistida.

Antes de realizar un debido análisis de legislación y de resoluciones costarricenses relacionadas acerca del tema, se considera de gran importancia analizar las nociones introductorias acerca de las Técnicas de fecundación asistida, y consecuentemente, determinar en qué consiste la Fecundación In Vitro.

Pero antes de abordar dicho tema, se analizará las teorías existentes acerca desde el momento cuando inicia la vida humana, esto para un mejor entendimiento de la investigación. La importancia de dichas teorías es por la razón de ser la piedra angular en la que se centra la protección, tanto el derecho a la vida y dignidad del embrión y, también, el derecho a la reproducción de las parejas. Por lo que el análisis de las mencionadas teorías se realizará a continuación.

1. La vida humana: ¿Cuándo se considera que inicia?

Para tener un panorama más claro sobre estas teorías, se cree que es de vital importancia, establecer las diversas etapas biológicas de la vida humana desde su inicio hasta el nacimiento.

Se pueden mencionar básicamente cuatro etapas, éstas cubren a grandes rasgos, los cientos de cambios que llega a sufrir el ser humano hasta su nacimiento. Las etapas reconocidas, se puede decir que son: el cigoto,

blastocito, embrión, feto y por último, el nacimiento². A continuación, se desarrollará en qué consiste cada una de ellas, recordando que son preestablecidas por la biología por lo que luego se realizarán menciones jurídicas al respecto.

La primera de estas etapas se puede definir cuando se produce el cigoto, que también es conocido como período de citogenia primaria. Se determina en el momento cuando el espermatozoide penetra el óvulo creando un nuevo ser, que científicamente recibe el nombre de cigoto, el cual ya contiene su propio ADN, éste será irrepetible. Y que fue formado con la información contenida de los gametos, tanto de la madre como del padre. Concluida esa fase utiliza los siguientes días para (en circunstancias normales) descender por las trompas de Falopio. Además, en su camino se va dividiendo en múltiples células, y todo esto lo realiza en la primera semana.

La siguiente etapa es la del blastocito o histogenia primaria. Esta consiste en una división constante del cigoto, que se transforma de células con una capa externa, a un embrión, y que donde esta capa externa se convierte en la membrana que lo nutre y lo protege. El blastocito continúa hasta llegar a la pared uterina donde se adhiere y comienza a recibir nutriente de la madre, todo esto ocurre entre la segunda y tercera semana de embarazo.

Luego se produce la siguiente etapa que es el embrión. Aquí, comienza lo que se conoce como el momento de diferenciación o período de morfogenia, que se da cuando las células se multiplican y empiezan a ocuparse de

² MD, Medical Director, MEDEX Northwest Division of Physician Assistant Studies, University of Washington, School of Medicine. Versión en inglés revisada por: Linda J. Vorvick (9/12/2011.) Recuperado de: <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/002398.htm>. (25/02/2012).

funciones específicas, como las del sistema nerviosos, sanguíneas etc. Este periodo es de vital importancia, debido a que se da paso a las principales estructuras, tanto internas como externa, éste va desde la cuarta hasta la octava semana de gestación.

Rápidamente se pasa al periodo de histogenia y citogenia secundaria o, también, conocido como periodo fetal. Se establece como el último periodo de gestación, que va desde el tercer mes, hasta el nacimiento. Dicho período contempla todo el desarrollo y finalización, tanto del cuerpo como los tejidos y los órganos. Recuérdese que dicho desarrollo había iniciado desde la etapa anterior. Para las últimas semanas el feto se dedica a crecer en peso y termina de madurar sus pulmones para estar listo para el nacimiento.³

El anterior proceso consiste en el ciclo de vida que debe de pasar el ser humano, desde su creación hasta el nacimiento.



En la siguiente ilustración se podrá apreciar todo el proceso anteriormente descrito, en todas sus etapas hasta el nacimiento.

³ Gallego, Cl. (23/02/2008). "**Desarrollo del feto. Periodos embrionario y fetal. Unidad feto - placentaria. Líquido amniótico. Apuntes de Ginecología. Apuntes de Medicina.**" Recuperado de: <http://www.portalesmedicos.com/publicaciones/articulos/971/1/Desarrollo-del-feto.-Periodos-embrionario-y-fetal.-Unidad-feto---placentaria.-Liquido-amniotico.-Apuntes-de-Ginecologia.-Apuntes-de-Medicina/> (31/01/13).

Es relevante aclarar, que ésta es una de las formas como los científicos han venido describiendo el desarrollo del ser humano. También, hay que tener en cuenta que con avances científicos y tecnológicos, se conoce más detalladamente cómo funcionan estas etapas y puede que en un futuro próximo se llegue definir o existir más etapas que, en la actualidad, no se logra observar.

Igualmente, es importante enfatizar que dichas distinciones a pesar de ser dadas por la ciencia, no son estimadas tan fielmente en el ámbito jurídico. Por lo que para que no exista ninguna confusión, para lo que respecta de esta investigación, se considerará embrión a aquel que va desde su inicios (unión de los gametos masculino y femenino) hasta que ser considerado feto, es decir desde que el espermatozoide se une al óvulo hasta el periodo fetal que se determinará hasta los 3 meses de gestación.

Luego de realizar el análisis sobre las etapas del ciclo de la vida del ser humano, se continuará con el siguiente tema, éste consiste en la existencia de diversas teorías que se sustentan en el debate del momento preciso cuando da inicio a la vida humana.

En esta investigación, se realizará especial énfasis a tres de ellas, que reflejan las dos posiciones en conflicto, ya antes mencionadas. Este análisis es de gran importancia debido a que, a partir de estas teorías se considera que el ser humano tiene capacidad de tener derechos y, por ende, una protección jurídica, como el derecho inherente a la vida.

1.1 La Teoría de la Concepción.

Según esta teoría la vida humana inicia en el momento mismo de la concepción, y se entiende esta última “como la unión del espermatozoide masculino con el óvulo femenino”⁴. Es decir, que la vida del ser humano inicia en ese momento único, en que estos dos gametos, tanto femenino como masculino (y que contienen una estructura genética individualizada), se unen para formar un ser totalmente diferente a ellos, el cual es único e irrepetible.

Aunque autores como Gastón Federico Blasi, prefieren determinar que el momento de la concepción, no es simplemente la penetración de la capa superficial del óvulo por parte del espermatozoide, si no que para esta teoría la vida humana comienza “Luego de que el espermatozoide ha penetrado el ovocito, se produce, aproximadamente entre las doce y dieciocho horas posteriores, la combinación de los cromosomas, configurándose así el intercambio de la información cromosómica que determina la aparición de una nueva y exclusiva estructura”⁵. Es decir, que debe de transcurrir un lapso muy corto, pero vital que determinará que se ha dado exitosamente la concepción del ser humano.

Esta teoría establece que es, en ese preciso momento, cuando nace una nueva vida, totalmente diferente al de la madre y el padre, con su propio y único material genético, que lo individualiza de cualquier otro organismo vivo y lo define como ser humano, debido a que por más que se quiera, su desarrollo no desembocará en otro ser, que el ser humano.

⁴ Morales, J.(2010) **“Ciencia, ética y derecho. A propósito de la inseminación artificial y la fecundación”**. Revista número 41, Ius Et Praxis, Facultad de la Universidad de Lima, Pág. 110.

Debido a esto ha surgido la interrogante de dos términos, para los que muchos difieren y otros consideran como sinónimos. Dichos conceptos son los de concepción y fecundación. Como consecuencia a esto se produce la necesidad de determinar el significado para cada uno, y así evitar confusiones futuras.

Para Juan Morales no puede haber confusión, ya que para éste la fecundación “es el primer instante con el que se inicia el ciclo vital, que ocurre cuando el espermatozoide penetra el óvulo”⁶, es decir, que lo primero que ocurre, según este autor es la fecundación, el cual es el primer instante donde surge una nueva vida.

Asimismo, el mismo autor dispone que la concepción, “va hacer el resultado de dicho primer momento dentro del proceso de la vida”, se podría deducir que el autor entra en una confusión, ya que hace parecer que se encuentra ante el mismo suceso. Pero esto se aclara al disponer que el momento de la “fecundación-concepción, es tan rápido que la fecundación implica la concepción instantánea”⁷. Es decir, que aunque no son sinónimos, son etapas consecutivas del ciclo de la vida, que se dan tan rápido que casi se estaría frente a un mismo acto.

Por otro lado, debido a esta semejanza muchos prefieren tratar estos términos como sinónimos, como es el caso de los diccionarios médicos, en

⁵ Gastón, F. (01/01/2009). “¿Cuál es el estatus jurídico del embrión humano?, Un estudio Multidisciplinario. Publicado en Persona, Derecho y Libertad” (Pág. 3). Perú, MOTIVENSA, ISBN 978-9972-2976-5-6, pp. 95- 120.

⁶ Morales, J. (2010) “Ciencia, ética y derecho. A propósito de la inseminación artificial y la fecundación”. Revista número 41, Ius Et Praxis, Facultad de la Universidad de Lima, Pág. 110.

⁷ Morales, J. (2010) “Ciencia, ética y derecho. A propósito de la inseminación artificial y la fecundación”. Revista número 41, Ius Et Praxis, Facultad de la Universidad de Lima, Pág. 110.

donde disponen que el concepto de concepción es la “Fecundación o fertilización del óvulo por el espermatozoide”⁸, por consecuencia se estaría ante un mismo acto y una misma etapa, en conclusión serían sinónimos.

Aún así, hay quienes difieren de esta percepción como es el caso de don Gerardo Trejos, quien ha dispuesto que la concepción es “...a partir de la implantación del óvulo fecundado en esa cuna denominada *las paredes del útero materno*”⁹, por lo que para este autor la fecundación no es lo mismo que la concepción, debido a que primero ocurre la fecundación, al producirse la unión del espermatozoide y el óvulo. Luego se da la concepción que es cuando se implanta en el útero materno aproximadamente catorce días luego de la fecundación.

A pesar de que existen este tipo de criterios, en lo que refiere a esta investigación se acogerá la corriente que dispone que fecundación y concepción como sinónimos. Por lo que a partir de este momento cuando se haga referencia a la fecundación o concepción se estará refiriendo al mismo momento, donde el gameto femenino y masculino se unen para formar una nueva vida.

Con base en lo anterior, se puede deducir, que la teoría de la concepción es aquella que es utilizada por aquellas personas que defienden el derecho a la vida y dignidad del embrión, derecho que será analizado más

⁸ Diccionario Médico. Recuperado de: <http://www.cmaestranza.com/diccionario-medico/52-c.html?showall=1/>. (25/02/12).

⁹ Trejos, G. (2008) “La prohibición de la Fecundación In Vitro en Costa Rica (una sentencia de la Sala Constitucional: Arbitraria, Injusta, Discriminatoria, y Violatoria de los Derechos Fundamentales Consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos y en el Protocolo de San Salvador)”, Editorial Juricentro, S.A., 1 a ed., San José Costa Rica. Pág. 78.

adelante. Por ahora, se limitará declarar que quienes defienden este derecho, consideran que la vida del ser humano tiene sus inicios desde el momento cuando el espermatozoide se une al óvulo y da como resultado una nueva vida humana.

En conclusión, para los que apoyan esta teoría, la vida del ser humano inicia en la concepción. Por lo que es a partir de ese momento cuando se debe de proteger jurídicamente y no después, así como lo establece la siguiente teoría. En la cual aunque hay vida a partir del momento de la concepción, ésta no puede considerarse un ser humano.

1.2 La Teoría de la Anidación.

En cuanto se refiere a esta teoría solo se puede hablar de vida humana en el momento cuando el embrión se fija en el útero de la mujer¹⁰, es decir, cuando éste se anida. Ya que para los seguidores de ésta teoría es en este momento cuando el embrión se individualiza, esto ocurre al catorceavo día después de la fecundación.

Por lo que no es hasta este momento, que se puede hablar de vida humana, debido a que antes solo existe un grupo de células, que sí tienen vida, pero no pueden ser consideradas un ser humano y, por lo tanto, no merecen protección alguna.

Estos se basan, en que existe solo un cincuenta por ciento de probabilidades que el cigoto se implante, y que el otro cincuenta por ciento de las veces se pierden y mueren en el camino. Por lo que no es hasta en ese

¹⁰ Morales, J.(2010) "Ciencia, ética y derecho. A propósito de la inseminación artificial y la fecundación". Revista número 41, Ius Et Praxis, Facultad de la Universidad de Lima, Pág. 112.

momento cuando se puede determinar que éste se va seguir desarrollando y tiene una alta posibilidad de vivir.

Para los que defienden esta tesis, habrá vida humana hasta el momento cuando se individualice al embrión, para lo cual éste debe de contar con dos características: unicidad y unidad¹¹, es decir, ser único e irrepetible y ser una sola realidad, lo cual para estos defensores ocurre en el momento de la anidación del embrión en la cavidad uterina.

En consecuencia, los procesos o transformaciones que tiene el cigoto antes de esta anidación no definen nada, por lo que no se podría hablar de que se está en presencia de un ser humano. A razón de que, solo sería un grupo de células indefinidas con potencialidad de llegar a convertirse en un ser humano.

Pero esta individualidad es criticada, porque para los seguidores de esta corriente, ésta se centra de la posibilidad de dividirse. Ya que disponen que el cigoto (antes de la anidación) tiene la posibilidad de dividirse y de formar a más de un embrión (embarazos múltiples), por lo que no es hasta que se anida cuando se puede identificar al individuo o individuos.

Pero esta aseveración tiene una fuerte contradicción, por la razón de que se están confundiendo los términos de individualidad con el de indivisibilidad, debido al hecho de que se pueda o no dividir no dispone que desde el momento de la concepción se pueda hablar de individuo o individuos únicos e irrepetibles.

¹¹ Gastón, F. (01/01/2009) **“¿Cuál es el Estatus Jurídico del Embrión Humano?, un Estudio Multidisciplinario”** (Pág. 5). Publicado en PERSONA, DERECHO Y LIBERTAD, Perú, MOTIVENSA, ISBN 978-9972-2976-5-6, pp. 95- 120.

En conclusión, para sus partidarios, el momento cuando inicia la vida es el de la anidación. Etapa donde la mayoría de los científicos coincide que es alrededor del catorceavo día después de la concepción, por lo que es a partir de este instante cuando se puede empezar a protegerse jurídicamente al embrión y no antes como lo establecía la anterior teoría. Lo que lleva a la última teoría que exige un mayor tiempo de gestación para considerar el inicio de la vida humana.

1.3 La Teoría de la Formación del Sistema Nervioso Central.

Para esta teoría, la vida humana comienza, desde que se da la formación del sistema nervioso central o por lo menos los embosos de éste, lo que comúnmente se le llama la línea primitiva o surco neuronal. Para Juan Morales, esto se da, desde la octava semana desde la fecundación, donde se da la primera actividad eléctrica del cerebro¹², es decir, desde que comienza la actividad cerebral.

Según los discípulos de esta teoría, no se encontraría frente a un ser humano o no se podría considerar que ha empezado la vida humana, hasta que se presente la primera línea neuronal que haga constatar el funcionamiento del cerebro, que es el órgano que permite pensar y sentir etc.

El autor Gastón Federico dispone que al ser perceptible este primer emboso neuronal el “embrión presenta una pauta selectiva particularmente humana”¹³, y por lo tanto, los protectores de esta posición consideran que es

¹² Morales, J. (2010) “Ciencia, ética y derecho. A propósito de la inseminación artificial y la fecundación”. Revista número 41, Ius Et Praxis, Facultad de la Universidad de Lima,. Pág. 114.

¹³ Gastón, F. (01/01/2009) “¿Cuál es el estatus jurídico del embrión humano?, un estudio multidisciplinario” (Pág. 6). Publicado en Persona, Derecho y Libertad, Perú, Motivensa, ISBN 978-9972-2976-5-6, pp. 95- 120.

en este momento cuando se adquiere algún grado de conciencia, lo que permite diferenciarlo como ser humano, por lo tanto, no es hasta este momento cuando se puede hablar de una protección jurídica al embrión.

Esta posición vendría a contradecir el supuesto de que la vida humana es un proceso continuo, en especial el proceso que se vive en el vientre materno, ya que aunque conste de diversas etapas, éstas llevarán a lo mismo que es la formación un ser humano.

Estas dos últimas teorías en especial la de la anidación, es la base que utilizan los protectores de los derechos de las parejas, que al igual que el derecho a la vida y dignidad del embrión, se analizará y extenderá más adelante en la investigación.

Por el momento lo que interesó explicar, en este primer punto, son las diferentes teorías en que se basan los pioneros de cada uno de los dos intereses jurídicos en conflicto. Y así poder observar, según cada una de estas corrientes, el momento cuando consideran que empieza la vida humana. Más adelante se determinará cuál de estas teorías es la que se debería aplicar y los motivos que la respalda.

Antes de desarrollar el punto anterior, interesa analizar en qué consiste las técnicas de fecundación asistida, de las cuales nace la técnica de Fecundación In Vitro, que será analizada con más detenimiento.

2. Nociones generales sobre las Técnicas de Fecundación Asistida.

Para entender mejor qué es la Fecundación in Vitro, es necesario confeccionar un análisis general de lo que consisten las técnicas de fecundación asistida y lograr determinar por qué y cómo se emplean en la actualidad.

El primer punto que se considera importante constituir es ¿por qué surgió la necesidad de crear, desarrollar y llevar a cabo este tipo de técnicas? La respuesta a esta interrogante es muy sencilla, fue el hecho mismo de la imposibilidad de procreación por parte del hombre, la mujer o ambos, a lo que comúnmente se le denomina infertilidad.

Esto lleva a otra interrogante que se ha debatido a la hora de cuestionar este tipo de técnicas, que es si se considera la infertilidad una enfermedad o no, y a lo que una respuesta positiva conllevaría creer que este tipo de técnicas vendrían a significar un tipo de cura.

Con respecto del concepto de infertilidad o esterilidad, los órganos especializados en el tema, prefieren inclinarse al de infertilidad, esto debido a que el primero es un estado que tiene la persona que es posible de revertir y tratarse con las actuales técnicas de reproducción asistida. En cambio el concepto de esterilidad va de la mano a un no logro de un embarazo, contrario al infertilidad que es la imposibilidad de sostener y llevar a un fin todo el periodo del embarazo, por lo que esto quiere decir que sí existe una posibilidad de la pareja de generar un embarazo.

Igualmente, los centros especializados en el tema distinguen la infertilidad entre la primaria y la secundaria. La primaria es cuando las parejas del todo no pueden concebir un embarazo, y la secundaria es cuando la mujer luego de quedar embarazada tiene abortos espontáneos por lo que no puede terminar el periodo de embarazo necesario.

Es relevante mencionar la posición que toma la Asociación Médica Mundial en donde establece que:

“La concepción asistida es distinta del tratamiento de una enfermedad, ya que la imposibilidad de ser padres, sin intervención médica no siempre es considerada una enfermedad. Aunque puede tener profundas consecuencias psico- sociales y médicas no es un limitante de la vida. Sin embargo, es una importante causa de una enfermedad psicológica y su tratamiento es evidentemente médico”¹⁴.

Tomando en cuenta la infertilidad no como una enfermedad, se podría decir que la mayoría de los centros que practica técnicas de reproducción asistida brinda un servicio de producción de niños y no como un tratamiento para una enfermedad.

Para los autores Gay Becker y Robert Nachtigall sostienen que la infertilidad es un problema social encasillado como una enfermedad, ya que hasta los años 70's era visto, mayormente, como un problema psicosomático¹⁵.

¹⁴ Asociación Médica Mundial. (Sudáfrica Octubre 2006). **“Resolución de la Asociación Médica Mundial sobre las Tecnologías de Reproducción Asistida”**, Art 6, Recuperado de: <http://www.wma.net/s/policy/r3.htm>, (febrero de 2013).

¹⁵ Becker G. Nachtigall R. (1992) **“Eager for Medicalization: The social Production of Infertility as a Disease”**, *Sociology of Health & Illness*. 456-471, 457.

También, existe una posición completamente contraria, la cual es avalada por la Organización Mundial de la Salud (OMS), quien ha tratado por largo tiempo el tema de la infertilidad y ha determinado una clara posición de la misma.

Para la OMS “la Infertilidad es: la enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas”¹⁶, por lo que este organismo considera la infertilidad sí es una enfermedad, ya que la describe como una incapacidad, es decir, la imposibilidad de concebir, además le da un lapso de 12 meses en que la pareja haya tenido relaciones sexuales sin éxito, aunque no determina la constancia de estas relaciones.

Así mismo, el concepto de infertilidad como enfermedad está íntimamente relacionado con el concepto de salud, a lo que la misma OMS ha dispuesto “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”¹⁷, por lo que la salud vendría hacer todo un combo de requisitos que debe tener toda persona para considerarse sana o mejor dicho saludable. Esta definición brinda la posibilidad de poder colocar la infertilidad (como la posición anteriormente analizada), dentro del ámbito social, ya que igual estaría ante una falta de salud.

¹⁶ Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS) Traducido y Publicado por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida em 2010 © Organización Mundial de la Salud 2010. **Glosario de terminología en Técnicas de**

Reproducción Asistida (TRA).

¹⁷ Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (19 de junio al 22 de julio de 1946), firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados.

Se debe tener en cuenta que esta disposición es un poco radical, ya que al incluir factores como los mentales y sociales, se estaría frente a necesidades que aunque necesarias, de muy difícil obtención y protección por parte de las autoridades de cada país. De hecho con estas premisas se podría suponer que gran parte de las personas del mundo, no cuentan con salud, puesto que aunque no tiene una enfermedad física si tiene algún problema social o hasta mental.

Pero esta discusión no será desarrollada en esta investigación ya que merece un estudio más complejo que aquí no se efectuará. Se puede observar que la mayoría de autores que protege los derechos de reproducción de las parejas, asegura que la infertilidad sí es una enfermedad, basándose en afirmaciones como las anteriormente mencionadas de la OMS.

Como se puede observar existen dos definiciones al argumento de la infertilidad, una que se enfoca más a que es un problema que se debe tratar como una enfermedad meramente, y el otro que no es necesariamente una enfermedad, sino más un problema social.

Luego del análisis anterior se puede observar que infertilidad tornó casi una necesidad el desarrollo de las prácticas de las técnicas de fecundación asistida. Las que seguidamente, se describirán para conocer cuáles son y cómo se emplean, con el objetivo de que una pareja pueda satisfacer su necesidad de procreación.

2.1 Técnicas de Fecundación Asistida.

Las técnicas de fecundación asistida son *“... todas aquellas técnicas mediante las cuales se trata de aproximar en forma artificial a los gametos*

femenina (óvulos) y masculina (espermatozoides) con el objeto de favorecer el embarazo”¹⁸, como bien se señala estas técnicas se realizan de manera artificial, por lo que su objetivo no es la búsqueda de un embarazo naturalmente, sino que fuerzan el embarazo para que esto ocurra artificialmente y necesita de la intervención del ser humano. Dicha intervención es necesaria para que se genere la unión entre el espermatozoide y el óvulo de la mujer con el fin de obtener un embarazo exitoso.

Estas técnicas aunque muy novedosas, no fueron el primer intento de intervención científica en la procreación del ser humano. En un principio la infertilidad tratada fue la masculina, la técnica era muy sencilla en especial su manipulación y consistían en depositar el semen del hombre en la vagina de la mujer.

Luego, este tipo de técnicas evolucionaron a la inseminación, que poco tiempo después dio paso a las actuales técnicas de fecundación y diversos procesos para desarrollarlas, como es el caso de la crioconservación para la técnica de la Fecundación in Vitro, pero de ésta se analizará más adelante.

Las técnicas de fecundación asistida se dividen en dos clases.

De baja complejidad: éstas se dan “cuando la unión entre óvulo y espermatozoide se realiza dentro de la trompa de Falopio”¹⁹ por lo que la

¹⁸ Centro de Alta Complejidad acreditado por la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva. Montevideo.

“Técnicas de reproducción asistida /(Nascentis (Medicina Reproductiva)”. Córdoba, Argentina - Tel.: (351) 4247351 y líneas rotativas. Pág. 1. Recuperado de:

http://www.nascentis.com/tecnicas_reproduccion_asistida?PHPSESSID=0989349f02ee55dd1a8e9408e0f02b54 (25/02/12).

¹⁹ Centro de Alta Complejidad acreditado por la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva. Montevideo.

“Técnicas de reproducción asistida /(Nascentis (Medicina Reproductiva)”. Córdoba, Argentina - Tel: (351) 4247351 y líneas rotativas. Pág. 1. Recuperado de:

fecundación del óvulo ocurre dentro de la mujer. De este tipo de técnicas se tiene: el coito programado y la inseminación intrauterina.

De alta complejidad: este tipo de técnicas se diferencia de las anteriores ya que ésta se dan “cuando la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar en el laboratorio, lo que implica la necesidad de extraer los óvulos del organismo de la mujer”²⁰, es decir, que la fecundación del ovulo ocurre fuera de la mujer y como bien se señala se da en un ambiente clínico. Dentro de estas técnicas se tiene la fecundación in Vitro y la Inyección intracitoplasmática de espermatozoides conocida como ICSI.

A continuación, se determinará cómo funciona cada una de estas técnicas anteriormente mencionadas, empezando primero por la de baja complicidad.

Coito programado.

Esta es una de las técnicas en que interfiere en menor proporción el hombre y consiste “una estimulación leve de la ovulación y controles ecográficos periódicos que tienen el objeto de conocer el número de folículos presentes en los ovarios y de programar el momento adecuado para tener relaciones sexuales”²¹, por lo que la única intervención es una leve

http://www.nascentis.com/tecnicas_reproduccion_asistida?PHPSESSID=0989349f02ee55dd1a8e9408e0f02b54(25/02/12).

²⁰ Centro de Alta Complejidad acreditado por la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva. Montevideo. “Técnicas de reproducción asistida /(Nascentis (Medicina Reproductiva)” Córdoba, Argentina - Tel.: (351) 4247351 y líneas rotativas. Pág. 1. Recuperado de: http://www.nascentis.com/tecnicas_reproduccion_asistida?PHPSESSID=0989349f02ee55dd1a8e9408e0f02b54 (25/02/12).

²¹ Centro de Alta Complejidad acreditado por la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva. Montevideo. “Técnicas de reproducción asistida /(Nascentis (Medicina Reproductiva)” Córdoba, Argentina - Tel.: (351) 4247351 y líneas rotativas. Pág. 2. Recuperado de: http://www.nascentis.com/tecnicas_reproduccion_asistida?PHPSESSID=0989349f02ee55dd1a8e9408e0f02b54 (25/02/12).

estimulación ovárica. Además de considerar la fecha cuando se piensa que la mujer es más fértil, para que tenga relaciones sexuales con su pareja y que así tenga mayores posibilidades de quedar embarazada.

Se considera que es la técnica de más sencilla aplicación, esto porque se necesitan pocos estudios e instrumentación médica para su realización, a diferencia de la siguiente técnica que si requiere de equipos médicos más especializados.

Inseminación Intrauterina o artificial (IIU).

Como se mencionó anteriormente, esta técnica es un poco más compleja que la anterior, ya que requiere de equipos y personal médico especializados para su práctica, pero aún así se considera de fácil aplicación. Esta “se define como el depósito de espermatozoides en forma no natural en el tracto reproductivo de la mujer, en el momento próximo a la ovulación, con la finalidad de conseguir un embarazo”²². Por lo que se considera requisito indispensable que por lo menos una trompa de Falopio se encuentre en buenas condiciones y permita el paso del óvulo, para que éste pueda llegar hasta donde se depositan los espermatozoides.

Hay que tomar en cuenta que esta técnica se realiza a través de la implantación de los espermatozoides en la cavidad uterina, por lo que es esencial que estos tengan una buena movilidad, debido a que la movilidad es la que determina en la mayoría de casos la efectiva fecundación del óvulo.

²² Centro de Alta Complejidad acreditado por la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva. Montevideo. “Técnicas de reproducción asistida /(Nascentis (Medicina Reproductiva)” Córdoba, Argentina - Tel.: (351) 4247351 y líneas rotativas. Pág. 2. Recuperado de: http://www.nascentis.com/tecnicas_reproduccion_asistida?PHPSESSID=0989349f02ee55dd1a8e9408e0f02b54 (25/02/12)

Pero para entender mejor esta técnica, se describirán las diferentes etapas que se deben de llevar a cabo para su realización.

1) La primera etapa consiste en la estimulación de la ovulación: como en la anterior técnica, se hace necesario estimular la ovulación para así tener más posibilidades de lograr la fecundación exitosa.

2) La segunda etapa consiste en que una vez cerciorado la cantidad de folículos en el ovario, se aplica una inyección de HCG para provocar su maduración y que de esta manera se produzca la ovulación femenina.

3) La siguiente y última etapa es la inseminación, la cual se da aproximadamente 36 horas después de que se inyectó HCG a la mujer. Para esto es necesario el espermatozoide del hombre, de donde se selecciona el de mejor calidad, que es el que se utilizará para llevar a cabo el procedimiento.

Como se pudo observar a pesar de ser un procedimiento catalogado como sencillo, siempre se necesitará del personal calificado para llevar a cabo el procedimiento correctamente. También, hay que ver que estas dos técnicas no necesitan de tanta intervención del hombre, ya que dejan a la naturaleza la unión de los gametos dentro de su ambiente normal, que es la cavidad uterina.

A diferencia de las siguientes técnicas, que se consideran como de alta complejidad, por la forma cuando se lleva a cabo en el momento de la unión del espermatozoide con el óvulo, por lo que, a continuación, se conocerá mejor de qué se tratan estas técnicas, iniciando con la Fecundación in Vitro.

Fertilización In Vitro y Transferencia Embrionaria.

Como en el siguiente apartado se hablará acerca de todas las generalidades de la fecundación in Vitro, se limitará a realizar un pequeño esbozo de su definición y cómo se lleva a cabo.

Este tipo de Técnica consiste en la fecundación dentro de un medio artificial, donde se extrae el óvulo de la mujer, éste se coloca en un medio análogo al interior de la mujer y luego de haber seleccionado los espermatozoides más adecuados de una muestra de semen masculino, se ubican alrededor del óvulo para que uno de ellos lo fecunde.

Luego de esta fecundación, se debe de esperar unos días para que se dé la segmentación necesaria de células, es decir, que maduren lo suficiente, luego se implantan los embriones en la cavidad uterina de la mujer, con la esperanza que se ajusten correctamente y se dé el embarazo deseado.

Es importante mencionar que las diversas etapas de esta técnica se analizarán más adelante, por lo se proseguirá con la siguiente técnica, la cual es muy parecida a la que se acaba de explicar, pero que tiene una pequeña variación en la etapa de la fecundación.

Inyección Intracitoplasmática de Espermatozoides (ICSI).

Esta técnica como se mencionó anteriormente, es casi igual a la Fecundación in Vitro, pero su principal variante consiste “en la inyección de un único espermatozoide en el interior del óvulo”²³, es decir, que en lugar de poner

²³ Centro de ALTA COMPLEJIDAD acreditado por la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva. Montevideo.

“Técnicas de reproducción asistida /(Nascentis (Medicina Reproductiva)” Córdoba, Argentina - Tel.: (351) 4247351 y líneas rotativas. Pág. 3. Recuperado de:

los espermatozoides alrededor del óvulo, se toma uno y se inserta en el óvulo forzando la fecundación y dejando de lado la selección natural.

Este tipo de técnica se utiliza para diversas patologías reproductivas, logrando así tener un mayor control sobre el espermatozoide que va a fecundar el óvulo. Por lo que se puede observar de la gran intervención humana que es requerida para dichos tratamientos. Es importante mencionar que el resto del procedimiento que se debe de llevar a cabo con dicha técnica, es exactamente igual a la FIV.

Como se puede notar las técnicas de fecundación asistida, vinieron a satisfacer la necesidad de las parejas de concebir, las cuales van de una intervención humana mínima, hasta una casi total en el proceso. De estas técnicas la que interesa para el estudio de esta investigación son las dos últimas, las cuales se diferencian entre sí únicamente por un paso.

Por lo que, a continuación se analizará con más detenimiento, la técnica de Fecundación in Vitro y sus diversas etapas, para tener un mejor entendimiento de ella y así realizar un mejor análisis jurídico en el desarrollo de la investigación.

3. Concepto general de la Fecundación In Vitro.

Hay que reconocer que la técnica de Fecundación in Vitro aunque no fue la primera en crearse (como se mencionó anteriormente), sí fue la que impulsó el estudio y desarrollo de las demás técnicas de Fecundación Asistida. En

especial al captar la atención del mundo, por el modo como los avances científicos se utilizaron para implementarla.

La técnica de Fecundación in Vitro surge primeramente, ante la necesidad de procreación de las parejas infértiles, que tenían generalmente problemas de obstrucción las trompas de Falopio. Aunque en la actualidad se utiliza para cualquier problema de fertilidad que presente la pareja.

Usualmente, para la aplicación de la técnica de Fecundación In Vitro, se solicita a las parejas haberse realizado otras técnicas para poder concebir y que éstas hayan fracasado, inclusive a veces se solicita cumplir con una serie de requisitos previos, los cuales no serán enumerados en esta investigación puesto que estos dependerán del país en donde se desarrollen y el instituto médico donde se lleve a cabo. Por lo que se limitará a establecer cuáles son los pasos por seguir para la realización de la Fecundación in Vitro y las técnicas complementarias necesarias para su ejecución.

Lo primero a lo que se hará referencia es a los pasos que se deben seguir para llevar a cabo la Fecundación In Vitro, iniciando con la estimulación ovárica, que consiste en la estimulación de los ovarios para que produzcan más óvulos, ésta se realiza a través de fármacos, los cuales tienen dos grandes ventajas “a) el reclutamiento y la estimulación simultánea de varios ovocitos, que aumenta el número de embriones conseguidos y, por tanto, la posibilidad de embarazo tras un ciclo de FIV, y b) se puede controlar, de forma

bastante fiable, el momento cuando los ovocitos pueden ser captados del folículo ovárico”²⁴, que en el paso siguiente.

En el momento cuando se determina que los óvulos están listos para ser utilizados, se procede a realizar la aspiración folicular, ésta se realiza utilizando una guía ultrasonografía transvaginal. Luego de haberse obtenido los óvulos estos pasan al laboratorio para ser fecundados, con los espermatozoides anteriormente recolectados.

En esta etapa de Fecundación, se puede realizar ésta por medio de dos métodos posibles, “la FIV convencional, o bien, la inyección intracitoplásmica de espermatozoides (ICSI)”²⁵, explicada anteriormente, en la FIV convencional se incuba el óvulo con los espermatozoides alrededor para que se dé la fecundación, a diferencia de la FIV (ICSI), en el cual se inyecta el espermatozoide directamente en el óvulo para poder producir la Fecundación.

Para muchos la FIV (ICSI) es de cuidado, puesto que al ser inyectado específicamente un espermatozoide en el óvulo, existe riesgos de malformaciones genéticas o mutaciones. Aunque normalmente dicho riesgo es relativamente bajo y no presenta mayores complicaciones.

Luego de realizada la fecundación de cualquiera de las dos formas explicadas con anterioridad, sigue lo que se determina como cultivo

²⁴ Villasante, A. Duque, L. García-Velasco, J. **“Hablemos de... Técnicas de reproducción asistida”**. Instituto Valenciano de Infertilidad IVI-Madrid. Universidad Rey Juan Carlos. Madrid. España. avillasante@ivi.es; faduquelugo@hotmail.com; jgvelasco@ivi.es pag 201 / **An Pediatr Contin. 2005;3(3):199-204**

²⁵ Villasante, A. Duque, L. García-Velasco, J. **“Hablemos de... Técnicas de reproducción asistida”**. Instituto Valenciano de Infertilidad IVI-Madrid. Universidad Rey Juan Carlos. Madrid. España. avillasante@ivi.es; faduquelugo@hotmail.com; jgvelasco@ivi.es pag 201 / **An Pediatr Contin. 2005;3(3):199-204**

embrionario²⁶, éste consiste en dejar precisamente en cultivo al embrión para que se siga dividiendo por un lapso de entre 3 a 5 días, tiempo cuando el embrión se encuentra listo para la transferencia a la cavidad uterina.

Esta transferencia de los embriones a la cavidad uterina, se realiza a través de un catéter que se introduce en la cavidad vaginal hasta llegar al útero, donde se depositan los embriones. La cantidad de estos dependerá de las condiciones pactadas entre el médico y la paciente. Luego de la transferencia se debe esperar para lograr verificar si alguno o todos los embriones han logrado implantarse y han comenzado la gestación exitosamente.²⁷

Estas son las etapas básicas de la técnica de Fecundación In Vitro, pero ésta cuenta, también, con una serie de técnicas complementarias que en muchos países, como por ejemplo España son de uso común. A continuación, se realizará una explicación con mayor detenimiento de las técnicas complementarias.

La criobiología o criopreservación.

Esta consiste en la congelación de óvulos, espermatozoides y embriones, este último tiene como función “conservar para ciclos futuros los

²⁶ Centro de Alta Complejidad acreditado por la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva. Montevideo.
“Técnicas de reproducción asistida / (Nascentis (Medicina Reproductiva)”. Córdoba, Argentina - Tel.: (351) 4247351 y líneas rotativas. Pág. 2. Recuperado de:
http://www.nascentis.com/tecnicas_reproduccion_asistida?PHPSESSID=0989349f02ee55dd1a8e9408e0f02b54
(25/02/12).

²⁷ Araya, H. (Abril 08,2012). **“Fecundación In Vitro, paso a paso.”** El contenido relacionado con salud, enfermedades y condiciones en About.com es revisado por el Comité de Evaluación Médica. De
<http://embarazoyparto.about.com/od/QuedarEnEmbarazo/tp/Fecundacion-In-Vitro-Paso-A-Paso.htm>. (15/02/13)

embriones que no serán transferidos en el ciclo de FIV²⁸, lo cual es muy útil para los médicos, ya que les permite medir la cantidad de embriones transferidos para cada ciclo reproductivo, tomando en cuenta cada una de las condiciones específicas de cada pacientes, además así podrá realizar solo un ciclo de recolección de óvulos y espermatozoides, y en caso de los embriones lograr solo una etapa de fecundación.²⁹

Actualmente, el método ha mejorado por una técnica llamada vitrificación, en especial en los óvulos, lo que permite que se conserven por mucho más tiempo, dando la posibilidad a las mujeres que por algún problema puedan posponer su maternidad para un futuro. Pero hay casos en que la mujer no pudo guardarlos o no puede producirlos, para esto se cuenta con el siguiente método.

Donación de ovocitos.

Hay que tomar en cuenta que existen, también, infertilidades femeninas que no permiten la utilización de los óvulos de la paciente o simplemente no los poseen. Por lo que nació la posibilidad de donación de óvulos por parte de otras mujeres ya sea de manera anónima o ser donado por un familiar de la paciente. Básicamente, el mecanismo es el mismo que se ha venido

²⁸ Coroleu, B. Boada, M. Barri, P. (noviembre-diciembre2010). **"Ventana a otras especialidades, La reproducción Asistida en el siglo XXI."** Servicio de Medicina de la Reproducción. Departamento de Obstetricia, Ginecología y Reproducción. USP-Institut Universitari Dexeus. Barcelona. España / **GH CONTINUADA. . VoVol. 9 N.º 6 307.** Pág. 308.

²⁹ Coroleu, B. Boada, M. Barri, P. (noviembre-diciembre2010). **"Ventana a otras especialidades, La reproducción Asistida en el siglo XXI."** Servicio de Medicina de la Reproducción. Departamento de Obstetricia, Ginecología y Reproducción. USP-Institut Universitari Dexeus. Barcelona. España / **GH CONTINUADA. . VoVol. 9 N.º 6 307.** Pág. 308.

describiendo en la FIV. Es importante aclarar que también existe donación del gameto masculino, el cual es mucho más sencillo su obtención.³⁰

Luego se tiene otro procedimiento, éste ha sido muy cuestionado y no en todos los países se permite su utilización, en especial por las implicaciones éticas que éste conlleva.

Diagnóstico genético pre-implantacional.

Este tipo de diagnóstico consiste “en el análisis genético de los embriones en estados tempranos de su desarrollo in Vitro, con el objetivo final de poder transferir los embriones diagnosticados como sanos”³¹, es decir, se le extrae una célula y se estudia para determinar si el embrión posee alguna enfermedad o algún problema genético. Normalmente, se pide una serie de requisitos para este tipo de método, como que la pareja tenga elevados riesgos genéticos, pero en general, se puede aplicar en cualquier situación.

Estos fueron las nociones introductorias y descriptivas de las técnicas de fecundación asistida, pasando desde los momentos en que se considera que existe la vida humana, llegando a determinar cada una de estas técnicas de reproducción, para culminar estableciendo las etapas y métodos complementarios de la Fecundación in Vitro.

³⁰ Coroleu, B. Boada, M. Barri, P. (noviembre-diciembre2010). **“Ventana a otras especialidades, La reproducción Asistida en el siglo XXI.”** Servicio de Medicina de la Reproducción. Departamento de Obstetricia, Ginecología y Reproducción. USP-Institut Universitari Dexeus. Barcelona. España / **GH CONTINUADA. . VoVol. 9 N.º 6 307.** Pág. 308.

³¹ Coroleu, B. Boada, M. Barri, P. (noviembre-diciembre2010). **“Ventana a otras especialidades, La reproducción Asistida en el siglo XXI.”** Servicio de Medicina de la Reproducción. Departamento de Obstetricia, Ginecología y Reproducción. USP-Institut Universitari Dexeus. Barcelona. España / **GH CONTINUADA. . VoVol. 9 N.º 6 307.** Pág. 307.

Todo esto con el fin de tener claro los conceptos más importantes entorno a la FIV. Y serán de gran ayuda para entender mejor los debates, el análisis y las repercusiones jurídicas que se analizarán entorno a esta técnica a lo largo de toda esta investigación.

B: Análisis de las resoluciones trascendentales sobre la Fecundación in Vitro en Costa Rica.

1. Análisis de la situación de la FIV cuando era regulada por el Decreto Ejecutivo N° 24029-S.

Antes se analizará el Decreto Ejecutivo N° 24029-S, emitido el 3 de febrero de 1995, el cual regulaba la “Realización de Técnicas de Reproducción Asistida In Vitro o FIV” en el país, antes de ser anulado por la resolución de la Sala Constitucional No. 2306-2000 la cual se examinará en el siguiente punto.

En éste se plasmaron las normas que se debían de seguir, para poder llevar a cabo las técnicas de fecundación asistida y la Fecundación In Vitro de forma legal en el país, a continuación, se desarrollará cada uno de sus 14 artículos y al mismo tiempo se realizará una serie de críticas que se desprenden del mismo.

Lo primero que se considera destacar es el tamaño del Decreto, como se mencionó anteriormente, ya que solo cuenta con 14 artículos, de los cuales únicamente 4 se refieren específicamente de la FIV, por lo que es evidente la falta de regularización en algunos puntos y deja vacíos legales notorios, de los cuales algunos fueron expuestos en la acción de inconstitucionalidad contra este Decreto.

El primer artículo es muy específico y tajante al exigir, que únicamente se podrán someter a esta clase de técnicas las parejas cónyuges, (es decir,

personas casadas), esta medida es reiterante en todo el cuerpo normativo, por lo que es evidente la prohibición tácita, en la que se excluyen a todas aquellas personas que no cuenten con este requisito. Incluyendo a las parejas que vivan en unión libre. Lo que conlleva a una clase de discriminación para aquellas parejas que desean tener un hijo, pero que no se encuentran legalmente casadas.

En su segundo artículo se expresa el concepto de Técnicas de Reproducción Asistida el cual consiste en “todas aquellas técnicas artificiales en las que la unión del óvulo y el espermatozoide se logra mediante una forma de manipulación directa de las células germinales a nivel de laboratorio”³², lo cual conduce a una confusión de términos, ya que como analizó anteriormente hay técnicas como la del coito asistido, en la que no hay manipulación de los gametos para que ocurra la fecundación. Lo que lleva a creer que en este Decreto se confunden los conceptos de técnicas de reproducción asistida con conceptos como el de Fecundación In Vitro, que a pesar de ser una de las técnicas, no es la única.

El tercer artículo establece que quienes realicen esta técnica deberán estar avalados para ello, por el Colegio Profesional correspondiente y el Ministerio de Salud.

El cuarto artículo es más relevante, debido a que dispone los requisitos que las parejas deben de cumplir para poder llevar a cabo dichas técnicas, que son básicamente cuatro³³:

³² Decreto N° 24029-S del 3 de febrero de 1995, publicado en La Gaceta N° 45 del 3 de marzo de 1995. Artículo 2.

³³ Decreto N° 24029-S del 3 de febrero de 1995, publicado en La Gaceta N° 45 del 3 de marzo de 1995. Artículo 4.

a) Certificación extendida por el equipo profesional interdisciplinario tratante: en la que se haga constar de la asesoría brindada a las parejas, como la opción de la adopción, la justificación de que estas técnicas es el último recurso por utilizar y los estudios y tratamientos previos, realizados antes de tomar la decisión de recurrir a estas técnicas.

b) Constancia suscrita por la pareja conyugal en la que manifiesten: haber sido asesoradas por el equipo multidisciplinario, sobre la adopción, además de ser informados de los requisitos, procedimiento, riesgos, descripción de posibles molestias, secuelas, evolución previsible, peligros y beneficios del tratamiento y la anuencia de utilizar estas técnicas.

c) Exámenes clínicos que demuestren que los participantes en el tratamiento, no son portadores de enfermedades infecto-contagiosas u otras que confieran riesgo de defectos congénitos al producto de la concepción

d) Certificación extendida por el Registro Civil o por Notario Público, en que se haga constar el matrimonio de la pareja interesada en el tratamiento.³⁴

El quinto artículo trata las técnicas de fecundación asistida heter+ologa y solo permite que los gametos sean donados por terceras personas, (quienes deben ser mayor de edad y solteras), como último recurso y además se requiere de la autorización del Ministerio de Salud (quien escuchará la recomendación del Comité de Reproducción de Seres Humanos del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica). Lo que es un poco extremo, ya que en primer lugar el hecho de que el donador sea o no soltero no debería de

determinar quién puede o no donar, y en segundo lugar, el hecho que el Ministerio de Salud lo tenga que autorizar cruza la frontera de la intimidad y la autodeterminación de las parejas.

El sexto artículo al igual que el anterior, indica de la fecundación heteróloga y dispone que, tanto las parejas como el equipo profesional debe realizar la solicitud de practicar este tipo de fecundación, ante el Presidente del Comité (anteriormente citado), a lo cual deberá cumplir con los mismos requisitos solicitados para llevar a cabo las técnicas de fecundación asistida, así como de: “la Constancia suscrita por la tercera persona, manifestando en forma expresa su consentimiento para donar células germinales -óvulo o espermatozoide- propias, para la realización de prácticas de reproducción asistida, identificando la pareja conyugal que se beneficiará de su donación”³⁵. Lo cual vendría a perjudicar seriamente el derecho de confidencialidad, tanto para el donante como para la pareja beneficiada de la donación. Siguiendo con el artículo se deberá de respetar los principios de consanguinidad conyugal y legal. Es relevante mencionar que todo deberá constar en el expediente clínico. Una vez tomada la decisión por el comité, deberá informar ésta al Ministerio, la cual no tendrá carácter obligatorio.

El séptimo artículo dispone que en el caso de la donación de gametos, ésta solo se podrá autorizar por única vez, al igual solo se podrá llevar a cabo una vez la donación, “*si con su aporte se logra el nacimiento*”³⁶, por lo que no aclara qué medidas se deben de tomar en el caso de no llegar a lograr el

³⁴ Decreto N° 24029-S del 3 de febrero de 1995, publicado en La Gaceta N° 45 del 3 de marzo de 1995. Artículo 4.

³⁵ Decreto N° 24029-S del 3 de febrero de 1995, publicado en La Gaceta N° 45 del 3 de marzo de 1995. Artículo 6.

³⁶ Decreto N° 24029-S del 3 de febrero de 1995, publicado en La Gaceta N° 45 del 3 de marzo de 1995. Artículo 7.

embarazo deseado con esta única oportunidad. Prosigue diciendo que el equipo disciplinario deberá anunciar dicho nacimiento (en caso de que se haya logrado) al comité para que éste ponga a la persona donante, dentro de la lista de las personas que ya no pueden donar.

El octavo artículo determina que el hijo nacido bajo la utilización de estas técnicas, será considerado hijo nacido bajo el matrimonio, aun cuando haya nacido por la donación del espermatozoide u óvulo de una tercera persona, quien no tendrá derecho u obligación alguna sobre el menor.

Los siguientes artículos son los que hacen una mención específica de la FIV y son lo que se llegan a cuestionar más adelante en esta investigación, el artículo nueve es uno de los más cuestionados. A razón de que limita a 6 el número de embriones permitidos por ciclo de reproducción. Muchos han considerado que esta cifra es muy elevada, tomando en cuenta la cantidad de embriones que mueren en el proceso y las posibles complicaciones de un embarazo múltiple.

Luego el décimo artículo exige que todos los embriones creados en esta técnica deben ser implantados, lo que lleva a la misma problemática de los embarazos múltiples. En este mismo articulado, se prohíbe el “desechar o eliminar embriones, o preservarlos para transferencia en ciclos subsecuentes de la misma paciente o de otras pacientes”.³⁷ Tratando de evitar así, que se vea comprometida la vida y dignidad de los embriones, así como evitar los usos incorrectos de estos.

³⁷ Decreto N° 24029-S del 3 de febrero de 1995, publicado en La Gaceta N ° 45 del 3 de marzo de 1995. Artículo 10.

En el artículo once prohíbe “... las maniobras de manipulación del código genético del embrión, así como toda forma de experimentación sobre el mismo”³⁸ lo que lleva al mismo punto anterior, sobre evitar una manipulación de los embriones con fines distintos al de llegar a engendrar un embarazo exitoso.

El último artículo que trata la FIV es el doce, el cual prohíbe el carácter lucrativo de los óvulos, espermatozoides y embriones, en cualquier caso y en cualquiera de las fecundaciones ya sea homóloga o heróloga. Es decir que no se podrá comercializar con ellos.

Por último el artículo 13 hace la observación que en caso de que se irrespetan las disposiciones establecidas en el decreto, el Ministerio de Salud podrá sancionar a los centros especializados cancelándoles “el permiso sanitario de funcionamiento y la acreditación otorgada al establecimiento en que se cometió la infracción, debiendo remitirse el asunto en forma inmediata al Ministerio Público y al Colegio Profesional respectivo, para establecer las sanciones correspondientes”³⁹, las cuales van desde sanciones civiles hasta consecuencias penales para los infractores. El último artículo solo dispone el momento cuando entra en vigor.

2. Análisis de la resolución emitida por la Sala Constitucional que prohibió la práctica de la Técnica en el país.

Por lo que, a continuación, se realizará un resumen sobre la sentencia de la Sala Constitucional que marcó un antes y un después de la práctica de la FIV. Luego se entrará a analizar con profundidad dicha sentencia, que se

³⁸ Decreto N° 24029-S del 3 de febrero de 1995, publicado en La Gaceta N° 45 del 3 de marzo de 1995. Artículo 11.

³⁹ Decreto N° 24029-S del 3 de febrero de 1995, publicado en La Gaceta N° 45 del 3 de marzo de 1995. Artículo 13.

encuentra bajo el Expediente 95-001734-0007-CO, resolución número 2000-02306, emitida en San José, a las quince horas con veintiuno minutos del quince de marzo del dos mil.

Esta fue una acción de inconstitucionalidad promovida por el accionante Hermes Navarro Del Valle, portador de la cédula de identidad 1-618-937, contra el Decreto Ejecutivo N° 24029-S, publicado en "La Gaceta" N° 45 del 3 de marzo de 1995, (decreto anteriormente analizado), el cual regulaba en ese momento la técnica de reproducción asistida, dentro de las que se encuentra la Fecundación in Vitro.

El siguiente resumen estará desarrollado de la siguiente forma: lo primero que se distinguirá son: las solicitudes y manifestaciones que gestiona el accionante ante la sala. En segundo lugar se describirá lo dispuesto por la Procuraduría General de la República sobre las acusaciones realizadas por el accionante, para luego determinar cuáles fueron los argumentos que utilizó la Sala Constitucional para respaldar su decisión. Por último, se establecerá lo expuesto por los dos magistrados que salvaron su voto.

2.1 Solicitudes realizadas por el accionante.

El autor fundamenta la admisibilidad de esta acción, en el artículo 75, párrafo segundo de la Ley de Jurisdicción Constitucional. Al disponer la defensa de un interés difuso, el derecho a la vida, el cual se encuentra amparado en el artículo 21 de la Constitución Política de Costa Rica, que

dispone que “la vida Humana es inviolable”⁴⁰, considera el accionante que en este caso, la vida se está viendo comprometida.

Por lo que el accionante Navarro solicita la inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo N° 24029-S, dentro del cual se incluye la Fecundación In Vitro, debido a que esta técnica a su juicio violenta la vida humana. Además de la forma como se ha reglamentado y las características que dicha técnica presenta, por lo que sería de muy difícil control por parte del Estado.

Para el accionante, la Fecundación in Vitro es un negocio lucrativo, donde la pérdida de embriones es excesiva (en comparación con los que llegan exitosamente a término del embarazo), para lo cual se basa en las estadísticas dadas en el IV Congreso de Fecundación In-Vitro, celebrado en Melbourne, Australia en noviembre de 1985. Donde se dispuso que de 30,000 tentativas de Fecundación In Vitro en todo el mundo, únicamente nacieron 2300 niños, por lo que la tasa de probabilidades de lograr un embarazo exitoso va de entre un 12% y un 20%.

A esto, el accionante, también, sumó las siguientes cifras: de 14.585 óvulos fecundados, solo llegaron hacer embriones viables 7.98, de los cuales se perdieron 6,624, por lo que solo resultaron 1,369 embarazos. De estos se produjeron 628 abortos y solo se dieron unos 600 nacimientos, por lo que la pérdida de embriones es muy elevada, ante los pocos que llegan a nacer.

⁴⁰ Constitución Política de la República de Costa Rica” 1949. Investigaciones Jurídicas S.A, Publicación del 2008. Artículo 21.

El señor Navarro asegura que “La vida inicia desde el momento de la fecundación, por lo tanto, cualquier eliminación o destrucción de concebidos - voluntaria o derivada de la impericia del médico o de la inexactitud de la técnica utilizada- resulta en una evidente violación al derecho a la vida humana”⁴¹, esta afirmación la sustenta, en el artículo 21 de la Constitución de Costa Rica el cual protege el derecho a la vida.

También, respalda su posición en normas internacionales, comenzando por la Convención Americana de Derechos Humanos, en donde destaca el artículo 4, en la que se dispone que toda persona tiene derecho a que se le respete la vida y en general, a partir del momento de la concepción. Además, dispone que esta misma convención en su artículo 1 inciso 2, aclara que la persona es todo ser humano y que se es ser humano, desde la fecundación del óvulo.

Menciona, también, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en donde se afirma, que la vida es inherente a la persona humana, por lo que no se requiere de una ley para conceder este derecho. Luego señala La Convención sobre los Derecho del Niño, la cual en su preámbulo y en su artículo 6, afirma que todo menor incluso desde antes de su nacimiento, (desde su concepción) debe ser protegido. Por último, hace mención del Código Civil de Costa Rica en su artículo 31, el cual protege a la persona desde 300 días antes de su nacimiento.

⁴¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. N. º 2306, de las 15 horas con 24 minutos de 15 de marzo de 2000, San José Costa Rica.

Volviendo a la técnica, el accionante manifiesta que la Fecundación In Vitro no es una cura para una enfermedad. Esta no consiste tampoco en un método de emergencia para salvar una vida (como los casos de aborto permitidos en el Código Penal), sino por el contrario, simplemente es una herramienta para lograr a toda costa la procreación.

Asimismo, señala una serie de graves problemas que presenta el decreto cuestionado. El actor critica los artículos 5, 6, 9 y 10 de éste, ya que los primeros dos señalan que la fecundación heteróloga, pero no hace referencia de la anonimidad del tercero, lo cual entra en conflicto con el artículo 53 de la Constitución Política, donde se establece el derecho de toda persona a saber cuáles son sus padres biológicos.

En los otros dos artículos, critica fuertemente el hecho que se permita la fecundación de 6 embriones en la práctica de la técnica. Lo que implicaría, inevitablemente, que por lo menos 5 de estos morirán. Además, sobre este tema no acepta la defensa, sobre la cantidad de embriones que se pierden de modo natural, ya que no se justifica éticamente que el hombre los produzca de manera artificial y que, por esta razón, mueran.

Otro problema que señala es la falta de reglamentación en escenarios donde los embriones quedarían totalmente vulnerables, como en el caso de que la madre luego de la fecundación no permita que se realice la implantación, o que ésta sufra un accidente etc. Por último, no cree que el simple hecho que se prohíba la congelación de los embriones sea una medida suficiente para que no se realice esta práctica y destaca que es casi imposible para el Estado lograr que se cumpla plenamente esta disposición.

Estos fueron los argumentos que utilizó el accionante para respaldar su acción y del porqué considera que se violenta el derecho a la vida y dignidad del embrión, al permitir que se realice esta técnica. Reafirma la inconstitucionalidad del decreto, sobre estas manifestaciones fue informada la Procuraduría General de la República a lo que, a continuación, se determinará cuál fue su respuesta ante las acusaciones.

2.2 Consideraciones de la Procuraduría General de la República.

Lo primero que aclara la Procuraduría es que, la acción de inconstitucionalidad sí cumple con los requisitos estipulados por la ley, al encontrarse frente a un interés difuso, el cual es la vida, la dignidad y la salud del ser humano, estos son el objeto de esta acción.

Ahora respecto del fondo, considera ésta que el Decreto Ejecutivo sí es inconstitucional, pero ésta lo ve desde el punto del principio de la reserva de ley, ya que al tratarse de un bien jurídico como la vida y dignidad humana, no se puede regular a través de un reglamento, sino por el contrario solo podría ser regulados por una ley.

Pese a esta inconstitucionalidad, la Procuraduría emitió una serie de reflexiones sobre los puntos tocados por el accionante. El primero de ellos es sobre cuando se considera que empieza o comienza la vida humana, para lo cual hace dos distinciones: la primera referida a que la vida comienza desde la fecundación misma y la segunda referida a que es a partir del 14 día desde la concepción.

La Procuraduría dispone que, se logra desprender del artículo 21 de la Constitución Política, que es a partir del momento cuando se determine que

hay vida, que se debe de proteger la misma, por lo que poco importa que no se haya materializado en un ser humano.

Hace referencia igual que el accionante, al artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual es claro al disponer la protección jurídica desde la concepción. Además, la Procuraduría señala que el artículo 31 del Código Civil, protege desde fechas anteriores a la vida (desde la concepción), por lo que no hay razón para que Costa Rica no proteja la vida desde el momento de la Fecundación.

Siguiendo la misma línea de argumentación, manifiesta que si la Fecundación in Vitro tiene como consecuencia la pérdida o eliminación del embrión, ya sea de manera voluntaria o no, se estaría frente a una violación al derecho a la vida.

Ahora, respecto del Decreto, en su artículo 9 la Procuraduría considera que, sí se respeta la vida y dignidad humana, puesto que se prohíbe la congelación y manipulación de los embriones de cualquier forma posible. Igualmente, se exige en éste la implantación de todos los embriones en la cavidad uterina. Lo que se discute en el articulado del Decreto es la cantidad de embriones permitidos por cada ciclo de reproducción, ya que se indica de 6 embriones cuando en el mundo se ha dispuesto de 3, debido a la razonabilidad y en la posibilidad de un embarazo múltiple.

En cuanto a que el artículo 10, el accionante menciona que no es suficiente la prohibición de la congelación, a razón de que podrían surgir situaciones, como por ejemplo, que la madre no quiera implantarse los embriones que vendrían a vulnerar la vida de los embriones. La Procuraduría

da una respuesta confusa, ya que lo único que dispone es que las posibles soluciones a este problema desnaturalizarían la técnica, pudiendo atentar contra la vida y dignidad humana, pero no da ningún otro criterio al respecto.

Menciona, también, el artículo 12 del Decreto, afirmando que la normativa va acorde con el ordenamiento, al especificar en ésta que la libertad de disponer de sí mismo, tiene como límite la propia dignidad humana.

Por último, señala la necesidad que tiene la Técnica, de basarse en el derecho fundamental a la familia, que se encuentra contemplado en el artículo 51 de la Carta Fundamental, el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos, 17 de la convención Americana de derechos Humanos y 7, 8, 9 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Termina concluyendo que pese a que existe el derecho a la intimidad de las parejas, cuando el mismo trasciende y se refiere a valores como la vida y dignidad humana la intervención estatal se hace necesaria. Por lo que luego de analizar el Decreto Ejecutivo se logra determinar su inconstitucionalidad, esto porque violenta el principio de reserva de ley y además, porque atenta contra el derecho a la vida y dignidad del ser humano.

Esta fue la respuesta dada por la Procuraduría General de la República, a los alegatos interpuestos por el accionante Navarro, seguidamente y luego de realizar el análisis respectivo de los argumentos presentados por ambas partes la Sala Constitucional de Costa Rica, llegó a la siguiente decisión, que trajo consigo polémicos debates sobre el tema.

2.3 Argumentos de la Sala Constitucional de Costa Rica.

A continuación, se resumirá los puntos más importantes analizados por la Sala Constitucional, y que fueron la base que respaldó su decisión de declarar inconstitucionalidad el Decreto Ejecutivo 24029-S, lo que conllevó la prohibición de la práctica de la Fecundación in Vitro en el país.

El primero de estos argumentos se basa en la inconstitucionalidad del decreto por la infracción del principio de reserva de ley. Dispuso que reiteradamente la jurisprudencia ha establecido que el principio de "reserva de ley" exige que solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo (por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de las leyes), es posible regular y en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales⁴². Es decir, que en este caso donde se regula la vida y dignidad del ser humano, tuvo que existir una ley emanada por el Poder Legislativo y no por un reglamento. Y en cuyo caso solo los reglamentos de estas leyes están habilitados para desarrollar su reglamentación limitada por la misma ley.

Al ser el derecho a la vida y dignidad valores primordiales de la sociedad, que son los que desembocan en todos los demás derechos y libertades fundamentales en el Estado democrático, no puede ser reglado por un Decreto, por lo que el Decreto Ejecutivo 24029-S resultaría incompatible con el derecho emanado por la Constitución y resulta, por consiguiente, inconstitucional en su totalidad, por violación al principio de ley, y se ordena su anulación.

⁴² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. N.º 2306, de las 15 horas con 24 minutos de 15 de marzo de 2000, San José Costa Rica.

Ante esto la Sala Constitucional hace una serie de análisis respecto de las acusaciones de fondo del accionante, sobre si la técnica de Fecundación in Vitro violenta o no la vida y dignidad del ser humano. Lo primero que hace es una descripción de la técnica, desde la obtención de los gametos, fecundación y transferencia del embrión a la cavidad uterina.

En una siguiente sección, la Sala hace referencia a la protección constitucional del derecho a la vida y dignidad del embrión, empezando por afirmar que la manifestación primigenia del ser humano es la vida y como tal no tendría sentido los demás derechos y libertades sin la protección a ésta. Por lo que la vida es un derecho que le pertenece al ser humano por el simple hecho de estar vivo, en consecuencia, no puede ser privado de ésta o sufrir ataques ilegítimos por parte del estado o un particular.

A esto la Sala reflexiona de cuando es el momento que se puede afirmar que existe vida humana, ya que es a partir de este instante que se puede considerar que merece protección jurídica en nuestro ordenamiento. A lo que discute las dos posiciones más fuertes sobre este tema, (estas ya se analizaron con anterioridad en esta investigación).

La primera de estas posiciones dispone que no sea sino hasta el 14 día después de la fecundación que se puede considerar que nace la vida humana. Esta posición se basa en que no es hasta en este momento cuando el embrión se fija en la pared uterina (cuando se da el proceso de diferenciación) y se empieza a dar el primer esquema del sistema nervioso.

La segunda posición es la que establece que la vida humana comienza en el momento único de la fecundación. Esta se basa en que es en este

momento cuando surge un ser único, que ya contiene en sí mismo todo el material para desarrollarse como ser humano, por lo que no existe un pre-embrión, si no que el embrión nace en el momento mismo de la fecundación.

La Sala llega a la conclusión que es esta segunda posición, la que va acorde con las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos vigente en el país.

Posteriormente, hace un análisis de la normativa internacional en Costa Rica que regulan esta protección a la vida y dignidad del ser humano, como es el caso de artículo 1 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Artículo 4 del Pacto de San José, que protege la vida humana desde la concepción, por lo que no existe diversas categorías de ser humano.

También, hace referencia a la legislación nacional, debido a que indica del artículo 31 del Código Civil, los artículos 12 y 13 del Código de la Niñez y la Adolescencia, los cuales manifiestan el derecho a la protección estatal del menor de edad (que consideran en esta condición desde el momento de la concepción).

De las normas anteriormente citadas, es que se impone la obligación del Estado de proteger al embrión desde se concepción y contra todos los abusos que pueda sufrir en un laboratorio, y con mucho más razón de la posible eliminación de su existencia.

Por lo que al final de la sentencia la Sala hace dos conclusiones. En la primera dispone que se omite pronunciamiento sobre los problemas atribuidos

a la técnica debido a que los inconvenientes de ésta no tiene respuesta en la legislación costarricense.

Pero también, en esta primera conclusión, se cuestiona “si todo lo científicamente posible, es compatible con las normas y principios que tutelan la vida humana, vigentes en Costa Rica”⁴³, a lo que responde que no, debido a que el ser humano no debe ser un medio para conseguir un anhelo, el cual en este caso es el de procrear. Por lo que hace referencia a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida Española, que en su artículo 11, 12 y 15 señalan de la posibilidad de crioconservación, manipulación e investigación de los embriones.

En su segunda conclusión determina que no basta con que en el Decreto se prohibieran esta clase de prácticas (anteriormente descritas), ya que con la simple aplicación de la técnica de Fecundación In Vitro se atenta contra la vida humana. Esto tomando como base que el embrión humano es persona desde la concepción, por lo que no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte, el cual, evidentemente, se produce con la práctica de la Fecundación In Vitro.

Tomando en cuenta la cantidad de embriones que se deben implantar para tener la posibilidad de un embarazo exitoso y las muertes que esto implica, hace que éste se convierta en la objeción principal de la Sala. Y no admita argumentos sobre que la misma cantidad muere en la naturaleza, puesto que esta técnica es una manipulación consciente y voluntaria de las

⁴³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. N.º 2306, de las 15 horas con 24 minutos de 15 de marzo de 2000, San José Costa Rica.

células reproductoras con el único fin de producir un ser humano a sabiendas que la mayoría morirá en el procedimiento.

Aunque se reserva la posibilidad, de una futura mejoría de la técnica de Fecundación In Vitro que no permita la muerte de tantos embriones, como actualmente se implementa. Sin violentar el artículo 21 de la Constitución Política, por lo que se declaró con lugar la acción y se anuló el Decreto Ejecutivo 24029-S.

Pero no todos los magistrados opinaron de la misma forma, por lo que se emitió un voto salvado, que se resumirá a continuación.

2.4 Voto salvado de los magistrados Arguedas Ramírez y Calzada Miranda.

Para estos magistrados la forma como se regula la Fecundación In Vitro en el Decreto Ejecutivo 24029-S no es inconstitucional. Puesto que no es incompatible con el derecho a la vida y dignidad humana, ya que esta técnica es un instrumento que la ciencia ha creado para favorecer, tomando en cuenta que para estos magistrados la infertilidad es un verdadero estado de enfermedad, el cual debe ser atendido plenamente.

Las técnicas de Fecundación son herramientas que tiene como fin ayudar a que las parejas puedan ejercer su derecho a la reproducción, derecho que se deriva del derecho a la libertad, a la autodeterminación, a la intimidad personal y a fundar una familia. El derecho de reproducción involucra el derecho a la vida en una dimensión colectiva, de preservación y continuidad de la especie humana. Por lo que no se encuentran de acuerdo, respecto de la afirmación sobre que el Decreto violenta el principio de reserva de ley, puesto

que estos derechos autorizan su ejercicio sin necesidad de que exista una regulación permisiva.

Consideran que el argumento sobre la pérdida elevada de embriones en la Técnica de Fecundación in Vitro es infundado, puesto que no son consecuencia de ésta, ni existe una intervención humana. Sino por el contrario, esto dependerá de la genética que la naturaleza designó a cada uno de los embriones y determinará si son capaces de desembocar en un embarazo exitoso.

Aún así afirman que el no nacido cuentan con el derecho a ser protegido por lo que no deber ser sometidos a crioconservación, investigación y mucho menos a hacer desechados o eliminados, pero también, consideran que la fecundación in vitro tal y como está regulada no atenta contra vida y dignidad humana, la estiman, por el contrario, es una herramienta para ejercer el derecho a la reproducción de las parejas y su derecho a fundar una familia. Por lo que salva de esta manera su voto.

2.5 Crítica y análisis de la resolución emitida por la Sala Constitucional.

Como se puede observar, en la misma Sala Constitucional existe un desacuerdo sobre si la Técnica de Fecundación In Vitro violenta o no el derecho a la vida del ser humano, igualmente ganó el derecho a la vida y es a partir de esta resolución, que se prohíbe la práctica de esta técnica en el país.

Por lo que las críticas a dicha sentencia no se hicieron esperar, en especial por aquellos que consideraban que la misma violentaba el derecho de las parejas a procrear. En esta sección se comentarán algunas de estas

críticas realizadas por diferentes autores y se analizarán con base a lo expuesto en la investigación y lo dispuesto por la Sala Constitucional.

Se iniciará manifestando que en dicha sentencia la Sala Constitucional le da una mayor importancia a la situación de la pérdida de los óvulos fecundados (que consiste en el principal alegato), en contraste a la realidad vivida por las personas que tienen problemas con formar una familia por sus propios medios. De esta forma impiden a las parejas tener el acceso a la técnica de la Fecundación In Vitro, debido a que la Sala le da una prioridad a la protección de los embriones. Respaldando lo anterior la Sala establece en su sentencia que:

“A juicio de este Tribunal no basta con establecer las restricciones que contiene el Decreto, pues la aplicación de la Técnica de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria, aún con ellas, atenta contra la vida humana... Lo esencial es que los embriones cuya vida se procura primero y luego se frustra son seres humanos y el ordenamiento constitucional no admite ninguna distinción entre ellos”.⁴⁴

El razonamiento anterior fue prácticamente tomado del criterio emitido por la Procuraduría General de la República la cual basó su argumento en que el artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos no da un margen de incertidumbre al hecho de la protección a la vida antes del nacimiento el cual va a constituir un derecho fundamental.

En la Convención Americana se manifiesta expresamente por qué existe vida humana a partir de la concepción y en virtud de la aprobación de la ley

⁴⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, Resolución: 2000-02306, punto IX. Conclusiones B.

N°4534 del 23 de febrero de 1970, en donde dicha Convención tiene rango constitucional.⁴⁵

Basándose en el razonamiento anterior se emite una sentencia con fundamento en la protección de los óvulos fecundados, en su relación directa con el artículo 4 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, dejando de un lado los debates realizados constantemente acerca del comienzo de la vida humana, y los que cuestionan la comparación de los embriones con la concepción de persona.

Pero hay quienes critican fuertemente esta postura, para el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, en su publicación denominada la “reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina”⁴⁶, considera que el planteamiento emitido por la Sala Constitucional, se respalda con el pronunciado emitido por la Iglesia Católica Apostólica Romana, la problemática se presenta cuando se introducen en el planteamiento, otro tipo de religiones en las cuales no se considera la misma concepción con respecto al inicio de la vida.

Por lo que parecería necesario que Costa Rica también tomara en cuenta (como lo sería en cualquier democracia) la convivencia de distintas religiones, en donde la prohibición de la FIV va a impedir el acceso equitativo de las personas independientemente de su religión, o decidir el uso o no de la práctica de acuerdo con sus creencias, aunque esta es sola una suposición de

⁴⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, Resolución: 2000-02306, punto 4.

⁴⁶ Luna, Fl. (2008). “Instituto Interamericano de Derechos Humanos. “Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina”. Editorial IIDH. San José, Costa Rica. Pág. 79.

los críticos, puesto que la Sala en ningún momento hace referencia alguna en la resolución de algún tipo de religión y mucho menos al apoyo a alguna de ellas.

Pero aun así hay autores que aseguran el trasfondo religioso de la sentencia, como es el caso de don Gerardo Trejos, quien dispone que “aunque la sala no lo diga, la sentencia se fundamenta en la doctrina desarrollada por el documento eclesiástico, no jurídico denominado *“Donum Vitae, Instrucción sobre el respeto a la vida humana naciente y dignidad de la procreación”*, fechada el 22 de febrero de 1987, de la Congregación para la Doctrina de la Fé... firmado por el actual Papa Benedicto XVI”⁴⁷, para este autor el tipo de narración y los conceptos utilizados por la Sala Constitucional en su resolución es muy parecida o casi idénticos a este documento, lo cual lo hace dudar. Además añade a este conjunto de similitudes las ideas emitidas en el periódico “Eco Católico” del domingo 9 de junio de 1996 por la profesora Helena Ospino de Fonseca.

También manifiesta este escritor que la jurisprudencia posterior al pronunciamiento de la Sala (Voto 6685-01/17/07/2001 y voto 27-04 del 17/03/2004) a favor del mismo, reafirma erróneamente que el embrión humano tiene el mismo estatuto jurídico que la persona humana, otorgándole al mismo una derecho a la vida de carácter absoluto, cosa que para don Gerardo es inconcebible.

⁴⁷ Trejos, G. (2008) “La prohibición de la Fecundación In Vitro en Costa Rica (una sentencia de la Sala Constitucional: Arbitraria, Injusta, Discriminatoria, y Violatoria de los Derechos Fundamentales Consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos y en el Protocolo de San Salvador)”, Editorial Juricentro, S.A., 1 a ed., San José Costa Rica. Pág. 89.

Ya que en contra de lo dispuesto por la Sala, Don Gerardo dispone que para que un sujeto cuente con derechos debe ser considerado persona y persona es todo ser humano, la persona humana “está limitada por dos jalones biológicamente definidos: el nacimiento y la muerte”⁴⁸, por lo que para Trejos la persona humana y su reconocimiento como tal, inicia con el nacimiento, por lo que “el no nacido no es persona ni es titular de un derecho absoluto, irrestricto e incondicional a la vida”⁴⁹, lo cual no tiene mucho sentido, porque que mayor acontecimiento biológico para un ser humano que la fecundación, su inicio, ese momento único e irrepetible que convierte dos gametos en un ser irrepetible y con todos los componentes necesarios para su desarrollo como ser humano.

Otro punto en el que no está de acuerdo don Gerardo Trejos con la Sala Constitucional, es con la referencia a normas internacionales para avalar su punto respecto a la protección jurídica del embrión, ya que para él ninguna normativa internacional menciona este tipo de protección solo el artículo 4 del pacto de San José, con el cual tampoco está de acuerdo con la interpretación de la Sala. Puesto que para él en el articulado no establece el momento del nacimiento de la vida humana, también discrepa en la terminología ya que al disponer de la palabra concepción, se hace alusión al momento en que el embrión se anida en el vientre materno y al disponer la palabra en “general” solo reafirma el hecho que no es un derecho absoluto ni irrestricto.

⁴⁸ Trejos, G. (2008) “La prohibición de la Fecundación In Vitro en Costa Rica (una sentencia de la Sala Constitucional: Arbitraria, Injusta, Discriminatoria, y Violatoria de los Derechos Fundamentales Consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos y en el Protocolo de San Salvador)”, Editorial Juricentro, S.A., 1 a ed., San José Costa Rica. Pág. 54.

⁴⁹ Trejos, G. (2008) “La prohibición de la Fecundación In Vitro en Costa Rica (una sentencia de la Sala Constitucional: Arbitraria, Injusta, Discriminatoria, y Violatoria de los Derechos Fundamentales Consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos y en el Protocolo de San Salvador)”, Editorial Juricentro, S.A., 1 a ed., San José Costa Rica. Pág. 55.

Lo cual llega a contradecirse, a razón de que primero afirma que artículo 4 del Pacto de San José no establece el momento del nacimiento del ser humano, pero sí lo hace el disponer desde el momento de la concepción. Asimismo, no establece en qué basa su afirmación que la concepción es desde el momento de la anidación, ya que como se ha visto a lo largo de la investigación, la concepción es un sinónimo de fecundación que es cuando el espermatozoide penetra el óvulo. Además, la palabra “en general” debería de aplicarse para la mayoría de los casos y para los demás ser una excepción fundada, no como lo plantea don Gerardo.

Así mismo, como se observó en el resumen de la sentencia de la Sala, en la Convención de Derechos del Niño y en la Declaración Americana de Derechos y deberes del Hombre, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, sí se establece la protección jurídica de la vida del ser humano a partir de la fecundación.

Don Gerardo Trejos, también, critica la normativa nacional a la que hace referencia la Sala Constitucional, en especial al artículo 31 del Código Civil, al apuntar el mismo que la persona “...se reputa nacida para todo lo que la favorezca desde 300 días antes de su nacimiento”⁵⁰, a lo que manifiesta que esto no es más que una ficción jurídica, una mentira legal, ya que se hace necesario para que se pueda cumplir esto, el nacimiento y que el mismo sea con vida.

⁵⁰ Código Civil de Costa Rica. Ley N° 63 de 28 de setiembre de 1887, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., Publicación del 2008. Artículo 31.

Lo cual vendría hacer un razonamiento incorrecto, aunque se habla de 300 días antes del nacimiento, es evidente que el objeto del constituyente era brindar la protección jurídica desde la concepción del ser humano. Por otro lado, aunque es necesario que la persona nazca viva, se dispondrá que nace desde la concepción para todo lo que le favorezca, lo que permite la protección del embrión justamente para que el mismo pueda nacer.

Por último el señor Trejos dispone que la prohibición creada por la Sala Constitucional de poder realizar la técnica de Fecundación In Vitro en el país violenta los siguientes derechos consagrados en el Pacto de San José: “ el derecho a la vida (Art 4.1), derecho a la integridad personal (Art 5), derecho a la libertad (Art 7), derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida familiar (Art. 11.2), derecho a fundar una familia (Art. 17.1), derecho de igualdad ante la ley (Art 24), incumple además la obligación de respetar sin discriminación alguna, los derechos y libertades tutelados en la Convención Americana”⁵¹, como se puede observar don Gerardo Trejos es uno de los mayores detractores de lo dispuesto por Sala.

Otra crítica generada ante la resolución emitida por la Sala Constitucional, es la confeccionada por la señora Alejandra Mora Mora en el libro “Reflexiones sobre el Derecho de Familia costarricense” en donde establece que, debido a esa sentencia se ha tenido de lado por muchos años el

⁵¹ Trejos, G. (2008) “La prohibición de la Fecundación In Vitro en Costa Rica (una sentencia de la Sala Constitucional: Arbitraria, Injusta, Discriminatoria, y Violatoria de los Derechos Fundamentales Consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos y en el Protocolo de San Salvador)”, Editorial Juricentro, S.A., 1ª ed., San José Costa Rica. Pág. 92.

tema de la Fecundación In Vitro, dejando a mujeres y parejas en general, en total indefensión en el país.

Lo que Incentiva a una discriminación, ya que las personas que cuentan con los recursos económicos suficientes pueden salir del país a practicarse la técnica (y así han resuelto sus problemas para concebir una familia biológica por sus propios medios). Con todo lo anterior, se deja de lado a las parejas que no cuentan con los recursos suficientes para realizarse el procedimiento fuera del país, y ya que la técnica no ha llegado a tener los avances científicos suficientes para implementarlo en el país que no pueden acceder a la técnica⁵².

Es relevante mencionar que dentro de las negociaciones para la creación del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, se rechazaron muchas de las propuestas dadas donde se quería incluir proteger el derecho a la vida desde la concepción. Al final, así como lo establece el mismo artículo 6 del Pacto anteriormente mencionada el derecho a la vida es inherente a la persona humana.

Las críticas más fuerte como se pudo ver van dirigidas a los siguientes argumentos, que son: el momento cuando comienza la vida humana, en la interpretación de la Sala sobre normativa, tanto interna como internacional sobre el derecho a la vida, el razonamiento de la pérdida de embriones y por último, hay autores que consideran que hay un trasfondo religioso detrás de esta sentencia, esto entre otras críticas.

⁵² Mora, A. Comp.: Benavides, D. Jiménez, A.(2011). **"Reflexiones de derecho de familia costarricense."** 1° ed. Editorial Jurídica Continental. San José, Costa Rica. Pág. 47.

Luego de realizar un debido análisis crítico de la resolución emitida por la Sala Constitucional donde declara inconstitucional el Decreto que regulaba las técnicas de reproducción asistida y como consecuencia la Fecundación In Vitro, es de vital importancia analizar de la misma manera la sentencia impuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que ésta obliga al Estado costarricense por volver a implementar la FIV en el país, debido a que considera que el derecho de las parejas a reproducirse biológicamente es superior al derecho de la vida y dignidad del embrión.

2.6 Resoluciones posteriores que respaldan la resolución de la Sala Constitucional 2306-2000.

A partir de lo dispuesto por la Sala Constitucional respecto de las Técnicas de Fecundación Asistida, ha surgido una serie de resoluciones relevantes, que han venido a reafirmar la posición tomada por ésta con la sentencia del 2000, referente al derecho y protección a la vida del embrión desde su concepción.

A continuación, se analizará las que se consideran de mayor relevancia y que han profundizado más sobre el tema. Una de las más conocidas es la de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, del siete de mayo del dos mil nueve, la cual vino a anular el fallo sobre la Fecundación in Vitro del Tribunal Procesal Contencioso Administrativo que fue emitido el 14 de octubre del 2008.

Este fue un Proceso Ordinario establecido en el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, por Ileana Henchoz Bolaños, contra la Caja Costarricense del Seguro Social (CCSS), en el cual exigía que dicha institución le practicara la Técnica de Fecundación in Vitro y en caso de oposición se le condenara a la misma al pago de costas procesales y personales. A lo que la

CCSS contestó negativamente e interpuso la excepción de falta de derecho y cosa juzgada, esta última excepción fue rechazada por la Jueza Evelyn Solano Ulloa, en audiencia preliminar.

Luego de realizado el juicio el Tribunal Contencioso dicta sentencia a favor de la señora Henchoz Bolaños, en la que se declara:

1. Se le exige a la CCSS proceder a realizarle los exámenes de diagnóstico para determinar la viabilidad y el procedimiento mismo de la Fecundación In Vitro.
2. Se le exige a la Caja determinar el método de reproducción asistida más conveniente para la actora y de ser la Fecundación In Vitro el elegido, realizar la misma bajo los parámetros de la resolución 2306-2000, en la que se disponía que no se puede fecundar más de un óvulo para su transferencia y que prohíba la selección, destrucción, congelamiento, investigación y destrucción del embrión.
3. Al igual se exige a CCSS tomar las previsiones administrativas para realizar los tratamientos.
4. Se exime del pago de las costas procesales a la parte vencida.⁵³

Luego de esta resolución, la CCSS formula recurso de casación ante la Sala Primera de Justicia, por razones procesales y de fondo, a lo que la Sala en su Voto 0465-F-S1-2009 dispuso lo siguiente:

⁵³ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto 0465-F-S1-2009, a las diez horas cuarenta y cinco minutos del siete de mayo de dos mil nueve. Resultando.

Se declara la nulidad de la sentencia recurrida, en razón a su falta de interés actual, ya que el juzgador está llamado a analizar el derecho, la legitimación y el interés, por lo que la ausencia de alguno de estos imposibilitaría la pronunciación sobre el fondo del litigio, generando una sentencia inhibitoria. Por lo que, luego del estudio de la resolución cuestionada y de los autos de la mismas se llega a la conclusión que no existe el interés, puesto que *“El interés es la necesidad de tutela en que se encuentra una persona en concreto y que lo determina a solicitar la intervención del respectivo órgano jurisdiccional”*⁵⁴, a esto también añade la utilidad que debe de tener la persona con la respuesta dada por el ente jurisdiccional. A razón de que el juzgador a través del proceso debe de hacer un juicio de utilidad haciendo un análisis sobre las consecuencias de la resolución solicitada. En el presente caso quedó demostrado que la Fecundación in Vitro no es una técnica recomendada para la actora esto debido a su edad, además ésta dispuso luego de la sentencia, en varios medios de comunicación que no se sometería a esta técnica esto por su edad avanzada. Por lo que estimó este tribunal que ésta ya no tiene interés en el proceso, por lo que la Sala dispone que deberá anularse la sentencia recurrida y dictarse sin lugar la demanda, por lo que se omite el pronunciamiento sobre los agravios.

Lastimosamente, como se pudo observar no se realizó un análisis profundo de los alegatos de la casación realizada por la CCSS, ya que con la anterior resolución dada por el Tribunal Contencioso Administrativo era claro la mala interpretación dada a la sentencia del 2306-2000 de la Sala

⁵⁴ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto 0465-F-S1-2009, de las diez horas cuarenta y cinco minutos del siete de mayo de dos mil nueve. Considerando, punto II.

Constitucional, puesto que era evidente la prohibición en el país de la Técnica de Fecundación in Vitro, tanto para el sector privado como público.

Otra sentencia la cual menciona específicamente la Fecundación in Vitro, es la sentencia 1668 del veintisiete de enero del 2010 de la Sala Constitucional. La cual consiste en una Acción de Inconstitucionalidad promovida por José Miguel Corrales Bolaños, contra el Reglamento para las Investigaciones en que participan seres humanos (Decreto Ejecutivo N° 31078-S de 5 de marzo de 2003) y el Reglamento para la Investigación Clínica en los servicios asistenciales de la Caja Costarricense de Seguro Social, básicamente por violación al principio de reserva de ley en materia de derechos fundamentales.

En esta resolución interesa a esta investigación, debido al análisis que desembocó el Reglamento para las Investigaciones en que participan seres humanos, ya que el mismo se basó en el derecho a la vida y dignidad que tiene el ser humano. Además de volverse a reflexionar sobre el contiguo enfrentamiento entre la ciencia, la ética y el derecho.

Estas tres facetas se pueden ver reflejadas en la investigación en seres humanos. Sobre este tema la Procuraduría General de la República se manifestó de la siguiente forma *“El derecho a la experimentación concierne los medios y técnicas que el investigador puede utilizar para efectuar su investigación. Al respecto, debe tomarse en cuenta que ese derecho es limitado: la libertad de investigación y con ella la de experimentación es una libertad sometida a regulaciones en aras de proteger otros derechos y valores fundamentales; del mismo modo puede imponérsele limitaciones como una*

*forma de proteger el objeto de la experimentación*⁵⁵, aludiendo que éste sería el caso de la Fecundación In Vitro, ya que ésta se limitó a proteger el objeto de la misma, que para este caso es el ser humano. En la misma línea para poder fundamentar esta limitación a la investigación científica se hace necesario disponer y afirmar que la dignidad humana se encuentra siempre sobre el interés y finalidad de la investigación.

Igualmente para esta investigación, es relevante el análisis hecho por la Sala Constitucional en esta resolución, sobre los alcances generales de la libertad de experimentación en relación con el derecho a la vida y la dignidad humana, para lo que hace referencia a la sentencia 2306-2000, la cual ha tratado este último tema.

Lo primero que se destaca es el hecho que sin vida no existirían los otros derechos, a lo que dispone que *“Los derechos de la persona, en su dimensión vital, se refieren a la manifestación primigenia del ser humano: la vida. Sin la existencia humana es un sinsentido hablar de derechos y libertades, por lo que el ser humano es la referencia última de la imputación de derechos y libertades fundamentales. Para el ser humano, la vida no sólo es un hecho empíricamente comprobable, sino que es un derecho que le pertenece precisamente por estar vivo”*⁵⁶. Aquí radica la importancia del derecho de la vida, el cual, según esta argumentación debería de estar por encima los demás derechos, por lo que su protección debería de ser fundamental y como tal no debería de sufrir estos ataques por parte del Estado o de particulares.

⁵⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 1668 de las quince horas y doce minutos del veintisiete de enero del 2010.

Lo que conlleva a exigir una conducta con dos vertientes, una positiva y una negativa, esta última versa sobre el hecho que nadie debe de privar del derecho a la vida a otro ser humano y la positiva se refiere a aquella conducta que debe de realizar lo necesario para preservarla, para esta última la Sala ha dispuesto “Esta conducta puede ser reclamada a profesionales o instituciones dedicadas al cuidado de la salud y a quien tenga incluso un deber genérico de asistencia”, es decir, que estas acciones de preservar la vida y no ponerla en peligro son atribuibles no solo a las particulares, si no a cualquier institución, en especial las que su tiene como objetivo el cuido y la preservación de la vida humana. Esta clase de derechos están protegidos, tanto por normas nacionales como internacionales.

La Sala, también, dispone que dentro de este derecho a la vida, no existen diversas categorías de seres humanos (todos somos seres humanos), por lo que se merece una protección generalizada, con lo que la dignidad humana se vuelve la fundamentación de la atribución de los demás derechos y libertades, y consecuentemente, al buscar ésta, es que se da la necesidad de determinar los otros derechos, por lo que la Sala hace la siguiente relación con la siguiente jerarquía: 1) Vida humana, 2) Dignidad humana, 3) Los derechos fundamentales.

Con esta jerarquización que crea la Sala dispone dos conclusiones muy importantes: la primera en relación con que ningún derecho fundamental puede venir a contradecir la vida y dignidad humana, y la segunda conclusión es que

⁵⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 1668 de las quince horas y doce minutos del veintisiete de enero del 2010. Punto V.

a razón de la primera, se pueden limitar el resto de los derechos fundamentales.

Estas disposiciones son tomadas por la Sala para disponer “que es contraria a la dignidad humana toda forma de sujeción o de degradación de la persona humana, por lo que no puede considerarse permitida ninguna actividad que tienda a colocar al ser humano como un objeto”⁵⁷, lo cual es el caso de la investigación y de la Fecundación In Vitro.

Por último, hace un pequeño análisis de las consecuencias en la investigación en los seres humanos, y es clara en determinar que “... el científico tiene el derecho de investigar y experimentar, pero no poniendo en peligro la vida humana, el derecho a la salud de las personas o la dignidad humana”⁵⁸ por lo que el derecho a la investigación se encuentra limitado, debido a que en ningún momento el ser humano puede ser tratado como un simple medio, ya que él vale por sí mismo, a razón de esto, la investigación debe ser utilizada para preservar la vida, no como un fin en sí misma.

Al final la Sala Constitucional declara con lugar la acción, y anula la normativa cuestionada, basándose principalmente en el principio de reserva de ley. Debido a que como se pudo observar se está tratando de derechos como la vida y dignidad del ser humano y al igual que en la sentencia del 2000, no pueden ser legislados a través de Decretos, Reglamentos y normas suplenes.

⁵⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 1668 de las quince horas y doce minutos del veintisiete de enero del 2010. Punto V.

⁵⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 1668 de las quince horas y doce minutos del veintisiete de enero del 2010. Punto IV.

Existen, también, otras resoluciones que utilizaron la sentencia 2306-2000 como base de su argumentación en diversos temas, a pesar de que no citan específicamente la Fecundación in Vitro, sí mencionan y analizan su principal argumentación, la cual versa sobre el derecho y protección que tiene el ser humano a la vida y dignidad desde su concepción.

La sentencia 2792 de las catorce horas con cincuenta y tres minutos del diecisiete de marzo del dos mil cuatro, es un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Gustavo González Solano contra los artículos 118, 119, 120, 121 y 122 del Código Penal (que señalan sobre el aborto) y 31 del Código Civil, basándose en que los mismos contravienen el artículo 33 de la Constitución Política, el artículos 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y lo dispuesto en la sentencia número 2306-2000 emitida por la Sala Constitucional.

Esencialmente, el accionante considera que hay un tipo de discriminación en estos artículos, al hacer una diferenciación entre los conceptos de persona y feto. Además, de dar distintas sanciones dependiendo de la forma como se produzca el aborto. Lo que a su juicio viene a refutar lo dispuesto en la Constitución y en la sentencia de la misma Sala.

En este caso lo importante es, el análisis de la Sala que inicia de la misma forma como la sentencia pasada, al disponer que el derecho a la vida lo tiene el ser humano por el simple hecho de estar vivo, por lo que los demás derechos se desprende del mismo. También, hace la reflexión sobre el momento cuando inicia la vida humana con el fin de determinar el instante cuando merece la protección jurídica.

A lo que la misma al igual que la sentencia 2306-2000, afirma que la vida comienza desde la fecundación, al expresar *“la segmentación de las células que se produce inmediatamente después de la fecundación, se indica que en el estadio de tres células existe un minúsculo ser humano y a partir de esa fase todo individuo es único, rigurosamente diferente de cualquier otro”*⁵⁹. Por lo que en el momento cuando la persona es concebida se encuentra en presencia de un ser humano vivo, que tiene todo el derecho a ser protegido.

Lo que es apreciable analizar en esta resolución, es como el derecho a la inviolabilidad es igualitario para todos sin excepción, “cualquier excepción o limitación destruye el contenido mismo del derecho-, debe protegerse, tanto en el ser ya nacido como en el por nacer, de donde deriva la ilegitimidad del aborto o de la restitución de la pena de muerte en los países en que ya no existe”⁶⁰, lo cual sería una afirmación que se podría fácilmente comparar en el caso de la Fecundación In Vitro.

Además hay que tomar en cuenta que este derecho es atribuible, según la normativa nacional e internacional, a terceros, como instituciones por lo que se les debe de proteger de cualquier actividad que estos terceros puedan realizar que pueda llegar a poner en riesgos su integridad y su vida; por lo que esto se aplica en el tema del aborto en dicha resolución.

Para este caso en concreto, la Sala declaró sin lugar la acción, debido a que se observa, que se mantiene la posición respecto del comienzo y

⁵⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2792 de las catorce horas con cincuenta y tres minutos del diecisiete de marzo del dos mil cuatro. Punto V.

⁶⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2792 de las catorce horas con cincuenta y tres minutos del diecisiete de marzo del dos mil cuatro. Punto VI.

protección de la vida, los argumentos del accionante no son recibidos, ya que su principal argumento es que se violenta el principio de igualdad de la persona no nacida que se había determinado en la sentencia del 2000. Pero según la Sala dicha sentencia no es innovadora ya que esta igualdad ya existía en el ordenamiento y esta sentencia solo lo vino a reafirmarla, razón por la cual el aborto es considerado un delito.

Ahora respecto de los alegatos de las diferentes sanciones, la Sala aclaró *“que un simple vistazo por todo el elenco de penalizaciones asignadas a la comisión de delitos contra la vida, se observa una diversidad de montos que responde a gran cantidad de circunstancias distintas que son sumadas al hecho singularmente considerado de acabar con la vida de un ser humano”*⁶¹, es decir, que cada sanción va acompañada de un análisis, tanto por parte del legislador como del juzgador de múltiples aspectos que se presentan en cada situación en concreto.

Por otro lado, hay resoluciones que, también, ha emitido la Sala Constitucional que sigue este mismo patrón, como es el caso del voto 8760 del veintisiete de mayo del 2008. El cual consiste en un recurso de amparo, en donde la recurrente reclama la violación de sus derechos fundamentales y de su hijo, por nacer, ante la negativa de las autoridades del Hospital México de autorizar que personeros de la empresa PROVIDA para obtener las cédulas madre del cordón umbilical de su hijo durante el parto o la cesárea del menor.

⁶¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2792 de las catorce horas con cincuenta y tres minutos del diecisiete de marzo del dos mil cuatro. Punto VII.

En este caso se tienen dos situaciones, la de la madre y la del menor que está por nacer. Esta última es la que interesa, la Sala ha expresado al respecto *“...“nasciturus”, quien justamente es titular de derechos fundamentales (al menos en el sistema de justicia constitucional costarricense) y, por ello, es indudable la existencia de un interés superior del menor en que el Estado (ante la eventualidad de tratar futuras o posibles enfermedades de ese menor) obtenga por sí mismo esas células madre o autorice a un particular para que lo realice”*⁶², a lo que se adhiere que esta clase de derechos nacen desde el momento de la concepción, haciendo referencia la sentencia del 2306-2000.

Lo importante de esta sentencia radica en que en la misma Sala desarrolla la existencia del interés superior del menor, basándose en la obligación que tiene el Estado, según normas nacionales e internacionales de resguardar la vida y seguridad del menor, en este caso del no nacido. Utilizando como base esta afirmación, la Sala declara con lugar la acción, al disponer que la negativa del hospital de permitir la extracción de las células madres del cordón umbilical del nacido, lesiona no solo el derecho de libertad de la amparada, si no también “el interés superior del menor, y la protección especial que la Constitución exige a las autoridades públicas respecto de los niños desde el momento de su fecundación”⁶³.

Como se pudo observar a través de este análisis, ha sido consistente la posición de la Sala Constitucional, sobre la protección jurídica que merece el

⁶² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 8760 de las diez y veinte seis del veintisiete de mayo del 2008. Punto III.

ser humano desde su concepción, a tal grado de llega a afirmar que esta protección siempre se ha encontrado en el ordenamiento nacional como internacional, pero que hasta ahora se había reafirmado. Y no es sino a partir de la sentencia 2306-2000 sobre las técnicas de fecundación asistida, que se ha ido reiterando y reafirmando esta posición.

3. Análisis de la resolución emitida por la CIDH.

En esta sección se analizará la resolución emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Artavia Murillo y Otros contra Costa Rica, o como también, fue denominada Fecundación In Vitro contra Costa Rica. Dicha resolución fue emitida el 28 de noviembre de 2012 en donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos (de ahora en adelante la Corte), declara que en Costa Rica se debe practicar la técnica de la Fecundación In Vitro a aquellas personas que la necesiten. Para llegar a esta decisión la Corte emite ciertos criterios que, a continuación, se examinarán.

En primer lugar, antes de entrar a analizar el desarrollo de la sentencia de la Corte, se realizará un pequeño resumen de la etapa previa ejecutada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (de ahora en adelante la Comisión) por la supuesta violación de los derechos y determinar cuáles derechos humanos se consideran violados.

La petición inicial se presenta ante la Comisión el día 19 de enero de 2001 interpuesta por el señor Gerardo Trejos Salas representante de un grupo de supuestas víctimas. Para el 11 de marzo de 2004 se emitió el informe de

⁶³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 8760 de las diez y veinte seis del veintisiete de mayo del 2008. Punto VI.

admisibilidad donde se aprueba dicha queja por parte de las presuntas víctimas. En el mismo informe se dan determinadas recomendaciones al Estado costarricense. Se le brinda a Costa Rica tres prórrogas, para el cumplimiento de las recomendaciones emitidas por la Comisión y no son satisfechas por el mismo, por lo que el caso se eleva para que lo conozca la Corte.

Ante el incumplimiento del Estado costarricense a las recomendaciones efectuadas por la Comisión la misma "... solicitó a la Corte que declarará la responsabilidad internacional del Estado por la violación de los artículos 11.2, 17.2 y 24 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento..."⁶⁴

De lo anterior se puede deducir que la Comisión considera una violación a los derechos humanos ante la prohibición de practicar la Fecundación In Vitro en Costa Rica, la cual estaba vigente en dicho país hasta que mediante la resolución de la Sala Constitucional fue prohibida. Básicamente, los derechos que se consideran violados son el derecho a la vida privada y familiar, y el derecho a formar una familia, por lo que se alegó que esto conllevaba a discriminación para estas parejas al no poder concebir hijos biológicos. Dichos derechos serán desarrollados por la Corte en el transcurso de la sentencia.

Se considera para dicha investigación que el enfoque brindado por la Comisión es incorrecto, debido a que no menciona en ningún momento la violación del derecho a la vida, derecho plasmado en el artículo 4.1 de la Convención Americana. No le da mérito a las acciones realizadas por el Estado

costarricense, ante la protección del derecho a la vida, que se observa ante la resolución emitida por la Sala Constitucional, únicamente observa que se violan los derechos familiares o reproductivos.

Para el 18 de octubre de 2011 el Estado costarricense es notificado de que el caso estaba siendo conocido por la Corte, ya para el 19 de diciembre del mismo año las partes presentan sus respectivos escritos donde se indicaban los argumentos y todas las pruebas ofrecidas por éstas.

Costa Rica presenta ante la Corte Interamericana un documento donde emite dos excepciones preliminares que la Corte debería tomar en cuenta para el caso. Dichas excepciones expresaban que no existía una violación a los derechos humanos como sostenía la Comisión y las presuntas víctimas.

La Corte ordena evacuar declaraciones de varios peritos y de algunas presuntas víctimas. Como consecuencia de esto, ésta convoca a la celebración de una audiencia pública en su sede, la cual fue realizada los días 5 y 6 de setiembre de 2012, en donde recibe los alegatos presentados por los representantes de las víctimas, por el Estado y la Comisión.

La Corte Interamericana analiza las excepciones preliminares interpuestas por el Estado Costarricense. La primera alegada es la falta de agotamiento de los recursos internos. Donde Costa Rica alega que la resolución de la Sala Constitucional lo que decidió fue declarar inconstitucional, el tipo de Fecundación In Vitro que era practicada en ese momento por la gran pérdida de embriones que conllevaba. Pero, en ningún momento las presuntas

⁶⁴ Caso Artavia Murillo y Otros ("Fecundación In Vitro") Vs. Costa Rica. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De 6 de 28 de noviembre de 2012. Párrafo 3.

víctimas luego de esta declaración de inconstitucionalidad, presentaron algún tipo de recurso contra la misma decisión. Ante la resolución se podía acudir a la vía constitucional nuevamente mediante un recurso de amparo, ya que ésta está autorizada a conocer de nuevo una decisión tomada por ella. O ante la vía contenciosa administrativa, esto para que el mismo Estado se encargara de resolver sus problemas de infertilidad. También, manifestaron que por medio de la resolución de la Sala Constitucional del 2000, podían solicitar a la Sala que obligara al Estado crear una nueva reglamentación de acuerdo con los parámetros establecidos en la sentencia. Se declara, también, que algunas de las presuntas víctimas acuden a la vía contenciosa administrativa luego de solicitar el trámite ante la Comisión, por lo que en ningún momento se agotó el procedimiento interno en el país.

Ante esta argumentación la Comisión manifiesta que el Estado en ningún momento detalló los recursos que se debían agotar y que únicamente mencionó que existía el recurso de amparo, pero no detalló un procedimiento específico, ni su fundamentación para establecer dicho recurso.

Uno de los representantes de las presuntas víctimas alega que la Corte siempre ha manifestado que los recursos establecidos en un Estado deben de ser adecuados, pero además debe satisfacer las pretensiones y los intereses que se tengan.

Ante todo lo anterior, la Corte considera que la regla para el agotamiento de la vía interna, es un beneficio que se le da a los Estados. Para que estos demuestren que se ha seguido un procedimiento justo ante algún tipo de violación de derecho, y que el Estado ha actuado diligentemente ante una

presunta violación. Además, establece que las excepciones preliminares se debieron presentar ante la Comisión, y el Estado no lo hizo, con esto cierra el único momento procesal oportuno para realizarlo.

“...el Estado sólo presentó un escrito..., el 23 de enero de 2004, en el que señaló que una de las víctimas "podría haber acudido en amparo". El escrito donde el Estado analizó la posible idoneidad de la jurisdicción contencioso administrativa para resolver el presente caso fue presentado en 2008, cuatro años después de emitido el informe de admisibilidad.”⁶⁵

Expuesto lo anterior la Corte considera que las alegaciones del Estado son interpuestas extemporáneamente, pero que aunque el recurso fuera alegado en tiempo el derecho a interponer un recurso de amparo no iba a ser idóneo para satisfacer la problemática, ya que, según la Ley de Jurisdicción Constitucional el recurso debe de ser conocido por la misma Sala Constitucional, por lo que no remediaría la situación, con lo anterior la Corte rechaza dicha excepción.

Con lo manifestado por la Corte Interamericana acerca de la idoneidad del recurso de amparo, se considera que no es del todo cierto. Ya que es reconocido por la jurisdicción costarricense, que cuando se interpone un recurso sobre una decisión tomada por la misma Sala, la autorizada a conocer dicho recurso es la Sala suplente. Por consiguiente, no son los mismos magistrados los que conocen la causa, por lo que se estima que este argumento formulado por la Corte no es correcto. Igualmente, el recurso que

⁶⁵ Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De 6 de 28 de noviembre de 2012. Párrafo 24.

fue planteado por las víctimas tiempo después de la resolución del 2000 fue rechazado, debido a que se determinó que la práctica de la FIV no había evolucionado y los riesgos eran los mismos, por lo que la resolución se mantenía. Es decir, el caso fue revisado, pero se consideró que las reglas emitidas por la Sala aún no se cumplían.

El Estado, también, presenta la excepción de extemporaneidad presentada por dos de las presuntas víctimas. Debido a que dichas supuestas víctimas para la petición realizada el 19 de enero de 2001, no conocían que tenían problemas de infertilidad, ya que les fue declarada hasta julio de 2002. Y que el plazo de seis meses para interponer una alegación ante la Corte sí se cumple, pero por consecuencia del largo trámite realizado por parte de la Comisión.

Igualmente, la Comisión manifiesta que el Estado en ningún momento alega dicho argumento ante ella. Y que el cumplimiento de los seis meses se debe de agotar ante ella misma, en la aportación de las pruebas por parte de las presuntas víctimas. Los representantes de las supuestas víctimas agregan que para cumplir con los requisitos no solo se debía estar en tratamientos médicos ante un problema de infertilidad, sino solamente considerar la posibilidad de tenerla y en el caso concreto luego se comprobó dicha infertilidad.

Ante estos alegatos la Corte expresa que, en primer lugar para la primera petición realizada no existía una concreta individualización de las víctimas. Además, el Tribunal toma en cuenta que el fenómeno de la infertilidad genera diversas reacciones por lo que no puede ser asociada con una regla

rígida sobre acciones que se deba seguir una persona, también que a las parejas les puede tomar meses o años en tomar una decisión como si efectuarse o no una técnica de reproducción asistida.⁶⁶

“...el Tribunal Europeo ha señalado que la regla de los seis meses es autónoma y debe ser aplicada de acuerdo con los hechos del caso específico en orden a que se asegure el ejercicio efectivo del derecho a presentar una peticiones individuales”⁶⁷.

Por lo que la Corte considera que esta excepción preliminar también es desestimada.

En cuanto a este punto, se aprecia válido alegar una extemporaneidad por parte de la Comisión, para presentar el caso, ya que de esta forma se adhieren más personas que no conocían de su estado en el momento de producirse la denuncia. Asimismo, si la misma Convención con su reglamento, establecen un plazo de tiempo para plantear la denuncia, éste se debe de respetar, y no le corresponde a la Corte Interamericana determinar cuándo aplicar o no el plazo, debido a que se encuentra plasmado en su propia legislación y se debe de respetar, de lo contrario, se estaría violentando el derecho procesal al Estado.

En cuanto a las pruebas documentales aportadas el Estado solicitó, no tomar en cuenta unos informes psicológicos aportados por las presuntas

⁶⁶ Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De 6 de 28 de Noviembre de 2012. Párrafo 35.

⁶⁷ “The six-month rule is autonomous and must be construed and applied according to the facts of each individual case, so as to ensure the effective exercise of the right to individual petition”. En el Tribunal Europeo, ver T.E.D.H., casos Sabri Günes v. Turkey, Gran Cámara, (No. 27396/06) Sentencia de 29 de junio de 2012; Büyükdağ v. Turkey (No. 28340/95), Sentencia de 6 Abril de 2000; Fernández-Molina González and 369 Others v. Spain (No. 64359/01), Sentencia de 8 de octubre de 2002); y Zakrzewska v. Poland, (No. 49927/06), párr. 55, Sentencia de 16 de diciembre de 2008.

víctimas. Ya que únicamente se limitan a decir cuáles son las afectaciones como consecuencia de la infertilidad, pero no que el daño sea producido por el Estado. Igualmente, que se rechacen las pruebas económicas, las cuales incluían estados de cuentas, presentadas por las supuestas víctimas. Ya que argumentan que dichos documentos no prueban qué gastos tuvieron en todo el proceso de práctica de la técnica incurrida. La Corte alega que tomaría en cuenta esa manifestación por parte del Estado en el momento de tomar una decisión.

En relación con las pruebas presentadas (declaraciones, peritajes) en la audiencia pública, la Corte solamente tomará en cuenta lo que tenga relación estrechamente a la denuncia presentada y a los puntos ya establecidos por parte del presidente de la Corte.

El Estado denuncia en dicha audiencia que dentro de las aclaraciones solicitadas a los peritos Antonio Marlasca y Paul Hant, no se refirieron a muchas de las preguntas realizadas por los representantes del Estado. Por lo que dicha evasión se podría interpretar como una violación al deber de cooperar y al principio de buena fe. Además, se denuncia que los plazos para la traducción del peritaje del señor Paul Hant fueron violados, por lo que la traducción fue presentada extemporáneamente. La Corte manifiesta ante la denuncia realizada, que aunque no se contestaran las preguntas realizadas, esto no significaría que la declaración fuera inválida, por lo que no afectaría la admisibilidad de la misma. Igualmente, la Corte declara que la presentación del informe pericial sí fue presentado a tiempo, y que únicamente la traducción se retrasó 7 días, por lo que no fue relevante.

Con respecto de esto, no se concuerda con la interpretación de la Corte. Ya que el mismo Reglamento de la Corte establece que se tiene el derecho de realizar las preguntas necesarias a los declarantes, aunque estos sean ofrecidos por la contraparte, por un principio de comunidad de la prueba. Con esto se consideran violados el derecho que tiene el Estado para realizar las preguntas necesarias para fortalecer su posición.

“Artículo 52. Preguntas durante los debates

1. Los Jueces podrán formular las preguntas que estimen pertinentes a toda persona que comparezca ante la Corte.

2. Las presuntas víctimas, los testigos, los peritos y toda otra persona que la Corte decida oír podrán ser interrogados, bajo la moderación de la Presidencia, por las presuntas víctimas o sus representantes, el Estado demandado y, en su caso, el Estado demandante.

3. La Comisión podrá interrogar a los peritos que propuso conforme al artículo 35.1.f del presente Reglamento, y a los de las presuntas víctimas, del Estado demandado y, en su caso, del Estado demandante, si la Corte lo autoriza a solicitud fundada de la Comisión, cuando se afecte de manera relevante el orden público interamericano de los derechos humanos y su declaración verse sobre alguna materia contenida en un peritaje ofrecido por la Comisión.

4. La Presidencia estará facultada para resolver sobre la pertinencia de las preguntas formuladas y para dispensar de responderlas a la persona a

quien vayan dirigidas, a menos que la Corte resuelva otra cosa. No serán admitidas las preguntas que induzcan las respuestas.”⁶⁸

En cuanto a los temas de fondo el Estado manifestó que: “... i) Paul Hunt “carece...de balance de intereses que es indispensable para determinar la existencia de un impacto desproporcionado”; ii) el peritaje de Alicia Neuburger “no resulta una prueba útil para demostrar la relación de causalidad entre las supuestas acciones violatorias de derechos” y “los daños que supuestamente tuvieron las presuntas víctimas”,...; iii) “el señor Marlasca falla en...establecer una distinción que se pueda considerar como racional u objetiva entre lo que es una vida humana y una persona humana”; ... y vi) respecto a Delia Ribas: “refiere en todo momento al término “preembión”, utilizándolo como punto de partida para justificar el trato que recibe el embrión desde su concepción (o fecundación) hasta momentos antes de ser transferido al útero materno [...] y, por tanto, no es aceptable pretender fundamentar su manipulación escudándose en dicho concepto, ya que está científicamente demostrado que desde esta etapa inicial existe un organismo pleno y completo”; asimismo, alegó que “no es correcto [...] justificar la práctica de la técnica de la FIV como un tratamiento a una enfermedad que permite a los ‘pacientes’ tener ‘una mejoría de su salud’”; “aboga en su documento por la práctica de la criopreservación –o congelamiento de los embriones-, lo que resulta incompatible con el derecho a la vida y a la dignidad humana”...”.⁶⁹

⁶⁸ Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Aprobado¹ por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/reglamento.cfm>. 23/02/13).

⁶⁹ Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De 6 de 28 de noviembre de 2012. Párrafo 60.

Con respecto de estos argumentos planteados por el Estado la Corte expresa que en relación con a los peritajes solo tomará en cuenta los puntos que estrechamente se relacionan con el objeto del caso.

En relación con este punto, se cree que era necesario por parte de la Corte profundizar ante los peritajes rendidos e investigar qué tipo de alcances pueden tener. Por ejemplo, los nuevos conceptos introducidos por parte de uno de los peritos como lo es el “preembrión”, y no únicamente manifestar que se tomará en cuenta las reflexiones realizadas por los representantes del Estado.

Dentro de la sentencia el Tribunal menciona varios términos relacionados con el caso, que se consideran importantes retomar, dichos términos fueron rescatados de los informes generados por los peritos aceptados en el caso.

Entre ellos se encuentran la infertilidad, en donde la definen como “la imposibilidad de alcanzar un embarazo clínico luego de haber mantenido relaciones sexuales sin protección durante doce meses o más”.⁷⁰

También, establecen que las técnicas de reproducción asistida son “...un grupo de diferentes tratamientos médicos que se utilizan para ayudar a las personas y parejas infértiles a lograr un embarazo, las cuales incluyen “la manipulación, tanto de ovocitos como de espermatozoides, o embriones [...] para el establecimiento de un embarazo”⁷¹, determinando que existen diversas

⁷⁰ Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2818); Declaración ante fedatario público de la perita Garza (expediente de fondo, tomo V, folio 2558); Declaración rendida por el perito Caruzo ante la Corte Interamericana en la audiencia pública celebrada en el presente caso, y Declaración de la declarante a título informativo Ribas (expediente de fondo, tomo V, folio 2241).

⁷¹ Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2821).

técnicas de reproducción asistida, como las ya conceptualizadas en esta investigación; es relevante mencionar que dentro de estas técnicas de reproducción no se encuentran la inseminación artificial.

Otro concepto relevante que retoman en la resolución es la de la Fecundación In Vitro o FIV el cual es “...un procedimiento en el cual los óvulos de una mujer son removidos de sus ovarios, ellos son entonces fertilizados con espermatozoides en un procedimiento de laboratorio, una vez concluido esto el óvulo fertilizado (embrión) es devuelto al útero de la mujer”.⁷²

La Corte interamericana en su resolución, determinan las fases de la práctica de la Fecundación In Vitro (estímulo de la ovulación, aspiración del óvulo, inseminación de óvulos con espermatozoide, fecundación e incubación de embriones y transferencia al útero). También del desarrollo embrionario en esta técnica las cuales las explican cómo cinco etapas las cuales duran aproximadamente 5 días.

“...se seleccionan los óvulos maduros, los cuales son fecundados, por lo que se da paso al desarrollo del cigoto. En las primeras 26 horas de desarrollo el cigoto se divide en dos células, las cuales posteriormente se dividen en cuatro células en el día dos, y finalmente se vuelve a dividir para formar ocho células en el día tres. En el día cuatro, se habla de Morula y del día cuatro al día cinco, el embrión llega a su estado de Blastocisto. Los embriones pueden permanecer en cultivo hasta cinco días antes de ser transferidos al útero de la mujer.”⁷³ En correlación con el tema de la transferencia del embrión no existe

⁷² Declaración ante fedatario público de la perita Garza (expediente de fondo, tomo V, folio 2559).

⁷³ Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (Expediente de fondo, tomo VI, folios 2828 a 2829).

un día específico para realizarla, ya que eso depende del médico y del comportamiento celular que tenga el embrión por lo que puede ser transferido desde el día 2 hasta el día 5. Asimismo, se puede implantar en el útero o en las trompas de Falopio y aproximadamente a los 12 días se puede conocer si la mujer está en estado de embarazo o no.

Del mismo modo se analiza el tema del Decreto ejecutivo el cual regulaba las técnicas de reproducción asistida y, por ende, también la Fecundación in Vitro, la cual fue practicada durante 5 años en el país (1995-2000).

Dentro de las normas a las que la Corte le dio énfasis, fueron las que regulaban la FIV y que también fueron declaradas como inconstitucionales, las cuales son el artículo 9, 10, 11, 12 y 13 del Decreto.

Asimismo, se toma en cuenta para la sentencia de la Corte, la decisión tomada por la Sala Constitucional (anteriormente analizado). En donde declara inconstitucional el decreto debido a que se rompe el principio de reserva legal, donde únicamente el poder legislativo es el autorizado a crear una regulación de derechos fundamentales. También, por la violación del derecho de la vida y la dignidad del embrión, derechos regulados en tanto en normativas internacionales como nacionales.

Se menciona el recurso interpuesto por dos de las presuntas víctimas en el 2008, el cual fue una acción de inconstitucionalidad contra la sentencia del 2000 éste fue rechazado de plano. Debido a que se consideró que no existían cambios en los lineamientos pedidos los la Sala para cambiar de criterio.

Igualmente, la demanda presentada ante el Tribunal Contencioso Administrativo contra la Caja Costarricense de Seguro Social para poder practicar nuevamente la FIV en el país. Esta en primera instancia fue declarada a favor de la Caja, debido a la sentencia de la Sala Constitucional. Pero en un recurso de apelación presentado ante el Tribunal Superior de lo Contencioso y Civil de Hacienda, establece que la FIV no se encuentra prohibida y que se debe practicar en el país utilizando los lineamientos preestablecidos en la sentencia de la Sala Constitucional del 2000. Con esto el Tribunal Superior también ordenó "...elaborar un diagnóstico y realizar los exámenes médicos correspondientes a fin de determinar la viabilidad para practicar los métodos de reproducción asistida, incluida la FIV..."⁷⁴. La Caja apela y la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia declara sin lugar la demanda.

Se puede deducir, que al presentar, tanto el recurso y demanda interpuestos evidencia, que todavía existían recursos pendientes ante el Estado costarricense para el agotamiento de vía interna. Independientemente de la decisión tomada debido a los planteamientos anteriormente establecidos. Por lo que se puede concluir que la Comisión y la Corte no tomaron en cuenta, que existían procesos pendientes. Estos fueron interpuestos años después de la denuncia ante la Comisión, por lo que se deja en indefensión al Estado costarricense por ese lado.

Por otro lado, ante las recomendaciones realizadas por la Comisión, la Corte determina que el Estado costarricense formula proyectos de ley, con la

⁷⁴ Sentencia No. 835-2008 dictada por la Sección Quinta del Tribunal Contencioso y Administrativo y Civil de Hacienda en el Proceso de Conocimiento interpuesto por Ileana Henchoz Bolaños contra la Caja Costarricense de Seguro Social, Expediente No. 08-00178-1027-CA de 14 de octubre de 2008 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVIII, folio 5871).

intención de regular la FIV en el país. Por lo que en el año 2010 se presenta un proyecto, el cual tiene como finalidad la protección de todos los derechos de la persona humana a partir de la fecundación, igualmente el derecho de las parejas.⁷⁵ Asimismo, establecía que la Fecundación In Vitro debía de practicarse con ciertas condiciones “...de que todos los óvulos fertilizados en un ciclo de tratamiento sean transferidos a la misma mujer que los produjo”⁷⁶. También, quedaba rotundamente prohibida la destrucción de los embriones creados. La Corte observa que dicho proyecto no fue aprobado.

La Organización Panamericana de la Salud (OPS) critica dicho proyecto estableciendo que los “riesgos de múltiples embarazos que pueden ocurrir cuando todos los óvulos fertilizados en un ciclo de tratamiento son transferidos a la misma mujer que los produjo, lo cual a su vez incrementa el riesgo del aborto espontáneo, complicaciones obstétricas, nacimientos prematuros y morbilidad neonatal. La OPS señaló que transferir a una mujer todos los embriones producidos en cada ciclo de un tratamiento de [FIV], incluso aquellos embriones que tienen defectos, puede poner en peligro el derecho a la vida de la mujer e incluso ocasionar la realización de un aborto terapéutico lo que a su vez afecta negativamente el goce del derecho a la salud y de otros derechos humanos relacionados que han sido acordados por los Estados de la OPS”⁷⁷.

⁷⁵ *Proyecto de Ley sobre Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria*, Expediente 17.900, 22 de octubre de 2010 (expediente de anexos a la contestación, tomo IX, folios 11055 a 11068). Artículo 6

⁷⁶ *Proyecto de Ley sobre Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria*, Expediente 17.900, 22 de octubre de 2010 (expediente de anexos a la contestación, tomo IX, folio 11064). Artículo 8.

⁷⁷ Organización Panamericana de la Salud, Opinión técnica de la Organización Panamericana de la Salud/Organización Mundial de la Salud (OPS/OMS) respecto al contenido del Proyecto de Ley de Costa Rica sobre Fecundación in Vitro y Transferencia Embrionaria en el contexto del derecho humano a la salud (expediente de anexos al informe, tomo II, folio 835).

Proyecto que a nuestro análisis era viable y compatible con la regulación, tanto de los derechos de la vida y dignidad del embrión, y también los derechos de las parejas formar una familia biológica. Únicamente, podía existir un vacío legal, el cual consistía en determinar cuántos óvulos se debían de fecundar. Esto con la finalidad, de limitar los números de embriones implantados en la mujer, para que ésta no corra un riesgo de salud debido a la práctica de la técnica. En conclusión, se cree que el proyecto presentado por el Estado costarricense, únicamente necesitaba llenar algunos vacíos legales para poder regular la práctica de la Fecundación In Vitro en el país.

Es importante mencionar que el Estado costarricense continuamente, manifiesta a la Corte su preocupación por la práctica de la FIV en el país, estableciendo que “no solamente no soluciona los problemas de salud de las personas infértiles, principalmente de las mujeres, sino que aumenta los peligros para su salud...las mujeres pueden sufrir el síndrome de hiperestimulación ovárica, que en algunos casos puede provocar desbalance electrolítico, disfunción hepática y fenómenos tromboelíticos que puede ser fatales. Otras complicaciones incluyen sangrado, infección y torción anexial, que pueden poner en riesgo la vida de la madre”⁷⁸.

Igualmente, el Estado, también, declara su inquietud ante el procedimiento de la crioconservación de los embriones, debido a que para la adecuada conservación de ellos se necesitan incorporar químicos, la cual podría provocar toxicidad. Además, tanto la congelación como la descongelación podría alterar el material genético de los embriones y como

⁷⁸ Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De 6 de 28 de noviembre de 2012. Párrafo 128.

consecuencia se darían malformaciones o alteraciones. Y otro gran tema, que se debe tomar en cuenta es cuando los embriones son congelados y los padres se separan, ¿Qué sucede con ellos? o ¿Cuándo uno de los padres desea disponer de los embriones?

Se considera que las preocupaciones planteadas por el Estado son fundadas. Debido a que no existe una seguridad del cien por ciento, acerca de los efectos producidos a los embriones por la congelación o descongelación, igualmente existen estudios, donde se demuestra los posibles quebrantos de salud, tanto física como psicológica que se producen en las mujeres cuando se practican la técnica.

La Corte Interamericana para tomar una decisión en este caso, examina si existe una violación a los derechos a la vida privada, familiar, el derecho a la integridad personal que va de la mano con el derecho a la autonomía personal, igualmente el derecho a la salud sexual y reproductiva, el derecho a la no discriminación y en relación con todo lo anteriormente mencionado, el derecho a disfrutar del avance científico y tecnológico (artículos 5, 7, 11 17, 24 en relación con el 1.1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos). Por lo que, a continuación, se realizará un análisis de cada punto tomado en cuenta por la Corte en la sentencia.

La Comisión considera que tomar una decisión como la de tener hijos biológicos, se reflejan como el derecho que tiene una persona por formar una familia. Que va de la mano con la esfera privada de cada pareja, asimismo, dicha decisión ejerciendo su derecho a la autonomía, le da una identidad a la

persona.⁷⁹ Igualmente manifiesta que la decisión de utilizar técnicas como la Fecundación in Vitro viene a solucionar los problemas de las personas y que además tienen el derecho a disfrutar de ése como un avance científico generado.

Los representantes de las presuntas víctimas consideran que el Estado si está vulnerando sus derechos. Ya que al prohibir la FIV en el país, interfiere con la esfera privada de las personas, al no tener la opción de decidir si realizarse la técnica o no dentro del país, por ende, obligan a las personas en incurrir en gastos y viajar al extranjero.

Por otro lado, el Estado alegó que dentro del derecho a la libertad personal, no se contempla un derecho a procrear de una forma artificial como lo hace la Fecundación In Vitro. Y que el Estado no puede permitir un costo tan alto como violar los derechos a la vida y dignidad del embrión, por el hecho de que las personas quieran procrear por sus propios medios.

En relación con estas declaraciones, la Corte realiza varios análisis. Primero establece que el Estado debe de proteger a los individuos bajo cualquier tipo de arbitrariedad efectuada ya sea por terceros o por el mismo Estado. Ya que esto afecta la esfera de privacidad que tiene cada individuo, así como lo establece el artículo 11 de la Convención Americana.

Segundo, en relación con el artículo 7 de la misma Convención, el derecho que ahí se declara que es el de la libertad personal es un concepto muy amplio, por lo que se podría interpretar como un derecho por realizar todo lo que no está prohibido. La Corte lo define como: "...es un derecho humano

⁷⁹ Caso Artavia Murillo y Otros ("Fecundación In Vitro") Vs. Costa Rica. Resolución de la Corte Interamericana de

básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana”.⁸⁰ Y en correlación con estos derechos está el derecho a la vida privada que es tan importante como los otros anteriormente mencionados. Expresa que para ejercer plenamente este derecho se tiene que disponer de un desarrollo libre de la personalidad con autonomía. Dentro de los ejemplos que se pueden mencionar, acerca de cómo se puede ejercer ese derecho, es la decisión que puede tomar una persona de ser madre o padre biológicamente o no. Es decir, el derecho que tienen las parejas por formar una familia, consagrado en el artículo 17 de la Convención Americana. Dentro del derecho a la vida privada la Corte determina que existe un derecho a “...la autonomía reproductiva, y... el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho.”⁸¹

Y tercero, el Estado debe de velar por el buen funcionamiento de todos los servicios brindados, en este caso especialmente servicios de salud para que no se vea afectado el ámbito personal y la integridad de sus ciudadanos. Para sostener este punto la Corte cita a la Organización Panamericana de la Salud (OPS). Para la Organización “la salud sexual y reproductiva implica que “las personas puedan disfrutar de una vida sexual satisfactoria, segura y responsable, así como la capacidad para reproducirse y la libertad de decidir si se reproducen, cuándo y con qué frecuencia”.⁸² Además, el artículo 16 de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra

Derechos Humanos. De 6 de 28 de noviembre de 2012. Párrafo 137.

⁸⁰ *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, Párr. 52.

⁸¹ *Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica.* Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De 6 de 28 de noviembre de 2012. Párrafo 146.

la Mujer, establece que toda mujer tiene derecho a decidir libremente cuántos hijos quieran tener. Es por esto que la Corte considera que los derechos mencionados sí fueron violados por el Estado costarricense.

Se considera que el análisis de la Corte se encuentra parcialmente incorrecto. Esto debido a que el Estado en ningún momento estaba negando el derecho que tienen las parejas por formar una familia. En dichos artículos no se manifiesta el hecho de que los hijos sean biológicos o no, esta interpretación es una extensión realizada por la Corte, pero en ninguno de los artículos manifiesta esto. Igualmente, el Estado no es el que generó el hecho de que las parejas no puedan concebir naturalmente, incluso frente a la problemática lleva a cabo procedimientos para ayudar a las parejas a superar sus dificultades. Tomando en cuenta el principio de avance progresivo o sistema evolutivo de los derechos si el derecho de formar una familia fuera de tener hijos biológicos o no, igualmente el Estado está brindando el derecho de la práctica de Fecundación In Vitro, el problema estaría en ejercer el procedimiento de una forma que sea equitativa o aceptable para ambas posiciones. Es decir, determinar un número de embriones máximos por fecundar, que sean implantados en la mujer sin que se pierdan una cantidad enorme de embriones y sin que la mujer corra un riesgo de salud.

Con respecto de los efectos de la resolución de la Sala Constitucional, al decidir que era inconstitucional la FIV en la forma como se estaba ejerciendo, tanto la Comisión, los representantes de las supuestas víctimas y la Corte consideran que el Estado costarricense optó por una prohibición absoluta de la

⁸² Organización Panamericana de la Salud, Salud en las Américas 2007, Volumen I - Regional, Washington D.C, 2007, Pág. 151, citado en la declaración ante fedatario público del perito Paul Hunt.

Fecundación in Vitro. Esto debido a que las limitaciones o peticiones de la Sala para la práctica de la FIV eran absurdas. La Comisión alegó que “...en tanto la [FIV] constituye un medio para materializar una decisión protegida por la Convención Americana, la prohibición de acceder a la técnica constituye necesariamente una interferencia o restricción en el ejercicio de los derechos convencionales”⁸³.

El Estado sostiene por su parte, que la prohibición que realiza la Sala era para la técnica efectuada y regulada en el año 1995, por considerarla incompatible con la vida y dignidad del embrión. Pero que en el transcurso del tiempo la técnica se puede ir perfeccionando para no tener pérdida de embriones del todo.

La Corte observa que la sentencia determina una protección absoluta para la vida del embrión, y que a pesar de que la Sala condiciona el ejercicio de la FIV, muchos años después la técnica no ha llegado a tal perfección por lo que la técnica sigue prohibida en el país. Además, piensa que la resolución no es lo suficientemente clara para establecer si era prohibida o no en el país, igualmente, con la discusión interna realizada por sus mismos órganos jurisdiccionales como lo fue el Tribunal Superior de lo Contencioso. Incluso dicha prohibición interfiere en la esfera privada y familiar, ya que en esa época varias parejas se encontraban realizando las etapas previas al procedimiento, con lo que tuvieron que salir del país a realizarse el procedimiento. Manifiesta también que el hecho de que las presuntas víctimas pudieran o no lograr tener

⁸³ Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De 6 de 28 de noviembre de 2012. Párrafo 152.

hijos biológicos, no afecta el caso, ya que no es posible determinar si el objetivo se hubiera podido alcanzar.⁸⁴

Con respecto de este otro punto se cree que, tanto la Corte como el Estado tienen argumentos válidos. Debido a que es correcto reconocer el derecho a la vida del embrión, el hecho de condicionar una técnica a la perfección, se encuentra un poco fuera de los parámetros racionales de esta práctica, porque incluso se puede dar un aborto, luego de que se produjera un embarazo exitoso mediante la técnica. Asimismo, se concuerda con la Corte, al expresar que la resolución no es suficientemente clara en ciertos puntos, por lo que los mismo Tribunales nacionales tuvieron problemas en su interpretación.

En cuanto a la interpretación dada por la Sala Constitucional al artículo 4.1 de la Convención Americana, la Corte realiza un análisis de este artículo para fundamentar su decisión.

La Comisión interpreta que el artículo 4.1 de la Convención otorga una facultad al Estado de regular la protección de la vida desde el momento de la concepción, pero no necesariamente un mandato de otorgar dicha protección. Por lo que se deduce que no es un derecho absoluto en relación con las etapas prenatales de la vida.⁸⁵ Con esto establece igualmente que el Estado no se puede esquivar en la protección de un derecho para la justificación de la violación de otros derechos como lo son el derecho a una familia, integridad personal y la esfera privada de las parejas.

⁸⁴ Caso Artavia Murillo y Otros ("Fecundación In Vitro") Vs. Costa Rica. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De 6 de 28 de noviembre de 2012. Párrafo 161.

⁸⁵ Caso Artavia Murillo y Otros ("Fecundación In Vitro") Vs. Costa Rica. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De 6 de 28 de noviembre de 2012. Párrafo 163.

Los argumentos estatales más importantes en este punto se pueden resumir en dos, los cuales son: “no existe consenso en relación con el estatuto jurídico del embrión; y no existe consenso sobre el inicio de la vida humana, [por tanto] debe también otorgarse margen de apreciación sobre la regulación de la técnica” de la FIV.⁸⁶

El Estado alega que existen pruebas científicas sobre el hecho de que la vida inicia desde la concepción, y que este concepto engloba la fecundación, como un sinónimo de éste. Por lo que un embrión o cigoto en comparación a una persona adulta son lo mismo, solo que en distintas etapas de desarrollo, por lo que se les debe de respetar los derechos por igual. En conclusión, el Estado protegerá la vida desde sus etapas más tempranas de desarrollo, con lo que los términos de concepción y fecundación deben de entenderse como sinónimos, y que ese respeto por la vida desde la concepción se encuentra consagrado en los tratados internacionales de derechos humanos más importantes.

Para este punto, la Corte expresa que, en casos de desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales o muertes por negligencia estatal, sí se debe de considerar el derecho de la vida como fundamental y en consecuencia sin este derecho es imposible ejercer los demás derechos. Por lo que es la obligación de todos los Estados de proteger este derecho tan fundamental a todos los ciudadanos que se encuentren en su territorio.⁸⁷

⁸⁶ Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De 6 de 28 de noviembre de 2012. Párrafo 170.

⁸⁷ Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De 6 de 28 de noviembre de 2012. Párrafo 172.

Acerca de este razonamiento que realiza la Corte, se aprecia que sería un poco contradictorio establecer, que el derecho a la vida es un derecho tan fundamental que sin éste no se podrían ejercer los demás derechos, el problema en este planteamiento es que no toma en cuenta el derecho a la vida desde etapas tempranas de la persona. Se estima que existe una contradicción al establecer que es inviolable en el momento cuando se tiene capacidad para ejercerlo o manifestar la violación del derecho, pero no lo tiene si se encuentra en una etapa de vida tan temprana como para no poder ejercerlo.

Otro aspecto que toma en cuenta la Corte para fundamentar su resolución es los alcances de los artículos 1.2 y 4.1 de la Convención en relación con conceptos como lo son “persona”, “ser humano”, “concepción” y “en general”.

Para la Corte, con el ejercicio del FIV cambia la definición de concepción, debido a que puede pasar un tiempo prudencial entre la unión del óvulo y el espermatozoide y el proceso de implantación en la mujer. Por lo que el concepto utilizado para redactar la Convención en un inicio era distinto, ya que esta técnica no existía. Existen distintas teorías de cuándo se da la concepción, unos establecen que es el momento de encuentro entre el óvulo y el espermatozoide, otra establece que es cuando se implanta el óvulo ya fecundado en el útero de la mujer, por lo que con esta implantación el embrión se une al sistema de la mujer y logra un efectivo desarrollo.⁸⁸ El perito Monroy Cabra, perito requerido por el Estado costarricense manifiesta que la

⁸⁸ Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De 6 de 28 de noviembre de 2012. Párrafo 180.

concepción es “un término médico científico y que ha sido interpretado en el sentido de que se produce [con] la fusión entre óvulo y el espermatozoide”.⁸⁹

Igualmente, existen otros planteamientos acerca de cuándo el embrión puede ser apreciado ser humano. Entre los planteamientos que se manejan se pueden señalar por un lado la postura que indica que es estimado ser humano desde el momento cuando se da la fecundación. Otra que es a partir del instante cuando se implanta en el útero de la madre ya que es la única manera que el embrión sobreviva, debido a que por sí solo, no tiene la capacidad para realizarlo. Otra postura que manifiesta que es en el momento cuando el embrión desarrolla el sistema nervioso. Por lo que se puede observar que ninguna de las posturas coincide en sus teorías.

En esta misma línea, se desarrolla el concepto de preembrión, donde para algunos ni siquiera existe tal concepto como lo es para la perita Condíc la cual declara en la audiencia de este caso, ante la Corte Interamericana.

En cuanto a esta disyuntiva, la Corte declara que no existe una teoría unánime de cuando inicia la vida, pero que sí existen dos etapas en el desarrollo embrionario que son la fecundación y la implantación. El Tribunal manifiesta que “si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un “ser humano”, lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse, pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su

⁸⁹ Declaración del perito Monroy Cabra ante la Corte Interamericana durante la audiencia pública celebrada en el

desarrollo.”⁹⁰ Con base en eso la Corte expresa que el significado de concepción será entendido desde el momento en que el óvulo es implantado en el útero de la mujer, por lo que la protección del artículo 4 de la Convención no aplicaría en éste caso.

Se considera que el razonamiento realizado por la Corte es parcialmente correcto. Porque no analiza del todo las teorías muy bien fundamentadas para cada tema como lo es la fecundación, o en qué momento el embrión puede ser valorado ser humano. Únicamente, menciona cuáles existen y cuál es la correcta para el Tribunal, pero no se realiza un debido descarte, tanto científico como jurídico para cada teoría. Por lo que se reflexiona que existe un vacío jurídico en esta parte de la resolución al no llevar a cabo el debido análisis para fundamentar el porqué tomó esa definición como verdadera y válida para este caso en específico.

En relación con este tema, se puede mencionar el caso del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de Olivier Brustle contra Greenpeace. El caso hace referencia a una patente alemana otorgada al señor Olivier, la cual se refiere a “....células progenitoras, neuronales aisladas y depuradas, a su procedimiento de producción a partir de células madre embrionarias y a la utilización de las células progenitoras neuronales en la terapia de afecciones neurológicas”.⁹¹ Esto para tratar infinidad de enfermedades neurológicas, así como lo manifiesta el señor Brustle mediante el trasplante de células cerebrales

presente caso.

⁹⁰ Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De 6 de 28 de noviembre de 2012. Párrafo 186.

⁹¹ Conclusiones de Yves Bot Asunto C- 34/10 (10 /03/2011), en el Caso del Tribunal Europeo Brustle vs Greenpeace. Última revisión: 10 de marzo de 2013. Recuperado de:

<http://static.correofarmaceutico.com/docs/2011/03/conclusiones.pdf>. P.7,8

(células progenitoras inmaduras a partir de células madre embrionarias) al sistema nervioso.

Por dicha medida es que Greenpeace interpone una acción para solicitar que la patente del Señor Brustle sea anulada, debido a que dicha patente queda excluida dentro de los temas que regula la Ley de Patentes. En dicho caso se realiza una discusión similar a la realizada por la Corte Interamericana, definiendo cuál posición consideran correcta de cuando se está frente a un embrión humano. Se discute sobre éstas dos posiciones, donde la primera establece que se encuentra frente a embrión humano desde el momento cuando las dos células, tanto femenina como masculina se fusionan y forman otra nueva célula y la otra posición que es cuando el óvulo fecundado es implantado en el útero de la mujer.

En este caso, el abogado Yves Bot, elabora un informe número C-34/10, en donde realiza un estudio de qué etapa de la evolución del cuerpo humano tiene que tener la calificación jurídica de embrión.⁹² Inclusive el autor manifiesta que la limitación de este tipo de patentes se deben también a un valor ético (a favor del orden público y moral) respetando la dignidad humana (también porque el mismo ordenamiento fue creado de esta manera).

Con respecto de tema del comienzo de la vida Yves Bot declara que “...la ciencia contemporánea es capaz de proporcionar un fino conocimiento del proceso biológico que conduce de la concepción al nacimiento, pero que, al día

⁹² Conclusiones de Yves Bot Asunto C- 34/10 (10 /03/ 2011), en el Caso del Tribunal Europeo Brustle vs Greenpeace. Última revisión: 10 de marzo de 2013. Recuperado de: <http://static.correofarmaceutico.com/docs/2011/03/conclusiones.pdf>. P.16.

de hoy, es incapaz de decirnos a partir de qué momento empieza verdaderamente la persona humana”.⁹³

Dicho autor, también, declara que en la ciencia actual, reconoce la concepción inicia por unas cuantas células y que éstas tienen la capacidad de convertirse en un ser humano completo. Ante dicha afirmación se puede manifestar que desde el momento cuando se unen los dos gametos, tanto el femenino como el masculino existe vida, y se tiene la capacidad convertirse en un ser humano. También, plantea el señor Yves Bot que dichas células se denominan Totipotenciales, las cuales constituyen la primera etapa del desarrollo humano, por consiguiente, se debe de proteger y calificar jurídicamente como embrión. Igualmente, el mismo autor expresa que no es pertinente determinar si es antes o después de la implantación en el útero, que se debe de calificar como embrión, esto a razón de que no debería existir diferencia entre las etapas anteriores o posteriores a la implantación, porque todas tienen la posibilidad de llegar concluir el embarazo exitosamente o no, que podría depender el azar. Asimismo, concluye que dicho razonamiento sería aplicable inclusive para la técnica de Fecundación In Vitro.

“Debido a la definición que de este modo se proporciona, consideramos, por otra parte, que cada vez que estemos en presencia de células

⁹³ Conclusiones de Yves Bot Asunto C- 34/10 (10 2011, en el Caso del Tribunal Europeo *Brustle vs Greenpeace*.
Última revisión: 10 de marzo de 2013. Recuperado de:
<http://static.correofarmaceutico.com/docs/2011/03/conclusiones.pdf>. P.17.

totipotenciales, sea cual fuere el medio por el que se hubiesen obtenido, estaremos ante un embrión...”⁹⁴.

El mencionado autor concluye que todas las etapas que tiene el desarrollo del ser humano, tanto las células totipotenciales, como las pluripotenciales o el producto de ellas que son el blastocisto, todo este desarrollo debe de ser calificado jurídicamente como embrión, por lo que como consecuencia a esto igualmente debe de ser protegido normativamente. Ya que todas esas etapas de desarrollo humano, son fases previas para la creación de una persona por lo que, igualmente, tiene que ser protegidas por el Estado.

Asimismo, con respecto de tema de la dignidad humana, el señor Yves Bot declara que si el principio de dignidad humana es aplicado a un persona nacida, debería extenderse dicho principio a las etapas previas a dicho desarrollo, el de la fecundación.⁹⁵

Ante dicho análisis esta investigación concuerda con el razonamiento planteado, dado que cualquier embarazo tiene posibilidades de tener éxito o no y desde el momento cuando se unen los gametos y se producen células nuevas, se crea la vida y tiene potencialidad para la creación de un ser humano, por lo que se debe de conceder el derecho, tanto a la vida como a la dignidad al embrión.

⁹⁴ Conclusiones de Yves Bot Asunto C- 34/10 del 10 /03/ 2011, en el Caso del Tribunal Europeo Brustle vs Greenpeace. Última revisión: 10 de marzo de 2013. Recuperado de: <http://static.correofarmaceutico.com/docs/2011/03/conclusiones.pdf>. P.18.

⁹⁵ Conclusiones de Yves Bot Asunto C- 34/10 del 10 /03/2011, en el Caso del Tribunal Europeo Brustle vs Greenpeace. Última revisión: 10 de marzo de 2013. Recuperado de: <http://static.correofarmaceutico.com/docs/2011/03/conclusiones.pdf>. P.20.

Por la misma línea se desarrolla la argumentación de la expresión “en general” que se encuentra citada en el artículo 4 de la Convención Americana, a la cual, según la Corte Interamericana se permiten excepciones a la regla. Para esto la Corte realiza un estudio acerca de los textos preliminares de la Convención Americana, para la creación de ésta. Varios países solicitaron que se excluyera la palabra “en general” (uno de ellos fue Ecuador). La mayoría fundamentó dicha decisión porque en muchos sistemas penales existía la pena de muerte, por lo que querían que la Convención se ajustara a esos países. Al final por una mayoría se adoptó por el texto preliminar sometido por la Comisión Interamericana, en donde incluía la frase “en general”, y que sigue vigente hasta la fecha.

Es importante destacar que México realizó una declaración interpretativa para dicho artículo “con respecto del párrafo 1 del Artículo 4, considera que la expresión ‘en general’ [...] no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida `a partir del momento de la concepción ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados”.⁹⁶

Al respecto se considera que la interpretación realizada por la Corte se encuentra ampliada. En razón de que la mayoría de países que deseaba efectuar la exclusión de la frase “en general”, era por temas referentes a las penas de muertes, pero no como lo es en el caso de la vida de los embriones que se crean con la práctica de la FIV. Ya que como la misma Corte manifestó para esa época dicha técnica no existía. Por lo que utilizar este tipo de

⁹⁶ Declaración Interpretativa de México. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/convratif.asp> (28 /11/2012).

deducción para fundamentar la excepción al derecho a la vida, en este caso, se cree como erróneo.

Asimismo, la Corte realiza el mismo ejercicio de utilizar los trabajos preparatorios para la creación de la Convención, para definir los términos de persona y de ser humano. Con lo que concluye que en ningún momento se realizó una aclaración de que el concepto para “persona” y “ser humano” sean distintos, por lo que se deben de interpretar como sinónimos.

Ante dicha interpretación realizada por la Corte Interamericana, del artículo 4 de la Convención Americana no existe una protección para el embrión fuera del útero de la mujer e, igualmente, no tiene un estatus de persona. Sino que ese derecho se da a partir de la implantación del embrión en el útero de la mujer, y que los derechos de este embrión implantado van a ser ejercidos por la madre. Adicionando, también, que esta concepción se encuentra reflejada no solo en la Convención Americana, sino también en las demás normativas internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incluso mencionan que la Convención sobre los Derechos de los Niños en los trabajos preparatorios no tuvo la intención de hacer referencia a los derechos del no nacido, por lo que se deduce que no tuvo la intención de proteger la vida prenatal.

Se reflexiona que, así como la Corte menciona la interpretación evolutiva como fundamento de su decisión en relación con el artículo 29 de la Convención Americana. Se debería realizar una interpretación evolutiva a los conceptos de “persona” y “ser humano”, en razón de que mucha de la

normativa internacional citada, tiene ya muchos años y muy posiblemente no se pensó en la creación de derechos para etapas prenatales. Por lo que se considera que podrían existir diversas teorías acerca de qué tan amplios o restrictivos podrían ser estos conceptos, en donde la Corte no considera que sea posible que exista un vacío normativo o una interpretación errónea por la misma. En conclusión, se cree que no realiza dicha interpretación, debido a que no podría fundamentar su decisión de la forma como lo desea.

Se puede observar que la única interpretación evolutiva que realiza la Corte es de que, la técnica de Fecundación In Vitro para la creación de la Convención Americana no existía, por lo que se tiene que interpretar que el derecho a formar una familia puede ser biológico (por cualquier medio) o no (adopción).

Con lo que se puede deducir que existe una inconsistencia en los argumentos que sostiene la Corte. Por último, no es un argumento válido establecer que en Costa Rica se debe de aceptar la práctica de la FIV, a razón de que es el único país en la región que lo prohíbe. Esto porque no todos los ordenamientos jurídicos son iguales y además, cada país tiene su autonomía para determinar qué tipo de normas quiere implementar.

Es importante recalcar que la misma Corte manifiesta que en la mayoría de esos países no tiene una regulación específica sobre la FIV, por lo que se puede interpretar que en muchos de estos países no existe una práctica diligente de la técnica.

Como uno de los puntos finales por analizar por parte de la Corte, es si la medida tomada por la Sala fue proporcional o no. Con respecto de este

punto la Comisión determina que de acuerdo en a la práctica de la técnica de la FIV existe un riesgo de pérdida de embriones, pero que puede ser comparable con las pérdidas naturales.⁹⁷ Por lo que concluye la Comisión que el Estado costarricense debió de buscar medidas menos restrictivas, que prohibir la Fecundación In Vitro, como por ejemplo, implementar una regulación que sea equivalente o equiparable, a las pérdidas embrionarias que suceden de forma natural.

La Corte determinó que un derecho puede ser limitado por un país, mientras que sus decisiones no sean abusivas o arbitrarias y éstas deben de tener un fin legítimo. Cumpliendo los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.⁹⁸ Igualmente, considera que la decisión de la Sala modificó, muchos de los aspectos personales de las parejas al tener que trasladarse al extranjero para realizarse la técnica. Además, afecta también en un ámbito económico, debido a que las parejas deben desembolsar grandes sumas de dinero para recurrir a la técnica, esto porque generalmente la FIV suele ser el último recurso al que suelen recurrir las parejas para poder procrear.

Igualmente, el Tribunal determina que la medida tomada por la Sala Constitucional, afectó de una manera psicológica a las parejas. Pero no de una forma equitativa, sino que en más medida a las mujeres, esto debido a la carga social que tiene el país.

Se analiza el tema de la discriminación, debido a que la Corte toma como cierta la teoría de que la infertilidad es una enfermedad, basándose en la

⁹⁷ Caso Artavia Murillo y Otros ("Fecundación In Vitro") Vs. Costa Rica. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De 6 de 28 de noviembre de 2012. Párrafo 265.

definición que da la Organización Mundial por la Salud (OMS). Dicha definición manifiesta que la infertilidad es una enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas.⁹⁹ Por eso concluye que los Estados deben de proteger a las personas que tienen algún tipo de vulnerabilidad y necesitan de una protección especial. Difiriendo a la posición el perito Caruso cree que la infertilidad entra como discapacidad dependiendo de muchas situaciones.

“...la Corte considera que la infertilidad es una limitación funcional reconocida como una enfermedad y que las personas con infertilidad en Costa Rica, al enfrentar las barreras generadas por la decisión de la Sala Constitucional, debían considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, que incluyen el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva. Dicha condición demanda una atención especial para que se desarrolle la autonomía reproductiva.”¹⁰⁰ Por todos estos puntos expresados, la Corte estima que existen tratos discriminatorios y que deben de ser suprimidos, ya que son incompatibles con los derechos humanos.

Por último, la Corte enuncia que existe una gran controversia sobre la pérdida embrionaria en la práctica de la técnica. En primer lugar está la posición del Estado costarricense donde alega que la pérdida de embriones al

⁹⁸ Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De 6 de 28 de noviembre de 2012. Párrafo 273.

⁹⁹ Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De 6 de 28 de noviembre de 2012. Párrafo 288.

¹⁰⁰ Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De 6 de 28 de noviembre de 2012. Párrafo 293.

practicar la FIV es exagerada, por lo que es contraria al derecho a la vida. Algunos peritos se manifestaron acerca del tema, como por ejemplo, la perita Garza manifiesta que “la mortalidad de los embriones es de alrededor de 30% en circunstancias naturales y para la FIV se estima que la pérdida embrionaria es de alrededor de 90%”.¹⁰¹ Igualmente el perito Caruso expresa que “la tasa de pérdida es mucho más alta” en la FIV que “en la concepción natural”.¹⁰²

A pesar de estas observaciones realizadas por expertos, la Corte determina que esos son aspectos científicos de los que no puede pronunciarse. Pero sí considera que los lineamientos de Costa Rica al proteger el derecho a la vida del embrión, de una forma absoluta es imposible y no se logra debido a que se pierden embriones de forma natural. Asimismo, la práctica de la inseminación artificial tampoco garantiza un embarazo seguro.

Es por todo el análisis realizado anteriormente que la Corte determina que sí son violados los artículos 5.1, 7, 11.2, y 17.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana.

Analizando los últimos puntos de la resolución de la Corte, se estima que sobre el tema de la discriminación, existen otras teoría, ya antes desarrolladas por esta investigación que determinan que la infertilidad también puede ser vista como una enfermedad en su mayoría sicológica, por el impacto que causa en a las mujeres en su mayoría. Por lo que la Corte no aprecia que existan otras definiciones para la infertilidad, igualmente las acciones de la prohibición no viene a reflejarse ante un grupo específico de personas.

¹⁰¹ Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De 6 de 28 de noviembre de 2012. Párrafo 308.

¹⁰² Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De 6 de 28 de noviembre de 2012. Párrafo 308.

La prohibición es para todas las personas que vivan en el territorio nacional, con lo que también se puede sostener que la prohibición venía a tener un objetivo racional y proporcional. La cual consistía en detener las pérdidas embrionarias en una práctica como es la FIV, en donde dichas pérdidas se producen de una forma artificial y no natural. Se puede razonar que es imposible que el Estado evite las pérdidas embrionarias que se producen naturalmente, porque de esta forma si se consideraría una interferencia al derecho a formar una familia, y la autonomía personal, y así la medida si sería desproporcional.

Otro punto en donde la Corte decidió prácticamente no referirse al tema, es sobre la pérdida embrionaria de forma artificial, que era el punto central de las alegaciones del Estado costarricense. Para este supuesto, ningún perito podría negar que la cantidad de pérdidas embrionarias supere en una gran medida a las pérdidas de forma natural. Pero la Corte logra esquivar pronunciarse sobre el tema, ya que declara que no es la autorizada para discutir sobre los temas científicos. Únicamente, manifiesta que igualmente se dan pérdidas artificiales y naturales, por lo que el objetivo de Costa Rica, por proteger el derecho a la vida y dignidad del embrión, no se logra completar. Sobre dicho razonamiento se difiere rotundamente, debido a que si un Tribunal solicita que algunos peritos rindan una declaración en una audiencia sobre un tema determinado, es para expandir los conocimientos. Además, se debe de tomar en cuenta el criterio profesional, sobre el tema que se está evaluando e incluirlo para tomar una decisión bien fundamentada acerca del caso, utilizando criterios de la sana crítica, bien conocidos por un Tribunal.

De la misma forma es contradictoria la decisión de la Corte, al decidir, cual teoría era correcta, ante la disyuntiva de cuando inicia la vida. El Tribunal formula un juicio que no era meramente jurídico, decidiendo cuál teoría el Tribunal consideraba que era la correcta, por lo que existe una inconsistencia en dicho fundamento. Igualmente, la Corte no es la autorizada a determinar cuál teoría es la correcta, ya que excede su ámbito de conocimiento debido a que su razonamiento debía de ser jurídico y prácticamente en toda la resolución no se ven razonamientos de este tipo, únicamente se observan razonamientos éticos, científicos o morales.

Por último, ante una eminente imposición de la implementación de la técnica de Fecundación in Vitro en el país, esto debido a la sentencia que anteriormente fue explicada, se cree que la mejor opción para ejercer la técnica en el país es la manifestada por la Comisión. Donde se estima, que Costa Rica debe de regular de una forma, en que la pérdida de embriones sea equiparable con la pérdida de embriones perdidos naturalmente. Así el Estado costarricense podrá seguir sosteniendo una posición de velar por el derecho de la vida y dignidad del embrión.

A pesar de la decisión tomada por la Corte Interamericana existe un voto disidente por parte de uno de los jueces, el cual se aprecia que fundamenta su decisión apegada a un análisis plenamente jurídico y a la luz del Derecho, no como lo realiza la Corte con enfoques fuera de un ámbito jurídico. Por esto se cree de vital importancia referirse a este voto e igualmente analizarlo.

3.1 Voto Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi.

Incluso ante la decisión tomada por la Corte Interamericana no hubo consenso acerca de los argumentos planteados por la misma, es por eso que el Juez Vio Grossi efectúa un análisis plenamente jurídico donde manifiesta que la decisión tomada por la Corte es errada. El mismo Juez expresa que la Corte no realizó un análisis jurídico al caso en particular.

El Juez Vio Grossi toma su decisión analizando la situación desde dos puntos de razonamiento “El primero se refiere precisamente al análisis de dicha disposición, por estimar que es su violación la que en definitiva y preferentemente se alega en autos. Y el segundo dice relación con la inflexión jurisprudencial experimentada por la Sentencia en cuanto a la interpretación de ese artículo.”¹⁰³ (Artículo 4.1 de la Convención Americana).

El autor expresa que la Corte Interamericana fundamentó la sentencia en determinar si existió la violación de los derechos de las víctimas, por parte del Estado costarricense al emitir la resolución de la Sala Constitucional. Todo lo anterior en relación con los derechos de integridad personal y la vida privada y familiar. La Corte efectúa el análisis de dicha forma para eliminar cualquier tipo de controversia causada.

El juez plantea que la Comisión Interamericana y uno de los representantes de las víctimas estiman que la violación se comete a los artículos 11.2, 17.2, 24 en relación con el 1.1 de la Convención. Pero que de la misma forma el otro representante de las víctimas alega el artículo 4.1, 5.1, y 7 de la Convención. (Artículos expuestos anteriormente en el análisis de la

¹⁰³ Voto disidente del Juez Vio Grossi. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Pág. 2.

sentencia de la Corte). Por lo que manifiesta el autor, que si lo que se pretende es establecer si la resolución planteada por el país es legítima o no, se debe de primero, enfrentar la obligación internacional tomada por parte del Estado contra el argumento tomado por el mismo para justificar su decisión. Es decir, tomar en consideración en un primer lugar la posible violación del artículo 4.1 de la Convención, y luego de realizar dicho análisis tomar en cuenta si existió la violación de los otros derechos mencionados. Por lo que para el autor “resultaba más lo lógico que la Sentencia en comento hubiese entendido y tratado el presente caso fundamentalmente como una posible violación del señalado artículo 4.1 y no como lo hace.”¹⁰⁴

Asimismo, al plantear la Corte el análisis del caso de la forma como lo hizo (no tomar como base el artículo 4 de la Convención Americana), se dejaría en un segundo plano el derecho de la vida, en relación con los demás derechos planteados, y de esta forma se le da una mayor importancia a estos últimos.

Para Eduardo Vio Grossi, es necesario iniciar el debido análisis jurídico del caso en concreto, a la luz del artículo 4 de la Convención¹⁰⁵. Y así determinar si el Estado costarricense incurrió en la violación del artículo mencionado, ejecutando la resolución de la Sala Constitucional.

También, el juez manifiesta que para realizar el examen del artículo mencionado, se debe de tomar en consideración tres aspectos importantes los cuales son: el titular del derecho, la protección del derecho y la privación

¹⁰⁴ Voto disidente del Juez Vio Grossi. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Pág. 4.

¹⁰⁵ Artículo 4.1 de la Convención: *“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.”*

arbitraria de éste¹⁰⁶. Y para dicho análisis es necesario analizarlos a la luz de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante, Convención de Viena), los cuales manifiestan que las interpretaciones en general de los Tratados se deben de realizar por medio de la buena fe, tomar en cuenta el objeto y el fin e interpretar las normas mediante la voluntad establecida por los Estados partes.

En primer lugar, con respecto del aspecto del titular del derecho, que se expresa en el artículo 4.1 de la Convención, el cual tiene como objeto y fin, que se respete la vida del reconocido, esto debido a que se redactó de dicho forma para que los Estados partes de la Convención así lo garanticen, por lo que se puede observar que explícitamente así lo reconoce. Igualmente, el mencionado artículo, también manifiesta quién es el titular del derecho, el cual sería “toda persona”, por lo que se puede observar que los redactores no realizaron ninguna distinción como titular del derecho. De tal forma el juez concluye que, la redacción elegida en la Convención Americana compromete a todos los Estados miembros a respetar este derecho plenamente sin excepción, para todas las personas que se encuentren dentro de su territorio y jurisdicción.

Además, el mismo juez determina que el “*sentido especial*” de la interpretación de los tratados, contenida en el artículo 31.4 de la Convención de Viena, para la interpretación del término “*persona*” hay que atenerse a lo previsto en el artículo 1.2 de la Convención...”¹⁰⁷, y dicho artículo expresa que toda persona se tiene que entender como ser humano. Por lo que en síntesis,

¹⁰⁶ Voto disidente del Juez Vio Grossi. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Pág. 6.

¹⁰⁷ Voto disidente del Juez Vio Grossi. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Pág. 7.

el artículo establece que se debe de respetar el derecho a la vida a toda persona o ser humano, sin discriminación alguna, y que esta obligación es adquirida por el Estado partidario de la Convención.

Concluido el análisis del primer punto planteado por el autor, se piensa que dicho planteamiento es correcto. Esto debido a que se considera que la Corte no le dio la importancia que debía de darle al derecho a la vida plasmado en el artículo 4.1 de la Convención, y se tenía que analizar a profundidad si los razonamientos realizados por el Estado costarricense eran válidos, para limitar los demás derechos que se plantean, y por el contrario no lo hizo. Porque estimó que los derecho de los artículos 5, 7, 11, 17 y 24 tienen mayor peso, que el mismo derecho a la vida. Es de importancia mencionar que la Corte ha manifestado en muchos otros casos (más de 12 casos) que se debe velar por que las personas tengan un disfrute pleno del derecho a la vida, a razón de que es la única forma de poder ejercer los demás derechos. Con esta expresión la misma Corte se contradice, ya que interpreta el mismo artículo de distintas formas, dependiendo del caso en concreto.

En un segundo punto el Juez estudia el alcance que tiene la frase plasmada en el artículo, de que este derecho a la vida debe de ser protegido mediante una ley. Por lo que el Estado se tiene que comprometer a dictar todas las leyes que sean necesarias para la debida protección del derecho a la vida. Y dentro de esta concepción de protección legal, se puede entender que el Estado puede regularla mediante cualquier decisión normativa, constitucional, reglamentaria, es decir, se debe de entender como una concepción amplia. Desde el año 1949 el Estado costarricense regula el derecho a la vida en el artículo 21 de la Constitución Política, considerándolo como inviolable. Dicho

artículo fue la base utilizada por parte de la Sala Constitucional para establecer que el Decreto Ejecutivo 24029-S era inconstitucional, igualmente, tomó como fundamento el artículo 4.1 de la Convención Americana.

En relación con el punto mencionado anteriormente, se piensa que el análisis realizado por el señor Eduardo, es válido, todo que para la protección de un derecho tan importante como es la vida, se debe de tomar la expresión “ley” en una forma amplia, y es por esto que Costa Rica protege el derecho mediante una decisión emitida por la Sala Constitucional y no mediante una ley, la cual debe de ser válida igualmente, debido al peso constitucional que tiene el derecho.

Otro análisis que realiza el autor es acerca de la frase “en general”, que también, fue cuestionado por parte de la Corte Interamericana y que, además, fue discutido en dicha investigación en su momento. El juez manifiesta que las palabras “en general” tanto en el momento de la redacción de la Convención como ahora sigue teniendo el mismo significado, y que puede ser entendido como usualmente o en común, por lo que se debe de interpretar como una frase inclusiva y no como de excepción como lo plantea la Corte.

Con respecto del examen realizado por el juez Vio Grossi, es reconocido por esta investigación como un planteamiento válido, esto a razón de que si se busca la palabra en cualquier diccionario, de 1969 o uno de la actualidad la palabra en “general” no ha cambiado su definición, además en los trabajos preparatorios no se realizaron salvamentos o algún tipo de declaración para que la palabra tuviera un significado particular.

Con respecto del análisis efectuado por la Corte, acerca de la frase en discordia, ésta manifiesta que en el momento de redacción de la Convención, se produce una discusión, por un lado se encontraban los Estados que estaban de acuerdo con la redacción actual de la Convención y por el otro, los que manifestaban la disconformidad con la frase “en general”, ya que requerían que situaciones como el aborto regulado en varios sistemas jurídicos no colisionaran con la redacción que se estaba proponiendo. Al final, gana la redacción actual de la Convención con un voto de mayoría, con lo que se puede concluir que la voluntad de los legisladores era, la protección absoluta del derecho a la vida, sin ningún tipo de excepción.

El autor culmina determinando que “dicha frase fue establecida para permitir que la protección que por ley se debe dar al derecho de *“toda persona... a que se respete su vida” “a partir de la concepción”*, lo sea también para el no nacido aún. En otras palabras, esa protección debe ser *“común”* para el nacido y el que no es aún, consecuentemente, no procede hacer distinción, en este aspecto, entre ellos, *“aunque sean de naturaleza diferente”*, dado que *“constituyen un todo”*, en ambos hay vida humana, hay un ser humano, una persona.”¹⁰⁸ Es decir, los redactores de la Convención no dejaron ningún tipo de margen de interpretación distinto del que se está realizando.

Por otro lado, con respecto de la discusión sostenida por la Corte Interamericana sobre la definición de “concepción” el juez declara que “...al suscribirse la Convención, no se determinó lo que debía entenderse por *“concepción”* y que tampoco se ha hecho después... la Convención tampoco le

¹⁰⁸ Voto disidente del Juez Vio Grossi. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Pág. 9, 10.

concedió a esa palabra “*un sentido especial*”... La regla aplicable en la especie es, sin duda la del “*sentido corriente*” de dicho término y particularmente al existente al momento de la suscripción de la Convención en 1969”¹⁰⁹.

Con respecto del aspecto anterior, se considera correcta la deducción realizada por el jurista. A razón de que, para el periodo de redacción de la Convención se tenía un concepto específico de “concepción”, y ese era el concepto que se quería proteger, no una situación que va cambiando con el tiempo y además es importante recalcar que no existe un consenso sobre cuando se da la “concepción” y cuando la “fecundación”, por lo que si se va al “espíritu” de la norma jurídicamente hablando, se debe de apegar a la normativa previamente establecida, la cual es la protección al bien jurídico tutelado (la vida). Y si la Corte determina necesario, otro tipo de regulación o definición de ciertos conceptos para ajustarlos a la actualidad deberá pedir la debida reforma de la Convención Americana.

“En síntesis, para la Convención, la vida de una persona existe desde el momento en que ella es concebida o, lo que es lo mismo, que se es “*persona*” o “*ser humano*” desde el “*momento de la concepción*”, lo que ocurre con la fecundación del óvulo por el espermatozoide. A partir de esto último se tiene, entonces, según aquella, el “*derecho... a que se respete (la) vida*” de “*toda persona*” y, consecuentemente, existe la obligación de que se proteja ese derecho.”¹¹⁰

¹⁰⁹ Voto disidente del Juez Vio Grossi. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Pág. 10.

¹¹⁰ Voto disidente del Juez Vio Grossi. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Pág. 12.

Por último, el Juez Vio Grossi realiza un análisis de la sentencia dictada por la Corte Interamericana, relacionándolo con la jurisprudencia emitida por la misma, que puede ser aplicada para el caso concreto.

Primero manifiesta, que la Corte ha tenido una marcada decisión con respecto al derecho a la vida. Como ella misma lo declaró en el caso de los “niños de la calle” (Villagrán Morales y Otros) de 1999, en su párrafo 144 *“El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo”*¹¹¹. Como se puede observar determina que el derecho a la vida es importante y que con éste es que se da el disfrute de los demás, como consecuencia a esto los Estados deben de comprometerse y brindar toda la protección posible ante situaciones que puedan violentar dicho derecho, aplicando el principio pro homine. Incluso la Corte realiza otras afirmaciones relevantes para la protección del derecho a la vida, como por ejemplo, en el Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú en el párrafo 292 estima al no nacido como un “hijo”, también en el Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri .Vs. Perú en el párrafo 67 manifiesta que el no nacido es un “bebé”. Por lo que se puede deducir que la Corte brindaba una protección del derecho a la vida de una manera anticipada, es decir, desde su concepción.

Con el fallo emitido por parte de la Corte Interamericana sobre el Caso Artavia Murillo y Otros contra Costa Rica, se puede observar un cambio radical

¹¹¹ Caso de los “Niños de la Calle (Villagrán Morales y Otros), Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C N° 63, Párr. 144.

sobre su jurisprudencia, debido a que pondera los derechos privados familiares y reproductivos, sobre el derecho a la vida, como anteriormente se analizó. Igualmente, el juez considera que los argumentos planteados por la Corte, acerca de que las únicas situaciones donde se debe de velar por el respeto a la vida son las ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y muertes consecuentes a las acciones estatales son erróneos. Debido a que si se toman como ciertos estos argumentos el derecho a la vida sería limitado de tal forma que sería aplicado únicamente para éste tipo de casos, violando el artículo 4.1 de la Convención Americana (analizado anteriormente).

Asimismo, el Juez Grossi manifiesta, también, que la Corte se equivoca en el análisis planteado sobre la interpretación sistémica e histórica y a la interpretación evolutiva del artículo 4.1 de la Convención y cómo este artículo no debe ser aplicado para el caso en concreto (Caso Artavia Murillo y Otros). Se fundamenta en que los análisis que realiza la Corte sobre este tema no pueden excederse de los alcances que puede tener la misma Corte, es decir, no puede referirse a situaciones médicas actuales o avances científicos no probados para efectuar las deducciones e interpretaciones de las normas, a menos que los textos preparatorios o la misma norma determine que se debe de observar las posturas médicas actuales, por lo que manifiesta también "...es válida en la medida en que haya sido incorporada en el Derecho o éste se remita o reenvíe a ella, lo que, empero, no acontece en el presente caso."¹¹²

También, al igual que se hizo anteriormente en esta investigación el juez critica la forma como la Corte determinó cuál teoría sobre el inicio de la vida era

¹¹² Voto disidente del Juez Vio Grossi. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Pág. 17.

la correcta. Expresa que la Corte no tuvo la diligencia de realizar un adecuado estudio y descarte de las teorías expuestas “...como la misma Sentencia lo reconoce, se inclina... por una, la de que la concepción se produce al momento en que el embrión se implanta en el útero de la mujer, sin analizar los argumentos de las otras y...de aquella que considera que “[l]a vida humana inicia en la fusión espermatozoide-óvulo..., descartándola sin más.”¹¹³

Acerca de las definiciones de “concepción”, “persona”, “ser humano” y en “general”, la Corte en la sentencia principal determinó que dichos conceptos habían cambiado con el transcurso del tiempo, pero al igual que el Juez Vio Grossi se considera que los cambios de los conceptos pueden darse en un plano médico o científico, pero jurídicamente o a la luz de lo expresado por la Convención se siguen protegiendo los mismos derechos, la visión de los redactores de la Convención no ha cambiado. Con esto se puede establecer que la Corte excede sus límites al ir más allá de los temas jurídicos que son los que debe de analizar.

También, el Juez Vio Grossi argumenta que la Corte utiliza la Convención de Viena para interpretar de forma sistemática e histórica la sentencia, con respecto de este tema expresa que la aplicación de la Convención anteriormente mencionada es equivocada, ya que dicho Convención contiene normas de interpretación general, por lo que no es compatible con la Convención Americana debido a que son normas específicas y tiene su forma determinada de interpretación, y se les reconoció por parte de los redactores de la Convención Americana un sentido especial por el tema a

¹¹³ Voto disidente del Juez Vio Grossi. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Pág. 18.

regular. También, prevalece el principio de que prevalece la regla especial sobre la general, por lo que la Convención de Viena no es aplicable para estos casos, a no ser que exista un vacío legal de interpretación, pero no es la situación.

En la misma dirección se critica las comparaciones realizadas por parte de la Corte Interamericana, a otras normativas internacionales o sistemas como el europeo o el africano externos a la Convención Americana, debido a que “...tales acuerdos e instrumentos no revisten las características para ser considerados como instrumentos o acuerdos celebrados con ocasión o en relación con la Convención y, por ende, que puedan ser tenidos en cuenta para la interpretación de ésta.”¹¹⁴ Se puede interpretar que ninguna de estas regulaciones vendría a ser aplicables a los casos que conoce la Corte, es decir, no sería un precedente relevante para tomarlo en cuenta en una resolución. Incluso por la razón de que todos los sistemas jurídicos se regulan de maneras distintas, tanto interna como internacionalmente, y dicha normativa no debe ser aplicable a los Estados parte de la Convención Americana, porque no es reconocido por estos.

Se reprocha, también, que la Corte declara que el derecho del no nacido será ejercido por medio de la mujer embarazada, excediendo nuevamente su ámbito de interpretación legal, porque si la intención de los redactores de la Convención fuera ésa, hubiera quedado plasmado en la misma o por lo menos en los escritos preparatorios de la Convención, pero no es así, por lo que la interpretación es inválida. El juez Eduardo V. Grossi concluye que “...el artículo

¹¹⁴ Voto disidente del Juez Vio Grossi. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Pág. 21.

4.1 de la Convención, tal como está redactado, es suficiente para proteger a la mujer embarazada y, consecuentemente, al no nacido, protección que asimismo se expresa en lo prescrito en el artículo 4.5 de la Convención, atinente a la prohibición de aplicar la pena de muerte a las mujeres en estado de gravidez”¹¹⁵

Igualmente, se reprocha el argumento formulado por la Corte donde plantea que la mayoría de los Estados parte del sistema interamericano, ya han regulado las técnicas de FIV, y que por deducción se debe entender que los países interpretaron que la Convención no prohibía la FIV. Dicho argumento se encuentra errado, dado que únicamente 11 de 24 Estados partes practican la FIV, y tienen sus distintas regulaciones, además muchos de ellos prohíben algunos procedimientos por implicaciones internas de los Estados (criopreservación, donación, experimentación entre otros), y donde dichos argumentos son equiparables a los planteados por la Sala Constitucional costarricense, con lo que se puede observar una gran inconsistencia ante las afirmaciones emitidas por la Corte. Es de relevancia expresar que en la mayoría de esos países que practican la FIV, no han declarado haber realizado una interpretación a la Convención Americana para ejecutarla.

Asimismo, se refuta que la Corte evade realizar una ponderación o balance entre los derechos, debido a que ni tan siquiera se toma en cuenta el derecho establecido en el artículo 4.1 de la Convención.

Debido a todo el análisis realizado por el Juez Eduardo Vio Grossi se considera que el Estado costarricense, debería de regular de la forma que

¹¹⁵ Voto disidente del Juez Vio Grossi. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Pág. 23.

mejor crea las técnicas de Fecundación In Vitro, incluyendo los parámetros que considere pertinentes para el respeto a la vida, así como se encuentra plasmado en la normativa, tanto interna como internacional. Dicho voto fortalece las críticas realizadas en dicha investigación, ante una insostenible resolución emitida por parte de la Corte Interamericana.

Se concluye en dicha investigación que con todos los análisis anteriormente estudiados, la Corte Interamericana emitió una resolución fundada en criterios políticos, éticos o científicos, pero en casi ninguno de los argumentos dados por ésta para fundamentar su decisión tomó argumentos jurídicos, los cuales son para criterio de esta investigación los correctos para analizar el caso en concreto. Igualmente, se reconoce que la Corte excede los parámetros para emitir la resolución, ya que ella misma decide cuáles teorías científicas son las correctas, a sabiendas que no son los recomendados para realizar este tipo de decisión, asimismo, no se da un debido descarte de las teorías brindadas, solamente se desarrollan las que utilizan para su sentencia. La Corte, también, desprotege en gran medida el derecho a la vida del embrión y la dignidad del mismo, al ni tan siquiera tomarlo en cuenta para tomar una decisión, en donde ella misma descarta el artículo 4.1 de la Convención por ser según ella aplicable para el caso de FIV.

Por otro lado, se realiza la salvedad del voto disidente emitido por el juez Eduardo Vio Grossi, quien efectúa un verdadero análisis jurídico de la situación en particular. Este formula un estudio al artículo 4.1 de la Convención, en donde concluye que si se debió de tomar en cuenta el artículo para la resolución emitida por la Corte. Además, manifestó que el artículo protege a toda persona o ser humano desde la concepción en un sentido amplio, es

decir, en general a todos, por lo que no se refleja la excepción que manifiesta la Corte. Por último, se rescata la observación efectuada por el juez, ante la independencia que tiene el Estado costarricense para tomar sus decisiones ante cierto tipo de regulaciones como lo es el FIV, y que así se respete el derecho que se consagra en el artículo 21 de la Constitución Política.

Capítulo II: Una comparación entre Costa Rica y España: Distintas formas de legislar sobre la Fecundación in Vitro.

A: Análisis doctrinal, legislativo y jurisprudencial en España sobre el tema de la Fecundación in Vitro.

1. El desarrollo histórico de las Técnicas de Fecundación Asistida hasta la actualidad.

España ha sido un país pionero en la legislación reproductiva y ha venido marcando una pauta que muchos países han seguido y criticado a lo largo del tiempo. Aun así no fue el primer país en desarrollar esta clase de técnicas, el primer nacimiento por Fecundación In Vitro fue registrado en Inglaterra, el 25 de julio de 1978. Una niña llamada Louise Brown, quien pasó a la historia por ser la primera niña en ser concebida a través de esta novedosa técnica, este hecho la marcó para siempre y pasó a ser conocida como la primera “niña probeta”.

Louise Brown, fue el producto de las investigaciones y esfuerzos por parte del fisiólogo de la Universidad de Cambridge, Robert Edwards y del ginecólogo Patrick Steptoe¹¹⁶, un procedimiento que hasta ese momento nunca antes se había llevado a cabo. Luego de este nacimiento se sucedieron muchos más, tanto así que la hermana de Louise, también fue concebida por Fecundación in Vitro y ya para ese momento fue la número 40 en nacer, actualmente, el número asciende a millones y ya para el 2008 se estimaba en alrededor de cuatro millones de niños nacidos bajo la utilización de esta técnica.

¹¹⁶ De la Hoz, B.(25/07/2008). “La primera niña probeta del mundo cumple 30 años”. Recuperado de: <http://www.celulasmadrela.net/modules.php?name=News&file=article&sid=199> . (08/03/13).

Aun así, no fue hasta 10 años más tarde del nacimiento de la primera niña probeta, que España elabora la primera legislación que regula las técnicas de fecundación asistida, la Ley 35/1988, del 22 de noviembre, que aunque su implementación fue tardía se consideró una de las más abiertas en Europa.

Se le estimó tardía, ya que hace tiempo se venía implementado la inseminación artificial y el primer niño probeta ya había nacido en 1984, además para cuando se dio la implementación de esta ley, se contaba con casi 50 nacimientos registrados en ese país a través de la FIV, a éste se le suma el hecho que para ese momento se tenía el conocimiento de la existencia de 13 bancos de gametos y 14 centros o establecimientos sanitarios (públicos o privados), en los que se practicaban este tipo de técnicas¹¹⁷, por lo que era evidente la necesidad de regularlas.

1.1 Ley 35/1988, del 22 de noviembre.

Esta normativa como se mencionó con anterioridad, fue en su momento considerada una de las leyes más abiertas que regulaba las técnicas de fecundación asistidas, tocaba puntos tan importantes como la donación de gametos y embriones, así como los procesos accesorios apreciados muchos como necesarios para la implementación eficaz de la técnica de Fecundación in Vitro.

Es muy evidente que esta ley venía a reafirmar el derecho de la mujer por formar una familia en el momento y por los medios que se estimó necesarios, lo cual se puede ver reflejado cuando dispone "... el respeto a los derechos de la mujer a fundar una propia familia en los términos que

¹¹⁷ Ley 35/1988, del 22 de noviembre. Motivo I.

establecen los acuerdos y pactos internacionales garantes de la igualdad de la mujer, la Ley debe eliminar cualquier límite que socave su voluntad de procrear y constituir la forma de familia que considere libre y responsablemente”¹¹⁸, es decir, que esta ley viene a poner a disposición de las mujeres diversos medios, para que ella de una forma consciente y libre de toda limitación y discriminación puede elegir la posibilidad de ser madres, lo cual debe ser proporcionado y asegurado por el mismo Estado.

Por otro lado, en el caso del embrión se piensa que el no nacido sí merece de protección jurídica, pero con limitaciones, esto al manifestar que en el caso del “desarrollo embrionario, se acepta que sus distintas fases son embriológicamente diferenciables, con lo que su valoración desde la ética, y su protección jurídica, también, deberían serlo, lo cual permite ajustar argumentalmente la labor del legislador a la verdad biológica de nuestro tiempo y a su interpretación social sin distorsiones”¹¹⁹. Es decir, que como biológicamente se puede ver el desarrollo de un feto en fases, así debería ser su protección, por lo que dependiendo de que en qué fase se encuentre, así será su protección jurídica, por esta razón, en un momento tan temprano como es el caso, desde la concepción hasta la implantación, dicha protección se considera como mínima o hasta casi nula.

Aunque no determina plenamente cuáles son precisamente estas fases y protecciones, sí establece la importancia de la fase de la implantación, ya que antes de ésta el embrión se encuentra en una clase de incertidumbre, y sale a relucir una palabra que hasta la fecha ha sido utilizada en España para llamar a

¹¹⁸ Ley 35/1988, del 22 de noviembre. Motivo III.

¹¹⁹ Ley 35/1988, del 22 de noviembre. Motivo II.

este periodo, el pre-embrión, la cual ha sido muy criticada por ser valorada muy despectiva hacia el derecho a la vida y protección que merece la vida humana.

Con este argumento esta ley logra superar el debate ético-jurídico que surge al querer implementar una técnica que manipula la vida humana en su estado más joven, para lograr así que una mujer (y o pareja) logre su anhelo de poder ser madre. Esto al disponer que el embrión al estar en una etapa tan prematura no merecerá la misma protección que cualquier otra persona en una “etapa” más avanzada posee, permitiendo que los fallos de esta técnica que llevan a la muerte o degradación del embrión, no sean considerados un delito o un hecho que no debiera de ocurrir o permitirse que ocurran. Aún así es la ley que más ha protegido al embrión en España, lo cual se comprobará más adelante.

Volviendo a la ley, ésta consta de VII capítulos, que abarcan los mayores puntos de interés sobre estas técnicas, las cuales solo se podrán utilizar con el fin de combatir la esterilidad en aquellas parejas que han descartado otros métodos o terapias por inadecuadas o ineficientes¹²⁰, además, solo se podrán aplicar en el caso de que “haya posibilidades razonables de éxito, y no supongan riesgo grave para la salud de la mujer o la posible descendencia”¹²¹, por lo que se podía considerar que era un poco limitante.

También, en esta ley, se establecía puntos como la donación de gametos, la cual debe realizarse de una forma gratuita, formal y secreta, se

¹²⁰ Ley 35/1988, del 22 de noviembre. Artículo 1

¹²¹ Ley 35/1988, del 22 de noviembre. Artículo 2

permitía ésta solo por parte de individuos conscientes y mayores de edad, así mismo, establecía la filiación de los hijos nacidos bajo la técnica de Fecundación in Vitro, la cual se regía, según la ley vigente en ese momento.

Otro aspecto importante de esta ley, es que hablaba de la crioconservación, tanto de los gametos como de los embriones sobrantes de la FIV, estos últimos por un máximo de 5 años. Lo que es muy interesante destacar, es la protección que se le brinda al embrión, por ejemplo en el caso de intervenciones en éste que se den cuando aún esté vivo, fuera o dentro del útero materno, ya que se establece que solo se podrá realizar dicha intervención con fines de diagnóstico, para verificar la viabilidad del embrión o no, o al tratar enfermedades o impedir su transmisión. Por lo que toda intervención, debe de tener como fin el bienestar del nasciturus, favoreciendo su desarrollo¹²².

También, toca el tema de la experimentación y al igual que el punto anterior era bastante limitante en algunos aspectos, que se pueden considerar que van en beneficio del embrión, como el hecho de disponer que se prohíbe dicha “experimentación en preembriones vivos obtenidos in Vitro, viables o no, en tanto no se pruebe científicamente que el modo animal no es válido”¹²³, es decir, que no se podría utilizar los embriones al menos que se demuestre que dicha investigación no se puede llevar a cabo en animales. Respecto de la viabilidad dispone que los preembriones abortados se estimarían como no viables.

¹²² Ley 35/1988, del 22 de noviembre. Artículo 12.

¹²³ Ley 35/1988, del 22 de noviembre.

Por último, toca temas sobre los requisitos que debe de cumplir las instituciones y especialistas para que puedan realizar este tipo de técnicas, así como de las sanciones para aquellos que no respeten esta ley y sus disposiciones.

Como se pudo ver, esta ley abarca muchos temas, que en su época eran muy novedosos y aunque fue apreciado por ser bastante abierta, pronto surgieron problemas que ésta no pudo suplir, como fue el caso de los embriones súper-numéricos, que eran el resultado de la crioconservación de todos los embriones que no se utilizaban en las técnica FIV y que esta ley no permitía su utilización para otros fines que no fuesen de procreación, por esta razón surgió la necesidad de una reforma, la cual se analizará más adelante.

Pero primero se analizará la normativa que nace junto con la anterior disposición, la ley 42/1988 del 28 de diciembre, ésta trata el tema sobre “la donación y utilización de embriones o de sus células, tejidos u órganos”. Nace como una necesidad de regular el vacío que deja la ley que se analizó con anterioridad que no regula estos temas. A través de las técnicas de reproducción asistida, se ha abierto la puerta para poder utilizar, ya sean para los avances médicos o de investigación, los gametos, óvulos fecundados in Vitro (embriones) no viables, así como usar para trasplantes o implantes células u órganos embrionarios.

A esto surge el tema ético, social y jurídico que versa sobre la manipulación y utilización de los embriones y fetos humanos, lo primero que establece esta normativa, es que se considerarán embriones desde el momento cuando se “implantan establemente en el útero y establecen una

relación directa, dependiente y vital con la mujer gestante¹²⁴, lo cual viene a reafirmar la posición que ha tenido desde un principio España acerca del momento cuando se debe de empezar a proteger la vida.

Para la utilización de los embriones o fetos humanos, se requiere que los donantes sean los progenitores y que otorguen su consentimiento el cual debe ser informado, dicha donación no pueden ser en ningún caso lucrativa, y los embriones o fetos objeto de esta donación deben ser clínicamente no viables o que estén muertos, cualquier actuación sobre los embriones que estén vivos será solo de carácter de diagnóstico, terapéutico y según las disposiciones normativas.

Los procedimientos solo podrán ser llevados a cabo por profesionales certificados, al igual dispone que la interrupción del embarazo nunca puede realizarse con el fin de la donación, en el caso de la utilización de las células, tejidos u órganos embrionarios o fetales para trasplantes, se necesitará, además del consentimiento del receptor.

Por lo que solo se podía investigar en ese momento siguiendo los requisitos anteriores, estos eran los requeridos para aplicar la tecnología genética en dichos casos, además los proyectos de éstas solo podrán realizarse cuando sean debidamente aprobados por las autoridades públicas sanitarias correspondientes. Así la aplicación de tecnología genética solo se podrá llevar a cabo con fines de diagnóstico, industriales de carácter preventivo, diagnóstico terapéutico y para el estudio de las secuencias del ADN.

¹²⁴ Ley 42/1988, del 28 de Diciembre. De Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de Células,

En conclusión, esta ley brinda la autorización para la “obtención y utilización de estructuras biológicas procedentes de estructuras biológicas procedentes de los embriones o de los fetos muertos con fines diagnósticos, terapéuticos, farmacológicos, clínicos o quirúrgicos, de investigación o experimentación, así como su donación a tales efectos”¹²⁵, ésta fue la primera normativa que trataba el tema de la investigación y experimentación en embriones humanos no viables o muertos.

Siguiendo con el análisis cronológico sobre la regulación de las Técnicas de Fecundación asistida, hay que señalar y analizar algunas de las disposiciones que se pueden encontrar de la Ley Orgánica 10/1995 del 23 de Noviembre del Código Penal de España, la cual en su título IV dispone las penas en que incurre quien lesione al feto y el capítulo V habla sobre los delitos relativos a la manipulación genética, lo cual va muy de la mano con el tema de esta investigación.

1.2 Ley Orgánica 10/1995, Código Penal de España.

En el capítulo IV, en los artículo 157 y 158, disponen que “cualquier medio o procedimiento que, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo... será castigado con pena de prisión de una a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria...”¹²⁶ a esto se suma si lo anterior se comete con imprudencia grave, tendrá una pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a diez meses, ahora en el caso de que sea por imprudencia profesional,

Tejidos u órganos. BOE, num. 314, de 31 de diciembre de 1988.

¹²⁵ Ley 42/1988, del 28 de Diciembre. De Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de Células,

Tejidos u órganos. BOE, num. 314, de 31 de diciembre de 1988. Artículo 6.

¹²⁶ Ley Orgánica 10/1995 del 23 de Noviembre. del Código Penal de España. Artículo 157.

además tendrá la pena de inhabilitación para ejercer la profesión por un periodo que va desde los 6 meses hasta los 2 años, esto dependiendo de la gravedad del delito. Hay que tener en cuenta que en esta normativa va referida al feto que, según la legislación española, va referida a una etapa más desarrollada del embrión, pero aun así su definición no es precisa.

En el capítulo V, referido a la manipulación genética, está compuesto por 4 artículos, que van desde el artículo 159 hasta el artículo 161, el primero de estos sanciona a todo aquel que con “finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipule genes humano de manera que se altere el genotipo”¹²⁷, este delito será castigado con pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial de siete a diez años.

En su artículo 160 en el punto dos, castiga con prisión de uno a cinco años, e inhabilitación especial de 6 a 10 años, quienes fecunden óvulos humanos con otro fin distinto de la procreación humana, así mismo, tendrá la misma pena quien cree seres humanos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza.

Por último, también castiga quien realiza la reproducción asistida a una mujer sin su consentimiento, para lo que se necesitará la denuncia de la persona agraviada, este delito es castigado con pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial por un periodo de uno a cuatro años.

Por lo que se puede observar que las penas son mayores ante la manipulación genética y hasta en el caso de realizar la técnica sin consentimiento, que aquellas conductas que atente contra la vida humana, en

este caso, desde que se considere feto, lo cual viene a reflejar la postura de España, respecto de la poca importancia que le da a la vida humana en el vientre materno y lo mucho que le interesa otros temas como el derecho de la mujer y la manipulación genética.

Volviendo a las leyes que contempla específicamente a las técnicas de fecundación asistida y como se mencionó anteriormente por problemas que trajo la primera ley, se insistió en su reforma lo que trajo la creación ley 45/2003, de 21 de noviembre.

1.3 Ley 45/2003.

Esta ley viene a modificar la ley 35/1988 del 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, ésta consta de un artículo único que modifica únicamente los artículos 4 y 11 de la anterior ley.

Estos cambios se realizaron basándose en la actualización y mejoramiento de las técnicas que han dejado vacíos legales a problemas concretos que se hacen necesarios cubrir por el derecho, con el fin de evitar que de estos surjan situaciones de inseguridad jurídica que puede perjudicar a los beneficiarios de estas técnicas y a la misma sociedad.

El principal problema surgió en torno al elevado número de embriones humanos sobrantes de la FIV, que la antigua ley no disponía un destino certero, ya que solo se refería en su artículo 11, que los embriones sobrantes de la FIV debían congelarse por un periodo máximo de 5 años, y que los únicos dos destinos que podrían tener estos, era que fuesen utilizados con

¹²⁷ Ley Orgánica 10/1995 del 23 de Noviembre. Del Código Penal de España. Artículo 159.

posterioridad por las mismas parejas o ser donados por éstas a otras parejas para la realización de la técnica, pero esta disposición tiene un gran vacío puesto que ésta no especifica qué hacer con estos luego de transcurrido ese tiempo y que no hayan sido utilizados con esos fines.

A esto se le suma que los detractores de la antigua ley, consideran que son muchos los avances que ha sufrido la ciencia, lo que eleva el interés de los científicos de aprovechar los embriones sobrantes que tienen un futuro incierto con fines de investigación. Dentro de los argumentos expuestos se señalan diversos descubrimientos científicos, en especial el ámbito de las células troncales procedentes de diferentes tipos de tejidos, lo que conllevó a crearse una expectativa sobre la aplicación de estos avances en los embriones súper-numéricos sobrantes, lo que se aplicaría en la investigación biomédica y farmacológica.¹²⁸

Así mismo, el tribunal constitucional español, ha dispuesto en dos sentencias muy importantes (STC.212/1996 y STC 116/1999), sobre la necesidad de respetar al embrión humano, y a tener cierto reconocimiento al mismo, aunque no sea estimado jurídicamente como persona, además respalda el concepto de viabilidad dado por la ciencia, con el fin de asegurar la FIV.

En la exposición de motivos en el punto III, hace referencia a un informe del 2000 sobre la investigación con embriones humanos sobrantes, elaborado por la Comisión Nacional de Reproducción humana Asistida, en el que se dispone una serie de recomendaciones dentro de las que destacan, el consejo de

autorizar la utilización de los embriones sobrantes con fines de investigación, también recomendó que este cambio se diera por medio de una reforma legislativa y no por una interpretación extensiva, asimismo, reducir el número de embriones sobrantes de la FIV y la reforma de plazos máximos para la crioconservación, adaptándolos a la situación actual de las técnicas.

Al igual el comité asesor de Ética , dependiente de la fundación española para la ciencia y la tecnología, en febrero del 2003 dio un informe donde se le pidió analizar el estado actual de las distintas líneas de investigación con células troncales, con el fin de determinar el destino de los embriones sobrantes de la FIV, llegando a la conclusión que no se crearán embriones con el fin expreso de la investigación, solo se tomarán estos cuando se compruebe que no van hacer trasferidos y ante la posibilidad de que vayan hacer destruidos. Lo cual se llevará a cabo siempre con el debido control y el consentimiento de los progenitores.

Al igual que el informe anterior, en éste se expone la necesidad imperiosa de disminuir al mínimo los embriones sobrantes de la FIV, por lo que contempla la posibilidad de darlos en adopción a parejas para fines de reproducción, con consentimiento siempre de los progenitores.

Volviendo a la ley, ésta lo primero que hace es reconocer la necesidad de imponer un límite a la cantidad de embriones que se pueden fecundar y transferir en cada ciclo.

¹²⁸ Ley 45/2003 del 21 de noviembre. Modifica la Ley 35/1988, de 22 de Noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. Motivo I.

En el artículo 4 ha establecido, que antes de iniciar con cualquiera de las técnicas de reproducción asistida se tenía que llevar a cabo el análisis de la situación total de la mujer, que incluirán aspectos como la edad, tipo de patologías etc.; para poder así determinar aspectos como la intensidad de la estimulación ovárica, el número de óvulos que se van a fecundar y los que se vayan a transferir, todo con el fin de evitar las gestaciones múltiples y la producción supernumérica de embriones.

Con este mismo fin, solo se podrán fecundar un máximo de tres ovocitos, al igual solo se podrá transferir un máximo de 3 embriones en una mujer en cada ciclo reproductivo, y solo se hará una excepción en los casos que por la patología de los progenitores sea necesario una cantidad distinta de la dada con anterioridad.

En la modificación del artículo 11 se establece en el punto uno, que se podrá crioconservar el semen en los bancos durante la vida del donante. En el punto dos, se autoriza la crioconservación de los óvulos, pero lo interesante es que se da permiso al Ministerio de Sanidad y Consumo, un uso generalizado de este tipo de conservación a partir del momento cuando exista evidencia científica de su seguridad, por lo que en ese momento ya se había regulado la crioconservación sin haber primero demostrado su seguridad y eficiencia.

En el punto tres, dispone que en los casos en que por patología de la pareja se necesite realizar la fecundación de más de tres embriones y se hayan generado embriones súper-numéricos se crioconservarán por el plazo de la vida fértil de la mujer, con el fin de poder utilizarlos con posterioridad. En estos casos la pareja deberá firmar lo que se llama “Compromiso de Responsabilidad

sobre sus Preembriones Crioconservados”, en éste se establecerá una cláusula de consentimiento por parte de los progenitores o la mujer, en la que se autoriza en el caso de no haberse trasferido los embriones en el plazo designado a ser donados únicamente para fines reproductivos.

Así mismo, para prevenir la crioconservación de embriones súper-numéricos, en el punto cuatro se establece la necesidad de comprobar que la pareja o la mujer que se quiera someter a la reproducción asistida no cuenten con embriones congelados en otros centros.

En el punto cinco exigen a los centros que practiquen la FIV y que crioconserven embriones, contar con un seguro que cubra la compensación económica en el caso de que se dé un accidente que afecte a los embriones.

Por último, el punto seis señala la sanción en caso que se irrespeten alguno de estos 2 artículos modificados, dentro de los que está la suspensión temporal o pérdida de la autorización del centro de reproducción.

Asimismo, esta ley se destaca al establecer en sus disposiciones finales el destino de los embriones crioconservados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley, en donde las parejas progenitoras pueden decidir, seguirlos teniendo en crioconservación para su próxima utilización (como lo señala el apartado 3 del artículo 11 de esta ley), también, pueden donarlos con fines reproductivos a otras parejas (no lucrativo), en este caso se tendrán crioconservados durante el plazo de 5 años más (estarán a cargo del Centro Nacional de Trasplantes y Medicina Regenerativa), y en caso contrario, se podrán dar para fines de investigación.

Ahora en el caso en que se desconozca la pareja progenitora o la mujer de los embriones crioconservados o no se haya recibido el consentimiento informado en el periodo no mayor a un año, se mantendrán crioconservados por 4 años más, con el fin de poder ser donados a parejas que así lo soliciten.

Como se logró observar esta ley da dos premisas principales, que vinieron a provocar disconformidad en la comunidad médica, la primera de ellas es que limita a 3 la creación embriones por ciclo reproductivo, según los mismos esto dificultaba la aplicación de las técnicas de reproducción, además de poner en mayor peligro a la mujer al tener que someterse a más tratamientos de ovulación en caso de que la técnica fallase.

La segunda premisa se dirige a que aunque en esta ley sí permite la investigación de los embriones crioconservados, solo se autoriza en aquellos que se encontrarán antes de entrar a regir la ley y eran regidos por reglas muy estrictas, por lo que el trato de los embriones dependería de la fecha cuando fueron concebidos, los que fueran creados después del 2003 solo tendrían como destino o fin la reproducción humana.

Debido a esto la Comisión Nacional de Reproducción Humana Española criticó fuertemente esta reforma, ya que solo vino a resolver los problemas parcialmente, por lo que desde el momento de entrada en vigor de esta ley, insistió en la necesidad de una nueva reforma al ordenamiento, con la finalidad de corregir todos los problemas anteriormente vistos y así llevar la normativa a la realidad actual, por lo que surge la actual Ley 14/2006.

1.4 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Esta ley es la que, actualmente, rige el tema de las técnicas de fecundación asistida incluyendo la Fecundación in Vitro en España, desde la primera normativa en 1988 ésta ha sido la más abierta y permisiva sobre temas como la cantidad de embriones que se pueden realizar por ciclo reproductivo, hasta el destino que sufrirán aquellos embriones crioconservados, como es el caso de la donación para la investigación.

Dentro de esta legislación son varios puntos los que importa destacar, ya que elimina la restricción sobre la cantidad de embriones que se permite crear en un ciclo reproductivo, disponiendo que éste dependerá de la patología que se esté tratando y las recomendaciones del especialista, además es la primera ley en describir el concepto de pre-embrión, así mismo, no enumera las técnicas de reproducción asistida, dejando así la posibilidad de habilitar más, siempre que cumplan con los requisitos solicitados, también hace referencia al diagnóstico pre-implantatorio y en los casos en que se puede utilizar, establece cual información debe de ser pública, la cual se debe de llevar a través de una serie de registros, todo esto se ampliará y se analizará a continuación.

Esta ley cuenta con ocho capítulos, el primero de ellos es sobre disposiciones generales, en donde destaca con inciso 2 del artículo 1 el cual dispone “se entiende por preembrión el embrión in Vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde”¹²⁹, por lo que es a partir de esta ley en

¹²⁹ Ley 14/2006, de 26 de mayo. Sobre técnicas de reproducción humana asistida. Artículo 1 inciso 2.

donde se establece una división específica en el desarrollo del ser humano, tomando como base el momento de la concepción hasta el 14 día cuando se implanta en el vientre materno.

También en este capítulo, prohíbe la clonación humana, y dispone como se mencionó anteriormente la posibilidad de habilitar otras técnicas de reproducción asistida nuevas, pero para esto deberán contar con el permiso requerido de la autoridad sanitaria correspondiente, asimismo, tener un informe previo favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, para poder comenzar su práctica experimental.

Para la aplicación de estas técnicas se exige que existan posibilidades razonables de que éstas tengan éxito, a esto se le suma que éstas no deberán suponer un riesgo para la mujer o su futura descendencia, la mujer debe de dar su consentimiento previo y deberá estar informada de todas las posibles consecuencias que se pueden dar al llevarse a cabo estas técnicas, aunque en muchos casos estos requerimientos no se toman en cuenta.

Para el caso de la FIV, se establece un límite de transferencia de 3 preembriones por ciclo de reproducción, por lo que no se limita el número que se pueden crear, si se limita el número de embriones que se puede transferir al útero, esto con el fin de evitar embarazos múltiples.

El segundo capítulo va dirigido a los participantes de esta técnica, comenzando por la donación ya sea de gametos o preembriones, la cual se realizará a través de un contrato formal y confidencial entre el donante y el centro autorizado, el cual nunca podrá ser lucrativo, los hijos nacidos de estos tendrán el derecho a la información de sus donantes excepto su identidad y

solo en casos muy excepcionales donde dependa la vida o un fin legal propuesto y conforme con la ley se podrá revelar esta información.

El donador debe ser mayor de 18 años, tener salud y cumplir con todos los requisitos que se le solicite, el número máximo de niños nacidos con los gametos de un solo donador será de 6, por lo que el control de las donaciones es muy necesario, en especial para los centros receptores.

Ahora respecto de los usuarios de estas técnicas, podrá ser toda mujer mayor de 18 años con independencia de su estado civil u orientación sexual, aunque si la mujer estuviese casada necesitará además de su consentimiento y el de su marido, a no ser que estuviesen separados de hecho o legalmente y así lo demuestre.

Respecto de la filiación de los hijos nacidos bajo estas técnicas, ésta se regirá por las leyes civiles que rijan en el país en ese momento, en el registro no podrá indicarse el modo como se generó la persona, respecto del marido fallecido no podrá determinarse su filiación, si no estaba ya el material reproductor de éste en la mujer antes de su fallecimiento a no ser que el mismo haya firmado el documento necesario (escritura pública, testamento etc.) en que se autorice la utilización de su material genético en los próximos 12 meses siguientes a su muerte para fecundar a su esposa, dicho consentimiento podrá ser anulado en cualquier momento. Aun así se presumirá este consentimiento en los casos en que la pareja se encontrase a la hora de la muerte en el procedimiento de reproducción asistida.

En el caso de la gestación por sustitución, queda absolutamente prohibido los contratos en que una mujer acepte la gestación, lucrativa o no, en

la que renuncie a su filiación a favor del contratante o un tercero y la filiación que se llegue a dar en este tipo de casos será determinada por el parto.

El capítulo tres trata el tema de la Crioconservación y otras técnicas coadyuvantes de las de reproducción asistida, en este apartado se permite la crioconservación de semen, óvulos y embriones sobrantes de la FIV, estos últimos por el tiempo en que los especialistas consideren que la mujer receptora reúne los requisitos necesarios para poder realizarse la técnica. En estos casos, esta ley aprueba el uso de estos ya sea para utilización por parte de la mujer o su cónyuge, la donación con fines reproductivos, la donación con fines de investigación o el cese de su crioconservación sin ningún otro uso¹³⁰, es decir, la muerte y eliminación del mismo.

En cuanto a los preembriones crioconservados, cada dos años se debe renovar ya sea por parte de la mujer o la pareja, dependiendo del caso, el consentimiento firmado con anterioridad, en caso de que dicha renovación no se haya podido hacer, debido a que no se logra localizar a los progenitores en dos ocasiones y que así se logre demostrar, quedarán a disposición del centro en que estén crioconservados para cualquiera de los fines que anteriormente se dispusieron.

El artículo 12, en este mismo capítulo, señala la posibilidad de practicar en todos los centros autorizados el diagnóstico de preimplantación, éste se permite en los casos en que se busque la detección de enfermedades hereditarias graves o no curables y con el objetivo de realizar una selección preembrionaria para así lograr determinar cuáles embriones son más viables

¹³⁰ Ley 14/2006, de 26 de mayo. Sobre técnicas de reproducción humana asistida. Artículo 11 inciso 4.

para su transferencia. En el caso de que la selección sea con fines terapéuticos para terceros se requerirá de un informe favorable para el caso en concreto por parte de la Comisión Nacional de Reproducción y de la aprobación de la autoridad sanitaria correspondiente. Lo cual hace que surja la interrogante sobre la selección natural, es decir, que este método se pueda utilizar para escoger aspectos como el género, color de ojos, cabello etc; lo cual al parecer aunque no se dispone expresamente, se encuentra prohibido su utilización con estos fines.

Lo mismo necesitara cualquier procedimiento terapéutico sobre los preembriones, para la realización de estos procedimientos deberá de tratarse de una afectación grave o muy grave, la misma afectación debe ser precisa y debe de tener posibilidades de cura o mejorías, por lo que solo se aplicara con el fin de tratar la enfermedad o impedir su transmisión, así mismo deberá contar con el consentimiento de los progenitores o la mujer y el mismo debe de ser informado.

El capítulo IV, analiza el tema de la Investigación con gametos y preembriones humanos, en el mismo se establece que la investigación en gametos impide su utilización posterior en la creación de preembriones y su uso en tratamiento de reproducción, en el caso de los preembriones sobrantes de las técnicas de reproducción asistida, deberán contar con el consentimiento de la pareja u mujer, informando del manejo de los mismos, que no haya transcurrido más de 14 días desde la concepción, y que el proyecto en que se desarrollen esté debidamente autorizado.

Estos fueron los capítulos que se consideran más importantes, por otra parte y para terminar de analizar esta ley, el Capítulo V dispone todos los requisitos que debe de seguir los centros y equipos biomédicos, que son los que se encargaran de llevar a cabo todas las técnicas de reproducción asistida, así como los tratamiento afines, como es el caso de la crioconservación.

El Capítulo IV habla del objeto, composición, funciones y todo lo relacionado a la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, donde básicamente se dispone que “La Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida es el órgano colegiado, de carácter permanente y consultivo, dirigido a asesorar y orientar sobre la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, a contribuir a la actualización y difusión de los conocimientos científicos y técnicos en esta materia, así como a la elaboración de criterios funcionales y estructurales de los centros y servicios donde aquéllas se realizan”¹³¹

El capítulo VII, es el que trata el tema de los registros, lo cuales son obligatorios y son parte del derecho a la información que tienen las mujeres y parejas que se someten a la técnicas de reproducción asistida, estos son el registro nacional de donantes, en este se inscribirán aquellos que donen ya sea gametos o preembriones con fines de reproducción, así como los hijos nacidos bajo su utilización, las mujeres y parejas receptoras, además de su ubicación al momento de realizarse el procedimiento.

También se contara con Registro Nacional de actividad y resultados de los centros y servicios de reproducción asistida, el cual deberá hacer pública

¹³¹ Ley 14/2006, de 26 de mayo. Sobre técnicas de reproducción humana asistida. Artículo 20 inciso 1.

una vez al año la información recolectada de cada centro que preste el servicio de reproducción asistida, que serán “relativos al número de técnicas y procedimientos de diferente tipo para los que se encuentren autorizados, así como las tasas de éxito en términos reproductivos obtenidas por cada centro con cada técnica”¹³², además de informar la cantidad de preembriones crioconservados en cada centro, por lo que cada uno de estos tiene la obligación de entregar dicha información.

Por último, el capítulo VIII dispone todas aquellas sanciones e infracciones que debe de pagar todo aquel que no cumpla con las disposiciones de esta ley, “Las infracciones en materia de reproducción humana asistida serán objeto de las sanciones administrativas correspondientes, previa instrucción del oportuno expediente, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que puedan concurrir”¹³³, dichas infracciones se califican como leves, graves y muy graves, éstas van desde infracciones pecuniarias, cierre o clausura de los centros, hasta la revocación de la autorización dada para la realización de las técnicas de reproducción asistida, esto teniendo en cuenta las diversas responsabilidades que puedan surgir en otras jurisdicciones (como la penal).

Al entrar en vigor esta ley, deroga todas las anteriores leyes que ya se han analizado, prevaleciendo ésta como la única ley que se refiere y regula específicamente las técnicas de reproducción asistida, dentro de las cuales se encuentra la Fecundación in Vitro.

¹³² Ley 14/2006, de 26 de mayo. Sobre técnicas de reproducción humana asistida. Artículo 22 inciso 2.

¹³³ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Artículo 24 inciso 2.

Por último, se considera necesario analizar algunos aspectos esenciales que se encuentra en la ley orgánica 9/1985 y ley orgánica del 3 de marzo del 2010, las cuales van referidas al tema del aborto, en las que se puede analizar el papel que le ha dado España al embrión, en contraposición a otros derechos, como los que ha adquirido la mujer.

1.5 Ley Orgánica 9/1985, del 5 de Julio.

Esta ley es básicamente la introducción del artículo 417 bis en el código penal de España y es la primera normativa que despenaliza el aborto en este país, lo que establece son las tres circunstancias en que la práctica del aborto no será penalizada.

La primera de estas circunstancias se da cuando exista un peligro para la salud o vida de la madres, para estos casos debe de haber existido un dictamen previo, realizado por un doctor distinto del que practicase el aborto, que confirme dicha gravedad, en caso de emergencias se podrá omitir dicho dictamen, es decir, que se permitirá el aborto voluntario cuando por disposición médica corra grave peligro la salud o vida de la madre, aquí se estaría ante la confrontación de dos derechos a la vida, la vida de la madre y la vida del embrión, en donde claramente prevalece la vida de la madre.

En el segundo caso se permitirá el aborto en el caso de que el embarazo se haya dado como consecuencia de una violación, y será necesaria la denuncia del delito, aunque en ningún momento en esta normativa se dispone que este delito deba ser determinado como cierto, es decir, que en juicio el demandado haya sido declarado culpable, a diferencia del anterior supuesto, la vida de la madre no corre peligro, pero por las secuelas de un delito como la

violación y el trauma de la víctima, se le concede la posibilidad de abortar, esto sin tomar en cuenta que la vida del embrión, que aunque unido a su madre por un lapso de aproximadamente 9 meses, es una vida separada, distinta, que no tiene culpa de las agresiones que hayan sufrido sus progenitores, y que en este caso se hacen a un lado para dar lugar solo a la voz de la mujer que sufrió dicho delito y se quiere deshacer de la consecuencia de un embarazo.

Por último, se podrá realizar el aborto cuando se demuestre a través de un dictamen emitido por dos especialistas del centro o establecimiento sanitario (distinto del que practique el aborto) que el menor nacerá con grandes taras físicas o psíquicas, siempre que se haga antes de las veintidós semanas de gestación¹³⁴, en este caso la vida que está en juego es la del embrión, en donde se permitirá acabar con su vida, ante la confirmación que éste nacerá con graves problemas físicos o mentales, aunque en ningún caso se especifica si estos problemas verdaderamente deberán desembocar en la muerte del menor en el momento o después de su nacimiento.

Pero estas disposiciones no bastaron para quienes defienden los derechos reproductivos de las mujeres, pues como se vio esta reforma es solo permitir el aborto en tres supuestos, a esto se le suma el hecho que dentro de los supuestos no se encuentra contemplado el aborto voluntario, si no por el contrario, las circunstancias a excepción del segundo punto, hace referencia a lo que se conoce como el aborto terapéutico en donde el aborto solo se permite en casos muy específicos y que ponen en riesgo la vida de la madre o que el menor sufra patologías graves que puedan comprometer su vida física o

¹³⁴ Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio,. De despenalización del aborto en determinados supuestos.

psíquica, estas circunstancias llevaron a que muchos consideraran que estas limitaciones iban en contra de las libertades y derechos de la mujer, por lo que después de mucho tiempo, se crea la ley orgánica 2/2010 en la que se amplía las circunstancias en que se permite el aborto, la cual se verá a continuación.

1.6 Ley Orgánica 2/2010, del 3 de Marzo.

Es de gran importancia el estudio de esta ley, ya que ayudará a determinar cuáles fueron los argumentos tomados por España para permitir el aborto voluntario, un tema que va muy ligado al que se ha venido tratando, esto al poner en discusión el derecho a la vida del menor no nacido (embrión) y los derechos a la mujer, el análisis de estos mostrarán la culminación de la posición que España ha venido poniendo en práctica, a través de la historia.

Esta normativa tiene como objetivo el “garantizar los derechos fundamentales en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, regular las condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo y establecer las correspondientes obligaciones de los poderes públicos”¹³⁵, lo que viene a desarrollar esta normativa es el derecho al libre progreso de la personalidad de la mujer, que como se va a ver ésta es el centro de atención y protección de la misma.

Esta ley basa muchos de sus argumentos, en una serie de tratados y convenios internacionales, como es el caso de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, la Plataforma de Acción de Beijing acordada en la IV Conferencia de Naciones Unidas sobre

¹³⁵ Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo. De salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Artículo 1.

la mujer celebrada en 1995, el Parlamento Europeo ha aprobado la Resolución 2001/2128(INI) sobre salud sexual y reproductiva y los derechos asociados entre otros, en donde se dispone y se reafirma el derecho de la mujer a su libertad sexual, dentro de la que se encuentra la libertad de reproducción, en la cual se hace referencia el derecho de planificar y en caso contrario al de poder realizarse un aborto voluntario si así lo considera la mujer necesario.

Como se mencionó anteriormente hay dos derechos que se confrontan como son los de la mujer y los del embrión. En el caso de la mujer, España ha sido muy persistente en afirmar la autonomía de la mujer en su vida privada, así lo ha reafirmado la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en la resolución 1607/2008, de 16 abril, en la que se dispuso que “el derecho de todo ser humano, y en particular de las mujeres, al respeto de su integridad física y a la libre disposición de su cuerpo y en ese contexto, a que la decisión última de recurrir o no a un aborto corresponda a la mujer interesada”¹³⁶, como se puede ver el respaldo y la protección va dirigido única y exclusivamente a la mujer, ni siquiera se toma en cuenta la opinión del padre biológico del menor, sin importar si quiera si la mujer se encuentra casada o no, ya que todo se centra en el derecho a la autodeterminación de la reproducción de la mujer.

Pero como se ha dispuesto, también, hay otra parte del conflicto y es el ser humano que está por nacer, en este caso España ha afirmado que “La vida prenatal es un bien jurídico merecedor de protección que el legislador debe hacer eficaz, sin ignorar que la forma en que tal garantía se configure e instrumente estará siempre intermediada por la garantía de los derechos

¹³⁶ Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo. De salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Motivo II.

fundamentales de la mujer embarazada”¹³⁷ , es decir, que el legislador realizó ya para este momento una ponderación de bienes jurídicos fundamentales y determinó que la libertad de elección de reproducción de la mujer está sobre la vida del embrión, esto al considerar que ésta no se ha desarrollado a un nivel que merezca una mayor protección que conllevara a que estuviera sobre el derecho de elección de reproducción de la mujer.

Con base en esta premisa, es que España permite el aborto voluntario, dejando totalmente a voluntad de la mujer la decisión de realizarlo o no, con la única limitación que éste se realizará en el momento cuando la mujer lo consienta de una forma informada (autodeterminación informada) respetando el plazo de 3 días y al tiempo máximo de 14 semanas (con excepciones) para realizar el aborto que señala esta ley.

A esto señala que “el umbral de la viabilidad fetal se sitúa, en consenso general avalado por la comunidad científica y basado en estudios de las unidades de neonatología, en torno a la vigésimo segunda semana de gestación”, es decir, aproximadamente a los cinco meses y medio de gestación, éste es el límite en que se puede realizar un aborto. Solo se permitirá luego de las 14 semanas y hasta la semana 22 en los supuesto en que “exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada, o que exista riesgo de graves anomalías en el feto”¹³⁸, aun así esta misma ley prevé la posibilidad de que se dé la interrupción del embarazo más allá de la semana 22 cuando “se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida... o se detecte

¹³⁷ Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo. De salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Motivo II.

¹³⁸ Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo. De salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Motivo III.

en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico”¹³⁹, por lo que aun en periodos muy avanzado del embarazo se permite el aborto.

Con la implementación de esta ley se deroga el artículo 417 bis del Código Penal, el cual fue introducido por la Ley Orgánica 9/1985 (como analizamos anteriormente), además, se da una nueva redacción del artículo 145 y se incluye el artículo 145 bis, de los cuales todos hacen referencia al aborto y temas afines de esta ley.

2. Forma como actualmente, se realiza la Técnica de Fecundación in Vitro.

Para el presente punto de la investigación, se tomará en consideración doctrina acerca de las definiciones de las Técnicas de Fecundación In Vitro y sus procedimientos para llevarla a cabo, todo lo anterior en relación con la situación recorrida por el país español desde su implementación de la Fecundación In Vitro.

Como se pudo observar en el punto anterior el país español tiene varios años de tener regulado la práctica de la Fecundación In Vitro, por lo que se presentarán distintas definiciones y puntos de vista de dicho tema. También, se incluirán en el presente apartado, distintas estadísticas realizadas por la Sociedad Española de Fertilización de año 2010 (dichas estadísticas son las últimas realizadas por dicha institución) las cuales hacen referencia a la tasa de natalidad con respecto de la técnica, cantidad de embriones crioconservados, y otros datos que se consideran de mucha importancia para dicha investigación.

¹³⁹ Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Motivo III.

Igualmente se tocará el tema de sentencias españolas relevantes acerca del FIV.

En cuanto a la definición de lo que es la Fecundación in Vitro se pueden encontrar varias, las cuales se desarrollarán a continuación. En primer lugar, se encuentra la plasmada en el libro Diez temas de reproducción asistida con Javier Marcó y Martha Tarasco como autores, en donde expresan que las Técnicas de Fecundación in Vitro son “La concepción del nuevo ser humano en estas técnicas se produce en el laboratorio, y el cigoto o el embrión obtenido es transferido a la mujer para que continúe su desarrollo en el útero hasta el nacimiento. La FIV implica la manipulación de embriones humanos en el laboratorio, la existencia de embriones sobrantes crioconservados, y la posible experimentación con los sobrantes, que son utilizados en diversos campos de investigación y en la propia FIVET, para superar los límites actuales, ya que es una tecnología muy empírica y de una eficiencia baja.”¹⁴⁰

Como se puede observar dentro de la definición establecida por los autores se manifiesta que el procedimiento de la Fecundación in Vitro es una técnica que tiene poca eficacia, por lo que se podría decir que ésta aún no se encuentra en su pleno desarrollo. Igualmente, estas manifiestan que muchas personas tienen la percepción que al tener problemas de esterilidad se pueden someter a la práctica de la FIV, aunque no necesariamente todas las personas pueden someterse al procedimiento debido a las restricciones que tiene la práctica.

¹⁴⁰ Marcó, J. Tarasco, M. “Diez temas de reproducción asistida”. Ediciones Internacionales Universitarias, S.A. Madrid, España. 2001. Pag, 27.

Para la práctica de dicha técnica, los autores desarrollan los riesgos que se puede correr al llevar a cabo el procedimiento. En primer lugar mencionan el Tratamiento hormonal para producir una superovulación¹⁴¹, dentro de las problemáticas que se puede observar al alterar la cantidad de hormonas es que el ovocito puede verse alterado o no tener una maduración adecuada e, igualmente, se puede tener aberraciones cromosómicas y debido a esto esos ovocitos no son implantados por lo que no se puede concluir el procedimiento para poder tener éxito con un embarazo. Como otro efecto ante una superovulación, es que el tratamiento se puede practicar repetidas veces y como consecuencia a esto se puede llegar a padecer el Síndrome de Hiperestimulación Ovárica y tener complicaciones, igualmente llegar a tener dificultades debido a los medicamentos utilizados, ya que estos muchas veces no han sido probados.

Otra dificultad que se debe tener es en la obtención de los ovocitos “Se puede realizar por laparoscopia o por vía transvaginal con control ecográfico, que es la que más se utiliza actualmente. La vía transvaginal tiene las ventajas de no necesitar una anestesia general y de atravesar menos estructuras que en la aspiración transabdominal, con lo que hay menos riesgo de complicaciones: es más fácil, más confortable y de menor coste. Se obtienen de 5 a 10 ovocitos, según la edad de la mujer y otros factores.”¹⁴² La mayor problemática que tiene este procedimiento es que en el momento de aspirar se puede tener

¹⁴¹ Marcó, J. Tarasco, M. **“Diez temas de reproducción asistida”**. Ediciones Internacionales Universitarias, S.A. Madrid, España. 2001. Pag, 28.

¹⁴² Marcó, J. Tarasco, M. **“Diez temas de reproducción asistida”**. Ediciones Internacionales Universitarias, S.A. Madrid, España. 2001. Pag, 28.

un daño permanente en el ovocito y como consecuencia a esto el ovocito puede tener una pérdida de fertilidad o de división.

Otro peligro que se puede dar dentro del procedimiento como tal de la Fecundación in Vitro¹⁴³, dicha técnica se da cuando al ovocito se le coloca el espermatozoide, encubándose a unos 37° centígrados por determinado número de horas, según las características que tengan los ovocitos, esta etapa culmina cuando dicha célula se fecunda y se crean dos núcleos. La incerteza que se da en esta etapa es que se producen muchas anomalías en las células fecundadas, a consecuencia de la falta selección de éstas, pero generalmente, esta problemática se produce en uniones artificiales, debido a que naturalmente llegan a fecundar únicamente los espermatozoides que realmente están en óptimas condiciones para hacer todo el proceso, mismo proceso que debe de ser cumplido en el órgano femenino, con lo que se puede observar que este tipo de protocolo no puede ser realizado de forma artificial, o por medio de la FIV.

En cuanto al desarrollo del cigoto “Los ovocitos fertilizados se cambian a otro medio de cultivo para eliminar los espermatozoides que degradarían el medio; los embriones se desarrollan *in Vitro* durante dos o cinco días antes de transferirlos al útero. No todos los cigotos formados logran dividirse y de los embriones que se desarrollan algunos presentan anomalías, ya que por causas desconocidas, el cultivo *in Vitro* deteriora los embriones, dando lugar a mayor número de alteraciones teratogénicas.”¹⁴⁴ Y la consecuencia se produce

¹⁴³ Marcó, J. Tarasco, M. “Diez temas de reproducción asistida”. Ediciones Internacionales Universitarias, S.A. Madrid, España. 2001. Pag, 29.

¹⁴⁴ Marcó, J. Tarasco, M. “Diez temas de reproducción asistida”. Ediciones Internacionales Universitarias, S.A. Madrid, España. 2001. Pag, 30.

cuando los embriones son seleccionados, según criterios médicos estableciendo cuáles tienen mayores posibilidades para efectuar un embarazo, con lo que, generalmente, se transfieren al útero de tres a cuatro embriones. Igualmente, si existen otros en buenas condiciones en el caso español pueden ser conservados para otros intentos.

Finalmente, una de las últimas fases que se tienen cuando se practica la FIV, es la que mayor pérdida de embriones y de fracasos produce. Dentro de los motivos que se producen están los de incompatibilidad de el embrión con el útero y el organismo femenino, por lo que se sufre un rechazo del embrión, según los autores ya mencionados anteriormente la tasa de pérdida de los embriones implantados en el útero es de un 90%, por lo que la tasa de muerte es extremadamente alta. En los casos de lograr un embarazo siempre existe el riesgo de que el embrión sufra de malformaciones, alteraciones cromosómicas, en muchas ocasiones el endometrio no se encuentra preparado para la implantación del embrión, además la congelación de los embriones y la descongelación es negativa y provoca daños a los embriones que se pretenden implantar en el útero, igualmente el tratamiento con estrógenos incrementa la ansiedad de la mujer.

Dos semanas posteriores a la implantación del embrión se realizan las debidas pruebas médicas para determinar si existe un embarazo o no, si la respuesta es negativa, el procedimiento se puede volver a practicar. Un verdadero embarazo es seguro luego de unas seis semanas, pero eso no quiere decir de que no exista un riesgo de pérdida o aborto, este período puede durar unas doce semanas, luego de transcurrir esta etapa se realizan los demás estudios para determinar si existen problemas, malformaciones. Si

existiera algún problema en el embrión se provocaría un aborto para evitar desprestigiar la efectividad y el éxito de la técnica. Por lo que se puede decir que existe en la mayoría del desarrollo de la técnica un control de calidad extremo, por lo que si en el último caso el embrión no cumple con las expectativas es desechado como si fuera un objeto inservible sin ningún otro fin.

Según los autores Marcó y Tarasco que la FIVET tiene muchas variantes en el desarrollo de la técnica, entre las que están¹⁴⁵:

1. La Transferencia Intratubárica de cigotos (ZIFT).

Para esta técnica los cigotos son transferidos a las trompas de Falopio, por lo que al realizar este procedimiento así se consigue mayor número de embarazos exitosos.

2. La Transferencia Intratubárica de embriones (TET).

En este caso la transferencia que se hace es del embrión a la Trompa de Falopio, teniendo un éxito de embarazos similar al método anterior.

3. La Transferencia Intratubárica en estado de pronúcleos (PROST).

Para esta transferencia lo que se implanta es el pronúcleo en las Trompas de Falopio.

Asimismo, los autores integran las técnicas de microinyección de espermatozoides dentro de las técnicas de FIV, dicha técnica consiste en "...la microinyección de espermatozoides o de sus núcleos en el ovocito o en su

¹⁴⁵ Marcó, J. Tarasco, M. **"Diez temas de reproducción asistida"**. Ediciones Internacionales Universitarias, S.A. Madrid, España. 2001. Pag, 31.

espacio perivitelino, con ayuda de un microscopio, y si hay fertilización, se transfiere el cigoto o el embrión al útero o a la trompa. Estas técnicas se utilizan en casos de esterilidad masculina severa, en varones con oligospermia severa, problemas de motilidad espermática, teratozoospermia, o cuando existen niveles altos de células inflamatorias en el eyaculado. En estos casos no es posible la fecundación in vitro clásica y se tendría que recurrir a la utilización del semen de un donante¹⁴⁶. Como bien se puede observar dicha técnica se emplea en casos de esterilidad masculina severa, por lo que se puede conseguir una fecundación con pocos espermatozoides. Dicha práctica tiene dos distintas técnicas a realizar, las cuales son¹⁴⁷:

1. La Inyección Intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI).

Este procedimiento consiste en la inyección del espermatozoide en el citoplasma del ovocito, con lo que en casi todos los intentos se produce una fecundación, e igualmente se producen un mayor porcentaje de embarazos exitosos que la técnica tradicional, además este procedimiento tiene una tasa muy baja de ovocitos dañados tras la práctica, es decir, un porcentaje mucho menor que la FIV clásica.

2. La Inyección subzonal de espermatozoides (SUZI).

“Consiste en la inyección del espermatozoide en el espacio perivitelino, por debajo de la zona pelúcida. Los espermatozoides que se inyectan deben tener

¹⁴⁶ Marcó, J. Tarasco, M. **“Diez temas de reproducción asistida”**. Ediciones Internacionales Universitarias, S.A. Madrid, España. 2001. Pag, 32.

¹⁴⁷ Marcó, J. Tarasco, M. **“Diez temas de reproducción asistida”**. Ediciones Internacionales Universitarias, S.A. Madrid, España. 2001. Pag, 32.

la reacción acrosómica finalizada”¹⁴⁸ En dicha técnica vale la pena mencionar, que la tasa de ovocitos dañados es incluso inferior que la técnica anteriormente mencionada, por lo que se puede deducir que la tasa de embarazos de éxitos aumenta aún más.

Por otro lado, para dicha investigación se quiso tener en cuenta las definiciones de Clínicas que practican la Fecundación In Vitro, igualmente, los procedimientos que ellas mismas practican para llevar a cabo la FIV. Es por esto que se toma como ejemplo la Clínica Dam, ubicada en Madrid, la cual presta servicios médicos especializados de forma privada, y dentro de los servicios que presta está la Técnica de Fecundación in Vitro.

En primer lugar, la Clínica Dam define la FIV como “...una forma de tecnología de reproducción asistida (ART, por sus siglas en inglés), lo cual quiere decir que se utilizan técnicas médicas especiales para ayudar a una mujer a quedar embarazada. La fecundación in vitro se ha utilizado con éxito desde 1978 y con mucha frecuencia se ensaya cuando han fallado otras técnicas de fertilidad menos costosas.”¹⁴⁹

Como se puede analizar para esta definición la Clínica únicamente manifiesta que es una forma o método para que la mujer pueda quedar embarazada, no explica en sí cómo se practica el método. Su concepto pareciera dar a entender que es una técnica poco invasiva y lo que llega a hacer es ayudar a la mujer a quedar embarazada con el mínimo esfuerzo.

¹⁴⁸ Marcó, J. Tarasco, M. “**Diez temas de reproducción asistida**”. Ediciones Internacionales Universitarias, S.A. Madrid, España. 2001. Pag, 33.

¹⁴⁹ Clínica Dam, Clínica Privada. (Actualizado 26 de enero de 2013). Sitio Web: <http://www.clinicadam.com/salud/5/007279.html>. Recuperado el: 4 de abril de 2013.

Por otro lado, la misma Clínica establece luego que el procedimiento que ellos practican los realizan mediante cinco pasos, los cuales son:

Paso 1: Estimulación o superovulación.¹⁵⁰

En esta etapa a la mujer se le aplican ciertos medicamentos específicos para la fertilidad, para poder producir un mayor número de óvulos, no uno al mes como normalmente se da. Igualmente a la mujer se le realiza una serie de estudios como ecografías para examinar el útero, los ovarios, e incluso exámenes de sangre a nivel hormonal.

Paso 2: Retiro del óvulo.¹⁵¹

Para este paso se requiere realizar una pequeña intervención la cual consiste en una aspiración folicular, esto para retirar los óvulos del cuerpo de la mujer, usualmente se lleva a cabo por medio de una cirugía ambulatoria, sin mayor costo y casi completamente indolora, todo esto, según explica la misma Clínica. Todo este procedimiento se realiza por medio de un ultrasonido para poder observar con detenimiento y tener la precisión de insertar a través de la vagina una aguja para llegar a los ovarios donde se encuentran los folículos que contienen los óvulos. Luego de hacer eso se extraen por medio de esa aguja los óvulos uno por uno, con el mayor cuidado que se pueda tener, este paso se tiene que realizar en ambos ovarios. Las únicas molestias que puede tener la mujer luego de realizarse este procedimiento, según la Clínica son unos ligeros calambres luego de la intervención, y estos desaparecerán días

¹⁵⁰ Clínica Dam, Clínica Privada. (Actualizado 26 de enero de 2013). Sitio Web: <http://www.clinicadam.com/salud/5/007279.html>. Recuperado el: 4 de abril de 2013.

¹⁵¹ Clínica Dam, Clínica Privada. (Actualizado 26 de enero de 2013). Sitio Web: <http://www.clinicadam.com/salud/5/007279.html>. Recuperado el: 4 de abril de 2013.

posteriores. Igualmente, la Clínica da la posibilidad de que si la mujer es incapaz de producir los óvulos propios, siempre existe la posibilidad de óvulos donados, por lo que cualquier mujer puede optar por este tratamiento.

Paso 3: Inseminación y fecundación.¹⁵²

Ya para esta etapa en donde ya se tienen seleccionados los mejores óvulos que fueron extraídos de la mujer, se debe de colocar los espermatozoides junto a los óvulos, y se deben de ubicar en una cámara especializada con un ambiente controlado, vale recalcar que la Clínica enfatiza que únicamente se seleccionan y utilizan los mejores gametos, tanto del hombre como la mujer para realizar esta etapa. Dicha unión que realizan los especialistas entre el óvulo y el espermatozoide lo denominan inseminación, debido a que el espermatozoide debe de ingresar dentro del óvulo y de esta forma pocas horas después fecundarlo. Si el mismo personal especializado considera que la posibilidad de fecundación del óvulo es baja, cambian de práctica y los mismos inyectan el espermatozoide dentro del óvulo, dicho procedimiento como anteriormente se había explicado se denomina inyección intracitoplásmica de espermatozoides (ICSI, por sus siglas en inglés). Como igualmente se había hecho referencia es prácticamente el mismo procedimiento de Fecundación in Vitro tradicional, pero que cambiaba en la manera como el espermatozoide fecunda el óvulo. Se puede deducir que en dicha Clínica practican ambos procedimientos, realizando los estudios respectivos de cuál método sería más efectivo para cada pareja en particular.

¹⁵² Clínica Dam, Clínica Privada. (Actualizado 26 de enero de 2013). Sitio Web: <http://www.clinicadam.com/salud/5/007279.html>. Recuperado el: 4 de abril de 2013.

Paso 4: Cultivo del embrión.¹⁵³

Ya para este paso el óvulo se encuentra fecundado y cuando éste se divide, para la misma Clínica denominan la siguiente etapa la creación del embrión. Es por lo que se puede tomar en consideración que incluso para las mismas Clínicas que practican dichas técnicas inmediatamente después de realizada la división de la célula se crea el embrión. En esta etapa, todo el personal se encontrará observando que el embrión se encuentre en perfecto estado y crecimiento adecuado, es decir, que el mismo embrión tiene células que deben de seguirse dividiendo para que se encuentre en las condiciones adecuadas para ser implantado, dicho proceso tardará aproximadamente unos cinco días.

La Clínica realiza las salvedades del caso al decir que, los padres o donadores de los gametos, pueden transmitir a los embriones algún problema genético, por lo que siempre se recomienda realizarle estudios al embrión para cerciorarse de que el nuevo hijo (así llamado por la misma Clínica), no lleve algún defecto no deseado, dichos exámenes son denominados diagnósticos genéticos preimplantatorios (PGD, por sus siglas en inglés), dicho examen es realizado en los días 3 ó 4 luego de la fecundación. Dicho procedimiento consta en retirar una pequeña célula de cada embrión creado para determinar si existe o no alguna deficiencia genética, para la Clínica dicho diagnóstico puede ayudar a los futuros padres por decidir cuáles embriones se deben de implantar. Como ya anteriormente se había criticado, dicho diagnóstico únicamente sirve para determinar cuáles embriones vienen con

¹⁵³ Clínica Dam, Clínica Privada. (Actualizado 26 de enero de 2013). Sitio Web: <http://www.clinicadam.com/salud/5/007279.html>. Recuperado el: 4 de abril de 2013.

algún trastorno genético y desecharlo, es decir, se realiza una estricta selección humana de cuáles embriones puede desarrollarse en las óptimas condiciones para concluir con un embarazo para ellos exitoso y sin problemas. Igualmente, la misma Clínica también reconoce que dicho procedimiento es sumamente discutido y polémico por lo que no en todos los centros médicos donde se realizan Fecundaciones in Vitro es ofrecido.

Paso 5: Transferencia del embrión.¹⁵⁴

Para esta última etapa, el médico implanta los embriones dentro del útero de la mujer, dicho procedimiento puede ser realizado en el mismo consultorio médico sin necesidad de anestesia, y el procedimiento consiste en introducir un tubo sumamente delgado dentro de la vagina y en dicho tubo se encuentran los embriones y son implantados en el útero. Por lo que si varios embriones o uno solo se sostienen en el revestimiento del útero y se desarrolla, eso quiere decir que se tuvo un embarazo exitoso. La Clínica advierte que puede existir la posibilidad de que varios embriones se desarrollen dentro del útero y estos produzcan embarazos múltiples. La Clínica en ninguna parte expresa cuánto es el máximo de embriones que pueden ser implantados a la mujer, en el procedimiento, únicamente establece que el asunto es complicado, debido a que se debe de tomar en consideración distintos factores, como la edad de la mujer, por ejemplo. Además, el Centro Médico hace referencia que ellos brindan el servicio para poder congelar los embriones que no fueron utilizados en dicha técnica y ser guardados para tratamientos posteriores.

¹⁵⁴ Clínica Dam, Clínica Privada. (26 de enero de 2013). Recuperado de: <http://www.clinicadam.com/salud/5/007279.html>. (04/04/ 2013).

El mismo Centro se refiere a que el procedimiento puede ser realizado por distintas personas que tengan problemas de infertilidad, dentro de las que menciona:

- “Edad avanzada de la mujer (edad materna avanzada).
- Trompas de Falopio obstruidas o dañadas (puede ser causado por enfermedad inflamatoria pélvica).
- Endometriosis.
- Factor de infertilidad masculino, incluyendo disminución del conteo de espermatozoides y obstrucción.
- Infertilidad inexplicable.”¹⁵⁵

Asimismo, el Centro Médico manifiesta que a pesar de ser un procedimiento fácil, y poco invasivo para ellos, siempre existen riesgos en la salud por considerar, debido a que la FIV demanda muchas obligaciones como físicas, económicas, emocionales y temporales, igualmente se pueden dar episodios de estrés o incluso depresión debido al deseo de formar una familia o también, en algunos casos a consecuencia de los medicamentos suministrados, incluso se puede sufrir de dolores de cabeza, abdomen, algunos hematomas debido a la diaria inyección de los medicamentos. Para la Clínica es muy rara vez que las mujeres sufran del síndrome de hiperestimulación ovárica, el cual puede tener como efectos “... acumulación de líquido en el abdomen y el tórax. Los síntomas comprenden dolor y distensión abdominal, aumento rápido de peso (10 libras en 3 a 5 días), disminución de la micción a

pesar de tomar mucho líquido, náuseas, vómitos y dificultad para respirar. Los casos leves se pueden tratar con reposo en cama, mientras que los casos más graves requieren drenaje de líquido con una aguja.”¹⁵⁶ El Centro Médico recalca que el cáncer de ovario no está ligado a los medicamentos para dicho procedimiento. En cuanto al procedimiento para la extracción de los óvulos algunos reacciones que se pueden dar es a la anestesia, un poco de sangrado semejante a una menstruación, algún tipo de infección y si existe alguna complicación los daños podrían ser mayores, como por ejemplo, daños en la estructura ovárica, intestinos e incluso la vejiga.

Asimismo, mencionan que pueden existir complicaciones en el parto si dicho embarazo llegara a ser múltiple debido a que puede llegar a ser un parto prematuro, o el peso del bebé inferior al normal en el momento de nacer, además es importante mencionar que la misma Clínica reconoce que no existe certeza, si en el momento de manipular artificialmente las células y luego los embriones puede conllevar a aumentar los defectos genéticos.

Dentro de los grande problemas que menciona el Centro es que la técnica es un procedimiento extremadamente costoso, y que muchos seguros médicos no llegan a cubrir los gastos para efectuar dicha práctica, la Clínica realiza un estimado de costos para todo el procedimiento en más de \$ 12,000 a \$ 17,000.¹⁵⁷ Por lo que como ya es conocido dicho procedimiento es extremadamente costoso y no son todas las personas que pueden costearlo.

¹⁵⁵ Clínica Dam, Clínica Privada. (26 de enero de 2013). Recuperado de: <http://www.clinicadam.com/salud/5/007279.html>. (04/ 04/ 2013).

¹⁵⁶ Clínica Dam, Clínica Privada. (26 de enero de 2013). Recuperado de: <http://www.clinicadam.com/salud/5/007279.html>. (04/04/2013).

¹⁵⁷ Clínica Dam, Clínica Privada. (26 de enero de 2013). Recuperado de: <http://www.clinicadam.com/salud/5/007279.html>. (04/04/ 2013).

El Centro Médico plantea que no es necesario ningún reposo luego de la implantación del embrión dentro del útero, salvo casos especiales, por lo que la mayoría de las mujeres puede regresar a sus labores cotidianas al día siguiente. Sí es importante la aplicación de una serie de inyecciones de progesterona durante las 8 a 10 semanas luego de la implantación, esto para poder proteger y preparar mejor el útero para el embarazo, ya que sin este medicamento se corre el riesgo de sufrir un aborto espontáneo. Dentro de los 12 a 14 días luego de la implantación del embrión, se debe de asistir a la Clínica para realizar una prueba para confirmar o no el embarazo, con esto concluye el tratamiento que practica la Clínica Dam para realizar la Técnica de Fecundación in Vitro.

Como se pudo observar al desarrollar la primera definición de los autores, el concepto obtenido es el más cercano a la realidad, ya que utiliza palabras como manipulación, laboratorio, e incluso la experimentación con los embriones o células obtenidas en el proceso. Sí toman en cuenta la forma artificial en que se lleva la práctica. En cambio el segundo concepto que brinda la Clínica Dam, únicamente viene a decir que, es una práctica que ayuda a las personas a quedar embarazadas, sin determinar que es una forma artificial, que se puede experimentar con los productos residuales, debido a que la misma legislación lo permite. Por lo que se deduce que la definición extendida por la Clínica no se ajusta tanto a la realidad del procedimiento y tratan de opacar cualquier problemática al someterse al procedimiento.

En relación con el procedimiento como tal, tanto los autores Marcó como Tarasco, mencionan todos los riesgos latentes en la práctica de la técnica, como es el Síndrome de Hiperovulación Ovárica, en donde incluso dicho

síndrome puede causar en la mujer posteriormente, la no producción de óvulos y de esta forma desencadenar en esterilidad. Asimismo, se critica la forma como seleccionan los gametos y los embriones, antes de la fecundación y la implantación. Esto con el fin de únicamente utilizar las células en mejor estado, para garantizar un embarazo exitoso afín de evitar malformaciones y defectos genéticos, pero utilizando los sobrantes en experimentaciones o descartándolos de una vez. Se puede ver que la legislación española al regular la FIV dejó desprotegido la vida y dignidad que puede tener el embrión en dicho proceso. La Clínica desarrolla el procedimiento y manifiesta que el proceso es casi poco indoloro, sin riesgos, y no expresa en ningún momento que es poco probable lograr un embarazo con intentar la técnica una vez. La Clínica no manifiesta los verdaderos riesgos que puede conllevar la práctica de la técnica o realmente que la práctica del mismo puede llegar a ser incómodo y doloroso.

En conclusión, se puede manifestar que los médicos o personal autorizado para practicar la técnica “suavizan” los efectos de la FIV, debido que para ellos es un negocio y deben de vender la técnica. Además, se puede observar que tratan como un objeto, tanto a las células como a los embriones, debido a que si no se encuentran en las mejores condiciones para lo que está buscando se descarta, asimismo, aunque se logre un embarazo y el feto viene con algún problema se le practica un aborto, debido a que no se puede desprestigiar la técnica, al lograr un embarazo, pero que el niño nazca con algún problema, porque se no es el deseo de las parejas. Es en este punto donde se cuestiona aún más la técnica debido a que en un embarazo concebido de manera natural, por lo general, nunca se realizan estudios tan

minuciosos para determinar un estado óptimo del embrión y si éste se encuentra con algún problema proceder con un aborto.

Se toma en cuenta el estudio estadístico realizado por la Sociedad Española de Fertilidad, la que recopiló información de clínicas españolas que llevan a cabo la técnica con los datos de cada paciente, en total se utilizaron 103 Clínicas. A continuación, se observará y analizará algunos datos que se consideran importantes para la presente investigación para determinar la real efectividad y viabilidad de la técnica.

	FIV clásica	ICSI O Mixta	TOTAL
Pacientes Tratadas	2.662	22.870	25.532
Ciclos Iniciados	3.456	29.047	32.503
Ciclos cancelados	576	3.053	3.629
Transferencias	2.474	22.291	24.765
Gestaciones	974	8.513	9.487
Ectópicos, heterotópicos y abortos	191	1.585	1.776
Gestaciones con evolución desconocida	141	1.532	1.673
Partos	503	5.113	5.616

Recién nacidos	718	6.252	6.970
vivos			

158

En este primer cuadro se enfocó datos generales, como se puede observar la técnica más utilizada en las Clínicas en estudio fue la Fecundación ICSI por más de veinte mil pacientes, se podría justificar este incremento, debido a lo ya expuesto anteriormente de que la técnica podría ser más efectiva en la etapa de fecundación. Otro dato que se quiere destacar es la cantidad de transferencias realizadas en relación con los ciclos, tanto iniciados como concluidos, las transferencias decaen en más de mil pacientes, es decir, no llegan a implantarse los cigotos obtenidos en el proceso, por lo que en bastantes casos no se concluye con el procedimiento, y posiblemente, los gametos, cigotos o embriones son desechados o utilizados para la experimentación.

Por otro lado, es exagerada la brecha que se puede observar entre el total de las pacientes tratadas con ambas técnicas (FIV clásica y ICSI) la cual fue de 25.532, y el total de gestaciones (9.487) que fue menos de la mitad de las pacientes tratadas, por lo que se puede comprobar con estas estadísticas que la técnica no es tan efectiva para la cantidad de embriones o cigotos que se eliminan o se pierden en relación con los nacimientos que son realmente logrados con éxito, esto debido a que únicamente el total de niños recién nacidos mediante la técnica son 6.970. Por lo que también se puede deducir

¹⁵⁸ Prados, F. De los Santos, MJ. Cabello, Y. Buxaderas, R. Segura A. Hernández, J. Vidal, E. Herrero, J. Luceño, F. Marqueta, J. Perez, F. Castilla, J.(2010) "Registro de la Sociedad Española de Fertilidad: Técnicas de Reproducción Asistida (IA y FIV, ICSI)." Sitio Web: www.registrosef.com. (08/04/13). Pág. 3.

que las posibilidades de lograr un embarazo en un primer intento de la técnica son extremadamente bajas.

	FIV clásica	ICSI o Mixta	TOTAL
% de ovocitos inseminados/inyectados por ovocitos obtenidos	90,2%	74,9%	76,3%
% de cigotos por ovocitos obtenidos	59,5%	51,8%	52,5%
% de fecundación	66,0%	69,2%	68,8%
% de embriones crioconservados por cigotos obtenidos	27,2%	24,6%	24,8%

159

Lo que se quiso ejemplificar con este cuadro es cómo el porcentaje de ovocitos obtenidos para realizar la fecundación es sumamente alto incluso de un 90%, pero tanto los cigotos obtenidos e incluso los fecundados disminuyen a pasos agigantados, por lo que refuerza la posición de que la técnica no es suficientemente efectiva para la cantidad de embriones o cigotos que son desechados.

¹⁵⁹ Prados, F. De los Santos, MJ. Cabello, Y. Buxaderas, R. Segura A. Hernández, J. Vidal, E. Herrero, J. Luceño, F. Marqueta, J. Perez, F. Castilla, J. (2010) "**Registro de la Sociedad Española de Fertilidad: Técnicas de Reproducción Asistida (IA y FIV, ICSI).**" Recuperado de: www.registrosef.com. (08/04/13). Pág. 4.

Es importante mencionar que la cantidad de embriones crioconservados es muy alta hasta casi un 25% del total de embriones obtenidos, igualmente el estudio no determina realmente si todo el porcentaje de embriones congelados es utilizado para implantarlos en un futuro o para la experimentación para la extracción de células maduras e incluso la donación que es regulada en la legislación española.

	1 embrión transferidos	2 embriones transferidos	3 embriones transferidos	TOTAL
Total de transferencias	4.304	17.193	3.262	24.759
% de implantación	23, 2%	26,7%	17,5%	24,5%
Partos con feto único	589	3.229	428	4.246
Partos gemelares	7	1.150	163	1.320
Partos triples o más	0	9	14	23
Total de partos	596	4.388	605	5.589
Ectópicos y heterotópicos	13	123	25	161

Abortos	201	1.152	241	1.594
---------	-----	-------	-----	-------

160

Para este último cuadro se pretendió determinar el riesgo de embarazos múltiples al implementar la técnica, como se puede observar el riesgo de tener, tanto gemelos como trillizos es alta, igualmente como se puede ver en el cuadro se pierden cigotos o embriones en el proceso y la cantidad de partos es muy pequeña, en relación con la cantidad de transferencias e implantaciones realizadas. Además, se puede tomar en cuenta, que cuando se implantan dos embriones en el útero, el éxito de un embarazo llega a ser mayor que introducir únicamente uno. Pero así a como lo reflejaron los cuadros expuestos anteriormente los abortos espontáneos sufridos por medio del FIV es muy alta en comparación a los embarazos exitosos.

Con todo lo anterior, se concluye que la pérdida tanto de cigotos como de embriones es extremadamente alta, en relación con los embarazos y partos que llegan a ser exitosos. Se observa igual la superioridad del derecho de las parejas sobre el derecho a la vida y la dignidad del embrión. Reafirmando nuevamente la política española de utilizar los embriones como objetos y no como sujetos de derecho.

En relación con la posición española de utilizar a los embriones o cigotos como objetos y no como sujetos de derecho, la jurisprudencia española reafirma tal posición en distintas sentencias. En este punto, se tomarán en

¹⁶⁰ Prados, F. De los Santos, MJ. Cabello, Y. Buxaderas, R. Segura A. Hernández, J. Vidal, E. Herrero, J. Luceño, F. Marqueta, J. Perez, F. Castilla, J. (2010) "**Registro de la Sociedad Española de Fertilidad: Técnicas de Reproducción Asistida (IA y FIV, ICSI).**" Recuperado de: www.registrosef.com. (08/04/13). Pág. 5.

cuenta dos resoluciones importantes, en primer lugar se analizará la sentencia del Tribunal Constitucional número 212 del 19 de noviembre de 1996.

Es un recurso de inconstitucionalidad contra la ley 42/1988, sobre la donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos en su totalidad y subsidiariamente contra los artículos 1, 2, 3, apartados 2 y 3, 5 apartado 1, 5 apartado 3, 7, 8, 9 y Disposición Adicional Primera, apartados d) y e), por contradecir los artículos 9, 10, 15, 25, 53 y 81 de la Constitución Española.

Lo que manifiestan los que interpusieron el recurso establecen que dicha ley, viola el principio constitucional de protección a la vida humana. La mencionada ley declara que se considera o respeta el derecho a la vida en el momento cuando el embrión es implantado en el útero materno y se crea una relación directa y dependiente con la madre.

Los mismos igualmente expresan que en la "...Ley no se define con claridad qué se entiende por embrión y feto, lo que vulnera el principio de seguridad jurídica en temas de tan alta trascendencia. En el articulado de la Ley se distingue entre embriones y fetos a efectos de su distinta protección y de permitir la investigación o experimentación sobre ellos, pero sin que en ningún momento se establezca cuándo debe entenderse que se produce el paso del embrión al feto; la distinción entre ambos, sin embargo, puede ser tan seria como la que se deduce del Art. 5, apartados 3 y 4, pues los embriones abortados son objeto de una especie de presunción de no viabilidad mientras

que los fetos son acreedores de tratamiento con fines de favorecer su desarrollo.”¹⁶¹

Según estos autores la ley tiene una contradicción en cuanto no existe una claridad para determinar qué se entiende por embrión y feto en relación con la protección jurídica que cada uno debe de tener, pero si existe claridad entre ambos términos para poder experimentar o investigación de estos. Igualmente, no se establece una distinción clara de cuando para el embrión al feto lo cual es preocupante debido a que de esta forma no se entiende como se diferencian para ser utilizados en experimentaciones. Atentando todo lo anterior al principio de seguridad jurídica para ambos.

Es importante recalcar que el Tribunal Constitucional Español en la resolución 53/1985, establece que la vida humana comienza con la gestación (artículo 15 de la Constitución Española); igual que en Costa Rica la protección ante la vida humana tiene rango Constitucional, por lo que la ley viene a restringir un tema tan importante como el de la vida, determinando en qué momento es que se inicia a proteger la vida de ese nuevo ser.

Otro tema que se critica es el tema de donación de embriones o de fetos, en el cual los autores expresan que “Tal patrimonialización del embrión y del feto no es admisible en nuestro Derecho constitucional por ser contrario al respeto inherente a la persona humana, reconocido en el Art. 10 C.E. y en los Tratados Internacionales suscritos por España.”¹⁶²

¹⁶¹ Resolución del Tribunal Constitucional Español. N°212/1996. Del 19 de diciembre de 1996. Pág. 2.

¹⁶² Resolución del Tribunal Constitucional Español. N°212/1996. Del 19 de diciembre de 1996. Pág. 3.

Lo que se viene a criticar aquí es la utilización de un contrato para la donación de seres vivos, por lo que se considera que esto viene a darle un carácter patrimonial a un ser humano. Incluso denuncia que la ley admite la posibilidad de experimentar de una forma no terapéutica a esos fetos o embriones hasta provocarles la muerte, y de esta manera no brindarles la protección jurídica que debería tener. Además, ante la protección que brinda el artículo 15 de la Constitución Española, ante la contradicción establecida en la Ley en discordia también se debería realizar una reforma al Código Penal, ya que de esta forma dicha Ley cometería distintos delitos tipificados en el Código.

En resumen, los actores concluyen que la ley es inconstitucional porque:

“1º) Art. 1, que vulnera el principio de seguridad en cuanto establece que "sólo podrá autorizarse en los términos que establece la presente Ley" la donación y utilización de embriones y fetos humanos, lo que parece excluir de su ámbito utilidades no autorizadas.

2º)... la inconstitucionalidad del Art. 2, en todos sus párrafos, en cuanto reiteradamente se refiere a la donación de embriones y fetos.

3º) El Art. 3, apartados 2 y 3, es igualmente contrario a la seguridad jurídica, por consagrar como práctica permitida una categoría, la interrupción del embarazo, que no tiene significado jurídico más que en el ámbito penal, como conducta delictiva.

4º) Art. 5.1, en su inciso final "de conformidad con las disposiciones normativas vigentes", referencia indeterminada que viola la reserva de Ley formal.

5º) Art. 5.3, en cuanto establece la presunción legal de no viabilidad de los embriones abortados, espontáneamente o no.

6º) Art. 7, por las razones expuestas, en cuanto se refiere a la donación de embriones y fetos y no subordina las prácticas allí recogidas al derecho a la vida y al desarrollo de sus sujetos pasivos.

7º) Art. 8, en cuanto la normativa que establece respecto a la tecnología genética, no garantizan el derecho a la vida del fruto de la concepción, remitiéndose como único límite a una autorización administrativa y a lo dispuesto por la propia Ley recurrida, que no garantiza, sino más bien lo contrario, la protección constitucionalmente exigible de la vida humana, en los términos del Art. 14 C.E. ^{“163}

Ante el resumen realizado por los actores del recurso el abogado del Estado rechaza todos los argumentos diciendo que la Ley fue creada con apego a la seguridad jurídica, no violenta la reserva de ley sobre temas en relación con la vida humana. Igualmente, se le da paso a la ciencia por lo que existen derechos progresivos, además que el derecho a la vida establecido en la Constitución será un derecho planteado en abstracto, por lo que la Ley no era contradictoria a la Constitución. Manifiesta también que la donación de fetos y embriones autorizada por la misma Ley, solo se da si los mismos no son viables para producir un embarazo o estén muertos.

Ante los argumentos planteados por ambas partes, el Tribunal Constitucional Español, fundamenta su decisión estableciendo que en primer lugar la ley lo que pretende es regular la donación de fetos y embriones en

general. También, realiza la salvedad que la ley en discordia se debe de interpretar en relación con la Ley sobre extracción y trasplante de órganos, con lo que se pretende la manipulación, tanto de embriones como de fetos para fines investigativos, evitando cualquier otro tipo de manipulación, todo lo anterior acorde con el derecho a la dignidad del mismo.

Asimismo, el Tribunal determina que el derecho garantizado en la Constitución no es un derecho fundamental, sino un bien jurídico tutelado por el mismo.

“La propia STC 53/1985 se ocupaba ya de especificar en qué puede consistir la protección constitucional de la vida del nasciturus: "Partiendo de las consideraciones efectuadas en el fundamento jurídico 4, esta protección que la Constitución dispensa al nasciturus implica para el Estado con carácter general dos obligaciones: La de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal de defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales".¹⁶⁴

En conclusión a lo anterior, se puede decir que es obligación del Estado la protección de la vida y eso incluye al embrión o feto.

Con respeto a la donación la ley establece que debe de ser un feto o embrión “no viable”, por lo que sería incapaz de llegar a ser un ser vivo. Menciona también que la misma Ley establece que sean “no viables”, es decir,

¹⁶³ Resolución del Tribunal Constitucional Español. N°212/1996. Del 19 de diciembre de 1996. Pág. 4-6.

¹⁶⁴ Resolución del Tribunal Constitucional Español. N°212/1996. Del 19 de diciembre de 1996. Pág. 14.

que no tengan posibilidades para nacer. "...la Ley se enfrenta con la realidad de la existencia de embriones y fetos humanos, ya sea muertos o no viables, susceptibles de utilización con fines diagnósticos, terapéuticos, de investigación o experimentación, pretendiendo abordar en todo caso esta realidad de modo acorde con la dignidad de la persona."¹⁶⁵ Es por esto que el Tribunal considera que no existe contradicción sobre lo establecido en la Ley y la protección que brinda la Constitución al embrión o al feto.

Tema diferente por tratar sería de los fetos expulsados prematuramente y espontáneamente por el hecho, de que estos sí son considerados viables. La ley establece que estos serían tratados para su beneficio vital y autónomo.

En relación con la discusión de la donación de los fetos o los embriones, el Tribunal establece que no existiría la patrimonialización, por el hecho que la misma ley expresa que la donación sería de fetos o embrión no viables, es decir, que no tengan posibilidad de desarrollo y poder llegar a formar un ser humano, por lo que dicha crítica carecería de fundamento dado que únicamente se estaría frente a una simple donación, no de un negocio. Este tema se relaciona a que si esos fetos o embriones no tienen la posibilidad de desarrollo significa que no existe violación ante el derecho a la vida y dignidad de los mismos, con base en todo lo anterior el Tribunal considera también que la ley no viola ninguna normativa en relación con el Código Penal. Es por esto que el recurso se declara parcialmente con lugar, y desestima todo lo relacionado con la vida y dignidad del embrión.

¹⁶⁵ Resolución del Tribunal Constitucional Español. N°212/1996. Del 19 de diciembre de 1996. Pág. 15,16.

La crítica más fuerte que se puede sostener ante dicha resolución es que, el Tribunal español manifiesta que la ley 42 de 1988 no es contraria con la Constitución, debido a que la única manipulación que se brinda es para los fetos y embriones que no son viables, esto por criterios establecidos por los mismos. Establecer que un feto o un embrión es o no viable, puede llegar a ser discutido. Si al feto o embrión se le crea en un laboratorio, dicha manipulación puede afectar el desarrollo, así que puede que el mismo daño o la “no viabilidad”, puede ser causa por el mismo proceso de creación. Además, la misma Ley establece una posibilidad de manipulación de fetos prematuros con el fin de determinar un mejor desarrollo y vitalidad a los mismos, pero en conclusión la misma ley permite la manipulación de fetos para la experimentación e investigación.

3. Uso de los embriones crioconservados.

Como se ha mencionado con anterioridad, una de las consecuencias de la realización de la técnica de la fecundación in Vitro en España es la cantidad de embriones que sobran luego de haberse realizado la técnica, ya sea porque la misma tuvo éxito y se desea conservarlos para tratamientos posteriores o por que la pareja o mujer no quiere seguir con el procedimiento; sea cual sea la razón, los embriones sobrantes necesitaban un destino cierto, lo cual como se vio se lo dispuso la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre las técnicas de reproducción humana asistida, donde se permitió el uso de estos para: la crioconservación para su uso posterior por la misma pareja o mujer, darlos en donación a otras parejas con fines de reproducción, darlos en donación para la investigación o por último desecharlos sin ningún fin.

Ya se había mencionado que para cualquiera de estos fines se necesitaba la autorización expresa e informada de la progenitora (res), pero se considerará necesario determinar en qué consiste cada uno de estos fines y las implicaciones que traería para el embrión.

3.1 Crioconservación.

Como se analizó anteriormente en esta investigación, la crioconservación es un procedimiento paralelo que muchos estiman como esencial para llevar a cabo la FIV, ya que para la obtención de los embriones óptimos para la transferencia al útero de la mujer, se debe de fecundar un aproximado de 6 a 15 óvulos, debido a que en muchas ocasiones no todos se fertilizan y no todos los embriones evolucionan correctamente en el laboratorio, por lo que no pueden ser utilizados y deben ser desechados, por lo general solo un tercio de los embriones obtenidos son aptos para su utilización en esta técnica, pero también, ocurren casos en los que la mayoría de embriones se desarrollan correctamente y al momento de la transferencia no se utilizan todos, por lo que el destino de los embriones sobrantes es la crioconservación.¹⁶⁶

La crioconservación es un método que se ha venido utilizando desde los primeros años en que surge la FIV, la crioconservación de cualquier célula consiste “exponerla primero a una solución salina hipertónica simple que contiene una sustancia “crioprotectora” permeable... y una no permeable... Esta exposición breve va a hacer que la célula se deshidrate y que el agua intercelular sea reemplazada por la sustancia crioprotectora permeable... Luego la célula será enfriada en una máquina hasta -7°C... En este punto el

¹⁶⁶ Instituto Bernabeu, Medicina Reproductiva,. Recuperado de: <http://www.institutobernabeu.com/es/3-1-9/pacientes/> (17/4/2013).

contenido será y se disparará la formación de hielo en la solución extracelular enfriado abruptamente... A partir de allí se iniciará un descenso lento hasta por debajo de -30°C Luego de -30°C se podrá sumergir directamente en nitrógeno líquido (-196°C) para ser almacenada casi, en términos prácticos, indefinidamente.”¹⁶⁷, por lo que el congelamiento se da paulatinamente.

En un principio las tasas de supervivencia de los embriones luego de la descongelación eran muy bajas, debido a que se formaban cristales en las estructuras de los embriones, lo cual producía un daño irreparable en estos, lo que conllevaba que no se pudieran utilizar, por lo que surgió la necesidad de mejorar la técnica de congelamiento y en los últimos años se ha venido desarrollo otra técnica llamada vitrificación.

La vitrificación consiste “en preparar los embriones con altas concentraciones de sustancias protectoras que hacen que el medio líquido se transforme en vítreo impidiendo la formación de cristales intracelulares”¹⁶⁸, esto hace que no se produzcan los cristales en el interior del embrión, si no como el mismo nombre lo menciona, se congela de tal forma que parece un vidrio, lo cual los protege en un mayor grado que la antigua técnica, lo que significa una menor tasa de mortalidad de los mismos luego de la descongelación y un mayor éxito en su utilización posterior.

3.2 Tratamiento de los embriones congelados.

Los médicos a favor de estas técnicas, consideran que es de gran ventaja la crioconservación de los embriones, ya que le permite a la pareja su

¹⁶⁷ Criobiología de Gametos. Dra. Claudio Bisioli, Revista de la Sociedad Argentina de Endocrinología Ginecológica y Reproductiva, Volumen XIII - Número 2 - Julio De 2006. Pág. 23.

utilización posterior para añadir nuevos miembros a la familia o en el caso de que la técnica fallase en primera instancia, programar lo más rápido posible un segundo ciclo reproductivo, sin tener que someterse de nuevo a todos los tratamientos de reproducción, sino que simplemente se necesitaría alistar el útero para que esté en condiciones óptimas para recibir nuevamente a los embriones.

Antes de iniciar la transferencia, es necesario que la mujer se aplique durante aproximadamente dos semanas una serie de parches o pastillas, posteriormente luego de que la mujer tuvo su menstruación se realiza una ecografía, para verificar que el útero éste en las condiciones adecuadas, cuando esto se constata “la paciente inicia la administración de progesterona por vía vaginal entre 3 y 5 días antes de la fecha prevista de descongelación”¹⁶⁹, a partir de este momento la técnica es exactamente la misma que se realiza con embriones frescos, al igual que los cuidados que se debe de tener luego del procedimiento.

Este procedimiento como se mencionó anteriormente se encuentra regulado dentro de la actual ley sobre técnicas de fecundación asistida (Ley 14/2006) en su capítulo III, artículo 11, en donde se dispone que se podrá crioconservar los embriones por todo el tiempo en que los médicos responsables consideren que la mujer receptora cumple con los requisitos, es decir, que se podrán mantener congelados por la totalidad de la vida fértil de la mujer, luego de esto se desecharán ó donar para otros fines.

¹⁶⁸ Instituto Bernabeu, Medicina Reproductiva. Recuperado de: <http://www.institutobernabeu.com/es/3-1-9/pacientes/> (17/4/2013).

3.3 Donación de Embriones con Fines Reproductivos.

Dentro de los posibles fines de los embriones crioconservados, se tiene la opción de que los progenitores, ya sea la pareja o mujer, dependiendo del caso, pueda donar sus embriones crioconservados sobrantes de uno o varios ciclos reproductivos a otras parejas con el único fin de la reproducción.

La donación se ha considerado como la única posibilidad de que parejas que sufren patologías tan severas que no les permite ni siquiera producir los gametos necesarios para la fecundación o que por su edad se le hace imposible, puedan a través de la fecundación in Vitro y gracias a la donación de los embriones, lograr su anhelo de concebir.

Los requisitos que exige la ley para poder realizar esta clase de donación es ser mayor de 18 años, tener plena capacidad de obrar, tener buena salud, no tener antecedentes de malformaciones, todo esto, según el Real Decreto 412, este mismo también dispone que no podrá ser donante la mujer mayor a los 35 años de edad, lo cual vino a implicar que no muchas parejas pudieran donar sus embriones, ya que es bastante alto el porcentaje de mujeres mayores a los 35 años que se someten actualmente a la FIV.

Además de los anteriores requisitos la ley, también, exige el permiso informado de la pareja o mujer, esta donación nunca puede ser con carácter lucrativo, la autorización debe de ser expresa y por escrito, la cual debe de ser formal y confidencial.

En España se hace la diferenciación entre donación y adopción, como se mencionó anteriormente la donación de embriones “son aquellos embriones

¹⁶⁹ Instituto Bernabeu, Medicina Reproductiva. Recuperado de: <http://www.institutobernabeu.com/es/3-1->

que proceden de parejas que los han cedido expresamente a personas de forma altruista y anónima”¹⁷⁰ a diferencia de la adopción de embriones donde “la pareja no ha concretado su destino tras el tratamiento de fertilidad realizado y pasado un periodo generalmente de 2 años, quedan a disposición de los centros en los que estén congelados, que podrán destinarlos a cualquiera de los fines que recoge la ley, incluida, la donación a otra parejas que quieran tener hijos”¹⁷¹. Esta diferenciación se hace en la mayoría de centros que practica la técnica a través de este sistema.

Al igual que la FIV normal, el procedimiento es el mismo, lo único que si cuidan los centros es que el fenotipo de los padres receptores sea similar al de los progenitores biológicos del embrión, pero siempre asegurando la confidencialidad de estos.

Se cree que es de gran ventaja para los padres receptores, ya que el costo de la implementación de la técnica es mucho menor, ya que como se mencionó con anterioridad la donación no puede ser lucrativa, se hace de una forma altruista, además se considera que al ser los embriones de parejas saludable que en su mayoría ya han logrado la FIV, los pronósticos de que la técnica funcione son buenos, aún así se ajusta a las estadísticas de éxito de los embriones crioconservados, así mismo la mujer no debe de sufrir los procedimientos de estimulación ovárica y la punción folicular¹⁷², puesto que el embrión ya está formado.

9/pacientes/ (17/4/2013).

¹⁷⁰ Adopción de Embriones By VDA Fertility Consulting, SLU. Recuperado de:

<http://www.adopciondeembriones.com/adopci%C3%B3n-de-embriones-en-espa%C3%B1a/>. (17/4/2013).

¹⁷¹ Adopción de Embriones By VDA Fertility Consulting, SLU. Recuperado de:

<http://www.adopciondeembriones.com/adopci%C3%B3n-de-embriones-en-espa%C3%B1a/>. (17/4/2013).

¹⁷² Ginefiv. “Estudio de la Esterilidad Fertilización In Vitro.” Recuperado de:

3.4 Donación de Embriones con Fines de Investigación.

Otro de los destinos que puede elegir los progenitores de los embriones sobrantes de la FIV, es la donación con fines de investigación, para lo cual y al igual a los otros fines, es necesario la autorización escrita por parte de los progenitores, pero esta autorización debe de ser informada, es decir, que la pareja o mujer debe de ser informada del fin de la investigación al que está donando sus embriones, también la ley exige que los embriones no hayan sobrepasado el catorzavo día después de la fecundación, esto descontando el tiempo de crioconservación y que el proyecto de investigación esté debidamente aprobado por la autoridad sanitaria correspondiente.¹⁷³

Para la regulación de la investigación en embriones, además de lo mencionado anteriormente, se cuenta con Ley 14/2007 del 3 de julio, sobre la Investigación biomédica, en la cual se señala las disposiciones que deben de seguir las investigaciones en embriones humanos.

3.4.1 Ley 14/2007 del 3 de julio, sobre la Investigación Biomédica.

Esta ley vino a regular ámbitos que no han sido regulados del todo o que su regulación es fraccionaria en otras leyes por lo que no se encontraban regulados eficientemente en ese momento, como es el caso de los análisis genéticos, la investigación de las muestras biológicas humanas como por ejemplo los embriones.

La necesidad de encontrar un equilibrio entre las necesidades de los investigadores y la confianza de la sociedad en la investigación, hizo que surgiera esta ley, la cual uno de sus principales fines es el “asegurar el respeto

[http://www.ginefiv.com/fecundacion in vitro Donacion embriones.aspx/](http://www.ginefiv.com/fecundacion%20in%20vitro/Donacion%20embriones.aspx/). (17/04/2013).

y la protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas del ser humano y de otros bienes jurídicos relacionados con ellos”¹⁷⁴, hay que mencionar que esta ley también regula la investigación en seres humanos adultos, por lo que surge la necesidad de amparar antes que todo los derechos humanos que pueden verse comprometidos a la hora de llevarse a cabo la investigación.

Por lo que esta ley se basa en “los principios de la integridad de las personas y la protección de la dignidad e identidad del ser humano en cualquier investigación biomédica que implique intervenciones sobre seres humanos, así como en la realización de análisis genéticos, el tratamiento de datos genéticos de carácter personal y de las muestras biológicas de origen humano que se utilicen en investigación”¹⁷⁵, es importante mencionar que para el caso de los embriones, se consideran estos dentro de la normativa española como muestras de origen humano, es decir, que no se estiman seres humanos como tal, ya que son solo un potencial de poder convertirse en uno, pero en ningún caso es tratado con los mismos derechos de las personas ya nacidas y en un desarrollo de la vida mucho mayor.

Esta ley junto con la del 2006, prohíben la fecundación de embriones con el fin de la investigación y experimentación, pero aún así hace la excepción de practicar cualquier técnica de obtención de células troncales en los casos que sea por fines terapéuticos o investigación, pero este último que no se haya creado el embrión con este fin en específico. También, prohíbe en el caso de

¹⁷³ Ley 14/2006, de 26 de mayo. Sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Artículo 15.

¹⁷⁴ Ley 14/2007 del 3 de julio. Sobre la Investigación biomédica, Motivo II.

¹⁷⁵ Ley 14/2007 del 3 de julio. Sobre la Investigación biomédica, Motivo II.

los embriones sobrantes de la FIV lo que se conoce como clonación humana reproductiva, prohibida expresamente en la ley del 2006.

Esta ley biomédica cuenta con noventa artículos, distribuidos en quince capítulos, ocho títulos, tres disposiciones adicionales, dos transitorias, una derogatoria y cinco finales, para esta ley existen temas relevantes como es el caso del consentimiento informado, la confidencialidad de la información, la gratuidad de las donaciones etc.

Dentro de los objetivos que regula esta ley se encuentra “La donación y utilización de ovocitos, espermatozoides, preembriones, embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos con fines de investigación biomédica y sus posibles aplicaciones clínicas”¹⁷⁶, por lo que cubre todos los aspectos relevantes sobre la investigación en embriones humanos.

Esta ley cuenta con una serie de garantías, las cuales se encuentran enumeradas en su artículo 2, dentro de los que resalta la garantía de protección a la dignidad e identidad del ser humano, además de asegurar el respeto a los demás derechos fundamentales, así como la salud y el bienestar, lo cual se debe de aplicar en cualquier investigación en seres humanos en el campo de la biomedicina, lo cual más adelante se dispondrá si se aplica o no al embrión.

Así mismo, en esta normativa se dispone una serie de conceptos de los cuales interesa el del embrión que consiste en la “fase del desarrollo embrionario que abarca desde el momento cuando el ovocito fecundado se encuentra en el útero de una mujer hasta que se produce el inicio de la

organogénesis”¹⁷⁷, lo cual viene a reafirmar el la división que ha hecho España del embrión y del pre-embrión considerado este último como “el embrión constituido in vitro formado por el grupo de células resultante de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde”¹⁷⁸, lo cual provoca una confusión al mencionar en un principio que es un embrión, puesto que la definición anterior mencionaba que esta palabra describe un estado más desarrollado del ser humano, lo cual muestra que la división se realizó por conveniencia para así lograr esquivar las implicaciones éticas y jurídicas.

Además, también menciona el concepto de feto disponiendo que se trata de un “embrión con apariencia humana y con sus órganos formados, que va madurando desde los 57 días a partir del momento de la fecundación”¹⁷⁹, como se pudo ver ni siquiera reconocen al feto ya formado como un ser humano, sino que solo le dan el concepto de tener forma humana, lo cual viene a implicar que no tiene la protección jurídica que en esta ley se le da a la vida y dignidad del ser humano, puesto que el mismo no se considera uno.

Este hecho hace que los embriones desde su concepción puedan ser catalogados como muestras biológicas, ya que el concepto de las mismas es “cualquier material biológico de origen humano susceptible de conservación y que pueda albergar información sobre la dotación genética característica de una persona”¹⁸⁰ y como el embrión no es considerado un ser humano, pero si se aprecia que su origen es humano, lleva a pensar la comparación del

¹⁷⁶ Ley 14/2007 del 3 de julio. Sobre la Investigación biomédica, artículo 1.

¹⁷⁷ Ley 14/2007 del 3 de julio. Sobre la Investigación biomédica, artículo 3.

¹⁷⁸ Ley 14/2007 del 3 de julio. Sobre la Investigación biomédica, artículo 3.

embrión en este sistema como una simple muestra biológica susceptible de conservar.

De esta ley lo que más interesa se encuentra en el título III y VI, los cuales van referidos específicamente a la donación y el uso de los embriones y fetos humanos así como temas afines.

Este título está dividido en dos capítulos, y tiene dos objetivos principales, “El primero de ellos, revisar y actualizar el régimen legal que rigió con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, en concreto con la Ley 42/1988”¹⁸¹, la cual ya se había analizado y que iba referida a la donación y utilización de embriones y fetos humanos. El segundo objetivo es “Incorporar tal materia al enfoque global de la nueva Ley, con el fin de eliminar dispersiones normativas innecesarias relacionadas con la investigación biomédica”¹⁸², al final lo que se buscó fue derogar por completo la ley de 1988 y renovar estos temas para adecuarlos a las necesidades de la sociedad y en especial la sociedad científica.

En el título III, en el capítulo primero, se dispone en un principio que podrán ser donados los embriones y fetos que hayan perdido su capacidad de desarrollo, es decir, los embriones no viables y los embriones muertos¹⁸³, para lo cual debe de cumplir con una serie de requisitos, como haber comprobado esta condición, que no tenga carácter lucrativo, poseer el consentimiento expreso y escrito de los donantes del embrión, que los donantes hayan sido

¹⁷⁹ Ley 14/2007 del 3 de julio. Sobre la Investigación biomédica, artículo 3.

¹⁸⁰ Ley 14/2007 del 3 de julio. Sobre la Investigación biomédica, artículo 3.

¹⁸¹ Ley 14/2007 del 3 de julio. Sobre la Investigación biomédica, Motivo IV.

¹⁸² Ley 14/2007 del 3 de julio. Sobre la Investigación biomédica, Motivo IV.

¹⁸³ Ley 14/2007 del 3 de julio. Sobre la Investigación biomédica. Artículo inciso 28.

informados de la finalidad de la investigación, de cómo se va a utilizar el embrión y las consecuencias de ésta.

También, se dispone, que la interrupción del embarazo nunca puede tener como finalidad la donación con fines de investigación, en el caso de la expulsión espontánea deberán ser tratados mientras todavía conserve su viabilidad biológica.

Luego en el capítulo segundo de este mismo título, se menciona las condiciones para llevar a cabo la investigación biomédicas en embriones y fetos que estén vivos en el útero, y se dispone que solo se autoriza la intervención en aquellos casos en que se tenga un propósito de diagnóstico o terapéutico, estos deben de contar con los requisitos que anteriormente se expusieron.¹⁸⁴

El título IV, en su capítulo primero, indica sobre la obtención y uso de células y tejidos de origen embrionario humano y de otras células semejantes, en éste se dispone que la donación de estos se regirán por la ley 14/2006 y como se mencionó con anterioridad la ley permite “la utilización de cualquier técnica de obtención de células troncales humanas con fines terapéuticos o de investigación, que no comporte la creación de un pre-embrión o de un embrión exclusivamente con este fin, en los términos definidos en esta Ley, incluida la activación de ovocitos mediante transferencia nuclear”¹⁸⁵, lo cual deja a la libre las técnica para extracción de células troncales, lo cual pone al embrión en una situación todavía más vulnerable.

¹⁸⁴ Ley 14/2007 del 3 de julio. Sobre la Investigación biomédica. Artículo 29 y 30.

¹⁸⁵ Ley 14/2007 del 3 de julio. Sobre la Investigación biomédica. Artículo 33 inciso 2.

Posteriormente, el capítulo segundo de este título, hace referencia a la investigación con muestras biológicas de naturaleza embrionaria, en donde se dispone las garantías y requisitos para la investigación, en estos se dispone “Que la investigación respete los principios éticos y el régimen jurídico aplicable, en especial lo dispuesto en esta Ley y en su normativa de desarrollo, y responda a los principios de pertinencia, factibilidad e idoneidad”¹⁸⁶, al igual que exige la aprobación de la investigación por las autoridades correspondientes, así como un informe favorable previo de la Comisión de Garantías para la Donación y Utilización de Células y Tejidos Humanos.

Esta comisión se crea en esta misma ley en el capítulo tercero del título que se venía desarrollado, ésta se crea “como el órgano colegiado, adscrito al Instituto de Salud Carlos III, de carácter permanente y consultivo, dirigido a asesorar y orientar sobre la investigación y la experimentación con muestras biológicas de naturaleza embrionaria humana, y a contribuir a la actualización y difusión de los conocimientos científicos y técnicos en esta materia”¹⁸⁷.

Por último, respecto del acceso de los embriones crioconservados se dispone en esta ley “El Instituto de Salud Carlos III garantizará el acceso a los pre-embriones crioconservados sobrantes de las técnicas de reproducción asistida que hayan sido donados con fines de investigación.”¹⁸⁸

Estos fueron los fines que puede tener un embrión sobrante de la FIV, como se pudo observar todo se reduce a la decisión que tomase los progenitores, lo cierto del caso es que un alto número de estos morirán y solo

¹⁸⁶ Ley 14/2007 del 3 de julio. Sobre la Investigación biomédica. Artículo 34 inciso a).

¹⁸⁷ Ley 14/2007 del 3 de julio. Sobre la Investigación biomédica. Artículo 37 inciso 1.

¹⁸⁸ Ley 14/2007 del 3 de julio. Sobre la Investigación biomédica. Artículo 36.

muy pocos tendrán la oportunidad de crecer y desarrollarse, es decir, que muchos no tendrán el fin para el que fueron creados y hasta seleccionados de otros que fueron desechados desde un principio.

B: Análisis jurídico sobre la posición de Costa Rica en contraste con España, concerniente al interés jurídico de la vida y dignidad del embrión humano y la posición del derecho de reproducción de las parejas.

1. Determinar la posición costarricense en el marco del derecho del embrión y el derecho de reproducción.

En este punto de investigación, se analizará dos grandes temas como lo son, el derecho a la vida y dignidad del embrión, y también el derecho de reproducción de las parejas. Con este estudio se tratará de observar cuál derecho puede realmente sobreponerse sobre el otro, es decir, cuál derecho debería tener mayor protección jurídica.

En primera instancia se analizará el derecho al embrión, pero antes de dicho análisis se hará referencia a los términos de persona e individuo, los cuales no fueron estudiados por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Igualmente, se realizará un examen de la biología embrionaria, con la necesidad de entender todas sus etapas y de esta manera poder determinar cuándo inicia la vida humana. Con este estudio previo, es que se logrará determinar un estatuto jurídico para el embrión y determinar un momento oportuno para la protección de la vida del mismo.

Actualmente, para la doctrina española las etapas sobre la creación de la nueva vida o el nacimiento se podría sintetizar en:

“1...formación del cigoto, que es aquella que va desde la penetración del ovocito hasta la formación del cigoto de una célula.

2. etapa previa a la implantación del embrión...preembrión...que comprende la fase del desarrollo embriológico que se extiende desde que se ha producido la fecundación del óvulo hasta 14/16 días más tarde...coincidiendo con la implantación definitiva en el útero de la madre.

3. Fase postimplantatoria o etapa del embrión...desde la implantación o anidación del embrión en la mucosa uterina hasta aproximadamente el tercer mes del comienzo de la última menstruación de la mujer...

4. Etapa fetal... comprende el desarrollo del ser humano desde aproximadamente el tercer mes de gestación hasta el parto...”¹⁸⁹.

Dicha división no siempre fue tan meticulosa, incluso para los años setentas dado que la Fecundación In Vitro o las Técnicas de Reproducción Asistida no existían, por lo que el proceso de gestación no tenía tanta importancia. Es decir, al tener un concepto básico de lo que era un embarazo de manera “natural”, se consideraba al “no nacido” desde un inicio como persona, la cual merecía de toda la dignidad, protección y respeto a la vida, al igual que una persona nacida. Es a partir del momento cuando se crea las Técnicas antes mencionadas, que se cambia de percepción y médicamente se obliga a darle importancia a tales fases o etapas. Debido a esto es que se empiezan a dar valoraciones distintas, por lo que la protección del no nacido cambia, según el estatus jurídico que los legisladores quieran darle.

¹⁸⁹ Loyarte, D. Rotonda, A. (2000) “**Procreación Humana Artificial: Un desafío Bioético.**” Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina. Pág. 189,190.

Expuesto lo anterior se puede decir que desde ese momento es cuando se le violenta el derecho a la vida y dignidad del embrión, al realizar un cambio drástico de un estatuto jurídico tan importante como es el derecho a la vida. Realizando un análisis interpretativo y extensivo del derecho, no se puede desmejorar el derecho ya otorgado, es decir, al ser el derecho a la vida tan importante y tener desde un principio una protección amplia, y por el hecho de aparecer una técnica es modificado y se reduce dicha protección, se estaría violentando dicho derecho.

Anteriormente, el Código Civil español le daba una protección jurídica amplia al derecho del embrión, dado que establecía que se era persona desde que se encontraba en el seno materno, e inclusive que ese aun no nacido podía adquirir y disfrutar de ciertos derechos sin haber nacido.

Asimismo, también contemplaba la posibilidad de que si naciera muerto, es decir, que el niño no estuviera completamente separado de la madre se entendería como que nunca existió, derogándole los derechos antes adquiridos. Ante la anterior legislación, se considera que venía a proteger a una persona como ellos mismos lo plantearon, exceptuando si ésta no podía cumplir con todo el proceso de procreación.

Es a consecuencia de las Técnicas de Reproducción Asistida, incluyendo a la Fecundación in Vitro que se viene a cambiar de visión y se le da importancia a la división de las etapas tempranas de la gestación. Con esto se viene a desproteger, restringir y quitarle un derecho adquirido a los “no nacidos”. Igualmente, al cambiarse el estatuto jurídico que tenía el embrión mediante vía interpretativa se ha intentado que el tema del aborto, de las

prácticas prenatales y otras cuestiones similares que suscitan un arduo debate ético, encontraron un soporte filosófico diferente basado en las diversidades biológicas del proceso evolutivo del embrión, debido a eso no se estaría afectando a la persona como tal.¹⁹⁰ A pesar de eso nunca se ha realizado un análisis con una verdadera profundidad para determinar si la ciencia en este caso biológica es suficiente para determinar cuándo inicia la vida y cuando se debe de proteger, esto sin importar los criterios de otras materias.

Para el genetista Juan Ramón Lacadena mencionado en el libro “Procreación Humana Artificial” de Dolores Loyarte y Adriana Rotonda, el individuo es “...cualquier organismo o individuo, como aquello que determina o exige su A.D.N. que sea. El mismo autor aclara que aunque dicha definición pareciera determinista, no lo es en realidad si se tiene en cuenta que el desarrollo es un proceso regulado de crecimiento y diferenciación que constituye una secuencia programada de cambios, los que conforman el ciclo vital del organismo, en donde dicho proceso inicia con la vida orgánica.”¹⁹¹

Es relevante mencionar que para dicho genetista la vida humana necesariamente inicia cuando se unen los gametos humanos, es decir, femeninos y masculinos, por lo que desde ese momento se cree que esa célula es humana, y con el desarrollo de dicha célula tiene grandes posibilidades de convertirse en una persona. Se podría deducir que la discusión que se tiene actualmente no se centra que exista vida humana a partir de la unión del óvulo

¹⁹⁰ Loyarte, D. Rotonda, A. (2000) Procreación Humana Artificial: Un desafío Bioético. Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina. Pág. 194.

¹⁹¹ Loyarte, D. Rotonda, A. (2000) Procreación Humana Artificial: Un desafío Bioético. Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina. Pág. 196.

y el espermatozoide, sino es acerca de qué protección jurídica que se le debe de atribuir al embrión y en qué momento específico.

Son muy claras las dos posiciones que se plantean, la primera establece que se debe de empezar a proteger la vida del embrión a partir de la implantación del embrión en el útero femenino, esto a razón de que únicamente se encuentra frente a un conglomerado de células, por lo que no merece mayor protección. La otra posición es que es a partir de la unión de las células humanas y la creación del cigoto o pre-embrión que se está frente a un potencial de persona por lo que debe protegerse como tal.

Para las autoras Dolores Loyarte y Adriana Rotonda, establecen que a pesar de que el embrión tenga que depender de su madre, dicho organismo tiene su propio ADN. y que dicho programa genético lo identifica como un ser humano.¹⁹²

Las mismas autoras desarrollan el tema de la individualización, en donde establecen que para ejercerla se requiere, tanto de unicidad y de unidad, la primera propiedad se refiere a que se tiene que tener como característica ser único e irrepetible y la segunda es que se es un ser único. Dicha teoría tiene un problema, debido a que existen situaciones meramente biológicas como por ejemplo los gemelos monocigóticos, es decir, que se desprenden del mismo cigoto.¹⁹³

Por otro lado, hay otros que sostienen que no se va a conceder la condición de “ser humano” hasta que el embrión no se encuentre implantado

¹⁹² Loyarte, D. Rotonda, A. (2000) Procreación Humana Artificial: Un desafío Bioético. Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina..Pág. 198.

dentro del útero, por lo que para ellos es ese el momento cuando se confirma el embarazo como proceso de gestación.

Finalmente, las autoras mencionan un último concepto para individuo creado por el señor Roberto Andoro, el cual se considera completo y con apego a la realidad, el cual es "...una masa viviente cuya forma es hereditariamente obligatoria, el individuo es la unidad morfológica hereditaria... toda entidad biológica es un individuo si es un organismo, es decir, una unidad integrada de estructuras y de funciones..."¹⁹⁴

En relación con el tema de si existe alguna diferencia entre individuo y persona, las autoras Loyarte y Rotonda mencionan al jurista Santos Cifuentes, el cual define a la persona como la función o cualidad que cada individuo representa en la vida, igualmente mencionan a la persona como un ser racional y libre, éticamente se define como un agente moral.¹⁹⁵

Es, por estas definiciones, que se puede ver que el concepto puede variar de acuerdo con la rama a la que se quiera apegar, lo único que se requiere es delimitar el concepto e incluso fijar cuál va a ser el objeto del mismo. Es por ello que el concepto de persona no es tan fácil de crear, a lo mucho es llegar a un acercamiento del mismo. Incluso muchas de las definiciones confeccionadas pueden llegar a tener conflictos al ser muy específicas, y a consecuencia a esto se pueden ver discriminados ciertos

¹⁹³ Loyarte, D. Rotonda, A. (2000) Procreación Humana Artificial: Un desafío Bioético. Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina.. Pág. 198,199.

¹⁹⁴ Loyarte, D. Rotonda, A. (2000) Procreación Humana Artificial: Un desafío Bioético. Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina. Pág. 201.

¹⁹⁵ Loyarte, D. Rotonda, A. (2000) Procreación Humana Artificial: Un desafío Bioético. Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina. Pág. 204.

grupos, como por ejemplo, personas con algún tipo de discapacidad, ancianos, niños etc., por lo que entraría en conflicto con otros derechos.

Ya entrando al tema del “no nacido” o “nasciturus” como es llamado en España, se quiere determinar si este individuo ya es una persona, por lo que para ello se necesita analizar el punto. Si se ve el tema desde una perspectiva biológica el ADN. del embrión puede probar que será una persona y no otra cosa, como por ejemplo, un animal.

Las autoras antes mencionadas consideran que el componente corporal de un hombre tiene existencia visible, pero la “persona” no se agota en su cuerpo, es por esto que la vida humana puede verse seriamente afectada si las concepciones y decisiones se basan exclusivamente en la opinión parcial de los científicos.¹⁹⁶

Es por esto que se tomará en cuenta varios criterios científicos acerca de si el “no nacido” es persona o no, y si se debería de tomar una posición más protectora a su favor.

En primer lugar algunos científicos consideran que se está frente a una persona cuando al embrión le aparece la cresta neural, es decir, tejido nervioso. Dicha teoría se puede refutar dado de que existen casos donde existe tejido cerebral, pero la persona se encuentra postrado en una cama, es decir el hombre sigue con vida hasta que su corazón deje de latir, es por esta razón que dicha teoría puede ser descartada.

¹⁹⁶ Loyarte, D. Rotonda, A. (2000) Procreación Humana Artificial: Un desafío Bioético. Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina. Pág. 207.

Otra teoría planteada es que la anidación da el inicio a la vida, en relación del hijo con la madre. Es decir, existe una implantación y el hijo a partir de ese momento no se separará de su madre hasta que el momento sea necesario, es decir, naturalmente no debería de ser eliminado. Si se habla de un embarazo extrauterino se puede considerar dicha teoría dado que el proceso en la mujer inicia desde que el embrión es implantado en el útero de la mujer. Pero si se habla de un embarazo de forma “natural” el fruto de la concepción si es llevado en la mujer desde el momento cuando el óvulo es fecundado por el espermatozoide. Es por esta conjetura que se da la discusión actual de si el embrión tiene derechos antes de la implantación en el útero. Acerca de este último argumento sería válido refutarlo con el desarrollo científico, ya que sería posible que en algún momento toda la gestación se logre fuera del vientre materno, por lo que dicha concepción de que se toma como persona y sujeto de derechos en el momento de implantación en el útero, pasaría a otro plano y sería modificada. Igualmente ante la teoría planteada, la implantación no asegura un embarazo exitoso únicamente aumenta un poco el porcentaje, pero la elección de implantación y desarrollo se realiza naturalmente no artificialmente, por lo que el embarazo podría o no tener éxito.

Por otro lado, algunos científicos consideran que en el momento cuando existan características como unicidad y unidad se puede otorgar la protección jurídica como persona. Ante dicha hipótesis, ya se había explicado que en muchas ocasiones podían existir situaciones biológicas que contradicen dicha teoría como los gemelos, es decir, sería válido hasta que el embrión se defina.

Como una última teoría se podría mencionar la que sostiene que el pre-embrión no tiene entidad suficiente para ser protegido; que el derecho no

puede ni debe legislar “potencialidades”, que debe legislar sobre “realidades” y no sobre eventualidades. Porque antes que “potencialmente vivo”, el hombre es “potencialmente muerto”.¹⁹⁷ Esta posición es completamente radical, por lo que si se tomara en cuenta dicha teoría no valdría la pena proteger la vida en general, dado que una persona desde el momento cuando nace, es “potencialmente viable a la muerte”. Por dicha razón esta posición también se debería descartar.

También, existe una teoría que establece que el pre-embrión o embrión no se debe de proteger dado de que el mismo, no tiene forma como tal, es decir, su forma humana.¹⁹⁸ Dicho argumento como tal debería de ser descartado, al no tener ninguna base, tanto biológica como científica para sostenerlo, además que pasa en las situaciones en que la persona mayor o incluso recién nacida, no tiene la forma normal de ser humano, es decir, presenta alguna malformación. El problema que presenta la teoría, es que jurídicamente no se podría proteger al ser humano si no cuenta con una forma, ya predeterminada.

Como se puede observar todas las teorías tienen su propia perspectiva, por lo que es cuestión de análisis e interpretación. No es la labor del derecho determinar qué es persona, sino cuál es el momento de la protección del mismo, es sumamente confuso observar que en un primer lugar el embrión es considerado como un objeto de derecho, y en un determinado momento cambia a ser sujeto de derecho. Por ejemplo, el pre-embrión, es decir, antes de

¹⁹⁷ Loyarte, D. Rotonda, A. (2000) “**Procreación Humana Artificial: Un desafío Bioético**”. Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina. Pág. 215.

¹⁹⁸ Ballesteros, J. Aparisi, A. Bellver, V. Calvo, A. Fernández, E. Ferrer, U. López, J. López, N. Martínez, C. Mínguez, J. Pérez, J. Ruiz, E. Vidal, J. (2002) “**La Humanidad In Vitro.**” El Estatuto Biológico del Embrión Editorial Comares. Granada, España. Pág. 192.

ser implantado en el útero femenino es considerado objeto, dado que se puede destruir, investigar e incluso manipular, pero luego de ser implantado tiene derechos por lo que se convierte en una persona con derechos, la diferencia entre uno y otro es un procedimiento únicamente.

Es importante mencionar que para realizar cualquier tipo de análisis e incluso ponderación de derechos, es necesario cumplir con los requisitos de no arbitrariedad, ser racional y tener una justificación ética. Debido al análisis realizado anteriormente, se puede determinar que la protección dada al nasciturus no cumple con los requisitos anteriormente citados. Ante una incerteza científica, es decir, al existir incontables teorías de cuando inicia la vida y si se debe proteger o no al “no nacido”, se debe de proteger todas las etapas de desarrollo dado de que muchas etapas aún no han quedado claras, esto por razones preventivas, e igualmente se debería de dar una protección amplia a la esencia del individuo o ser humano, dado de que nunca por más pequeños que sean, no será otra cosa, es decir, su esencia no va a cambiar.

Para reforzar dicho punto se puede establecer claramente que el embrión biológicamente está concedido de vida autónoma e individual, es decir, a pesar de que el embrión se encuentra adherido al útero de la madre es una unidad biológica independiente, realiza sus propios procesos, tiene su propia carga genética, por lo que realiza todos sus procedimientos para poder subsistir. Igualmente, se puede comprobar fácilmente que en ningún momento se ejercite al proceso que no sea humano, desde la primera célula que se presenta.

“La unidad que existe a lo largo de todo el desarrollo del individuo humano, desde la fecundación hasta la muerte, no es simplemente una continuidad biológica, sino que se trata de la unidad de todo el ser, corpóreo y espiritual, aunque la formación y la maduración del individuo se realice progresivamente, tanto en el plano somático como en el espiritual.”¹⁹⁹

En relación con esta posición la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos del Hombre de la UNESCO, establece que dado de que existe la dignidad humana, no se puede reducir al individuo a sus características genéticas. En proporción a dicho tema, se puede decir que si desde el inicio de la vida embrión se tiene todos los elementos para tener una personalidad se debe de considerar como ser humano y persona, por lo que se debe de proteger su derecho a la vida desde el principio.

Los datos científicos evidencian que el embrión humano asume una propiedad fundamental de los organismos vivos, un predecible, estable y consistente proceso de desarrollo.²⁰⁰ Dicho argumento sostiene la teoría de que el embrión es ser humano, solamente que en etapas tempranas de vida, pero que igualmente requiere de protección de su derecho a la vida.

Para profundizar más las posiciones existentes, la publicación de “La Humanidad In Vitro” de su autor José López Guzmán plantea la primera posición como “Personalismo Biológico”, se considera al embrión humano digno de protección jurídica a partir del momento en que se produce la

¹⁹⁹ Ballesteros, J. Aparisi, A. Bellver, V. Calvo, A. Fernández, E. Ferrer, U. López, J. López, N. Martínez, C. Mínguez, J. Pérez, J. Ruiz, E. Vidal, J.(2002) “La Humanidad In Vitro.” El Estatuto Biológico del Embrión Editorial Comares. Granada, España. Pág. 184.

fecundación, por lo que se le debe de reconocer la dignidad y derecho a la vida como cualquier otra persona.²⁰¹

También, se encuentra el “Experimentalismo”, dicha posición considera que las primeras etapas del embrión son únicamente material biológico.²⁰²

Por último se encuentra la que considera que el embrión posee primero un estatuto biológico y luego uno jurídico, es decir, una persona en “potencia”, por lo que hasta el día 14 post-fecundación no se establece la individualidad del embrión.²⁰³

Es relevante mencionar para esta investigación, que los trabajos de la Fecundación in Vitro en sus inicios se llevaron a cabo sin control alguno, cuando se fue desarrollando más la técnica, se crea una táctica para legitimar la misma, dentro de las cuales se encuentran:

“1...equiparar lo más posible el valor de gametos y embriones humanos con los de otras especies animales.

2. Ante la resistencia oficial de la Iglesia Católica... buscar el apoyo de algunos moralistas y teólogos para que pareciese que las objeciones no provenían de la religión en cuanto tal sino de la interpretación que algunos de ellos hacían de la misma.

²⁰⁰ Ballesteros, J. Aparisi, A. Bellver, V. Calvo, A. Fernández, E. Ferrer, U. López, J. López, N. Martínez, C. Mínguez, J. Pérez, J. Ruiz, E. Vidal, J. (2002) “La Humanidad In Vitro.” El Estatuto Biológico del Embrión Editorial Comares. Granada, España. Pág. 184.

²⁰¹ Ballesteros, J. Aparisi, A. Bellver, V. Calvo, A. Fernández, E. Ferrer, U. López, J. López, N. Martínez, C. Mínguez, J. Pérez, J. Ruiz, E. Vidal, J. (2002) La Humanidad In Vitro. El Estatuto Biológico del Embrión Editorial Comares. Granada, España. Pág. 186.

²⁰² Ballesteros, J. Aparisi, A. Bellver, V. Calvo, A. Fernández, E. Ferrer, U. López, J. López, N. Martínez, C. Mínguez, J. Pérez, J. Ruiz, E. Vidal, J. (2002) La Humanidad In Vitro. El Estatuto Biológico del Embrión Editorial Comares. Granada, España. Pág. 186.

²⁰³ Ballesteros, J. Aparisi, A. Bellver, V. Calvo, A. Fernández, E. Ferrer, U. López, J. López, N. Martínez, C. Mínguez, J. Pérez, J. Ruiz, E. Vidal, J. (2002) La Humanidad In Vitro. El Estatuto Biológico del Embrión Editorial Comares. Granada, España. Pág. 186.

3. ...el apoyo de la opinión pública y seguidamente de los ordenamientos jurídicos...demostrando la enorme utilidad de estas investigaciones para el progreso del conocimiento y la mejora de calidad de vida...poner en manos de los ciudadanos el control de su capacidad reproductiva.

4...minimizar el negativo impacto de los costes sociales de estas técnicas...dar la máxima difusión a los logros que se iban alcanzando y sencillamente, no hablar de los problemas y daños ocasionados.”²⁰⁴

Como se puede observar en dicho planteamiento se trata de vender la técnica resaltando ciertos atributos, pero ocultando otros para que dicha técnica fuera legalmente aprobada y regulada jurídicamente, sin un mayor análisis a profundidad de las verdaderas consecuencias del procedimiento como tal. Es para los años setentas que el Derecho buscó dar la respuesta a las intervenciones, a pesar de que bastante tiempo atrás el procedimiento era realizado.

Uno de los aspectos más discutidos por parte de la doctrina española por la implementación de la FIV, fue debido a la selección embrionaria. Existieron muchos planteamientos como lo era el mejoramiento de la efectividad de reproducción asistida, descartar ciertos problemas patológicos, la busca de un sexo en específico o también buscar características determinadas para beneficio de un tercero.

La selección embrionaria con fines reproductivos.²⁰⁵De acuerdo con este tipo de selección se trata de eliminar afecciones biológicas o genéticas. Dicha

²⁰⁴ Ballesteros, J. Aparisi, A. Bellver, V. Calvo, A. Fernández, E. Ferrer, U. López, J. López, N. Martínez, C. Mínguez, J. Pérez, J. Ruiz, E. Vidal, J. (2002) **La Humanidad In Vitro**. El Estatuto Jurídico del Embrión. Editorial Comares. Granada, España. Pág. 244.

selección se debe de realizar debido a que existen estudios que aseguran que los niños nacidos por medio de la técnica de FIV tienen más del doble de riesgo de padecer de problemas neurológicos, como por ejemplo: parálisis cerebral. Esto a consecuencia de que la Fecundación in Vitro tiene como características los embarazos múltiples, que los niños nazcan prematuros y con bajo peso.

“La conclusión clínica a la que llega el estudio es que sólo debería implantarse un embrión fertilizado in Vitro, para evitar cualquier posibilidad de gestación múltiple y el incremento de riesgos neurológicos asociados a las mismas.”²⁰⁶ Esta disposición se plantea para respetar el derecho del menor de tener una vida saludable.

En relación con este tema la Fertility and Sterility en el 2001, que es la revista científica de la Asociación Americana de Medicina Reproductiva, publicó que se solicitaba que en Técnicas de infertilidad, dentro de las que se encuentra la FIV, que únicamente se fecundara un solo embrión.²⁰⁷

A consecuencia de los problemas neurológicos causados por la FIV, e incluso porque el mismo procedimiento puede causar otros efectos como lo es la hiperestimulación ovárica. Sobre este tema se ha tratado de realizar diversos estudios para determinar si la mujer a la que se le va a realizar el procedimiento tiene riesgo a tener gestaciones múltiples o no, con esto se puede determinar con más exactitud cuántos embriones se deberían implantar.

²⁰⁵ Ballesteros, J. Aparisi, A. Bellver, V. Calvo, A. Fernández, E. Ferrer, U. López, J. López, N. Martínez, C. Mínguez, J. Pérez, J. Ruiz, E. Vidal, J.(2002) **La Humanidad In Vitro**. El Estatuto Jurídico del Embrión. Editorial Comares. Granada, España. Pág. 245.

²⁰⁶ Ballesteros, J. Aparisi, A. Bellver, V. Calvo, A. Fernández, E. Ferrer, U. López, J. López, N. Martínez, C. Mínguez, J. Pérez, J. Ruiz, E. Vidal, J.(2002) **La Humanidad In Vitro**. El Estatuto Jurídico del Embrión. Editorial Comares. Granada, España. Pág . 246.

²⁰⁷ Howard W. Jones Jr., John A. Schnorr. **“Multiple pregnancies: a call for action”**. Fertility and Sterility. 75 (1), 11-13.

Con este estudio inclusive, y con el embrión adecuado, se podría realizar la transferencia de un solo embrión y tener un éxito similar a si se implantarán más de un embrión, y sin el riesgo de violentar el derecho a la salud del futuro niño.

Por ejemplo, en Alemania, para 1990, se encuentra prohibida la elección de embriones, debido a que se prohíbe que se fecunden más embriones de los que se vayan a implantar y que se implanten más de tres en cada ciclo. La única posible elección que se puede dar es antes de que los núcleos se hayan fusionado, pero el espermatozoide si ha penetrado el óvulo.²⁰⁸

Como se puede observar este tipo de legislación puede ser tomada como base para la creación de la legislación costarricense dado que se le da un debido respeto al embrión, incluso se podría decir que se le respeta su derecho a la vida y a la dignidad.

Mediante una investigación realizada y luego confirmada por la Universidad de Cambridge "... el embrión existe no desde que aparece una dotación genética original, sino antes: el momento cuando se produce la penetración y se constituye un sistema que se va a desarrollar por sí mismo de forma continuada, según unas instrucciones presentes ya en ese primer momento".²⁰⁹

²⁰⁸ Ballesteros, J. Aparisi, A. Bellver, V. Calvo, A. Fernández, E. Ferrer, U. López, J. López, N. Martínez, C. Mínguez, J. Pérez, J. Ruiz, E. Vidal, J. (2002) La Humanidad In Vitro. El Estatuto Jurídico del Embrión. Editorial Comares. Granada, España. Pág. 248.

²⁰⁹ Ballesteros, J. Aparisi, A. Bellver, V. Calvo, A. Fernández, E. Ferrer, U. López, J. López, N. Martínez, C. Mínguez, J. Pérez, J. Ruiz, E. Vidal, J. (2002) La Humanidad In Vitro. El Estatuto Jurídico del Embrión. Editorial Comares. Granada, España. Pág. 249.

Dicha argumentación reforzó de una manera más concreta la posición de que el embrión es únicamente una etapa más temprana del ser humano, por lo que de esta forma se puede concluir que se le debe de brindar el respeto necesario como lo es el derecho a la vida.

La selección embrionaria para el beneficio terapéutico de un tercero o con fines terapéuticos, eugenésicos o para determinar el sexo.²¹⁰

A pesar de que las Técnicas de Reproducción Asistida, en un principio fueron creadas para las parejas que tenían problemas de infertilidad, pero luego fue utilizada incluso para inseminación post mortem, y actualmente, se ha llegado a escoger ciertas características en los embriones.

En el diagnóstico genético preimplantatorio, lo que se trata es de eliminar o descartar que ciertos embriones sean portadores de problemas genéticos, dicho diagnóstico es prohibido en la legislación Alemana.

Para el año 2000 en Estados Unidos, una pareja se sometió a la FIV con el fin de poder salvar a su hija debido a que se encontraba con la anemia de Falconi. Lo que los médicos hicieron fue revisar todos los embriones, para determinar cuál de todos ellos era compatible con dicha niña, y de esta forma poder realizarle un trasplante de médula. Debido a esto se fecundaron quince óvulos, se realiza el debido diagnóstico genético preimplantatorio y solamente cinco de ellos eran compatibles con la niña, los cuales fueron implantados en el útero de la madre. Luego de todo el proceso únicamente un niño nació y fue utilizada la sangre cordón umbilical, para salvar a la niña.

El problema de toda esta situación es el desecho de diez embriones, para poder salvar una sola vida, y de los cinco implantados únicamente nació un niño, por lo que en resumen se perdieron catorce embriones, los cuales no tuvieron la posibilidad de una vida o el adecuado desarrollo en el vientre materno. Se retoma el argumento sobre el derecho a la vida, y a la dignidad del embrión, en dicho caso no se respeta el derecho, se pondera y se considera más importante la vida de una persona frente a catorce embriones desechados, lo cual no es ni proporcional ni racional.

Igualmente, el diagnóstico genético preimplantatorio es utilizado para no implantar embriones que sean portadores de algún problema genético e incluso como una selección meramente discriminatoria para que las parejas puedan seleccionar el sexo del futuro bebé. El último tipo de selección es la más violatoria de todas, debido a que el escogimiento se da únicamente para determinar el sexo del niño, con lo que existe una discriminación de género, por lo que no solo se violaría el derecho a la vida del embrión, sino también el derecho a la igualdad.

En relación con el tema del diagnóstico genético preimplantatorio, al no implantar embriones con problemas genéticos, la Corte Interamericana hace referencia al caso Costa Pavan contra Italia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Dicho caso trata de una pareja, la señora Rosetta Costa y el señor Walter Pavan quienes son demandantes de la causa contra el Estado Italiano, debido a que ellos eran "...Portadores sanos de la mucoviscidosis, los

²¹⁰ Ballesteros, J. Aparisi, A. Bellver, V. Calvo, A. Fernández, E. Ferrer, U. López, J. López, N. Martínez, C. Mínguez, J. Pérez, J. Ruiz, E. Vidal, J. (2002) **La Humanidad In Vitro**. El Estatuto Jurídico del Embrión. Editorial Comares. Granada, España. Pág. 249.

demandantes denuncian no poder acceder al diagnóstico genético preimplantatorio a fin de seleccionar un embrión que no estuviera afectado por esta patología y alegan que esta técnica está disponible para categorías de personas de las que no forman parte.”²¹¹ La pareja tiene conocimiento de su estado por medio del nacimiento de su hija, debido que la niña nació con dicho padecimiento. La mencionada enfermedad es hereditaria que consta de una viscosidad anormal del moco, el cual es segregado por glándulas pancreáticas y bronquiales, se puede exteriorizar con problemas respiratorios, en los casos más graves se requiere de un trasplante de pulmón, dado la problemática respiratoria que desencadena.²¹²

Los demandados establecen, que el Estado Italiano únicamente permite la práctica de Técnicas de Reproducción Asistida y el diagnóstico preimplantatorio a las parejas en que el hombre es el portador de enfermedades de transmisión sexual como el virus del sida, hepatitis del tipo B y C, esto con el fin de que los embriones de las parejas puedan nacer sanos, sin el riesgo de venir infectados o con problemas.

La problemática inicia cuando la señora Costa, nuevamente queda embarazada se le realiza el debido estudio y se determina que el feto viene enfermo, por lo que la pareja decide interrumpir del embarazo. La pareja desea poder optar por las Técnicas de Reproducción Asistida, con el fin de que se les realice el debido diagnóstico genético preimplantatorio y de esta forma

²¹¹ Cortes M, Miguel Ángel. Comentario al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Costa Pavan contra Italia. Sentencia del 28 de agosto de 2012. Recuperado de: http://repositorio.ual.es/jspui/bitstream/10835/2035/1/jurisprudencia_tribunal-europeo.pdf . (11/05/13). Pág. 9.

²¹² Cortes M, Miguel Ángel. Comentario al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Costa Pavan contra Italia. Sentencia del 28 de agosto de 2012. Recuperado de: http://repositorio.ual.es/jspui/bitstream/10835/2035/1/jurisprudencia_tribunal-europeo.pdf . (11/05/13). Pág. 11.

determinar cuál embrión viene sano. El caso es que la pareja no encaja entre las directrices emitidas por el Estado, dado que la enfermedad que parecen no está en la lista promulgada por el Ministerio de Salud.

El caso es elevado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual manifiesta que el Estado no garantiza un servicio sanitario necesario para las parejas y su derecho a la privacidad y a tener una familia. El Tribunal menciona también el caso de Roche contra Roche y otros, en donde el Tribunal Supremo de Irlanda establece que el concepto de “niño por nacer” no es aplicable con el de un embrión generados por la FIV, por lo que los embriones no gozan con los derechos de la vida que tiene el “niño por nacer”. Dicho argumento para ellos supera el conflicto entre derecho a la vida y el derecho de reproducción de las parejas.

El Tribunal argumenta que el Convenio del Consejo de Europa sobre Derechos Humanos y la Biomedicina, garantiza el derecho de las parejas de ser padre genéticos, por lo que el Estado Italiano violenta dicha disposición, además establece que la legislación italiana es inconsistente en dicho tema.

En resumen, el Tribunal “...considera que el deseo de los demandantes de gestar un niño que no esté afectado por la enfermedad genética de la que son portadores sanos y de recurrir, para hacerlo, a la fecundación médica asistida y al Diagnóstico Genético Preimplantatorio depende de la protección del artículo 8, constituyendo tal elección una forma de expresión de su vida

privada y familiar. En consecuencia, cabe aplicar esta disposición en el caso.”²¹³

Desde dicho criterio se puede observar cómo el Tribunal Europeo ni siquiera tiene conflicto entre el derecho del embrión y el derecho de las parejas a reproducirse, debido a que tienen como cierta la premisa que el embrión tiene un derecho sumamente limitado, e incluso en muchos de los países se encuentra regulado de esta forma.

Con todo el análisis realizado anteriormente acerca del derecho al embrión, se puede concluir que existen diversas teorías y posiciones para determinar si los embriones tienen o no derecho a la vida y si son considerados personas o seres humanos, pero lo más relevante que se debe de mencionar es que los argumentos que sostienen que el embrión si es ser humano por lo que tiene derecho a la vida tiene más peso y fundamento legal. Asimismo, la interpretación legal de los derechos pueden ser moldeados por los expertos en derecho, al igual que ocurre en distintas ramas, como por ejemplo, las científicas. Pero lo que no se puede dejar de obviar, es que el derecho a la vida es un derecho fundamental, protegido en la mayoría de los ordenamientos jurídicos alrededor del mundo, y retroceder en la interpretación en un derecho fundamental y no proteger los estadios tempranos de un ser humano es una violación rotunda al derecho a la vida y dignidad que tiene toda persona.

Hay que recordar que existe normativa, tanto nacional como internacional que fundamenta dicho derecho, en primer lugar dentro de la

²¹³ Cortes M, Miguel Ángel. Comentario al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Costa Pavan contra Italia. Sentencia del 28 de agosto de 2012. Recuperado de: http://repositorio.ual.es/jspui/bitstream/10835/2035/1/jurisprudencia_tribunal-europeo.pdf . (11/05/13) Pág. 29.

legislación nacional que se puede mencionar se encuentra el artículo 21 de la Constitución Política, el cual hace mención de que el derecho a la vida es inviolable, además también, se encuentra el artículo 31 del Código Civil, el cual protege la vida pero va un poco más allá y establece la protección de la persona desde 300 días antes de la concepción. Por último, pero no menos importante, los artículos 12 y 13 del Código de la Niñez y la Adolescencia, los cuales expresan el derecho a la protección estatal del menor de edad.

En cuanto a la normativa internacional se puede mencionar la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en su artículo primero, también la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el artículo 3, el artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos en relación al artículo 1.2 de la misma, dichos artículos respaldan el derecho a la vida, y el 1.2 establece que toda persona es ser humano, y que se tiene dicho estadió desde la concepción, la cual como se mencionó anteriormente se presenta desde la fecundación del óvulo. Igualmente, se puede señalar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 6, enfocado en el mismo tema del derecho a la vida. En relación con la protección de los adolescentes y menores de edad, se encuentra la Convención sobre los Derechos del Niño en sus artículos 7, 8, 9 y 18.

Como se puede observar existe un compendio de normativa, tanto nacional como internacional, para la protección del embrión desde su momento de concepción (es decir, desde que ocurre la fecundación del óvulo), inclusive se deduce la obligación por parte del Estado la protección del dicho derecho, por lo que la práctica de la Fecundación In Vitro si viene a vulnerar el derecho a la vida y dignidad del embrión.

A continuación, se realizará el análisis del derecho contrapuesto al derecho a la vida del embrión, el cual es el derecho a la reproducción de las parejas, por que se efectuará un estudio similar al anteriormente realizado.

1.1 La Posición del Derecho de Reproducción de las Parejas.

Para poder analizar la otra cara del conflicto, se hace necesario primero analizar el origen y lo que conlleva esta clase de derechos, para así poder entender mejor porque los defensores de los mismos consideran que la prohibición de utilización de la FIV los violenta gravemente.

Lo primero que se debe determinar es en qué consiste la salud reproductiva, la cual se puede definir como “un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y sus procesos”²¹⁴, es decir, que dentro de la salud reproductiva se va a encontrar temas como el derecho a disfrutar una vida sexual satisfactoria, el derecho de decidir cómo y cuándo procrear, así como el derecho del hombre y la mujer para decidir respecto de la planificación familia entre muchos otros más.

Por lo que la salud reproductiva contiene muchos derechos y libertades del ser humano y abarcan muchos más aspectos y más derechos que la simple sexualidad, así mismo, abarca todos aquellos derechos conocidos como derechos reproductivos, por lo que la falta de alguno de estos, vendría a significar una salud reproductiva poco óptima.

²¹⁴ Naciones Unidas, documento A/S-21/5/Add.1. En la Conferencia de la ONU sobre Población y Desarrollo en 1994 en El Cairo, Egipto. Párr.64.

Estos derechos reproductivos básicamente “se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libremente y responsablemente el número de hijos, el espacio de los nacimientos y el intervalo entre estos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva... incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia”²¹⁵, lo primero que gustaría rescatar es que se tratan de derechos, tanto de pareja como individuales, es decir, que estos derechos también se aplican a personas que no tienen pareja (ya sea hombre o mujer) , éste es un punto muy importante en la legislación Española, pero más delante se analizará este tema.

Se ha considerado que estos derechos sexuales son derechos humanos universales que se basan “en la libertad, dignidad e igualdad inherentes a todos los seres humanos”²¹⁶, por lo cual todo ser humano tiene el derecho a que se les resguarde y se vele por que se cumplan, tener acceso a ellos y hasta ser promovidos, esto recordando que la salud sexual es necesaria para poder encontrar un bienestar interpersonal, individual y hasta social.

Los derechos sexuales tienen sus antecedentes en el ámbito internacionales en la I Conferencia de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, celebrada en Teherán en 1968, en donde en su declaración número 16 dispone “La comunidad internacional debe seguir velando por la familia y el niño. Los padres tienen el derecho humano fundamental de determinar

²¹⁵ Naciones Unidas, documento A/S-21/5/Add.1. En la Conferencia de la ONU sobre Población y Desarrollo en 1994 en El Cairo, Egipto, Capítulo VII , Párr. 7.3.

²¹⁶ Declaración Universal De Los Derechos Sexuales, Declaración del 13 Congreso Mundial de Sexología, 1997 Valencia, España. Revisada y aprobada por la Asamblea General de la Asociación Mundial de Sexología (WAS)

libremente el número de sus hijos y los intervalos entre los nacimientos”²¹⁷, ésta fue la primera vez que se empezó a dibujar un esbozo de los derechos reproductivos como derechos humanos y necesarios para el bienestar de los seres humanos.

Otra normativa internacional que vino a marcar una diferencia en esta clase de derechos, fue la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo, Cairo, Egipto, de 1994, en ésta se señala expresamente de la salud reproductiva, en especial en la negociación del capítulo VI en donde se trataba de determinar el concepto de los derechos reproductivos, en donde se dispuso que “se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas y todas las personas a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre estos y a disponer de la información y de los medios para ello... incluyen el derecho de todos a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación...”²¹⁸, éste fue el punto de partida de la demás normativa internacionales.

Así dentro de la Declaración Universal de los Derechos Sexuales, se ha dispuesto que la salud sexual se alcanza cuando los derechos sexuales son respetados, dentro de los que se tienen “El Derecho a la Libertad Sexual, el Derecho a la Autonomía Sexual, Integridad Sexual y Seguridad del Cuerpo Sexual, el Derecho a la Privacidad Sexual, el Derecho a la Equidad Sexual, el Derecho al Placer Sexual, el Derecho a la Expresión Sexual Emocional, el Derecho a la Libre Asociación Sexual, el Derecho a Tomar Decisiones

perteneciente a la Organización Mundial de la Salud (O.M.S.) el 28 de junio de 2001, en el 15º Congreso Mundial de Sexología, París

²¹⁷ Conferencia Internacional de Derechos Humanos en Teherán, Proclamación de Teherán (1968).

²¹⁸ Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo, Cairo, Egipto, 1994. Párrafo 7.3 (traducción no oficial).

Reproductivas, Libres y Responsable, el Derecho a Información Basada en el Conocimiento Científico, el Derecho a la Educación Sexual Comprensiva, el Derecho a la Atención Clínica de la Salud Sexual”²¹⁹, a continuación, se analizarán los que más interesan para esta investigación.

El primero que llama la atención es el Derecho a la Autonomía Sexual, Integridad Sexual y Seguridad del Cuerpo Sexual, el cual consiste en “la capacidad de tomar decisiones autónomas sobre la vida sexual dentro de un contexto de la propia ética personal y social. También, incluye el control y disfrute de nuestros cuerpos, libres de tortura, mutilación y violencia de cualquier tipo”²²⁰, este derecho es fundamental puesto que se basa en la autodeterminación de las personas en todos aquellos aspectos sexuales, donde solo deberán de tomar en cuenta su propia ética y su visión respecto de la sociedad, sin que nadie ni siquiera esta última tenga alguna coerción sobre cualquier decisión que se deba de tomar, ya sea como individuo o como pareja dependiendo del caso.

Otro de los derechos que interesa es el derecho a la privacidad sexual, la cual se basa en el “Derecho a expresar las preferencias sexuales en la intimidad siempre que estas conductas no interfieran en los derechos sexuales de otros”²²¹, pero también incluye que las decisiones que incluyan temas sobre

²¹⁹ Declaración Universal De Los Derechos Sexuales, Declaración del 13 Congreso Mundial de Sexología, 1997 Valencia, España. Revisada y aprobada por la Asamblea General de la Asociación Mundial de Sexología (WAS) perteneciente a la Organización Mundial de la Salud (O.M.S.) el 28 de junio de 2001, en el 15º Congreso Mundial de Sexología, París.

²²⁰ Declaración Universal De Los Derechos Sexuales, Declaración del 13 Congreso Mundial de Sexología, 1997 Valencia, España. Revisada y aprobada por la Asamblea General de la Asociación Mundial de Sexología (WAS) perteneciente a la Organización Mundial de la Salud (O.M.S.) el 28 de junio de 2001, en el 15º Congreso Mundial de Sexología, París.

²²¹ Declaración Universal De Los Derechos Sexuales, Declaración del 13 Congreso Mundial de Sexología, 1997 Valencia, España. Revisada y aprobada por la Asamblea General de la Asociación Mundial de Sexología (WAS) perteneciente a la Organización Mundial de la Salud (O.M.S.) el 28 de junio de 2001, en el 15º Congreso Mundial de Sexología, París.

la sexualidad, y que éstas se puedan tener bajo la privacidad de cada persona, es decir, que no se puedan divulgar de forma arbitraria, como por ejemplo, por instituciones, que en muchas ocasiones poseen datos sobre la sexualidad de una persona que deben de quedar como confidenciales.

También, se tiene el derecho a la equidad sexual, el cual dispone el derecho “ a la oposición a todas las formas de discriminación, por razones sexo, género, orientación sexual, edad, raza, clase social, religión o discapacidad física, psíquica o sensoria”²²², este derecho es importante en especial para las mujeres, ya que en muchas épocas de la historia en especial en temas sexuales, han sido reprimidas y coaccionadas, a lo que han emanado en la actualidad, variados convenios donde ha surgido la necesidad de proteger a la mujer de las múltiples discriminaciones sexuales que sigue sufriendo en el ámbito sexual. Aún así se exige la aplicación de este derecho a todas las personas y más ahora que han surgido variedad de nuevas circunstancias como es el caso del homosexualismo etc.

Luego, se tiene el derecho a información basada en el conocimiento científico, que consta de “La información sexual debe ser generada a través de un proceso científico libre de presiones externas y difundido de forma apropiadas en todos los niveles sociales”²²³, por lo que no deben de mediar influencias externas que vengán a interferir con la verdad de la información.

²²² Declaración Universal De Los Derechos Sexuales, Declaración del 13 Congreso Mundial de Sexología, 1997 Valencia, España. Revisada y aprobada por la Asamblea General de la Asociación Mundial de Sexología (WAS) perteneciente a la Organización Mundial de la Salud (O.M.S.) el 28 de junio de 2001, en el 15º Congreso Mundial de Sexología, París.

²²³ Declaración Universal De Los Derechos Sexuales, Declaración del 13 Congreso Mundial de Sexología, 1997 Valencia, España. Revisada y aprobada por la Asamblea General de la Asociación Mundial de Sexología (WAS) perteneciente a la Organización Mundial de la Salud (O.M.S.) el 28 de junio de 2001, en el 15º Congreso Mundial de Sexología, París.

Por último dentro de los derechos que se han mencionado está el derecho a Tomar Decisiones Reproductivas, Libres y Responsables, el cual consiste en el “Derecho a decidir sobre tener descendencia o no, el número y el tiempo entre cada hijo, y el derecho al acceso a los métodos de regulación de la fertilidad”, éste es uno de los derechos más importantes dentro de la problemática que se ha tratado en esta investigación, ya que se estima en lo que interesa, del derecho de poder decidir y además poder tener el acceso a los métodos no solo de regulación, sino también de aquellos que ayudan a la procreación, es decir, que se considera un derecho el poder tener acceso a las técnicas de reproducción asistida, tanto a las de baja como a las de alta complejidad.

Es importante recalcar que los derechos reproductivos han sido contemplados en diversas Declaraciones internacionales, pero éstas no tienen un rango obligatorio para los Estados, asimismo, al día de hoy no existe una Convención que los reconozca como tal.

Ahora, hay que dedicarse por analizar los derechos reproductivos que la propia CIDH, ha establecido que se violentan al no permitir la utilización de la FIV, que son muy similares a los que se han estudiado con anterioridad, estos serán ampliados y analizados desde una perspectiva internacional para tener así una mejor comprensión de estos.

1.1.1 Derechos Reproductores que se violenta con la prohibición de la FIV según la CIDH.

Según la CIDH al prohibirse la FIV, se está violentando diversos derechos dentro de los que se encuentran los reproductivos, así como aquellos que se relacionan con estos, los cuales son: el derecho a la vida privada y

familiar, el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, la salud sexual y reproductiva, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico tecnológico y por último, el principio de no discriminación.

El derecho a la vida privada y familiar.

Sobre este derecho se tiene el artículo 11 inciso 2, de la Convención Americana de Derechos Humanos el cual dispone “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”²²⁴, esta protección ante estas injerencias debe de ser brindada por cada estado, así mismo, cada estado debe de evitar producirlas. También, en este cuerpo normativo se protege más específicamente a la familia en su artículo 17 en especial en su inciso 1 y 2, en estos se expresa que la familia como elemento fundamental de la sociedad debe de ser protegida, tanto por la misma sociedad como por el estado, así mismo, reconoce el derecho, tanto del hombre como de la mujer a casarse y fundar una familia.

También, existe otra normativa internacional que ampara estos derechos, como es el caso de la Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH) la cual en su artículo 8 dispone que el derecho al respeto a la vida privada y familiar consiste en que “No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para

la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”²²⁵, para los defensores de los derechos reproductivos, la aplicación de la FIV no conlleva ninguna de las situaciones excepcionales de las que habla este articulado, por lo contrario, para los defensores el no permitir la si contraviene este convenio, porque significaría como se mencionó con anterioridad una verdadera injerencia en el ámbito privado y familiar.

Este derecho, también, se encuentra resguardado en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos en que se dispone “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”²²⁶, como se puede observar la redacción es muy similar a las otras dos normativas internacionales comentadas con anterioridad, esto se repite también en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos en su artículo 17.

Así como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre se dispone “Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella”²²⁷, lo cual y como se ha visto incluye el derecho de procreación.

Respecto de este derecho la Corte ha considerado que la prohibición de la fecundación in Vitro es una injerencia arbitraria que entra en el campo de la

²²⁴ Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Artículo 11.

²²⁵ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. Artículo 8.

²²⁶ Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Artículo 12.

vida privada y el derecho a la familia. Dentro de este último derecho la Corte ha dispuesto que se encuentra la posibilidad de procrear, como se mencionó con anterioridad, la cual se está viendo coartada para aquellas familias que no tiene otra opción para concebir esta técnica.

El derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, la salud sexual y reproductiva.

En primera instancia se analizará qué es y qué conlleva el derecho a la integridad personal, éste se encuentra regulado en el artículo 5 de la Convención Americana de Derechos humanos, en el que se expresa en lo que interesa que “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral...”²²⁸, por lo que este derecho trata de proteger al ser humano en conjunto y no solo la integridad física.

Así mismo, también se ve reflejado en el artículo 5 de de la Declaración Universal de Derechos Humanos en la que se manifiesta “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”²²⁹ y el artículo 7 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos en el que se dispone que “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.”²³⁰, como se puede observar este derecho es muy amplio, pero básicamente trata de evitar y poner límites a cualquier trato al ser humano que pueda afectar su vida psíquica, física y hasta moral.

²²⁷ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Artículo 6.

²²⁸ Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Artículo 5.

Respecto de esta división rápidamente se puede describir de la siguiente forma:

La integridad física: “implica la preservación y cuidado de todas las partes del cuerpo, lo que conlleva al estado de salud de las personas”²³¹, es decir, como la misma palabra lo precisa se trata del bienestar físico total de una persona, lo que conlleva a la salud física.

La integridad psíquica: la cual consiste en “la conservación de todas las habilidades motrices, emocionales, psicológicas e intelectuales”²³², esta conservación se debe de dar en el interior de cada persona y es una de las más difíciles de conseguir y mantener.

La integridad moral: la cual “hace referencia al derecho de cada ser humano a desarrollar su vida de acuerdo con sus convicciones”²³³, es decir, según su forma de ver la vida y el desarrollo de la misma a consideración propia, sin ninguna intervención exterior.

Ahora, respecto del derecho a la autonomía personal en sí, ha habido países como Estados Unidos en donde el derecho a la privacidad se ha desarrollado y ha logrado cubrir el derecho a la autonomía personal, el mismo se ha convertido en un derecho fundamental que se encuentra protegido en este país por la décimo cuarta enmienda constitucional, este derecho fue reconocido por primera vez, en Bill of Rights en el caso Griswold contra

²²⁹ Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Artículo 5.

²³⁰ Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966. Artículo 7.

²³¹ El derecho a la integridad personal, José Miguel Guzmán Trabajador Social CINTRAS, Santiago, 6 de diciembre de 2007.

²³² El derecho a la integridad personal, José Miguel Guzmán Trabajador Social CINTRAS, Santiago, 6 de diciembre de 2007.

²³³ El derecho a la integridad personal, José Miguel Guzmán Trabajador Social CINTRAS, Santiago, 6 de diciembre de 2007.

Connecticut, el cual versaba sobre la anulación de una ley que prohibía la anticoncepción, así mismo, existieron otros casos como Roe contra Wade, donde se instituyó el derecho de privacidad conforme a la cláusula de debido proceso de la decimocuarta enmienda.²³⁴

Otro caso en que se puede encontrar el derecho a la autonomía personal es en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en el cual en su artículo 3 dispone “El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas...”²³⁵, pero esta autonomía personal también se ve reflejada en otros ámbitos como el reproductivo.

Ahora respecto del derecho a la autonomía personal reproductiva, éste se puede ver en el artículo 16 de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en especial en su inciso e), el cual dispone el derecho “decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”²³⁶, por lo que la autonomía se ve reflejada en el hecho de poder elegir, en este caso se habla de la mujer, porque es quien sufre el desarrollo de la gestación, pero la idea, en general, también se aplica al hombre.

²³⁴ Cornell University Law School. Recuperado de:

http://www.law.cornell.edu/wex/espanol/derecho_a_la_privacidad_autonom%C3%ADa_de_las_personas.

²³⁵ Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Artículo 3 inciso a).

²³⁶ Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW). Artículo 16.

Estos derechos de lo que hablan es del hecho de poder elegir no solo si tener o no hijos, sino también de poder elegir el método para conseguirlo, así también manifiestan que este aspecto de la vida familiar, se encuentra dentro del ámbito privado, ya sea de la pareja o la persona, aunque la connotación es un poco mayor para la mujer, debido a como se explicó con anterioridad, ella es la que sufre los cambios físicos, pero también hay que tomar en cuenta el aspecto emocional y hasta social que sufre la mujer por ser madre, esta clase de decisiones influye directamente en la integridad psíquica y moral, todo lo cual desemboca en el derecho que tiene toda persona a una buena salud sexual y reproductiva.

Habiendo analizado el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, la salud sexual y reproductiva (estos dos últimos analizados con anterioridad), se puede concluir que estos derechos se basa en que la persona pueda elegir de una forma autónoma e independiente sobre temas que se encuentra en su esfera personal, sin que medie violencia, tratos inhumanos o degradantes por parte de otras personas o hasta de los mismos estados, que comprometan su integridad física, psíquica o emocional, por lo que la persona tendrá el derecho de decisión sobre las actividades referentes a su fecundidad.

El derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico.

Este derecho se puede encontrar en la normativa internacional del Protocolo de San Salvador, en su artículo 14 el cual dispone que “Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen el derecho de toda persona... de

gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico...”²³⁷, así mismo, el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales también lo menciona en su artículo 15 inciso b), el cual al igual que el anterior dispone del derecho de toda persona a gozar de los beneficios científico y cuyo derecho debe de ser protegido y asegurado por cada uno de los estados.

También, se encuentra presente este derecho en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en donde se menciona que toda persona tiene derecho a “disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos”²³⁸.

Los defensores de este derecho consideran que el mismo se violenta al no permitir la FIV, puesto que ésta ha sido el resultado de largas investigaciones científicas que llevaron a la creación de esta técnica, así mismo, la disponen como el objeto en que ha desembocado el desarrollo de las antiguas técnicas de reproducción asistida y como una herramienta a disposición de las parejas, para que éstas puedan llegar a concebir un hijo y para algunas su única opción para lograrlo.

El principio de no discriminación.

Por último, dentro de los derechos que la Corte interamericana considera que se violentaban al no permitir la FIV y que se encuentra dentro de los derechos reproductivos, se tiene el principio de no discriminación, éste se encuentra amparado en la Declaración Universal de Derechos humanos, en especial en su artículo 2 el cual dispone “Toda persona tiene todos los

²³⁷ "Protocolo de San Salvador" Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

²³⁸ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Artículo 13.

derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”²³⁹, lo que se buscaba era evitar una discriminación por cualquiera de los aspectos anteriores mencionados hacia el ser humano.

Así mismo, el principio de no discriminación trae consigo un aspecto positivo, el cual va referido al derecho de igualdad, este también se encuentra en la Declaración Universal de derechos humanos en su artículo 7 éste dispone “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”²⁴⁰.

Lo mismo se puede encontrar en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en su artículo 2 “Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”²⁴¹

También, se considera que es un deber de cada estado velar por esta igualdad y no discriminación, como es el caso de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en donde su artículo 2 inciso 1 dispone “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin

²³⁹ Declaración Universal de Derechos Humanos. Artículo 2.

²⁴⁰ Declaración Universal de Derechos Humanos. Artículo 7.

²⁴¹ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Artículo 2.

distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”²⁴²

Todo lo anterior se puede ver reflejado también en la Convención Americana de Derechos humanos, en sus artículos, 1 inciso 1 y 2, en donde se dispone el deber de cada estado de velar por el cumplimiento de los derechos aprobados en esta convención sin discriminación alguna, así como de adoptar las medidas que sean necesarias para que esto se lleve a cabo, en especial creando la normativa necesaria en caso de no haberla.

Sobre este derecho la Corte interamericana ha dispuesto que éste se violenta al no permitir la FIV, puesto que su prohibición ha hecho que ésta solo se pueda llevar a cabo fuera del país y solo las parejas con los recursos necesarios pueden realizarse la técnica, por lo que se está dando una discriminación de índole económica que provoca gran perjuicio a las parejas.

1.1.2 Los Derechos Reproductivos en España.

A continuación, se analizará la posición que ha tenido España respecto de los derechos reproductivos, este país ha demostrado a lo largo de los años el desarrollo de esta clase de derechos, así mismo, el Estado ha ido proporcionando una mayor protección a estos, así como una mayor flexibilización en su práctica.

En España se ha protegido los derechos reproductivos respecto de la procreación, en especial a la mujer, y se han visto, tanto desde una perspectiva

²⁴² Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966. Artículo 2 inciso 1.

negativa como es el caso del aborto, hasta una perspectiva positiva, como es el caso de las técnicas de fecundación asistida.

En el caso del aborto, como lo se vio en la sección de la legislación española, hay una ley que actualmente permite el aborto voluntario en este país, en donde lo único indispensable es el consentimiento informado de la mujer que se va someter al mismo, aquí se manifiesta claramente derechos como la autonomía reproductiva, la integridad psíquica y emotiva, el principio de no discriminación, en este caso, por género entre otros.

Así mismo y el que es tema de esta investigación, se ha protegido en la normativa española el derecho de poder decir el método que la mujer o pareja consideran en su esfera personal y privada, para poder tener hijos, sin que verse más que la voluntad de los interesados.

Lo interesante en este punto es cómo en España las técnicas de reproducción asistida incluyendo la FIV, no son consideradas como en la mayoría de países una herramienta o un tratamiento para la infertilidad, si no que éstas se toman como una opción más a la que puede acudir cualquier persona para ser padre.²⁴³

Se debe de tomar en cuenta que en muchos países este tipo de técnicas en especial la FIV, solo se encuentra permitida para parejas casadas y en algunos también se permite la práctica para parejas que se encuentran bajo el régimen de unión de hecho, además como la FIV solo se recurre en el momento cuando se percata de la infertilidad de la pareja, no podría ocurrir lo mismo en una mujer soltera que no ha mantenido relaciones sexuales o no ha

encontrado una pareja con la cual desee tener hijos, pero en España al no importar el hecho de que si son o no pareja, sino que esta clase de técnicas se toman como una opción para procrear, se permite que éstas puedan ser utilizadas ya sea por personas casadas o solteras, con parejas o sin ellas.

Esto lo que ha conllevado es a la formación de familias diversas y no solo la familia tradicional, aunque han sido múltiples los factores que han llevado a que, en la actualidad, las familias sean diversas, las técnicas de fecundación asistida en especial la FIV, ha logrado que se formen familias que no se hubieran podido formar de otra forma o hubiera sido muy difícil de alcanzar, como es el caso de las mujeres solteras que no han encontrado pareja y desean tener hijos o mujeres lesbianas etc. Pero también, surgen familias que aunque en apariencia se podría ver como una familia tradicional, la manera como ello sucedió no fue tan tradicional, como es el caso de mujeres que no pueden concebir y no se pueden o no poseen los óvulos para hacerlo, así que buscan otra madre que los pueda concebir, a veces hasta con embriones de otros donante.

Lo que lleva a distinguir, que son múltiples los casos que, actualmente, conlleva la técnica de Fecundación in Vitro y que el legislador debe de legislar, en especial en España donde se han abierto tantos escenarios que el derecho no ha podido seguir, pero que ha tenido que ir cubriendo poco a poco y que aún hoy nacen nuevas situaciones que por su particularidad se deben de tratar individualmente por los tribunales.

²⁴³ I Seminario Internacional de Derecho Sanitario. Costa Rica, 23/4/13, segundo día Universidad de Costa Rica, conferencia sobre Fecundación Asistida. Doctora Olga Sánchez.

Respecto de la familia en España, las decisiones legislativas que se han tomado en relación con los derechos reproductivos han ido alterando su evolución, tal es el caso de la aprobación del aborto, según el informe que se realiza cada 6 años y que versa sobre la evolución de la familia en España (el del 2010), informa de una situación que aún, actualmente, sufre este país, la cual es muy preocupante, puesto que hay aproximadamente un millón más de personas mayores que de jóvenes, lo que ha puesto de cabeza la pirámide poblacional española, en donde la base de jóvenes es cada vez menor y la población de personas mayores es cada vez mayor.²⁴⁴

Este mismo informe ha revelado que esta situación se debe gran parte al déficit de natalidad que sufre este país, el cual solo se ha visto un poco beneficiado por los nacimientos de los hijos de madres extranjeras, así mismo, establece que las mujeres españolas están postergando cada vez más su maternidad, por lo que el promedio ronda los 31 años de edad, siendo así unas de las poblaciones de mujeres que tarda más en tener hijos²⁴⁵, pero tal vez el tema que más afecta la natalidad en España es el tema del aborto.

Actualmente, se están llevando a cabo unos 115000 abortos anuales, los cuales siguen incrementándose, es decir, que se está produciendo un aborto cada 4,5 minutos, lo cual se ha convertido en una de las principales causas de mortalidad²⁴⁶ en este país. Dentro de los datos que muestra este informe se puede resaltar que la cantidad de abortos es tan grande que “Se ha superado el millón trescientos mil abortos (1.350.000 abortos), desde que se legalizó en el año 1.985” y solo “El número de abortos que se produce en un

²⁴⁴ Informe Evolución de la Familia en España 2010. Características de la Población.

²⁴⁵ Informe Evolución de la Familia en España 2010. 2.2 Característica de la natalidad Española.

año (115.812 en el 2008) es equivalente al déficit de natalidad que tiene España”.²⁴⁷, por lo que la pérdida humana ha llegado a niveles muy elevados y ha reflejado el poco interés, tanto del Estado como de la misma sociedad hacia el no nacido, tanto así que 1 de cada 3 abortos ha sido precedido de otros aborto, con la alarmante cifra de que “Las mujeres que habían abortado anteriormente 5 o más veces se han multiplicado por 13 y fueron 811 en 2008”²⁴⁸, recuérdese que aún en estas cifras no se ve reflejado el impacto de la ley del aborto del 2010, en donde se permite el aborto voluntario con el simple consentimiento voluntario de la mujer.

Como se puede observar el hecho de que las mujeres quieran postergar tanto su maternidad, ya sea a través de métodos anticonceptivos o la utilización del aborto para ello, vendría a desembocar del porqué se utiliza cada vez más las técnicas de fecundación asistida, en especial la FIV en España, ya que cuanto más tiempo la mujer postergue su maternidad, menos probabilidades tiene de poder lograrlo, en este punto se la comunidad médica ha establecido que después de los 35 años, a la mujer se le hace muy difícil procrear y el riesgo de sufrir complicaciones en el embarazo aumenta considerablemente y aunque la FIV se puede aplicar desde tempranas edades, la mayoría de mujeres que acude a ella superan los 35 años de edad.

Por lo que luego de este análisis es bastante evidente la posición que tiene España respecto de los derechos reproductivos, ésta se ha esforzado por protegerlos jurídicamente, además de extenderlos hasta una limitación mínima por parte del Estado, dejando completamente de lado el derecho a la vida y

²⁴⁶ Informe Evolución de la Familia en España 2010. 2.3 Aborto en España.

²⁴⁷ Informe Evolución de la Familia en España 2010. 2.3 Aborto en España.

dignidad del embrión, donde por más que se dispone que su protección es gradual, se ha podido comprobar que ésta es casi inexistente, en especial en los primeros meses de desarrollo del embrión.

Por último, respecto de los derechos reproductivos, las mismas normativas internacionales que los amparan, hacen la observación que estos llegan hasta donde comienzan los derechos de los demás, así como se dispone que se vayan a gozar siempre y cuando no contravenga otros derechos de mayor jerarquía.

²⁴⁸ Informe Evolución de la Familia en España 2010. 2.4 Características del aborto en España.

Capítulo III: Modelos de reglamentación de la Técnica de Fecundación in Vitro.

Como se analizó a lo largo de esta investigación, España ha sido un país no solo pionero, si no también, un país dedicado a fomentar y desarrollar la aplicación de las técnicas de fecundación asistida incluyendo la fecundación in Vitro, con un modelo que se ha caracterizado por su gran flexibilidad y permisibilidad, en donde se destaca una fuerte protección a los derechos reproductivos de las personas y en donde se invisibiliza la figura del embrión y del feto, brindándoles la mínima protección.

Así mismo, se ha resaltado la posición de Costa Rica a favor del derecho a la vida y dignidad del ser humano desde la concepción, por lo que éste merece protección desde la unión del óvulo con el espermatozoide, pero debido a que la Corte Interamericana de Derechos humanos, quien a través de su fallo, exigió la obligación del Estado costarricense de permitir y legislar la Fecundación in Vitro, y aunque su argumentación fue bastante cuestionable y falta de argumentos jurídicos, a Costa Rica no le queda otra opción que cumplir con dicha disposición.

Por lo que a continuación y con base en el análisis realizado al modelo español, se estudiará los beneficios y consecuencias que acarrearía imponer esta clase de modelo en el país, para luego determinar cuál sería la mejor forma de implementar la fecundación in Vitro en Costa Rica, con el fin de violentar en el menor grado y en la medida de lo posible el derecho a la vida y dignidad del embrión.

A: Beneficios y consecuencias del modelo de reglamentación español aplicado al sistema jurídico costarricense.

Luego de analizar la situación actual que vive España y al ser considerado un país muy progresista en el campo científico y en este caso de los derechos reproductores, hay que determinar el panorama que viviría Costa Rica, tanto positivo como negativo al implementar su metodología tal y como está planteada en la actualidad en este país.

Lo primero que hay que tomar en cuenta son las dimensiones poblacionales, ya que España cuenta, en la actualidad, con una población de alrededor de los 47 millones de habitantes y Costa Rica con tan solo una población de poco más de 4,5 millones de habitantes.

También, existen grandes diferencias sociales que hay que tomar en cuenta, ya que la sociedad española ha establecido claramente una posición muy liberal en especial en temas reproductivos, por lo que su legislación refleja el pensamiento de su población, a diferencias de Costa Rica en donde su sociedad ha demostrado ser muy cautelosa en esta clase de temas y mucho más conservadora.

1. Análisis de los beneficios que tendría la implementación de la FIV en Costa Rica.

Por lo que tomando en cuenta los anteriores puntos y analizando el modelo de implantación de las técnicas de Fecundación Asistida incluyendo la FIV en España, son pocos los beneficios que obtendría Costa Rica al implementarlo sin ningún tipo de cambio sustancial.

1.1 Obtención del embarazo.

La principal ventaja de aplicarse la FIV, es que permite a las parejas que de otra forma no podrían concebir hijos biológicamente poder lograrlo, recuérdese que aproximadamente 10 de cada 100 personas sufren de problemas de infertilidad, pero de este porcentaje un aproximado de 7% son tratables con técnicas de fecundación asistida de baja complejidad y con inseminación artificial, según estadísticas mundiales, por lo que tan solo un promedio de un 3% de las parejas ocuparían realmente de la FIV²⁴⁹, que son las que sacarían un verdadero beneficio con la implementación de esta técnica en el país. En el caso del modelo español esto no tendría trascendencia puesto que en el mismo el tener un problema de infertilidad no es requisito para poder someterse a ésta.

Otra razón por la que se beneficiarían las parejas al implementar el modelo español, es porque la aplicación de la técnica, según este modelo proporcionaría un mayor porcentaje de éxito, ya que al no haber un límite en la cantidad de ciclos, ni a la creación de embriones y al solo limitar la transferencia de óvulos a 3, aumenta, según los médicos las posibilidades de éxito, por lo que con esta cantidad de embriones, las posibilidades de quedar embarazada irían desde un 30 a un 35 por ciento de probabilidad y algunos médicos hablan de hasta un 42 por ciento²⁵⁰, aunque estos porcentajes no se aplican o no se ven reflejados en los nacimientos, donde el porcentaje es mucho menor

²⁴⁹ I seminario Internacional de Derecho Sanitario. Segundo día, Conferencia Fecundación Asistida. Conferencista Dr. Liliana Azofeifa, Médico Gineco-obstetra del Hospital de las Mujeres, especialista en reproducción asistida. Tema: "Retos para la CCSS". Fecha de Conferencia 23/04/2013. Auditorio de la Facultad de Medicina, Universidad de Costa Rica.

²⁵⁰ Varela, I. Fecundación In Vitro: Ciencia aplicada a la concepción, Revista Mamá Joven, N0 49, Abril del 2013. Pág. 20.

rondando el 8 por ciento, por lo que la mayoría de clínicas prevé la necesidad de la realización de más de un ciclo reproductivo de la FIV.

1.2 Menor Costo de la FIV en el país.

Otras de las ventajas que obtendrían las personas que se realicen la FIV es el menor costo de ésta, puesto que, en la actualidad, al no ser permitida en el país las personas deben acudir al extranjero a realizársela, ya sea en su totalidad o parcialmente.

Es muy difícil precisar cuál es el costo real actual de dicha técnica en Costa Rica, puesto que los procedimientos de ésta que se realizan en nuestro territorio son normalmente los preparativos y parte del seguimiento de estos, pero lo que es la fecundación e implantación de los embriones se realizan fuera del país, esta práctica se ha estado efectuando desde el día cuando se prohibió la técnica de Fecundación in Vitro en el 2000 y hasta la fecha, ya que aún no se cuenta con una legislación que la permita.

Un caso de esta práctica es el Centro Fecundar Costa Rica- Panamá, el cual está constituido por los doctores Ariel Pérez y Raúl Berbey, este centro tiene oficinas en ambos países, en el caso de Costa Rica se encuentra ubicado en el hospital CIMA San José; en este centro se realizan todas las técnicas de Fecundación Asistida, además de ofrecer la congelación de embriones, pero la FIV se realiza exclusivamente en Panamá. Este centro tiene más de 10 años de experiencia en el campo, habiéndose obteniendo un promedio de 2000

nacimientos en este periodo, además disponen que sus prácticas se rigen por la Sociedad Americana de Medicina Reproductiva.²⁵¹

Así, esta Institución actualmente hace el siguiente desglose de gastos:

Costos por intento.

Cargo fijo por Laboratorio de Gametos, Sala de Operaciones, Insumos y Anestesista: \$3000
Honorarios Médicos del Especialista por Aspiración y Transferencia: \$1500.
Total. \$ 4500 dólares
Más consultas (\$140 c/u y son 3) y medicamentos (aprox. \$1700).
• Congelación de cigotos son \$1000 dólares (incluye todos los cigotos obtenidos).
• Transferencia de cigotos congelados \$1000 dólares.
• Donante de óvulos son \$4000 dólares (incluye los medicamentos de la donante). La paciente puede aportar la donante y pagaría solo el In Vitro.
• Donante de semen son \$400 dólares, por concepto de congelación, descongelación de la muestra y estudios al donante. Los pacientes pueden aportar su donante.
• Aspiración Epididimal y Testicular \$950 dólares (incluye anesthesiólogo, sala de operaciones e insumos).²⁵²

²⁵¹ Centro Fecundar Costa Rica – Panamá. Recuperado de: <http://www.centrofecundar.com/>. (13/05/2013).

²⁵² Centro Fecundar Costa Rica – Panamá. Recuperado de: <http://www.centrofecundar.com/>. (13/05/2013).

Por lo que se puede observar que en realidad el costo es mucho mayor a los \$4500 dólares que habla en un principio, así mismo, el costo aumenta dependiendo de la situación de infertilidad que sufra la pareja, así vaya o no necesitar de gametos de terceros, esto tomando en cuenta que se habla que son costos por intento, y como se mencionó con anterioridad hay muchos casos en que se necesita más de un ciclo reproductivo, a esto en el caso de Costa Rica habría que añadir los gastos de transporte, estadía , alimentación etc.

Aun así Panamá es uno de los destinos en que la técnica de la FIV tiene un costo menor, ya que países como España el costo es mucho más elevado, solo la FVI básica tiene un valor que oscila entre los 4000 a 5000 euros, a esto se le suma dependiendo de los medicamentos un agregado que va desde el 20% hasta un 80% del costo de la FIV, así mismo, la congelación de los embriones está dentro de un 10% a un 20% más y de ser necesario el ICSI aumentaría un 40% más.²⁵³

Además hay que tomar los siguientes datos:

Mujeres de menos de 35 años: necesitan un promedio de 3.4 ciclos de FIV para conseguir un embarazo éxito esto llegaría a costar más de 20.000 Euros.

Mujeres de 35 a 37 años: necesitan un promedio de 4.2 ciclos de FIV para conseguir un embarazo éxito esto llegaría a costar más de 24.000 Euros.

²⁵³ "Precio de la Fecundación In Vitro". Recuperado de: <http://www.reproduccion.com/tratamiento/precio-de-la-fecundacion-in-vitro-fiv/>. (13/05/2013).

Mujeres de 38 a 39 años: necesitan un promedio de 5.5 ciclos de FIV para conseguir un embarazo éxito esto llegaría a costar más de 30.000 Euros.

Mujeres de 40 a 42 años: necesitan un promedio de 10 ciclos de FIV para conseguir un embarazo éxito esto llegaría a costar más de 55.000 Euros.²⁵⁴

Como se ha mencionado al no permitirse la FIV en el país, es muy difícil establecer cuál sería su costo final, aun así se espera que éste sea mucho menor, en especial al no tener que incurrir en otros gastos como transporte, estadía y alimentación, de ahí la ventaja económica de que se permita la FIV en el país.

1.3 Igualdad en la Práctica de la FIV.

Una de las ventajas más notables al aplicar la FIV como se aplica en España es la igualdad de quien recibe la técnica, ya que como se ha analizado en apartados anteriores, primero la FIV en este país no se utiliza como una técnica para la infertilidad, si no por el contrario se ve como otra opción para poder concebir.

Es decir que tal y como se aplica en España, la FIV se la podría realizar, parejas casadas o no, mujeres solteras, homosexuales etc., cualquier persona que la necesite y tome la decisión de realizársela, sin que por ello sea necesario pasar por el proceso de detección de una infertilidad. Claro con la excepción de que lo contraindique el médico y en el caso de la maternidad subrogada la cual la se analizará más adelante.

²⁵⁴ Precio de la Fecundación In Vitro. Recuperado de: <http://www.reproduccion.com/tratamiento/precio-de-la-fecundacion-in-vitro-fiv/>. (13/05/2013).

1.4 Combate Enfermedades Genéticas Graves.

Por último, otro de los beneficios del método español es que permite combatir enfermedades genéticas graves, ya que en este ordenamiento sí se permite el diagnóstico pre-implantacional.

Este fue regulado en la ley del 2006 sobre técnicas de fecundación asistida en sus artículos 12 y 13, esta clase de procedimiento es bastante restringido en España, ya que la misma ley dispone que solo se deberá de utilizar el mismo en caso de la detección de enfermedades hereditarias graves, que tengan su aparición precoz y que no se puedan curar con ningún tratamiento posnatal, así mismo, se podrá utilizar en el caso de otras alteraciones que comprometan la viabilidad del embrión.²⁵⁵

Por lo que este procedimiento permite a los científicos que realiza la FIV, la posibilidad de seleccionar dentro de los embriones creados aquellos que no contenga la afección, para determinar dicha enfermedad se hace necesario en primera instancia que los futuros padres se sometan a un estudio de informatividad de la pareja, con el fin de poder determinar cuáles son los genes que estarían presentes en un embrión enfermo, además como se había mencionado, no todas las enfermedades están autorizadas para el diagnóstico pre-implantacional.

Por lo que una vez aceptada que la enfermedad se encuentra dentro de los parámetros exigidos por la ley, se procede a extraer de los embriones de apenas unas horas, una de las células que los componen para ser estudiada para determinar cuáles embriones son portadores del gen que produce la

²⁵⁵ Ley sobre Técnicas de reproducción humana asistida. Ley número 14/2006 del 26 de mayo. Artículo 12.

mutación ó enfermedad y así poder elegir aquellos que no la sufran para su implantación, pero hay que tener en cuenta que esto no asegura que el niño (a) nazca o desarrolle otros tipos de enfermedades, de las cuales no se consideran que vayan en contra de la vida del menor.

La efectividad de la FIV con el uso de diagnóstico preimplantacional es muy poca “estimándose que sólo el 15-20 % de parejas que inician el procedimiento van a conseguir el nacimiento de un hijo libre de la enfermedad. La tasa de embarazo tras el sometimiento a estas técnicas es bajo (en torno al 20% en cada ciclo que se intente) y a esto hay que sumarle que el error en el diagnóstico del embrión se estima en torno a un 10%”²⁵⁶ es decir, que pueda tener la enfermedad que se trata de evitar.

Un caso concreto en que se podría aplicar esta técnica es en enfermedad de von Hippel-Lindau, la cual provoca el crecimiento de tumores en diversas partes del cuerpo en especial en órganos como el cerebro, páncreas, riñones, medula espinal, y que ya para el 2010 se han tratado a 6 parejas con este mal y sus hijos han nacido sin la enfermedad.²⁵⁷

Estas fueron las únicas ventajas que se encontraron al implementar la FIV, según el sistema español. A continuación, se analizará las desventajas que acarrearía para Costa Rica la aplicación de este sistema.

²⁵⁶ Trujillo, M. Ejarque, I. “ **El diagnóstico genético preimplantacional en España**”. Alianza Española de Familias VHL y MSPS. Recuperado de: http://www.alianzavhl.org/index.php?option=com_content&view=article&id=1229&Itemid=737/. (14/5/2013).

²⁵⁷ Trujillo, M. Ejarque, I. “ **El diagnóstico genético preimplantacional en España**”. Alianza Española de Familias VHL y MSPS. Recuperado de: http://www.alianzavhl.org/index.php?option=com_content&view=article&id=1229&Itemid=737/. (14/5/2013).

2. Análisis de las consecuencias que tendría para Costa Rica la implementación de la FIV.

A diferencia de las ventajas anteriormente analizadas, la implementación de la técnica de fecundación asistida, según el método español arrastraría múltiples consecuencias negativas, en especial y como se había mencionado al principio de este capítulo, la sociedad costarricense y española son totalmente distintas y así se ha visto reflejado en sus ordenamientos.

2.1 Violación del Derecho a la Vida y Dignidad del Embrión.

La principal consecuencia que traería la aplicación del método español, es que efectivamente se estaría violentado el derecho a la vida y dignidad del embrión, este punto se ha ido analizando a través de toda la investigación y se ha llegado a la conclusión que la FIV sí violenta y vulnera este derecho, en especial en la situación actual que vive España, al permitir prácticas como la creación de embriones sin restricción, la crioconservación de los embriones sobrantes y en especial la donación de estos para fines de investigación entre otros.

El primero de los puntos anteriores desemboca en la problemática que ha sufrido y sigue sufriendo España, de la creación de embriones supernumericos, como se ha analizado al no imponer un límite a los médicos para la creación de embriones, produjo que España llegara a un punto donde la cantidad de embriones que estaban congelados fuese muy alto, aun así la solución solo fue parcial y lo único que realizó fue la búsqueda de otros fines (además de la congelación) para estos embriones, pero en ningún caso se buscó la manera de disminuir la cantidad de embriones que se creaban.

La misma crioconservación ya desemboca en una gran violación a la vida del embrión, puesto que luego del descongelamiento muchos mueren, es decir, que por el simple hecho de ser congelados, los embriones ya se exponen a que unos tengan la muerte asegurada, la misma disminuye al utilizarse el procedimiento de vitrificación, pero el peligro de muerte es inminente, ya que aunque varía la cantidad de muertes siempre existirán, así son cuatro los posibles escenarios que se pueden esperar de la crioconservación:

- 1) que esté muerto;
- 2) que se muera durante la descongelación;
- 3) que siga con vida y sea viable;
- 4) que siga con vida y sea inviable.²⁵⁸

Por lo que solo en el tercer caso se podría utilizar el embrión para su transferencia, a esto se puede sumar la problemática de qué hacer con el embrión que aunque está vivo no es viable, si se deja así en 5 ó 7 días moriría y si se vuelve a congelar puede morir en el proceso y de todas formas si sobrevive no tendría objeto su congelación.

Dichas situaciones, no son tomadas en cuenta en el modelo español en donde ve la crioconservación como un proceso necesario de la FIV y donde poco o nada importa las muertes de los embriones en la congelación, puesto que el fin es lograr que con los embriones que sobrevivan y sean viables

²⁵⁸ Gabard, M. Castagnola, Y. (Setiembre 2010) **Briones humanos: Entre el vacío legal y la desmedida manipulación.** Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Carrera de Abogacía. Universidad de Belgrano, Buenos Aires Argentina. Recuperado de: http://www.ub.edu.ar/investigaciones/tesinas/410_Gabardi.pdf

puedan ser utilizados para otro ciclo reproductivo que pueda desembocar en un embarazo.

Como se analizó anteriormente, España dio como solución al problema de los embriones súper numéricos diversas opciones, en donde se denotaba claramente las intenciones de las autoridades españolas de dar lugar a una necesidad de un grupo de científicos, quienes aseguraban que la investigación en células troncales embrionarias abriría grandes oportunidades a descubrimientos que vendrían a traer diversas curas a enfermedades, además de los grandes aportes que acarrearía a la ciencia, por lo que se decidió permitir la investigación en embriones humanos. Esta decisión es una de las que más violentan el derecho a la vida y dignidad del embrión, puesto que en el caso de la investigación es inevitable su degradación y muerte.

El número de muertes de embriones a través de todo el proceso y técnicas accesorias a la FIV es elevadísimo, en España solo en el 2010 fueron transferidos 48467 embriones en 24759 transferencias, de las cuales desembocaron en partos solo 5589, por lo que aunque se habla en este país que la probabilidades de embarazo son de un 45%, la tasa que llega a nacer rondan el 11,5%,²⁵⁹ a esto habría que restarle los embriones que se desechan a no ser considerados aptos para su transferencia, que normalmente son un porcentaje elevado, es decir, que de los embriones que son creados y los que logran llegar a nacer el porcentaje es mucho menor del mencionado 18% y hasta podría hablar que un aproximado de un 90% de los embriones que se

²⁵⁹ Prados, F. Santos, M. Carbelló, Y. Buxaderas, R. Segura, A. Hernández, J. Vidal, E. Herrero, J. Luceño, F. Marqueta, J. Pérez, F. Castilla, J. Comité de Registro de Técnicas de Reproducción Asistida, Sociedad Española de Fertilidad. Registro de la Sociedad Española de Fertilidad: Técnicas de reproducción asistida (IA y FIV/ICSI). Año 2.010” Pág. 5

crea no llegan a nacer, ya sea porque se pierden en los primeros días, en la transferencia, luego de la implantación, abortos espontáneos o por que se pierden al congelarse y descongelarse, por lo que la tasa de éxito es mínima, en comparación a la gran cantidad de vida humanas que se pierden en el camino.

2.2 Riesgos y Complicaciones de la FIV.

Así mismo, la FIV ya sea la tradicional o la ICSI, trae consigo una serie de riesgos y complicaciones que se analizarán a continuación.

Los primeros obstáculos que se estudiarán son las que perjudican al embrión o feto humano, así como aquellas que se presentan luego del parto, respecto de las primeras se tiene el riesgo de aborto, riesgo de embarazos ectópicos, riesgo de embarazo múltiple y riesgo de embarazo pre-término.

2.2.1 Riesgo de Aborto.

En el caso del riesgo de aborto los mismos especialistas han llegado a contradecirse, ya que mientras para algunos disponen que no hay gran diferencia entre los abortos que se presentan en embarazos que se obtuvieron de forma natural y aquellos que se llevaron a cabo por medio de la utilización de FIV y ICSI, para otros la diferencias ronda el 20%²⁶⁰ de probabilidades de que se produzca un aborto en los casos en que se utilizan las técnicas, aun así es muy difícil establecer si este riesgo se debe a las afecciones de infertilidad de la mujer o si es por la manipulación de la técnica en sí, aun así se ha

²⁶⁰ Matorras R, Hernández J. “Estudio y tratamiento de la pareja estéril: Recomendaciones de la Sociedad Española de Fertilidad, con la colaboración de la Asociación Española para el Estudio de la Biología de la Reproducción, de la Asociación Española de Andrología y de la Sociedad Española de Contracepción.” Adalia, Madrid, España. Año 2007. Pág. 235.

dispuesto que tienen un mayor riesgo de aborto aquellas mujeres que han sufrido abortos espontáneos anteriores, que haya sufrido síndrome de hiperestimulación ovárica y aquellas que padecen de enfermedad de ovarios poliquísticos.

Lo que si no ha sido contravenido son los porcentajes de abortos que se producen por los embarazos múltiples los cuales se ubican entre un 5 y 11%²⁶¹ aunque el porcentaje podría ser mayor cuantos más fetos se hallen en el vientre materno. También, dependerá la tasa de abortos en la FIV de la transferencia de los embriones con base en si se trata de embriones frescos o criopreservados, ya que en este último caso la pérdida es mayor.

En las encuestas realizadas en el 2010, se logró determinar que de 9460 gestaciones, se dieron 1594 abortos y llegaron a nacer 5589²⁶², por lo que el porcentaje de aborto fue del 16,8%, estos porcentajes varían, según las circunstancias en que se midan, puesto que hay casos diversos, como los embarazos múltiples donde la pérdida es mucho mayor.

2.2.2 Riesgo de Embarazo Múltiple.

Los embarazos múltiples como se ha venido mencionando son otro riesgo que acarrea la FIV, esto se debe a que en esta técnica cuanto mayor sea la cantidad de embriones mayor es la posibilidad de que alguno se implante, pero esta medida también acarrea la posibilidad de que más de una

²⁶¹ Matorras R, Hernández J. (2007) Estudio y tratamiento de la pareja estéril: Recomendaciones de la Sociedad Española de Fertilidad, con la colaboración de la Asociación Española para el Estudio de la Biología de la Reproducción, de la Asociación Española de Andrología y de la Sociedad Española de Contracepción. Adalia, Madrid, España. Pág. 235.

²⁶² Prados, F. Santos, M. Carbelló, Y, Buxaderas, R. Segura, A. Hernández, J. Vidal, E. Herrero, J. Luceño, F. Marqueta, J. Pérez, F. Castilla, J. Comité de Registro de Técnicas de Reproducción Asistida, Sociedad Española de Fertilidad. Registro de la Sociedad Española de Fertilidad: Técnicas de reproducción asistida (IA y FIV/ICSI). Año 2.010" Pág. 5

de los embriones se implanten o que todos los embriones transferidos se implanten y se desarrollen dando lugar a un embarazo múltiple aunque las probabilidades de que se dé son pocas.

Se calcula que del 100% de los embarazos múltiples que se dan, el 20% se da en por condiciones normales, un 40%, por estimulación ovárica y un 40%, por tratamiento de fecundación asistida, donde se vinculan directamente a la FIV un 10%²⁶³.

La condición de embarazo múltiple acarrea numerosas complicaciones dentro de las que se tienen: “preclampsia, la diabetes gestacional y el parto pretérmino... La placenta previa es otra de las complicaciones”²⁶⁴. pero no solo lo madre puede sufrir de complicaciones, también los fetos ya que pueden sufrir de retrasos en el crecimiento, asincrónica en el desarrollo, es decir, que uno de los fetos crece más que el otro (s), se puede dar la muerte de alguno de los fetos lo cual es muy frecuente en especial en el primer trimestre (25%).

Debido a éstas y muchas más complicaciones es que se debe de evitar trasferir un número desproporcionado de embriones, ya que a mayor número de fetos mayor número de complicaciones, por esta razón, es que en la legislación española ha determinado en 3 el número máximo de embriones que se pueden transferir por ciclo reproductivo que se lleve a cabo, esto con el fin de que la madre no se exponga a un embarazo de mayor número de fetos.

²⁶³ Matorras R, Hernández J. (2007) “Estudio y tratamiento de la pareja estéril: Recomendaciones de la Sociedad Española de Fertilidad, con la colaboración de la Asociación Española para el Estudio de la Biología de la Reproducción, de la Asociación Española de Andrología y de la Sociedad Española de Contracepción.” Adalia, Madrid, España. Pág. 233.

²⁶⁴ Matorras R, Hernández J. (2007) “Estudio y tratamiento de la pareja estéril: Recomendaciones de la Sociedad Española de Fertilidad, con la colaboración de la Asociación Española para el Estudio de la Biología de la Reproducción, de la Asociación Española de Andrología y de la Sociedad Española de Contracepción.” Adalia, Madrid, España. Pág. 233.

2.2.3 Riesgo de Embarazo Ectópico.

Otro inconveniente de la FIV es el riesgo de embarazos ectópicos, que es el embarazo que ocurre fuera de la matriz, como es el caso de las trompas de Falopio, estos son altamente peligrosos ya que pueden producir la muerte de la madre y el feto normalmente nunca llega a nacer.

Se ha visto reflejado esta clase de problemas con la FIV, puesto que se ha demostrado que la utilización de esta técnica triplica las posibilidades de que se dé esta clase de embarazo, lo cual se debe a diversos motivos, pero los relacionados directamente con la FIV son:

Una de las causas que provoca esta condición, se presenta en la etapa de la transferencia uterina, se da debido a la cantidad de líquido (medio de cultivo) que se transfiere junto con el embrión, ya que “En un estudio en 1992 en el que se transferían 50 ml de medio de contraste intraútero, se observó que en un 44% de los casos, parte del volumen transferido pasaba a trompas”²⁶⁵, por lo que cuanto menos material de cultivo se transfiera junto con el embrión menos posibilidades hay que se filtre a las trompas de Falopio junto con el embrión provocando el embarazo ectópico.

También, se puede dar este problema dependiendo de la profundidad en que se introduzca la cánula que deposita el embrión en el vientre, por lo que cuanto menos se introduzca más se reduce las posibilidades de que se produzca esta clase de embarazo.

²⁶⁵ Matorras R, Hernández J. (2007) “Estudio y tratamiento de la pareja estéril: Recomendaciones de la Sociedad Española de Fertilidad, con la colaboración de la Asociación Española para el Estudio de la Biología de la Reproducción, de la Asociación Española de Andrología y de la Sociedad Española de Contracepción.” Adalia, Madrid, España. Pág. 232

Otra causa que provoca que el embrión transferido se dirija hacia las trompas de Falopio es la manipulación del cérvix, ya que éste libera prostaglandinas la cual provoca contracciones que mueve al embrión hacia esa zona.

Así también, en la etapa de la estimulación ovárica se ha demostrado que la utilización de citrato clomífero aumenta las probabilidad de que se dé un embarazo ectópico.

2.2.4 Riesgo de Embarazo Pre término (prematureo).

Luego se tiene el embarazo pre término, es decir, que el bebé nazca prematureo, se ha demostrado que la probabilidad de que esto ocurra cuando se utiliza la FIV es mayor que en los embarazos que se han llevado a cabo de forma natural. A esto el riesgo es mayor en el caso de embarazo múltiple.

Esto se debe a que “Tras estimulación con gonadotropinas se produce un aumento de los niveles de relaxina a cargo de los cuerpos lúteos que no disminuye tras el primer trimestre de gestación, sino que persiste durante todo el embarazo. Este exceso de relaxina, puede provocar de forma prematurea los cambios en el cérvix y en consecuencia, un parto prematureo” ²⁶⁶, por ello en cualquier caso en que se utilice la FIV ya se la tradicional o la ICSI el riesgo es el mismo.

²⁶⁶ Matorras R, Hernández J. (2007) “Estudio y tratamiento de la pareja estéril: Recomendaciones de la Sociedad Española de Fertilidad, con la colaboración de la Asociación Española para el Estudio de la Biología de la Reproducción, de la Asociación Española de Andrología y de la Sociedad Española de Contracepción.” Adalia, Madrid, España. Pág. 234.

Dentro de los riesgos que pueden sufrir los menores que han nacido de la utilización de la FIV y el ICSI se tiene: el riesgo de alteraciones genéticas y malformaciones congénitas.

2.2.5 Riesgo de Alteraciones Genéticas.

Respecto de las alteraciones genéticas se relacionan éstas a la utilización de la ICSI y no a la FIV tradicional, puesto que en ésta al seleccionarse un espermatozoide específico se elimina la selección natural y aumenta la posibilidad de que el menor nazca con algún tipo de alteración genética.

En España la sociedad de fertilidad ha dispuesto que tres de los mayores estudios han concluido que si existe un aumento significativo en los menores que fueron creados a través de la ICSI, se calcula que dentro de la población normal los índices de estas alteraciones van entre un 0,3 y un 0,4% a diferencia del , 3,5% y un 4% en el caso de la ICSI, se asocia este aumento a anomalías heredadas del padre y a anomalías cromosómicas de novo²⁶⁷, es decir, no heredadas si no que se debe a alguna alteración en la concepción o desarrollo del embrión, aun así se considera que éstas son menores a las primeras, aunque el porcentaje de ambas sí se encuentra sobre el de las alteraciones genéticas normales.

²⁶⁷ Matorras R, Hernández J. (2007) Estudio y tratamiento de la pareja estéril: Recomendaciones de la Sociedad Española de Fertilidad, con la colaboración de la Asociación Española para el Estudio de la Biología de la Reproducción, de la Asociación Española de Andrología y de la Sociedad Española de Contracepción. Adalia, Madrid, España.. Pág. 229.

2.2.6 Malformaciones Congénitas.

En el caso de las malformaciones congénitas, existe diversas críticas respecto de los estudios, aun así se ha concluido que de acuerdo con las presentadas en la población normal sí existe diferencias con los nacidos bajo la FIV y ICSI, dentro de estas malformaciones se asocian a estas técnicas los siguientes defectos específicos: “: hipospadias, defectos genitourinarios, defectos del tubo neural, defectos gastrointestinales, defectos musculo esquelético y cardiovasculares.”²⁶⁸

Los anteriores fueron riesgos relacionados al embrión, feto y niño nacido a través de la FIV y la ICSI. A continuación, se analizarán los riesgos que puede sufrir la mujer por causa de este tipo de técnicas, como la hiperestimulación ovárica y los riesgos de la aspiración folicular.

2.2.7 Hiperestimulación ovárica.

Uno de los riesgos Derivados del Tratamiento Hormonal es la hiperestimulación ovárica que surge justamente por el tratamiento hormonal al que se debe de someter a la mujer para que ésta logre producir más óvulos de los normales con el fin de ser utilizarlos en la FIV, la posibilidad de que se presente este síntoma va desde un 6% hasta un 10% y el grave va desde un 0,5 hasta un 2%²⁶⁹, esta condición puede ir desde síntomas muy leves hasta la muerte, se han podido determinar ciertos factores de riegos, aunque cualquier mujer que se someta a esta técnica puede llegar a padecer de esta condición.

²⁶⁸ Matorras R, Hernández J. (2007) “Estudio y tratamiento de la pareja estéril: Recomendaciones de la Sociedad Española de Fertilidad, con la colaboración de la Asociación Española para el Estudio de la Biología de la Reproducción, de la Asociación Española de Andrología y de la Sociedad Española de Contracepción.” Adalia, Madrid, España. Pág. 230.

²⁶⁹ Matorras R, Hernández J. (2007). “Estudio y tratamiento de la pareja estéril: Recomendaciones de la Sociedad Española de Fertilidad, con la colaboración de la Asociación Española para el Estudio de la Biología de la Reproducción, de la Asociación Española de Andrología y de la Sociedad Española de Contracepción.” Adalia, Madrid, España. Pág. 245.

Dentro de estos factores se tienen, la edad joven de la mujer ya que posee una mayor densidad de receptores y folículos (óvulos), lo cual hace que aumente las posibilidades, otro factor es la delgadez, el síndrome de ovarios poliquísticos así como el estradiol en suero elevado o aumentos de estradiol e imagen ecográfica del signo de collar. Para este síndrome la prevención es primordial y dependerá del médico lograr dicha prevención, en el caso de llegar a padecer este síndrome solo se pueden tratar los síntomas y dependerá del cuerpo de cada mujer volver a la normalidad, lo cual en muchas ocasiones ocurre en el momento de la menstruación

El Comité de Práctica Médica de la Sociedad Americana de Medicina de Reproducción, ha clasificado el síndrome de hiperestimulación en dos niveles, el hospitalario o ambulatorio. En el caso del ambulatorio lo que se trata es el síndrome leve, el cual presenta síntomas como molestia abdominal en la parte inferior del abdomen, náuseas y vómitos, diarrea y distensión abdominal, el mismo se trata en la caca y se necesita de reposo, tomar mucho líquido y en el caso de que hubiese dolor, la ingesta de analgésicos para el mismo.²⁷⁰

El caso hospitalario se da cuando el síndrome es considerado severo o grave y en donde se presentan los siguientes síntomas, aumento rápido de peso, ascitis a tensión, inestabilidad hemodinámica, dificultad respiratoria, oliguria progresiva y anomalías analíticas, el tratamiento necesita de hospitalización, y requiere de un control contante de los médicos quienes

²⁷⁰ Matorras R, Hernández J. (2007) “Estudio y tratamiento de la pareja estéril: Recomendaciones de la Sociedad Española de Fertilidad, con la colaboración de la Asociación Española para el Estudio de la Biología de la Reproducción, de la Asociación Española de Andrología y de la Sociedad Española de Contracepción.” Adalia, Madrid, España. Pág. 253, 254

realizarán múltiples procedimientos para tratar la afección²⁷¹, si no se trata adecuadamente o si los síntomas empeoran pueden producir consecuencias que van desde la pérdida del aparato reproductivo hasta la muerte.

2.2.8 Riesgos Derivados de la Aspiración Folicular.

La aspiración folicular transvaginal se viene empleando desde 1985, esto consiste en aspirar luego del tratamiento hormonal que los estimula, de los folículos que producen los ovarios, los cuales contienen los óvulos, esto se hace a través de una aguja de aspiración, que puede producir serias lesiones en los órganos péricos dentro de las que se tienen hemorragias, lesiones de estructura pélvicas e infección pélvica, así como otras menos comunes como la torsión de un anexo, rupturas de quistes endometriósicos y hasta osteomielitis vertebral.

Hemorragia: es la afectación más común y se da por las lesiones que suelen ocurrir en los vasos sanguíneos de la vagina cuando el movimiento de la aguja roza las paredes de la misma produciendo pequeños desgarros, aun así se considera normal perder unos 230cc tras el procedimiento de aspiración.

También, se pueden llegar a dar lesiones en el ovario o en órganos como el útero, vejiga y colon lo cual produce un sangrado intra-abdominal conocido como hemoperitoneo y aunque la probabilidad del mismo es baja, su cuidado es serio y se necesitaría para ello una laparoscopia de emergencia.²⁷²

²⁷¹ Matorras R, Hernández J. (2007)

“Estudio y tratamiento de la pareja estéril: Recomendaciones de la Sociedad Española de Fertilidad, con la colaboración de la Asociación Española para el Estudio de la Biología de la Reproducción, de la Asociación Española de Andrología y de la Sociedad Española de Contracepción.” Adalia, Madrid, España. Pág. 254, 255.

²⁷² Matorras R, Hernández J. (2007) “Estudio y tratamiento de la pareja estéril: Recomendaciones de la Sociedad Española de Fertilidad, con la colaboración de la Asociación Española para el Estudio de la Biología de la Reproducción, de la Asociación Española de Andrología y de la Sociedad Española de Contracepción.” Adalia, Madrid, España. Pág. 227.

Infección pélvica, aunque es una de las afectaciones que se consideran más comunes en la FIV, su incidencia es muy baja, esta clase de infección se puede producir por, la inoculación directa de los microorganismos de la vagina, es decir, que la misma se puede deber a infecciones provocadas por los mismos organismos que se encuentran presentes en la vagina en el momento de realizarse la aspiración, a lo cual se recomienda una limpieza de la misma, la utilización de una aguja estéril, así como, aislar la zona con el fin de que al practicarse la aspiración estos microorganismos no tengan contacto con la partes interna de la mujer. Así mismo también puede provocar esta clase de infecciones el haber tenido con anterioridad la enfermedad inflamatoria pélvica, así como el caso de que durante la aspiración se haya punzado un asa intestinal, aunque esta última es muy poco probable. Esta clase de infecciones llegan a tener consecuencias como abscesos ováricos, uterinos y salpingitis.²⁷³

Por último, se encuentra la lesión pélvica, van asociadas a las anteriores, ya que en la aspiración la aguja puede perforar estructuras pélvicas, así como intestinos, uréteres, vasos pélvicos o nerviosos, hasta se conoce de casos en que luego de este procedimiento la paciente sufre de apendicitis y se ha encontrado en la misma varias perforaciones, también se pueden presentar “complicaciones neurológicas como paresias y parestesias lo cual se debe a la punción del plexo lumbosacro o la compresión del nervio por un hematoma

²⁷³ Matorras R, Hernández J. (2007) “Estudio y tratamiento de la pareja estéril: Recomendaciones de la Sociedad Española de Fertilidad, con la colaboración de la Asociación Española para el Estudio de la Biología de la Reproducción, de la Asociación Española de Andrología y de la Sociedad Española de Contracepción.” Adalia, Madrid, España. Pág. 228.

desarrollado en el espacio obturador, resultado de una rama de vena ilíaca interna”²⁷⁴.

Estos son algunos padecimiento que puede sufrir la mujer que se somete a una FIV, estos peligros y consecuencias son físicas, pero también, se pueden presentar otras afecciones, hay que recordar que se ha determinado que normalmente se necesita de más de un ciclo reproductivo para lograr el embarazo y hay casos en que éste nunca se logra dar, por lo que, además del desgaste físico y económico la mujer se ve sometida a sufrir de daño, tanto emocional y psicológico el cual se le suma al hecho de la infertilidad en sí misma.

De aquí el cuidado que se debe de tener a la hora de la publicidad de la FIV, ya que no se puede exceder en las promesas de lograr que una mujer pueda ser madre, por lo que es un deber del especialista el de informar de las verdaderas posibilidades reales de lograr tan anhelado embarazo y nacimiento del menor, así como de las posibilidades de no poderlo lograr, además es importante sumarle a los aspectos médicos, apoyo a las mujeres que se sometan a esta técnica, tanto emocional como psicológico, para poder atravesar de la mejor forma el proceso y de no lograr dicho embarazo poder enfrentar esta situación, lo que se busca es lograr brindarle a la mujer un apoyo integral en todo el proceso, cosa que, actualmente, como se lleva la FIV en el modelo español no se da.

²⁷⁴ Matorras R, Hernández J. (2007). “Estudio y tratamiento de la pareja estéril: Recomendaciones de la Sociedad Española de Fertilidad, con la colaboración de la Asociación Española para el Estudio de la Biología de la Reproducción, de la Asociación Española de Andrología y de la Sociedad Española de Contracepción”. Adalia, Madrid, España. Pág. 228.

2.3 Discriminación de Género: mujer y hombre.

Hay que tomar en cuenta la discriminación que puede existir por el género en la FIV, en especial porque se es tendiente a asociar la infertilidad únicamente a la mujer, cuando en realidad ésta puede ser causada únicamente por el hombre, la mujer o ambos.

En la infertilidad aproximadamente, un 30% de la misma corresponde a causas masculinas, dentro de las que se tienen “alteraciones en el ámbito testicular, obstrucción de conductos, patologías en la próstata, alteraciones en la eyaculación o erección y alteraciones en el semen”²⁷⁵, otro 30% correspondería a afecciones femeninas dentro de las que se poseen “la menopausia precoz, la endometriosis, las obstrucciones o lesiones de las trompas de Falopio, anomalías uterinas y cervicales o los problemas ovulatorios”²⁷⁶, por último, se encuentra un 20% en que las causas son mixtas de ambos y un 20% en donde no se conoce realmente la causa de la infertilidad.

De ahí, que no existe un argumento razonable que respalde una posición en donde se culpa del problema de la infertilidad única o exclusivamente a la mujer, ya que como se observó esta realidad es compartida.

En España, actualmente. se está dando un fenómeno que acentúa cada vez más el hecho de que se asocie la infertilidad en un mayor grado a la mujer, puesto que como ya se analizó en una sección anterior, la mujer está

²⁷⁵ Líder en tratamientos de fertilidad y reproducción asistida (España, UE) | | Intranet IVI. Recuperado de:

<http://www.ivi.es/causas-infertilidad.aspx>, Causa de infertilidad. (31/05/2013.)

²⁷⁶ Líder en tratamientos de fertilidad y reproducción asistida (España, UE) | | Intranet IVI. Recuperado de:

<http://www.ivi.es/causas-infertilidad.aspx>, Causa de infertilidad. (31/05/2013.)

postergando cada vez más su maternidad, esto lo podemos ver reflejado en la edad en que la mujer se decide casar, en 1980 la mujer se casaba alrededor de los 24 años y, actualmente, lo hace hasta los 35 años, se habla que la infertilidad en este país ronda entre el 15% y 20%, pero que ésta se ve incrementada para el 2020 en especial por este factor a un 18% y 25%.²⁷⁷, lo cual se debe a que se ha comprobado que la edad fértil de la mujer se sitúa entre los 20 y 30 años de edad y que tiene un descenso estrepitoso para poder tener hijos a partir de los 35 años, así mismo, la misma FIV dirige un claro mensaje a la población femenina de la necesidad de que las mujeres logren procrear, viéndolo como un requisito indispensable para completar sus vidas, en consecuencia la mujer que no lo logre será una mujer incompleta.

El hombre también se ve afectado y hasta discriminado por esta clase de técnicas, puesto que como se ha analizado éstas se ha enfocado casi que exclusivamente a la mujer, esto debido a la tendencia que tiene la misma sociedad a disponer que la mujer es la que sufre con la infertilidad, puesto que el rol social de la misma como se analizó anteriormente, siempre se ha dirigido a la exigencia que ésta debe de tener hijos para cuidarlos, así como a su hogar. Por lo que el anhelo de tener hijos de una mujer está muy arraigado a una enseñanza cultural, pero esto no aísla al hombre de tener el mismo deseo, aunque su enfoque en la sociedad ha sido desde una perspectiva distinta, en donde el hombre mide su masculinidad desde el punto en que es capaz de embarazarse a una mujer y tener descendencia.

²⁷⁷ Almería FIV laboratorio de reproducción humana/ hospital Virgen del Mar/ Sala de Prensa/ Opinión. Futuro de la asistencia médica a la infertilidad. Recuperado de:
http://www.almeriafiv.com/es/index.php?mod=news_det&new_id=6&ncat_id= (31/04/2013.)

Lo anterior, ha llevado que al hombre se le discrimine en la utilización de la Fecundación in Vitro, esto se puede ver reflejado en la legislación española, la cual prohíbe el vientre subrogado o gestación por sustitución como lo refiere la propia ley de las técnicas de fecundación asistida del 2006 en su artículo 10, en el cual se expresa “Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”²⁷⁸, a esto se le suma que en la misma disposición se determina que la filiación de los hijos nacidos bajo esta forma se determinará por el parto, es decir, la madre quien alquiló su vientre.

Esta medida además de afectar a las parejas heterosexuales que por alguna razón médica se les hace imposible conceder un hijo en el propio vientre de la mujer, también afecta en gran medida al hombre, ya que una mujer que no tenga pareja o que por su inclinación sexual no pueda tener un hijo, solo se somete a la FIV y puede lograr su anhelo de ser madre, pero un hombre solo o homosexual, no puede alcanzar esta meta puesto que aunque encuentre una donadora de óvulos y una mujer que decida ceder su vientre para gestar al menor, no puede legalmente acudir a estos métodos puesto que están prohibidos.

Por lo que sin entrar más a fondo en los temas éticos-legales de la gestación por sustitución, al emplear la FIV tal y como se lleva a cabo en España, se estaría enfrentando a diversos problemas que surgen ante la

²⁷⁸ Ley sobre Técnicas de reproducción humana asistida. Ley número 14/2006, del 26 de mayo.

discriminación por género, ya sea contra la mujer o hombre dependiendo del caso.

2.4 Abuso de la Técnica.

Como se analizó con anterioridad son muchos los riesgos a los que son sometidos, tanto la madre como el embrión en la FIV, por lo que es necesario tener mucho cuidado de que ésta no se utilice en forma irrestricta y sin más razón que la necesidad de tener un hijo, aunque lamentablemente esta técnica en el ordenamiento español se utiliza sin ningún límite o medida, solo importa tener la aprobación por parte de los futuros progenitores y que el médico esté dispuesto a llevarla a cabo.

En muchas ocasiones, al tener de la mano esta técnica casi sin restricción, con lleva a que mujer que no puedan quedar embarazadas no reciban la atención médica adecuada que busque la verdadera razón de la infertilidad, si no que casi sin ningún estudio se recomienda directamente la FIV, lo que conlleva que mujeres cuyos problemas de fecundidad se pueden remediar de otras formas se sometan innecesariamente a la técnica, sometiéndose a un procedimiento sumamente tedioso, tanto psicológica como económicamente.

Asimismo, al no existir límite de ciclos de reproducción para la FIV, la mujer puede someterse a cuantos ciclos considere necesario y pueda costear, por lo que se tiene casos de mujeres que se han sometido a excesivos ciclos, poniendo en riesgo hasta su vida, Fátima es un caso nacional, en donde su madre necesitó para poderla traer al mundo de tres inseminaciones artificiales fallidas y seis Fertilizaciones in Vitro, cuatro realizadas en Panamá y dos en

España²⁷⁹, éste es solo uno de los muchos casos donde la mujer se somete a muchas FIV, ignorando los múltiples problemas físicos que trae consigo esta técnica para su propio estado mental y físico, así como la cantidad tan alarmante de embriones que se pierden a comparación del niño que nace, aunque hay casos en que por más FIV que se someta la mujer no logra quedar embarazada.

2.5 Eugenesia.

La eugenesia es “la disciplina que busca aplicar las leyes biológicas de la herencia para perfeccionar la especie humana”²⁸⁰, lo que busca es lograr seres humanos más sanos y con características específicas que se consideran más perfectas, lo cual se lleva a cabo por medio de la manipulación genética y biológica, seleccionando solo lo mejor y desechando lo que no cumple con los parámetros buscados.

Esta inclinación por buscar seres perfectos se ve asociado a la FIV y más cuando se utiliza en ella el diagnóstico pre-implantatorio, lo primero se debe a que en la FIV antes de implantar los embriones en el útero de la mujer, los especialistas realizan una selección de los embriones para determinar cuáles son los más viables, ya aquí se hace selección de los embriones más aptos, es decir, los más sanos, previendo de que los que no lo son tengan menos posibilidades de implantación, así como si ésta se diera habría un riesgo mayor de que el menor nazca con algún problema de salud, esta

²⁷⁹ Varela, I. “ **Fertilización In Vitro: Ciencia aplicada a la concepción**” Revista Mama Joven, No 49, Abril 2013, producción de Tinta Digital. Pág. 21.

²⁸⁰ Consulta de la Definición de eugenesia. Recuperado de: <http://definicion.de/eugenesia/>. (31/04/2013)

selección en el caso del modo natural no se puede dar y ya dependerá de cada cuerpo el llevar a término el embarazo.

Aún así, esta selección se hace basándose en el aspecto físico de las células que componen el embrión bajo un microscopio en cada una de las etapas hasta el momento de la implantación, a diferencia del diagnóstico-preimplantacional en donde la selección va todavía más allá y en donde se logran ver aspectos del ser humano muy específicos como es el sexo del mismo.

Y aunque la misma ley española establece la prohibición de esta clase de selección, esto no asegura que no se esté llevando a cabo, puesto que la misma ley establece que, además de los problemas genéticos, esta clase de diagnóstico se puede llevar a cabo para la detección de otras afectaciones que comprometan la viabilidad de los embriones, estas afectaciones no son específicas, por lo que queda a criterio de cada especialista determinar cuáles afectaciones entran bajo este parámetro dejando un espacio que podría permitir eliminar embriones que aunque sí tiene una afectación, ésta no pondría en riesgo ni a la madre ni al menor, como es el caso del síndrome de Down.

Esta clase de diagnóstico, también, conlleva en sí riesgos propios del procedimiento, ya que si no es realizado por un profesional puede provocar un daño irreparable al embrión, además “existe la posibilidad de que el blastómero seleccionado sea el único que presenta alteraciones, lo que llevaría a desechar a un embrión perfectamente sano”²⁸¹.

²⁸¹ Prats, J. “ Los Embriones, de Uno en Uno” Sitio Web:
http://elpais.com/diario/2009/11/03/sociedad/1257202801_850215.html MARTES, 3 de noviembre de 2009.
Revisado el día: 09/06/2013.

Así como se ha criticado la FIV y el diagnóstico pre-implantacional como técnicas que pueden llegar a fomentar la eugenesia, también se ha criticado la normativa del aborto con la misma intención, puesto que desde 1985 se permitió la realización del aborto cuando el feto tuviese una enfermedad que contraviniera la vida del mismo, esto es conocido como “riesgo fetal”, ésta ha sido la excusa de muchos médicos para dar fin a muchas vidas inocentes y no solo en etapas tempranas como en el caso de FIV, si no en estadios cada vez más avanzados de hasta cinco meses y medio y, en la actualidad, se ha permitido en estadios cada vez más desarrollados, por lo que se estaría en presencia de una clara discriminación hacia los niños que aunque no sufren de enfermedades que contravengan o pongan inminentemente sus vida en peligro los médicos las han hecho pasar como enfermedades que entorpecen la vida del nacido y por lo cual no deberían nacer, como es el caso de los seres humanos que nacerán con alguna discapacidad, es decir, discriminación por la incapacidad, claro ejemplo son los niños que padecen el Síndrome de Down.

Se mencionó este síndrome ya que es uno de los grupos que han sufrido más esta clase de selección, puesto que para la detección del mismo, ya existe todo un sistema y pruebas bastante desarrolladas que permiten una detección temprana en el vientre materno del mismo, se han detectado fetos de 32 semanas de gestación con síndrome de Down que han sido eliminados por su misma condición, el desinterés por la vida de estos seres humanos han llegado al grado en donde se han acusado a médicos que no han informado bien a los futuros padres y que han llegado a dar a luz niños con esta condición, es decir,

se está condenado por el nacimiento del menor²⁸², esta clase de prácticas son claramente una declaración a favor de la eugenesia por parte del país español.

2.6 Los costos para la Caja Costarricense del Seguro Social.

Es otra de las repercusiones que hay que tener en cuenta al implementare la FIV en el país, en especial al someterse al sistema español, donde cualquier persona que lo requiera podría acezar al procedimiento y de los contrario podría alegar discriminación.

Ya se ha mencionado con anterioridad que los costos en que debe de incurrir la CCSS para implementar la FIV en el país, todavía no se han contabilizado y son muchas las especulaciones del costo total, que va desde la detección del problema hasta la utilización de la técnica y los seguimientos posteriores hasta el nacimiento del menor y aún no se ha discutido del hecho de que la mujer no quede embarazada en el primer ciclo de fertilización y de los costos que traería los ciclos posteriores y cuál sería el límite de intentos por paciente.

Aún así la presidenta de la CCSS Ileana Balmacena, estima que la compra de apenas unos equipos necesarios o el pago inicial para poder poner en marcha la técnica ronda los 90,000 dólares²⁸³, dineros con los que no cuenta actualmente la institución, recuérdese que la CCSS ha caído en los últimos años en una crisis financiera muy severa, en donde han sido múltiples

²⁸² Rodríguez, E. "**La esperanza de vida de los down: 150 días.**" 28 de julio de 2012. 04:00h. Recuperado de: http://www.larazon.es/detalle_hemeroteca/noticias/LA_RAZON_476367/historico/823-la-esperanza-de-vida-de-los-down-150-dias-por-esteban-rodriguez#.UbU8q-dSiiw Revisado el día: 09/06/2013.

²⁸³ Chavarría, D. Reloj biológico es el principal enemigo de parejas que esperan por tratamiento de FIV/. Recuperado de: <http://www.semanario.ucr.ac.cr/index.php/noticias/pais/8716-reloj-biologico-es-el-principal-enemigo-de-parejas-que-esperan-por-tratamiento-de-fiv.html> / Miércoles, 23 De Enero De 2013 01:15. Revisado 25/06/2013.

los cambios que ha tenido que realizar siquiera para hacer el intento de sacar la institución de esta crisis, pero esto no se ha logrado aún, su situación, en la actualidad, es muy crítica, por lo que la implementación obligatoria de la FIV viene a empeorar más la situación económica al ser la técnica tan costosa. Hay que tomar en cuenta que no solo se hace referencia del equipo específico para llevar a cabo la FIV, si no también, habría que tener personal capacitado para ésta, además de todas aquellas implementaciones que se han considerado como indispensables para la técnica, como son bancos de gametos, el equipo necesario para la crioconservación etc.

Por lo que si, en la actualidad, la implementación es tan difícil, la implementación del modelo español sería económicamente imposible introducirlo en el sector público, esto pensando que son relativamente pocas las parejas que necesitan el tratamiento por afecciones de infertilidad, lo cual en el modelo español sería solo unas de los posibles escenarios donde una mujer se podría someter a una FIV, que como ya lo se ha analizados ésta sería otra opción más a la que toda mujer tendría derecho para poder engendrar hijos.

A estos gastos hay que sumarle los costos de la atención del neonato, ya que como se ha analizado hay una alta posibilidad de que los menores engendrados a través de la FIV nazcan prematuros, en especial en los primeros años de implementación de la técnica en tanto se logre realizar de una manera correcta, estos costos los debe de asumir la CCSS puesto que es parte de las consecuencias de la técnica, además hay que tener en cuenta todos aquellos niños que necesiten atención por su nacimiento prematuro, pero en donde sus padres se han realizado la FIV en el área privada, por lo que la

CCSS estaría asumiendo esta responsabilidad, esto porque para muchos de los centros de la FIV su trabajo termina en el momento cuando la mujer logra quedar embarazada, pero pocos asumen las consecuencias que la técnica puede traer como los cuidados de un parto prematuro.

Debido a todos estos inconvenientes, en especial por el tema del tiempo, primero el período que se necesitará para que la CCSS logre poner en funcionamiento la FIV y luego por el plazo que las parejas deberán esperar para llegar hasta el punto donde se disponga que sí requiere de la técnica, esto porque se hace necesario realizar muchos exámenes para llegar a este diagnóstico, hace que muchas parejas opten por asistir a clínicas privadas, lo que conlleva a que esta clase de técnicas que comenzaron con un fin altruista de dotar a una madre un hijo, se convierta en un negocio, como ha ocurrido en España, lo cual se ve reflejado en los altos costos que tiene la técnica en este país a comparación de otros en donde la diferencia de precios es sustancial.

La competencia que se ha dado entre los centros médicos es notable y la lucha por atraer clientes se hace cada vez más evidente, su publicidad apela a los sentimientos de muchas mujeres que no pueden tener hijos, publicitando casi de forma irresponsable la posibilidad de brindarles ese anhelo sin hacer referencias a lo tedioso del tratamiento y a las múltiples consecuencias que el mismo acarrea, esto sin tomar en cuenta las posibilidades de no poder concebir, en especial en paciente con edades avanzadas.

2.7 La Implementación en el Ordenamiento Jurídico.

Hay que tomar en cuenta que uno de los grandes retos a los que se expondría Costa Rica en el caso de querer establecer el modelo español en el

país es la implementación de éste en el ordenamiento, así como la ejecución de un sistema de control.

En el caso de la implementación en el ordenamiento jurídico, son muchos los problemas que esto acarrearía, primero por el tiempo que se necesitaría siquiera para poder implementar las leyes, pero quizás lo más complejo vendría hacer la modificación de múltiples normativas internas que se contraponen a normativa tal y como está en el modelo español.

La primera norma que se tendría que modificar y la que más tiempo llevaría es reformar a la Constitución Política, en este caso se debería de modificar 2 artículos, el artículo 21 y el artículo 53 de la Constitución Política de Costa Rica.

El principal problema que surge al reformar la Constitución, es que las normas costarricenses están dictadas, según este cuerpo normativo, por lo que habría que determinar que otras normas de forma paralela se están afectando y que deban al igual que ésta ser cambiadas o hasta derogadas.

En el caso del artículo 21 al referirse éste a la vida y ser ésta considerada como un derecho fundamental, se enfrentaría a un dilema para determinar el tipo de reforma que cabría en este caso, si parcial o general, al ser un derecho fundamental se debería emplear una reforma general y más si se entra a realizar el estudio de cuales otras normas dentro de la misma Constitución se estaría afectando, además de ser éste un proceso incierto en donde no se sabría a ciencia cierta el resultado final, eso sin incluir todos los inconveniente, tanto políticos como sociales siquiera para poder comenzar dicha reforma.

A esto surge el cuestionamiento respecto de que se esta hablando de un solo artículo (en este caso), por lo que sería mejor emplear una reforma parcial, la cual ayudaría a limitar el tema a este único artículo sin que exista la posibilidad de modificar otros, esto previendo que en caso de una reforma general estaríamos brindando hoja en blanco que en manos inescrupulosas o mal asesoradas pueden tomar malas decisiones y traer todavía más problemas en la implementación de la FIV y en muchos otros tema.

Por lo que, tanto la modificación del artículo 21 y 53 de la Constitución se deberían llevar a cabo por medio del procedimiento de la reforma parcial a este cuerpo normativo. El artículo 21 habría que reformarlo, para poder implementar el modelo español, en el sentido de limitar de una forma el concepto de vida y habría que disponer que la misma es inviolable desde el momento de la anidación o disponer que es inviolable, pero que tiene excepciones, esto con el fin de que no choque con todas las normativas que habría que implementar para la FIV, claro habría que tener en extremo cuidado esta reforma puesto que es el pilar principal en que se basan los demás derechos, sería bastante difícil que se llegara primero al consenso para lograr conseguir estos cambios y luego que dicha reforma alcance implementar, esto a las luz de las múltiples normas y reforma de las demás normas de la República.

Ahora, respecto de artículo 53 de la Constitución, en éste en la última línea se dispone "... Toda persona tiene derecho a saber quiénes son sus padres, conforme a la ley."²⁸⁴, lo cual va ligado a lo que se ha llamado FIV heteróloga, es decir, cuando se da la donación ya sea de espermatozoides o

de óvulos, por lo que se puede dar el caso de una mujer y su esposo donde el semen haya sido donado por un tercero, por lo que ella es madre biológica y el esposo no, también se puede dar en viceversa y hasta donde ninguno de los dos son los padres biológicos del menor, y aquí se entraría con problemas, puesto que uno de los pilares más fuertes en la donación es la confidencialidad, la cual no se podría dar a como se da en España, en donde ésta solo se puede romper en casos tipificados por la ley y en donde se es muy celoso en esta clase de información.

Ya que tal y como está redactado el artículo de la Constitución, toda persona hasta los nacidos bajo esta técnica tendría derecho a acceder a esta información y saber quiénes son realmente sus padres, de ahí que se deba dar esta modificación. Este tema, también, vendría fuertemente ligado con el de la filiación, para lo cual también se consideraría necesario la modificación del artículo 72 del Código de Familia, que aunque no habla de la FIV, sí habla del tema de la donación de esperma en el que se dispone que en la “La inseminación artificial de la mujer con semen del marido, o de un tercero con el consentimiento de ambos cónyuges, equivaldría a la cohabitación para efectos de filiación y paternidad. Dicho tercero no adquiere ningún derecho ni obligación inherente a tales calidades”²⁸⁵, en este artículo básicamente lo que se buscaría es que la filiación, tanto en la inseminación como en la FIV, sea exclusiva de los padres o la mujer dependiendo del caso que se someta a esta clase de técnicas y que los donadores no adquieran ningún tipo de responsabilidad ni derecho sobre dichos menor, lo se quiere buscar es que en

²⁸⁴ Constitución Política de la República de Costa Rica. 25 ava ed. San José, Costa Rica. 2008 Artículo 53.

²⁸⁵ Código de Familia de Costa Rica. 20 ed. San José, Costa Rica. Enero del 2010. Art 72.

esta clase de nacimientos, los padres que hayan acudido a las técnicas se traten y se vean de la misma forma que los padres biológicos del menor.

Otra normativa que habría que modificar debido a que choca directamente con lo establecido en la FIV, en especial empleando el modelo español es el artículo 31 del Código Civil, ya que éste dispone que la persona física se reputa nacida para todo lo que le favorezca desde 300 días antes de su nacimiento, esto porque el legislador tenía pensado la protección del no nacido desde la fecundación, muchos han considerado ésta como una ficción jurídica ya que 300 días equivaldría a 10 meses y el embarazo dura 9 meses aproximadamente, claro que esto último es refutable puesto que hay médicos que reafirman que la fecha de los 9 meses es relativa y hay menores que han nacido semana después de ésta, aún así para efectos de la implementación FIV del modelo español, se ha considerado que no es persona hasta la anidación, y ésta vendría hacer una norma que expresamente lo contradice, de ahí la necesidad de modificar esta sección del artículo y solo dispone que la persona física se refuta al nacer viva solamente.

Así mismo, hay que tomar en cuenta que no solo habrá que modificar las leyes ya existente, sino también habría que analizar otros campos en que entrarían esta clase de técnicas, los cuales también se considera necesario, como el caso de los derechos del consumidor, esta perspectiva se basa en establecer la FIV como un servicio médico, recordando que la FIV estará autorizada para llevarse a cabo, tanto en centros médicos públicos como privados, es decir, que en especial en este último caso, tendría una regulación además de la ley y los diversos reglamentos que se establezcan específicos para la FIV, una perspectiva de la protección del consumidor en donde se

busca garantizar el derecho al acceso a los servicios médicos a elección de los individuos, así como un efectivo cumplimiento de estos.

La Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, establece como consumidor a “toda persona física...que como destinatario final, adquiere, disfruta o utiliza los bienes o los servicios...” así como también, determina que comerciante es “toda persona física, entidad de hecho o de derecho, privada o pública que, en nombre propio o por cuenta ajena, se dedica en forma habitual a ofrecer, distribuir, vender, arrendar, conceder el uso o el disfrute de bienes o prestar servicios...”²⁸⁶, por lo que claramente se puede disponer que las parejas que acuden a un centro médico a solicitar la FIV, pueden ser consideradas como consumidores y el centro médico que ofrece la FIV como un comerciante que brinda esta clase de servicios.

Por lo que habría que tomar en cuenta a la hora de brindar la FIV, disposiciones que la misma ley de defensa efectiva del consumidor establece como derechos fundamentales e irrenunciables de los consumidores en su artículo 32 como es el caso de “la protección contra riesgos que puedan afectar su salud, su seguridad..., así como el acceso a información veraz y oportuna sobre los diferentes bienes y servicios especificando cantidad, características, composición, calidad y precio, así como los mecanismos efectivos de acceso para la tutela administrativa y judicial de sus derechos e intereses legítimos, que conduzcan a prevenir adecuadamente, sancionar y

²⁸⁶ Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. Ley número 7472. Artículo 2.

reparar con prontitud la lesión, de estos según corresponda etc.”²⁸⁷, por lo que el servicio médico de la FIV tendría que apegarse a lo que disponga esta ley y asumir todas aquellas obligaciones, así como el consumidor tendrá todos los derechos que ésta le brinde.

Esto vendría hacer otro medio que ayude a garantizar a los individuos que acudan a realizarse esta técnica, que se encontrarán protegidos frente a equivocaciones ó errores y se les garantice un servicio de calidad, así como le permitirá a los mismos centros médicos acudir y exigir aquellas disposiciones que los benefician y los protegen de los demás que brindan el mismo servicio, como la competencia leal, publicidad etc.

2.8 La Implementación de controles a la FIV.

Otro punto importante respecto de la implementación es el control que se debe de establecer, tanto en el sector público, pero en especial en el sector privado de la FIV y los procedimientos accesorios que se emplean para llevarla a cabo.

En España los controles han ido evolucionado a través de los años y en la actualidad ha implementado múltiples puntos de control en las distintas áreas que han desembocado las técnicas de reproducción asistida, dentro de las que se tiene la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, la cual es un órgano colegiado de carácter permanente y consultivo, quienes se encargan de asesorar sobre todos los temas relacionados con esta técnicas, así como

²⁸⁷ Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. Ley número 7472 Artículo 32, incisos a) c) y e).

elaborar los criterios funcionales y estructurales de los centros y servicios donde aquellas se realizan.

Esta es una de las principales herramientas que se utiliza en este país para establecer los parámetros determinantes en la puesta en práctica de las técnicas de fecundación asistida, en especial porque la misma está integrada por las comunidades autónomas, las distintas sociedades científicas y por entidades, corporaciones profesionales y asociaciones y grupos de representación de consumidores y usuarios, relacionados con los distintos aspectos científicos, jurídicos y éticos de la aplicación de estas técnicas,²⁸⁸ además el informe que emite esta comisión será preceptivo en temas como la autorización de nuevas técnicas, la autorización del diagnóstico preimplantatorio en los casos en que no se prevé en la ley, autorización para las practicas terapéuticas, también lo relacionado a la autorización de los proyectos de investigación etc.

Así como esta comisión se han previsto el control de las donaciones a través de la creación de registros, como es el caso del registro nacional de donantes, es un registro administrativo en el que se inscriben los donantes de gametos y pre-embriones con fines de reproducción humana, la información contenida en el mismo provendrá de todas las comunidades autónomas en donde practiquen las técnicas, en el mismo se determina datos como los hijos nacidos de cada uno de los donantes, la identidad de las parejas o mujeres receptoras y la localización original de unos y otros en el momento de la

²⁸⁸ Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana asistida. Ley número 14/2006, de 26 de mayo. Artículo 20.

donación y de su utilización. Este registro es regulado en su organización y funcionamiento por el gobierno.²⁸⁹

También, cuentan con el Registro Nacional de actividad y resultados de los centros de servicio y reproducción asistida, éste tendrá la obligación de hacer pública la información y datos brindados de los centros respecto del número de técnicas, las tasas de éxito en términos reproductivos obtenidas por cada centro con cada técnica, el número de embriones crioconservados en cada centro y cualquier otro dato que se considere necesario, igual que el anterior registro es controlado por el Gobierno.

Estos son algunos de los controles que se pueden ver dentro de la legislación español, a esto hay que tomar en cuenta que existen leyes conexas que además de regular temas relacionados con la FIV también refieren a órganos a quienes se debe de brindar información para su debido control.

Como se puede observar no basta con el contenido de un ley, sino que se hace necesario la existencia de una o varias entidades de control, además de implementar sistemas que permitan y ayude a lograrlo este objetivo como es el caso de los registros anteriormente vistos. Por lo que se considera que es muy difícil emplear un verdadero control en nuestro país, puesto que no se cuenta, actualmente, con un ente especializado en el tema, hoy la única institución a la que se podría asistir en el tema de la FIV es al Ministerio de Salud, éste actualmente se encuentra saturado con muchos otros temas, lo cual no le permitirá elaborar correctamente en este campo un verdadero control.

²⁸⁹ Ley sobre técnicas de Reproducción Humana asistida. Ley número 14/2006, del 26 de mayo. Artículo 21.

Costa Rica al igual que España tendría la necesidad de implementar esta clase de controles, pero, además habría que adaptarlos a nuestras necesidades así como mejorarlos, ya que aunque España los posee se sabe de los de múltiples formas como los mismos son evadidos por los diversos centros, provocando múltiples anomalías que hacen que todavía se vea más violentado el derecho del embrión y hasta los mismos derechos de las parejas, se han conocidos casos de embriones equivocados en la FIV, del aborto no conocido por las mujeres, provocado por los mismos centros al darse cuenta de algún problema del embrión ya anidado en el vientre materno entre otras situaciones. De aquí la necesidad de establecer un verdadero sistema de control, recordando que la FIV trata con la vida humana, por lo que cualquier daño a ésta de una forma intencional o no necesariamente tiene que ser protegido por el Estado, quien se enfrenta a una gran responsabilidad, actualmente, para lograrlo ante la inminente puesta en práctica de la FIV, tanto en el sector público, pero sobre todo en el sector privado en donde el acceso a la información de la totalidad del procedimiento se encuentra más limitado.

Estos fueron las consecuencias más importantes que le acarrearía a Costa Rica la implementación de la técnica de fecundación in Vitro tal y como se lleva a cabo en el sistema español, como se pudo observar son más las consecuencias negativas que los beneficios, así mismo también, se puede determinar que muchos de los problemas que se analizan son consecuencia directa de la práctica en sí y no del sistema español, por lo que estos se harían presente en cualquier situación en que se emplee la técnica, pero aún así también, se puede determinar que el sistema español acrecienta dichos problemas y crea otros, esto debido a su postura demasiado liberalista y

permisiva. Estas consecuencias se pueden mitigar estableciendo una mayor restricción a la técnica en sus múltiples aspectos, así como un mayor control de ésta, de los profesionales que la practiquen así como de los centros en donde se lleve a cabo.

B: El futuro de Costa Rica en la práctica de la Fecundación in Vitro: el derecho a la vida y dignidad del embrión.

1. ¿Cuál es la mejor forma de ejecutar la Fecundación in Vitro en Costa Rica?

En esta sección se analizará los proyectos de ley presentados, tanto por parte del Poder Ejecutivo como del Poder Legislativo, para regular la aplicación de la Fecundación In Vitro en el país. Es importante mencionar que se buscó a uno de los médicos encargados en dar su opinión para la redacción de dichos proyectos, pero las entrevistas fueron infructuosas. Dado que la médica especialista en el tema no quiso que su nombre fuera mencionado en dicha investigación. Incluso la atención recibida por parte de ésta fue de una forma grosera e irrespetuosa, únicamente diciendo que todas las preguntas que se le realizaban podían ser contestadas por medio del proyecto de ley. Es, por esta razón, que dicha sección se centrará únicamente en el análisis de dos proyectos de ley.

Entre los proyectos importantes que se pueden mencionar, fueron los creados en el 2011 con el fin de regular la técnica de Fecundación In Vitro, a razón de la recomendación realizada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El primer proyecto de ley que se puede mencionar, es el tramitado bajo el expediente número dieciocho mil cincuenta y siete (18. 057)

denominado “Ley sobre Fecundación in Vitro y Transferencia Embrionaria”²⁹⁰ presentado por varios diputados. Este proyecto establece que se realizará la técnica si no fuera un peligro para la salud, tanto física como mental de la mujer, igualmente, si tuviera grandes posibilidades de éxito, de lo contrario no se practicará. La técnica se podría aplicar de manera homóloga como heteróloga por parte de un grupo especializado de médicos, como servicio brindado por parte de seguridad social estatal. Asimismo, previo a cualquier intervención para la práctica de dicha técnica sería de carácter obligatorio la realización de un examen general para conocer el estado de salud de cada participante.

En dicho proyecto se permitía la transferencia de hasta tres embriones por cada ciclo reproductivo de la mujer, en relación con este tema los diputados establecieron que era completamente prohibida la comercialización, tanto de gametos como de óvulos fecundados, pero sí es admitida la donación de los mismos, además el número de hijos por donante de gametos no podía ser superior a tres.

En relación con el tema de filiación se decide que los donantes no tendrían ningún derecho o responsabilidad de los hijos nacidos con sus gametos, igualmente los padres que se sometan a la práctica de dicha técnica y conciban hijos tendrán todas las obligaciones legales que el ordenamiento costarricense les impone.

²⁹⁰ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Proyecto de Ley sobre Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria. Proyecto número 18.057. Pág. 1.

Finalmente, el proyecto prohíbe y sanciona cualquier tipo de experimentación, manipulación o cualquier técnica utilizada para escoger el sexo del embrión.

El segundo proyecto de ley creado por los diputados Óscar Alfaro, Fabio Molina y Alicia Fournier, bajo el expediente número dieciocho mil ciento cincuenta y uno (18.151) denominado “Ley sobre Fecundación In Vitro y Transferencia de Embrionaria y Creación de Depósito Nacional de Gametos”²⁹¹.

Dicho planteamiento es más reservado que el anterior, puesto que plantea la protección del derecho a la vida del embrión frente al de las parejas, trata de realizar una ponderación de los derechos y de esta forma llegar a un equilibrio entre ambos derechos.

El proyecto establece que la técnica sería efectuada únicamente cuando todos los demás tratamientos de fertilidad fueran probados, asimismo, con estudios previamente realizados para constatar el estado de salud de las partes recurrentes. Además, el planteamiento presenta múltiples prohibiciones, entre las que se pueden mencionar: la Fecundación in Vitro heteróloga, la Fecundación in Vitro de mujeres solteras o que no se encuentre en una unión de hecho judicialmente reconocida, la transferencia del embrión en el cuerpo de una mujer distinta de aquella que ha provisto el óvulo.²⁹² Se puede observar que el proyecto busca la unión familiar por completo, debido que existe

²⁹¹ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Proyecto de Ley sobre Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria y Creación de Depósito Nacional de Gametos. Proyecto número 18.151. Pág. 1.

²⁹² Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Proyecto de Ley sobre Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria y Creación de Depósito Nacional de Gametos. Proyecto número 18.151. Arts 2 y 3.

prohibición expresa para las personas solteras que quieran acudir a esta técnica.

Es importante mencionar que el artículo cuatro plantea que los embriones son personas humanas por nacer, y es por esto que se crea una lista de derechos fundamentales que se deben de respetar, dentro de los que se pueden mencionar está el derecho a la vida, a la salud, integridad física, identidad genética, al nacimiento entre otros. De la misma forma la normativa buscaba brindar toda la protección que el embrión podría tener, como por ejemplo, establecer que únicamente se podía fecundar tres óvulos y de igual forma transferirlos todos dentro del útero de la mujer y que a partir de ese momento brindar todos los cuidados médicos posibles para tener un nacimiento exitoso, asegurando su dignidad. Se prohibía, también, la experimentación, selección y manipulación genética e incluso se impedía la congelación o crioconservación de embriones.

Se establece la creación de un Depósito Nacional de Gametos, que serviría para el almacenaje de gametos, tanto femeninos como masculinos (óvulos como espermatozoides) para ser utilizados posteriormente.

Se podría concluir ante el estudio de los dos proyectos que el primero es una fiel copia de la legislación española en sus inicios y el segundo sería un planteamiento mucho más reservado y proteccionista ante los derechos del embrión, donde inclusive se le enviste como ser humano en desarrollo. De acuerdo con lo planteado, se considera que el segundo proyecto equilibra de una mejor forma los derechos en discusión, brindando el derecho a las parejas

a procrear una familia biológica, pero de la misma forma tratando de proteger el derecho a la vida que tienen los embriones desde el momento de su creación.

A continuación, se estudiará a profundidad el proyecto de ley presentado por la Asamblea Legislativa y que, actualmente, se encuentra en discusión, debido a que existen otros, pero que han sido desechados por la comisión en su conocimiento, pero el enfoque será al proyecto que se encuentra en vigencia. Dicho proyecto se encuentra bajo el expediente número dieciocho mil setecientos treinta y ocho (18. 738), y se denomina “Ley de Fecundación In Vitro y transferencia de embriones humanos”.²⁹³ Dentro de los antecedentes presentados se establece que existen problemas de infertilidad, tanto de las mujeres como de los hombres, también se le da un enfoque terapéutico en donde establecen que “El abordaje terapéutico mediante técnicas o procedimientos de reproducción asistida consiste en un conjunto de diferentes tratamientos médicos realizados con altos estándares de calidad, protocolizados de acuerdo con la condición de la mujer y del hombre y de los avances científicos y tecnológicos disponibles para el tratamiento de la infertilidad que incluye, entre otros, la inseminación artificial y la fertilización in Vitro con transferencia embrionaria.”²⁹⁴ Es decir, la Fecundación in Vitro es un procedimiento que se llevaría a cabo para combatir la infertilidad sufrida por parte de algunas parejas, que se encuentran dentro del territorio costarricense.

Igualmente, el proyecto expone la razón por la cual se implementa el proyecto de ley, desde el recurso que declaró inconstitucional el Decreto

²⁹³ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Proyecto Ley de Fecundación In Vitro y transferencia embrionaria humana. Proyecto de ley N° 18.738. Pág. 1.

²⁹⁴ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Proyecto Ley de Fecundación In Vitro y transferencia embrionaria humana. Proyecto de ley N° 18.738. Pág. 2.

número 24029-S que autorizaba la práctica de la Fecundación In Vitro, por ser violatorio al derecho a la vida y a la dignidad humana.

Fue con la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que Costa Rica fue obligada a volver a regular la práctica de la FIV, debido a que la Corte consideró que el país había vulnerado los derechos de los artículos 5.1, 7, 11.2, 17.2 en relación con el artículo 1.1 consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos, así mismo, se obliga al Estado costarricense a “establecer sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen este tipo de técnica de reproducción asistida.”²⁹⁵ Y todos estos requerimientos se tienen que realizar de la manera más expedita posible, según disposiciones de la misma Corte, con el fin de que las personas afectadas, puedan someterse al tratamiento sin tener que esperar tanto tiempo.

Y es debido a esto que el Ministerio de Salud para el primer mes del 2013 elabora un proyecto, con el fin de mostrárselo a un equipo de especialistas, y así de esta forma instaurar un buen proyecto normativo, para la regulación de la Técnica de Fecundación In Vitro.

El Ministerio de Salud toma en cuenta otros ordenamientos jurídicos de otros países, como España, Noruega, Alemania, Reino Unido entre otros; así mismo tomaron en cuenta otros proyectos Legislativos originados con el fin de regular el tema. Para la elaboración de dicho proyecto se realizó un taller los días 27 y 28 de febrero de 2013, con especialistas, pero igualmente sus consideraciones no fueron tomadas en cuenta y fue presentado el proyecto a la

Asamblea Legislativa a través de la Presidencia de la República. Entre los asistentes de dicha actividad se encontraba “la Dra. Fiorella Bagnarello González y la Dra. Ileana Azofeifa, del Hospital de la Mujer; la Licda. Sofía Carvajal Chaverri, de la CCSS; el Dr. Claudio Regueyra Edelman, de la Asociación Costarricense de Obstetricia y Ginecología; el Dr. Carlos Santamaría Quesada y la Licda. Ana Muñoz, de la Asociación Costarricense de Reproducción Humana (ACOREH), el Dr. Gerardo Escalante López y el Dr. Nelson Acuña Durán, de Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica; el Dr. Alberto Ferrero Aymerich, ONG; el Dr. Rodrigo Álvarez Revelo, ONG; la Dra. Marcela Leandro, ONG A Favor del In Vitro; el Dr. Alejandro Villalobos Castro, ONG; el Lic. Carlos Valerio Monge y la Licda. Ivannia Solano Jiménez, de la Defensoría de los Habitantes de la República; la Licda. Alicia Quirós Araya, del Instituto Dignitas; el Lic. Hubert May Cantillano y el Lic. Boris Molina Acevedo, representantes de las parejas demandantes; la Licda. Rose Mary Madden, del Instituto Interamericano de Derechos Humanos; la Licda. Andrea Acosta Gamboa, de la CCSS; la Licda. Dinorah Cueto Cabrera y la Licda. Irene Brenes Solórzano del INAMU; y el Dr. Pedro Carrillo Dover Fiscal, el Lic. Adrián Fernández Rodríguez y la Dra. Patricia Venegas, del Colegio de Microbiólogos y Químicos Clínicos; la Licda. Hilda Delgado Morales, de la Asamblea Legislativa; y el Dr. Ariel Pérez Young, ONG.”²⁹⁶ Como se puede observar en dicho taller se dio la tarea de reunir a muchos especialistas de diversas materias para la discusión y creación de un buen proyecto de ley para la regulación de la FIV.

²⁹⁵ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Proyecto Ley de Fecundación In Vitro y transferencia embrionaria humana. Proyecto de ley N° 18.738. Pág. 4.

La actividad se desarrolló en trabajos en grupos, presentando recomendaciones técnicas sobre el tema, y luego se hacía lectura de cada uno de los artículos expuestos en el proyecto, dejando un periodo prudencial para que los participantes realizaran las intervenciones que consideraran pertinentes. Luego de dicha actividad el Ministerio de Salud incorporó en el articulado de su proyecto las recomendaciones que se efectuaron en el taller, para la implementación de la FIV en el país, así mismo, se tomó en cuenta todas las disposiciones emitidas por la Corte Interamericana en la resolución expresada.

En el primer numeral el proyecto establece el objetivo de la ley que se pretende crear, el cual es la regulación de la técnica de la Fecundación In Vitro y la Transferencia de Embriones (de ahora en adelante “FIV-TE”), como una forma para tratar la infertilidad de las parejas que la sufran. El segundo numeral determina una serie de definiciones necesarias para poder tener un mejor entendimiento de la futura ley, y que a continuación, se mencionarán los términos que se consideran más relevantes para dicha investigación:

“a) Cigoto: Célula diploide resultante de la fecundación de un ovocito por un espermatozoide, la cual subsecuentemente se divide para formar un embrión.

c) Embrión: resultado de la división del cigoto hasta el fin del estadio embrionario.

²⁹⁶ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Proyecto Ley de Fecundación In Vitro y transferencia embrionaria humana. Proyecto de ley N° 18.738. Pág. 5, 6.

d) Embrión viable o con vitalidad: embrión con capacidad de reproducción celular normal.

e) Estadio embrionario: etapa de desarrollo embrionario que transcurre desde la fertilización hasta el último día de la semana ocho de la gestación (día cincuenta y seis con posterioridad a la concepción).

g) Fecundación: Penetración de un ovocito por un espermatozoide y la combinación de sus materiales genéticos lo que resulta en la formación de un cigoto.

l) Infertilidad: enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de doce meses o más de relaciones sexuales frecuentes no protegidas. En mujeres con edades reproductivas avanzadas (más de treinta y ocho años) este período podrá reducirse a seis meses de relaciones sexuales frecuentes no protegidas.²⁹⁷

Dichos conceptos se establecen para no tener una interpretación errónea del articulado en su totalidad, y de esta forma evitar cualquier vacío normativo.

Seguidamente, el artículo tercero limita el ámbito de aplicación, el cual será la práctica de la técnica únicamente si la mujer, el hombre o ambos tienen un estado de infertilidad, el cual debe de ser declarado, y dichas personas deben de ser mayores de dieciocho años. Es en este artículo, que se puede encontrar la primera dificultad para implementar la técnica, donde no aclara realmente si los que se someten a la técnica tienen que ser necesariamente

²⁹⁷ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Proyecto Ley de Fecundación In Vitro y transferencia embrionaria humana. Proyecto de ley N° 18.738. Pág. 10, 11.

una pareja, o pueden recurrir a la práctica personas solteras que tengan el mismo padecimiento. Por lo que se podría deducir de que si ante dicha situación el Estado costarricense se negara a practicar la técnica a estos ciudadanos, ellos tendrían el derecho de presentar un proceso o recurso en contra del mismo dado que se les está vulnerando el derecho a la igualdad y a la no discriminación.

El cuarto numeral dispone que, un ginecólogo especialista en reproducción humana (que debe de estar inscrito en el Colegio de Médicos costarricense) brinde una recomendación de someter a la mujer a la FIV-TE, y que las demás técnicas de reproducción fueron infructuosas. En relación con esto, el siguiente artículo menciona que la FIV-TE será practicada por un equipo multidisciplinario en la salud, inscritos en los respectivos Colegios, y preparados académicamente para la implementación de la técnica. Siguiendo la misma línea el artículo sexto establece que la práctica de la FIV-TE únicamente se realizará en centros especializados de salud, con todos los permisos, equipo y personal experto en la técnica, así mismo con el debido permiso emitido por la autoridad correspondiente (Ministerio de Salud) para la práctica. Es importante mencionar que el proyecto protege a cualquier especialista de la salud ante la negativa de realizar el procedimiento, disponiendo que no será sancionado ni administrativa ni penalmente, si no desea participar en la implementación de dicha técnica.

Se incluye en el proyecto un numeral que habla del consentimiento informado, tanto para la mujer como el hombre que se sometan a la técnica, y hace la salvedad que si uno de los gametos que se utiliza es donado únicamente se necesita el consentimiento informado de la persona que recibe

dicho gameto. El consentimiento debe de ser previo a la realización de la técnica, y ser actualizado en cada etapa del procedimiento. Dicho consentimiento debe de ser plasmado en un formulario, el cual debe de presentar ciertas condiciones:

- “a. Objetivo.
- b. Confidencialidad y acceso a la información sensible.
- c. Indicación clínica.
- d. Descripción de la técnica.
- e. Riesgo de la técnica.
- f. Riesgos predecibles en la mujer y a su posible descendencia.
- g. Aspectos legales relacionados con la identidad del donante, la relación de paternidad y otras relaciones de parentesco.
- h. Probabilidades de éxito de la técnica.
- i. Aceptación de que los gametos, embriones o tejido gonadal, en caso de que no quieran o no puedan ser reclamados al término del período establecido de criopreservación, serán donados para adopción con fines reproductivos.”²⁹⁸

Como se puede observar las personas que se someten a la técnica deben de ser informadas, tanto de la técnica, de los procedimientos, riesgos, éxito de la técnica, y demás aspectos que los pacientes deben de conocer para

²⁹⁸ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Proyecto Ley de Fecundación In Vitro y transferencia embrionaria humana. Proyecto de ley N° 18.738. Pág. 14,15.

el sometimiento a la técnica, en donde incluso se menciona el futuro de embriones criopreservados que no fueran reclamados. Luego de brindada toda esa información a los pacientes que se sometan a la técnica se deberá de firmar el consentimiento, y se hará constar en el expediente clínico. Asimismo, es importante recalcar que las personas que se sometan a la técnica pueden revocar el consentimiento brindado a los especialistas en la salud, y así interrumpir dicha práctica, pero debe de realizarse antes de la implementación del embrión en el útero de la mujer, y deberá plantearse de manera escrita y constar en el expediente clínico. Si existiere gametos o cualquier otro tejido similar será donado para fines reproductivos. Es por esta disposición que se deduce que las personas no pueden disponer de los mismos para otro fin, deberán necesariamente donar sus gametos o embriones dado que el proyecto no permite la destrucción o eliminación alguna.

Para poder practicar la técnica es necesario abrir un expediente clínico para guardar toda la información de los pacientes tal como son: la constancia de infertilidad emitida por el especialista, (es hasta el artículo doce que se establece de la posibilidad de que la mujer sin pareja que tenga el padecimiento o una pareja), exámenes médicos sobre el estado de salud de las partes, datos médicos y antecedentes personales, el consentimiento informado y por último todo el tema a la evolución del procedimiento o del embarazo de la paciente hasta el nacimiento del menor. Igualmente el Ministerio de Salud puede adicionar otros requisitos para el expediente. Todo el contenido del expediente será confidencial, en donde únicamente tendrán acceso el personal médico autorizado tratante, el Ministerio de Salud, o las autoridades judiciales

pertinentes si fuera el caso. Si se vulnerara el secreto profesional se sancionaría mediante el artículo 203 del Código Penal.

El numeral catorce hace referencia a la preservación de los gametos dispone que “Está permitida la crioconservación de gametos, cigotos, embriones.... La cantidad máxima de ovocitos sometidos a ...fertilización, será de hasta doce ovocitos. Los embriones fecundados y no transferidos podrán ser criopreservados...uso de las personas que serán sometidas a la técnica por un período de cinco años, prorrogable hasta por un máximo de diez años... Vencido el plazo, los embriones crioconservados o vitrificados podrán ser donados para adopción con fines reproductivos.”²⁹⁹ En este numeral es importante señalar la gran cantidad de ovocitos fecundados que se tendrán y también la gran cantidad de años que los ovocitos fecundados pueden mantenerse vitrificados, ya que pueden estar hasta 10 años así, y no se ha brindado una solución a los ovocitos fecundados que sobrepasen ese periodo y no sean utilizados por otras parejas.

En el siguiente numeral se establece que únicamente se implantarán en el útero de la mujer hasta un máximo de dos embriones por ciclo reproductivo, y únicamente en caso de excepción médica se implantarán tres. El artículo dieciséis prohíbe la destrucción de embriones viables e, igualmente, se veda la división, reducción y selección genética, asimismo, el comercio o la experimentación de ellos. Se incluye en ese mismo numeral la prohibición de toda discriminación o experimentación de los seres nacidos por la técnica de FIV-TE.

²⁹⁹ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Proyecto Ley de Fecundación In Vitro y transferencia embrionaria humana. Proyecto de ley N° 18.738. Pág. 16.

Se regula también la donación de gametos, el artículo diecisiete menciona la creación de un Registro Nacional de Donantes, en donde se deberán de inscribir las personas que donen gametos, los ciudadanos deberán registrar cada donación realizada, se registran todos los hijos e hijas nacidos del donante. La persona donante no tendrá derechos ni obligaciones sobre dichos hijos nacidos o criopreservados bajo la técnica, es decir, no existirá filiación entre ellos. Al igual que los pacientes que se someten a la técnica toda la información brindada por el donante será confidencial y únicamente tendrán acceso los médicos autorizados, Ministerio de Salud y autoridades judiciales.

Se puede observar que este procedimiento tendrá grandes medidas de seguridad para evitar cualquier violación a los derechos de las parejas o personas involucradas en el proceso, de esta forma sancionando penalmente a las personas que vulneren el derecho de confidencialidad plasmando en la ley. Se cierra la puerta de una posible filiación o derecho sobre hijos procreados bajo gametos donados, es al analizar dichas disposiciones que se puede determinar que el proyecto presentado es casi una copia fiel de normativas internacionales.

El proyecto normativo introduce el tema de las sanciones administrativas, independiente de cualquier otro tipo de sanción que se pueda aplicar. Dichas sanciones se clasifican en leves, graves y muy graves.

Las infracciones muy graves tendrían sanciones de ciento uno a ciento cincuenta salarios base, o la sanción más gravosa que sería el cierre total de la clínica, cometiendo las siguientes infracciones: si se practicara la técnica en óvulos fecundados más allá de los catorce días siguientes a la fecundación

(esta disposición es a razón de evitar la experimentación de los embriones en los laboratorios); que la técnica se practique en establecimientos no autorizados o personal no capacitado, cuando se practique la fecundación de óvulos con gametos masculinos de donantes distintos para la transferencia a la mujer receptora en un mismo ciclo; cuando se practique la transferencia a la mujer receptora en un mismo ciclo con óvulos fecundados con gametos de distintas donantes; cuando se transfieran óvulos fecundados a la mujer que no cumplen con los estándares de garantía de viabilidad; cuando se transfieran a la mujer más de tres óvulos fecundados; o cuando se practique o permita una estimulación ovárica excesiva que afecte el estado de salud de la mujer donante.³⁰⁰

En cuanto a las infracciones graves, se impondría una sanción de multa de cincuenta y uno a cien salarios base, al realizar cualquiera de las siguientes acciones u omisiones: cuando se incumplan con obligaciones legales o reglamentarias que fueran aplicables a el tratamiento de la técnica; cuando se omita brindar la información necesaria para evitar cualquier tipo de lesión o enfermedad previstas incluso la omisión de exámenes para comprobar si existe algún tipo de enfermedad hereditaria o congénita que pueda ser transferida; cuando se promocióne la donación de gametos a cambio de dinero; la generación de hijos por donante superior al permitido; cuando se omita informar datos exigidos por la ley o abrir el expediente clínico obligatorio para cada caso en específico.³⁰¹

³⁰⁰ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Proyecto Ley de Fecundación In Vitro y transferencia embrionaria humana. Proyecto de ley N° 18.738. Pág. 18, 19.

³⁰¹ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Proyecto Ley de Fecundación In Vitro y transferencia embrionaria humana. Proyecto de ley N° 18.738. Pág. 19, 20.

Finalmente, se encuentran las infracciones leves, las cuales serían sancionadas de veinte a cincuenta salarios base, y son todas las demás obligaciones y prohibiciones de ley, que no se encuentren debidamente tipificadas como infracciones graves o muy graves.³⁰² El proyecto también menciona que la entidad encargada de ejecutar dichas infracciones sería el Ministerio de Salud, mediante un proceso administrativo regido por la Ley General de la Administración Pública. Además, todas las recaudaciones realizadas bajo esta modalidad serán destinadas a programas que tenga la Caja Costarricense de Seguro Social sobre la FIV-TE.

Se puede observar que el proyecto pretende sancionar más severamente las acciones u omisiones que vulneren en un mayor grado, tanto el ámbito personal como patrimonial de las personas involucradas en el procedimiento. Dentro de las infracciones muy graves se pueden observar los daños graves al órgano femenino, experimentación humana, que el establecimiento no se encuentre en óptimas condiciones incluso el personal, o la equivocación con el material genético, se puede observar una gran transgresión, tanto de los derechos de las parejas como de los embriones, por lo que la sanción sería muy elevada.

Bajando un peldaño se encuentran las infracciones graves que, si bien es cierto, pueden transgredir el ámbito personal de los pacientes o personas involucradas, no produce consecuencias tan nefastas como las primeras, como por ejemplo, omitir información del procedimiento, comercializar el material genético, o el nacimiento de más hijos de lo permitido por donante (este último

³⁰² Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Proyecto Ley de Fecundación In Vitro y transferencia embrionaria humana. Proyecto de ley N° 18.738. Pág. 20.

básicamente sería un control de nacimientos) como se puede determinar las violaciones a dichas disposiciones no producirían efectos tan devastadores en los derechos de las personas involucradas.

Por último, se encuentran las transgresiones leves las cuales, no se encuentran tipificadas, abriendo la oportunidad a las personas afectadas ante el incumplimiento de desacato por parte de algún establecimiento o clínica autorizada a practicar la técnica.

En una sección aparte del proyecto de ley se encuentra el título “De los Delitos”, iniciando en el artículo diecinueve el cual establece que quien transfiriere más de tres embriones se expondrá a una pena privativa de libertad de tres a siete años.

En la misma línea de Delitos, el artículo veinte sanciona con pena privativa de libertad de dos a cinco años a cualquiera que practicara la técnica sin el consentimiento de las personas involucradas, es decir, de la mujer, hombre o donador de gametos. En el artículo siguiente se sanciona a cualquiera que practicara la experimentación humana con los embriones, dicha acción se castigaría de cinco a diez años en prisión. Igualmente, se sancionaría con la misma cantidad de años a quien experimentara con los embriones con el fin de conocer el sexo o realizar algún tipo de alteración genética posible.

El numeral veintitrés sanciona a cualquiera que practique la fisión, fusión o hibridación de embriones humanos, con pena privativa de libertad de cinco a diez años.³⁰³ El proyecto legislativo también sanciona a cualquier persona que

³⁰³ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Proyecto Ley de Fecundación In Vitro y transferencia embrionaria humana. Proyecto de ley N° 18.738. Pág. 21.

comercialice gametos o embriones humanos, igualmente se pena a quien destruya embriones viables no implantados con hasta un máximo de diez años de prisión. Asimismo, el proyecto aclara que todos los delitos tipificados serían de acción pública, y que aparte de sanciones penales y administrativas los profesionales se podrían exponer a ser inhabilitados en el ejercicio con un máximo de hasta diez años. Se puede ver que las sanciones privativas de libertad llegan a un máximo de diez años, y en el menor de los casos los imputados podrían optar por libertad condicional. Es importante también mencionar que el proyecto busca sancionar de tres maneras distintas las personas que incumplan con dicho ordenamiento, es decir, se puede incurrir en una sanción administrativa, penal o inclusive de inhabilitación de la profesión, sanción que debería ser ejecutada por parte del Colegio Profesional al que la persona se encuentra incorporada. Todas las sanciones son independientes entre sí, por lo que una misma persona puede ser sancionada de las tres maneras diferentes, y sin caer en la violación del principio fundamental de no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

El último tema que expone el proyecto de ley propuesto por el Ministerio de Salud, es el de la filiación de los menores nacidos por medio de la técnica. Es, por esta razón, que el proyecto emite también una reforma al Código de Familia a su artículo 72, solicitando que se lea de la siguiente manera:

“La paternidad de los hijos nacidos dentro del matrimonio sólo puede ser impugnada por el marido personalmente o por apoderado especialísimo y, muerto o declarado ausente el marido, por sus herederos en los casos previstos en el artículo 74, excepto lo dicho en el artículo anterior.

El curador, en los casos de incapacidad mental prolongada o incurable del marido, podrá ejercer la acción de impugnación, previo estudio médico legal en donde quede claramente establecido el estado mental del marido.

La inseminación artificial de la mujer con semen del marido o de un tercero, así como la fertilización in Vitro y transferencia embrionaria a la mujer con semen del marido o de un tercero, o bien con ovocitos de una tercera, en donde medie el consentimiento de ambos cónyuges, equivaldrá a la cohabitación para efectos de filiación y paternidad. Dicho tercero o tercera no adquiere ningún derecho ni obligación inherente a tales calidades.”³⁰⁴

Se puede percibir que el artículo busca proteger los derechos de los futuros menores, mediando el interés superior del niño, obligando a los padres que se sometan a dicha técnica a velar por una correcta paternidad siendo hijos no concebidos de manera natural, asimismo, la reforma busca dirimir cualquier tipo de responsabilidad o derecho de las personas donadoras de gametos evitando cualquier conflicto de intereses entre estos y los padres receptores.

El proyecto anteriormente analizado se puede simplificar en varias disposiciones importantes, dentro de las que se pueden mencionar:

“1.- El artículo 2 del proyecto de ley establece una serie de definiciones, algunas de las cuales fueron tomadas del Glosario de Terminología en Técnicas de Reproducción Asistida...

³⁰⁴ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Proyecto Ley de Fecundación In Vitro y transferencia embrionaria humana. Proyecto de ley N° 18.738. Pág. 22.

2.- Se dispone que la técnica...se realizará solamente si la mujer, el hombre, o ambos, son infértiles... mayores de 18 años, y...haber descartado otras técnicas de reproducción que hayan sido ineficaces...

3.-...se realizará por un equipo interdisciplinario de profesionales en ciencias de la salud debidamente capacitados...

4.- El Estado brindará los beneficios de la seguridad social para la aplicación de esta técnica.

5.- Las mujeres...tienen el derecho de recibir la valoración médica y psicológica que reduzcan al máximo el riesgo sobre su salud.

6.- La filiación de los nacidos con la técnica...se regulará por las normas establecidas en el Código de Familia...

7.- Se recomienda la transferencia de hasta dos embriones en la mujer por cada ciclo reproductivo, salvo criterio médico calificado...podrá transferirse hasta un máximo de tres.

8.- Se prohíbe todo tipo de comercialización de ovocitos fecundados o gametos.

9.- No será admitida la utilización de técnicas para elegir el sexo ni cualquier otra forma de manipulación genética.

10.- Se prohíbe la utilización de embriones humanos con fines de investigación.

11.- Además, por estarse regulando derechos que se consideran fundamentales, se hace necesario tipificar algunas conductas como delitos.”³⁰⁵

Este último proyecto analizado podría decirse que es una copia mejorada del primer proyecto estudiado, por lo que se puede observar una desprotección al derecho a la vida y dignidad del embrión. Existen varios vacíos legales que son preocupantes, como por ejemplo, ¿qué ocurre cuando pasan los años de crioconservación de los óvulos fecundados y no son utilizados para donación?, ¿Todos ellos seguirían crioconservados por años? ¿Cuál es el máximo de años que los embriones pueden pasar crioconservados?, son planteamiento válidos dado que la destrucción de los mismos es prohibida.

Al inicio del proyecto no se limita quienes pueden someterse a la técnica, debido a que se puede interpretar que únicamente pueden practicarla hombres y mujeres que son parejas, en articulados posteriores se dispone que pueden someterse a la Fecundación In Vitro mujeres solteras. Es necesario que el actual planteamiento tome en cuenta el proyecto creado por los diputados Alfaro, Fournier y Molina, debido a que trata de sostener la posición que ha tenido el Estado costarricense acerca del derecho a la vida del embrión.

Finalmente, el último proyecto de ley mencionado, no cuenta con una supervisión estatal para los centros privados que practiquen la técnica, igualmente, no queda claro el destino de los embriones que no se transfieren. Asimismo, la política penal no tiene asidero jurídico, es un mero conjunto de normas coercitivas y desproporcionadas.

³⁰⁵ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Proyecto Ley de Fecundación In Vitro y transferencia

2. Medidas alternativas a la práctica de la Fecundación in Vitro.

La infertilidad es un problema que no se puede obviar si no, por lo contrario, debe ser tratado eficientemente, por lo que existen diversas alternativas y medidas que logran brindar el anhelo de las personas por tener hijos, el cual es el verdadero fin de cualquier técnica o tratamiento que trate esta condición.

2.1 Tratamiento de la infertilidad.

Como se ha analizado la FIV no es una técnica efectiva que combata la infertilidad, esto debido al alto grado de degradación y mortalidad que sufren los embriones humanos, así como los múltiples problemas de salud a los que se enfrenta la mujer que se somete a esta técnica, a esto hay que sumarle que también se pone en peligro los niños que nacen bajo esta técnicas al tener estos mayores posibilidades de tener diversos problemas, ya sea porque vienen de un embarazo múltiple, prematuro o por la posibilidad de malformaciones genéticas, muerte fetal entre otras muchas complicaciones. “a esto hay que agregar que la FIV no es una terapia, pues no cura a nadie de nada: incluso después de lograr un niño nacido, la pareja sigue siendo igualmente infértil”³⁰⁶ es decir, la FIV no cura la infertilidad.

Debido a que la salud es un derecho al que toda persona debe de tener acceso, el tratamiento para la infertilidad en el caso de nuestro país se tienen que ver desde un enfoque en la salud pública.

embrionaria humana. Proyecto de ley N° 18.738. Pág. 7-9.

³⁰⁶ Leal, A. “El enfoque de la Salud Pública de la Infertilidad y la Naproteología versus la Fertilización In Vitro”. Revista de Actas –III Congreso Internacional en reconocimiento de la Fertilidad. Pág. 140.

2.2.1Salud pública: un enfoque Integral.

Una de las medidas alternativas a la FIV, es el tratamiento de la infertilidad desde la salud pública de una forma integral lo cual significa verla “desde sus causas y condiciones biológicas y ambientales, con perspectiva epidemiológica que permitan desarrollar medidas de prevención, diagnóstico y tratamientos rápidos y eficientes”³⁰⁷, ésta sería la forma más eficaz de lograr atacar la infertilidad y lograr así además de una excelente atención del problema, aumentar las posibilidades de lograr un embarazo exitoso, sí que por ello tengan que morir decenas de embriones ni poder en riesgo la salud de la mujer y la del futuro menor.

Además de los aspectos físicos también se hace necesario una atención que trabaje los aspectos psicológicos y emocionales que crea la propia infertilidad, así como los que crea el mismo tratamiento, por lo que se busca es un tratamiento interdisciplinario.

Para que dicho tratamiento sea viable en el país, la atención en especial la física debe de empezar en un momento acertado, la urgencia de poder acceder a un tratamiento oportuno dependerá de una detección temprana y rápida, en donde le permita a los especialistas realizar el procedimiento adecuado y que el mismo pueda llegar a dar los resultados satisfactorios.

El tiempo en esta clase de procedimientos es muy esencial, ya que la vida fértil de la mujer se desarrolla en un lapso de tiempo determinado, luego de éste, la posibilidad de poder obtener un hijo disminuye radicalmente, por lo

³⁰⁷ Leal, A. “El enfoque de la Salud Publica de la Infertilidad y la Naprotectología versus la Fertilización In Vitro”. Revista de Actas –III Congreso Internacional en reconocimiento de la Fertilidad. Pág. 140, Citando a Ferrero, A. 2012. La fertilidad debe de abordarse como un problema de salud publica. Acta medica Costarricense. 54: 119-121.

que los tratamientos tienen a tener menor efectividad, de ahí la importancia de una detección y tratamiento rápido.

2.1.1.1 Tecnología Procreativa Natural. (TPN).

Se decidió determinar esta clase de tratamiento como Tecnología Procreativa Natural y no como Naprotecnología Oficial, esto porque la misma se estableció en un principio para un grupo limitado, quienes aplican un protocolo específico como es el caso de Creighton Model y la Tecnología NaPro, que no están al alcance de todos con sus características específicas, a diferencia de la primera denominación la cual va referida a la generalidad de los procedimientos, incluyendo la naprotecnología como otros similares. Aunque, en la actualidad, muchos especialistas las ven como un sinónimo.

Esta clase de práctica consiste en “el diagnóstico y tratamiento de la infertilidad que incluye el uso del gráfico con las anotaciones del moco cervical y/o de la temperatura corporal basal, y además de tratamiento médico y/o farmacológico adicional”³⁰⁸, lo que busca es un conocimiento íntegro de la fertilidad de la mujer, para así lograr determinar los momentos cuando ésta se encuentra más fértil, así este mismo conocimiento ayuda a revelar los problemas que evitan dicha fertilidad, esto lo que permite es que al saber con precisión cuál es el verdadero problema, logrando establecer el tratamiento más recomendado y apto para ayudar a eliminar dicha patología.

308 Medialteda, C. Minguez, J. Vera, C. Unidad de Fertilidad de Agrupación Clínica: Tratamiento de Infertilidad.

Detalles del Protocolo explicado a través de dos casos clínicos. Instituto Valenciano de Fertilidad, Sexualidad y Relaciones Familiares 2012. Actas, Congreso Internacionales en conocimiento de Fertilidad III CIRF-N3 184/301. Sitio Web: http://www.reconocimientodelafertilidad.com/wpcontent/uploads/2013/01/IIICIRF_14_UnidadFertilidadIvafp.pdf

Dentro del diagnóstico se realizan pruebas como “la graficación del moco cervical, la evaluación ultrasónica en la fase de desarrollo del moco cervical, pruebas hormonales basada en el día pico del moco, laparoscopia diagnóstica y la histerosalpingografía selectiva, útiles para evaluar la presencia de endometriosis, obstrucción tubárica, problema en la liberación del ovocito et.”³⁰⁹, todos estos estudios permiten obtener las causas de la infertilidad y tratarla, lo cual va desde la administración de hormonas hasta la reparación quirúrgica de las trompas de Falopio etc.

Se ha demostrado de la eficiencia de esta clase de práctica y posterior tratamiento en comparación con la FIV:

- Problemas ovulatorios: La TPN tiene un porcentaje de éxito de un 81,8%.
- Endometriosis: la TPN tiene un porcentaje de éxito de 56,7 % (2,67 veces mejor que la FIV).
- Síndrome de Ovarios Poliquísticos: la TPN tiene un porcentaje de éxito de 62,5% (2,35 veces más que la FIV).
- Oclusión tubárica: la TPN tiene un porcentaje de éxito de 38,4% (1,41 mejor que la FIV).
- En el caso de no tener éxito la FIV: la TPN ha logrado un 26, 2%, obtiene el embarazo con entre 12 y 17 meses de atención, así como se

³⁰⁹ Leal, A. “El enfoque de la Salud Pública de la Infertilidad y la Naproteología versus la Fertilización In Vitro”. Revista de Actas –III Congreso Internacional en reconocimiento de la Fertilidad. Pág. 143.

ha alcanzado el embarazo en un 32,6% cuando la atención ha ido entre los 18 y 25 meses.

- La TPN ha logrado disminuir en un 71,4% los embarazos prematuros de menos de 36,9 semanas de embarazo y en un 142,1% los anteriores a las 34,9 semanas.
- La TPN ha disminuido en 10 veces menos los embarazos múltiples, en relación con la FIV.³¹⁰

Como se puede ver la Tecnología Procreativa Natural, es más eficiente que la FIV y pone en menor riesgo, tanto la vida de la madre como la de los menores, sumándole a esto la gran disminución de la muerte y degradación de los embriones.

2.2 Adopción.

Como segunda alternativa que se planteará es la adopción, la cual es un mecanismo de parentesco para la aceptación de un ser humano dentro de un núcleo familiar, brindando a los padres adoptantes (hombre y mujer) los requisitos y solemnidades establecidos por ley, de los padres biológicos. A continuación, se desarrollará dicha propuesta.

La problemática de una crisis económica crónica en la mayor parte del mundo especialmente en sectores como América Latina, viene a repercutir de manera perjudicial a los niños que viven en esos contextos. Unido a la crisis financiera se encuentra la poca estabilidad familiar en este tipo de familias, en donde la madre pasa a ser la jefa y el sostén económico de la familia.

Asimismo, la unión de la madre con otra figura masculina, en la mayoría de los casos no existe una estabilidad familiar dado que son relaciones esporádicas que en muchas ocasiones terminan por problemas de alcoholismo³¹¹.

La existencia de otras problemáticas como falta de educación sexual o integral, el machismo en algunos sectores, la falta de comunicación e incluso las altas tasas de natalidad en los grupos marginales bajos, fomenta el trabajo infantil desde tempranas edades incluyendo la prostitución infantil, al igual que el abandono de menores a su suerte. Todas estas situaciones mencionadas producen un quebranto en el vínculo que une a los padres con sus hijos, ante dicha problemática los países o Estados buscan crear instituciones provisionales semejantes a al seno familiar, introduciendo el tema de la familia sustituta, que sería la familia que reúna todos las cualidades necesarias para ofrecer al menor como si fueran sus padres biológicos, es decir, ejercer funciones como la guarda, crianza y educación del menor hasta que el hijo adquiera la mayoría de edad.

Se ha logrado comprobar que desde épocas antiguas como la romana y la griega ha existido la figura de la adopción, con el fin de que si una pareja no podía tener hijos biológicos adoptara un niño y éste sería el heredero directo del haber patrimonial y de esta forma perpetuar el clan.³¹² Para el siglo XVIII, en lugares como las colonias norteamericanas apareció la figura de la adopción, pero como una forma de adquisición o dominio, inclusive para

³¹⁰ Leal, A. **“El enfoque de la Salud Publica de la Infertilidad y la Naproprotectología versus la Fertilización In Vitro”**. Revista de Actas –III Congreso Internacional en reconocimiento de la Fertilidad. Pág 144.

³¹¹ Acuña González, M. **“Una Alternativa de reubicación del menor abandonado.”** Revista de Ciencias Sociales 59:37-46, San José, Costa Rica. Marzo 1993. Pág 38.

³¹² Acuña González, M. **“Una Alternativa de reubicación del menor abandonado.”** Revista de Ciencias Sociales 59:37-46, San José, Costa Rica. Marzo 1993. Pág 40.

utilizarlos en trabajos pesados, y obtener de esta forma mano de obra barata. Con la Revolución Francesa se observa otro fenómeno de abandono y de explotación infantil, es a consecuencia de estas situaciones que se considera urgente y necesario la crea de nuevos objetivos y funciones de la familia sustituta.

Es, a partir de la terminación de la segunda Guerra Mundial, que lugares como Estados Unidos y Europa que realizan estudios, tanto médicos, psicológicos, sociales e incluso legales con el fin de concientizar a la población de que la niñez es la fuente futura de la sociedad como recurso humano y que es una obligación social velar por que los niños se desarrollen en un ambiente sano respetando todos sus derechos como seres humanos que son.

Es reconocido que las parejas que enfrentan procesos de adopción, han enfrentado situaciones dolorosas como es el problema de la infertilidad, e incluso un posible señalamiento por parte de la sociedad ante la incapacidad de procreación, debido a la idealización preconcebida en torno a la paternidad. Y es, a consecuencia, de este tipo de situaciones que la mayoría de solicitudes que ingresan para adopciones es debido a la imposibilidad de tener hijos biológicos.³¹³ Pero ante todo, previo a iniciar cualquier tipo de proceso de adopción es necesario que la pareja adoptante supere cualquier trauma o problemática en todo al tema de la infertilidad.

Con respecto de la figura de la adopción se podría definir como, una institución jurídica de integración y protección familiar, de orden público e interés social. Constituye un proceso jurídico y psicosocial, mediante el que el

adoptado entra a formar parte de la familia de los adoptantes, para todos los efectos, en calidad de hijo o hija.³¹⁴

Se puede observar que la figura de la adopción viene a darle una posibilidad de unión entre personas que no necesariamente son parientes consanguíneos, velando en primer lugar por el bien superior del menor brindándoles un ambiente sano para su desarrollo personal e integral, y en segundo lugar, pero no menos importante, es el derecho que tienen las parejas para formar una familia, tanto si las personas pueden tener hijos biológicos o no.

En el Informe de Investigación Cijul, realizó un estudio sobre el tema de la adopción, y la definen como un mecanismo social, que crea relaciones de parentesco y de filiación, se podría decir también que es una forma de crear familias, con la principal característica que solo una o ninguna participa en el proceso de gestación de la persona que va a ser adoptada³¹⁵.

Acerca de la naturaleza jurídica de la adopción el mismo informe mencionado anteriormente declara la figura como un acto jurídico procesal, a razón de que el juez no solo se limita a revisar que se cumplan todos los requisitos o a homologar un acuerdo, sino que su decisión tiene el peso en negar o aprobar la adopción de una persona, por lo que una negatoria puede darse incluso aún cuando las partes cumplieran con todos los requisitos solicitados.

³¹³ Acuña González, M. **"Una Alternativa de reubicación del menor abandonado."** Revista de Ciencias Sociales 59:37-46, San José, Costa Rica. Marzo 1993. Pág 42.

³¹⁴ Código de Familia de Costa Rica. 20 ed. San José, Costa Rica. Enero del 2010. Art 100.

Existen dos tipos de adopción, en primer lugar se puede señalar la adopción internacional o la adopción entre países, que es la efectuada cuando los participantes en el proceso son de distintos países, y en segundo lugar se encuentra la adopción simple la cual es la que se tramita en un mismo país, es decir que, tanto adoptante como adoptado viven en el mismo domicilio.

En nuestro país, el proceso de adopción se encuentra regulado por el Código de Familia y el Reglamento de Procesos de Adopción Nacional e Internacional del PANI (Patronato Nacional de la Infancia). El tema de adopción inicia a partir del artículo 100 del Código de Familia con la definición de lo que es la adopción hasta el artículo 139. A continuación, se analizará la normativa correspondiente en relación con el procedimiento por seguir para solicitar una adopción.

El Capítulo VI del Código de Familia dispone en primer lugar que las personas menores de edad tienen el derecho de permanecer y crecer en su familia consanguínea, salvo excepciones específicas declaradas por el mismo Código, las cuales se encuentran plasmadas en el artículo 109. Dentro de los requisitos que se solicitan se encuentran: 1) que las personas menores de edad sean declaradas judicialmente en estado de abandono exceptuando cuando uno de los cónyuges adopte los hijos menores del otro, mientras el padre con quien viven los menores ejerza exclusivamente la patria de potestad; 2) las personas mayores de edad que hayan convivido con los adoptantes, por no menos de seis años antes de cumplir la mayoría de edad, manteniendo vínculos afectivos con los adoptantes, si los adoptantes son familiares hasta en

³¹⁵ Centro de Información Jurídica en Línea. Convenio Colegio de Abogados, Universidad de Costa Rica. Informe de Investigación Cijul. Tema: Adopción Internacional. Sitio Web: <http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>. Pág. 3.

tercer grado de consanguinidad la convivencia sería de tres años; 3) las personas menores de edad en donde los padres biológicos aprueben ante una autoridad judicial, el deseo de entregar y desprenderse del hijo, en relación con este tema el juez determinaría si existen motivos suficientes y razonables sobre esa decisión, pensando en todo momento en el interés superior del menor.³¹⁶

En el artículo 102 se proyectan los efectos que produce la adopción, los cuales son los siguientes:

“a) Entre los adoptantes y los adoptados se establecen los mismos vínculos jurídicos que unen a los padres con los hijos e hijas consanguíneos. Además, para todos los efectos, los adoptados entrarán a formar parte de la familia consanguínea adoptante.

b) El adoptado se desvincula, en forma total y absoluta, de su familia consanguínea y no se le exigirán obligaciones por razón del parentesco con sus ascendientes o colaterales consanguíneos. Tampoco tendrá derecho alguno respecto de esos mismos parientes. Sin embargo, los impedimentos matrimoniales por razón del parentesco permanecen vigentes con respecto de la familia consanguínea. Asimismo, subsisten los vínculos jurídicos con la familia paterna o materna, según el caso, cuando el adoptado sea hijo o hija del cónyuge del adoptante.

c) En lo concerniente al término y la suspensión de la patria potestad, para la adopción regirá lo estipulado en este Código.”³¹⁷

³¹⁶ Código de Familia de Costa Rica. 20 ed. San José, Costa Rica. Enero del 2010. Art 109.

³¹⁷ Código de Familia de Costa Rica. 20 ed. San José, Costa Rica. Enero del 2010. Art 102.

Se puede concluir que las personas adoptantes vienen a suplir el papel de los padres biológicos con sus derechos y deberes con los hijos. Existen dos tipos de adopción la individual y la conjunta, la primera es cuando la persona adoptante es solo una, es decir, solo una persona es la que se hace cargo del menor, y la segunda es cuando los dos cónyuges con hogar estable, realizan la solicitud de adopción. Es válido hacer la salvedad que si uno de los solicitantes fallece antes de la resolución que dicta la adopción, se puede otorgar al cónyuge sobreviviente.

En cuanto a los apellidos del adoptado, el Código de Familia establece que la persona deberá adquirir los apellidos de él o los adoptantes, en el mismo orden como si fueran los padres biológicos. Dado el caso que la personas adoptantes, quisieran realizar un cambio de nombre se deberá establecer en la solicitud de adopción ante el Tribunal. Dentro de los requisitos exigidos por la legislación costarricense para que una persona pueda ser adoptante se encuentran:

“a) Poseer capacidad plena para ejercer sus derechos civiles.

b) Ser mayor de veinticinco años, en caso de adopciones individuales. En adopciones conjuntas, bastará que uno de los adoptantes haya alcanzado esta edad.

c) Ser por lo menos quince años mayor que el adoptado. En la adopción conjunta, esa diferencia se establecerá con respecto al adoptante de menor edad. En la adopción por un solo cónyuge, esa diferencia también deberá existir con el consorte del adoptante.

d) Ser de buena conducta y reputación. Estas cualidades se comprobarán con una prueba idónea, documental o testimonial, que será apreciada y valorada por el Juez en sentencia.

e) Poseer condiciones familiares, morales, psicológicas, sociales, económicas y de salud, que evidencien aptitud y disposición para asumir la responsabilidad parental.”³¹⁸

Dichos requisitos fueron establecidos pensando en el bien superior del menor si fuera el caso y con el fin de evitar cualquier daño o consecuencia negativa que pueda tener la persona adoptada, como por ejemplo, que las personas adoptantes tengan la responsabilidad, capacidad volitiva y madurez suficiente para el cuidado de la persona, evitar un vínculo de relación sentimental entre alguno de los adoptantes y el adoptado, en general crear un ambiente propicio para que el adoptado pueda desarrollarse individualmente e integralmente de la mejor forma posible.

El Código de Familia también establece en su artículo 107 los impedimentos para adoptar, entre los que se pueden mencionar: cuando uno de los cónyuges no diera el consentimiento para hacerlo; los que ejercieran una tutela o curatela cuando la autoridad judicial no aprobara las cuentas finales de la administración; cuando se es mayor de sesenta años, salvo resolución fundamentada por el juez; a los que se les suspendiera el ejercicio de la patria de potestad sin asentimiento expreso del Tribunal.³¹⁹ Para la solicitud de adopción en caso de cónyuges es necesario tener el consentimiento previo de

³¹⁸ Código de Familia de Costa Rica. 20 ed. San José, Costa Rica. Enero del 2010. Art 106.

³¹⁹ Código de Familia de Costa Rica. 20 ed. San José, Costa Rica. Enero del 2010. Art 107.

la pareja, es decir, de ambos, exceptuando los casos en que exista enajenación mental, declarado en estado de interdicción ausente o muerto presunto o separados por más de dos años (por hecho o judicial). En el proceso el cónyuge sería notificado de la situación y si no fuera encontrado se realizará por medio de edicto en el Boletín Judicial, se les brindará quince días naturales para emitir su disconformidad, en caso de transcurrido el plazo y no emitido alguna manifestación se entenderá un asentimiento por parte de éste. Igualmente, es importante mencionar que una persona no puede ser adoptada por más de una persona salvo en caso de la adopción conjunta, que sería la realizada por ambos cónyuges, aunque si alguno de los adoptantes o ambos falleciere existe la posibilidad que la persona fuera nuevamente adoptada. En relación con esto es importante mencionar que la adopción es irrevocable a partir del momento cuando queda firme la resolución aprobatoria, no es posible revocarla por acuerdo entre las partes, ni estar sujeta a situaciones condicionales.

En cuanto a las parejas o personas extranjeras que quieran solicitar el proceso de adopción en el país deberán cumplir con los siguientes requisitos:

“a) Tienen por lo menos cinco años de casados.

b) Además de los requisitos generales establecidos en este Código, reúnen las condiciones personales para adoptar, exigidas por la ley de su domicilio.

c) La autoridad competente de su país los ha declarado aptos para adoptar.

d) Una institución, pública o estatal, o un organismo acreditado de su domicilio y sometido al control de las autoridades competentes del Estado receptor, velará por el interés del adoptado.

La persona sin domicilio en Costa Rica, que desee adoptar en forma individual a un menor, deberá cumplir con los requisitos establecidos en los incisos b), c), y d) de este artículo.”³²⁰ Todos los requisitos solicitados igual que para los adoptantes costarricenses, son para confirmar un buen ambiente, seguridad y estabilidad para los menores que salgan de su ámbito nacional.

En cuanto a los menores que se encuentran bajo la tutela del PANI u otras instituciones privadas que atienden menores de edad, deben de realizar estudios psicológicos y sociales para observar si las personas solicitantes son aptas para adoptar los menores de edad, asimismo, efectuarán el informe de adoptabilidad del menor. El expediente emitido por la institución será trasladado a un Juez para que emita su criterio. Si fuera los padres biológicos los que deciden la adopción, se asesora, tanto al menor como a los padres para que entiendan las consecuencias de la decisión, incluso se ayuda al menor para adaptarse a su nueva familia.

Con respecto de la declaratoria de abandono de personas menores de edad, el Código establece en el artículo 115 que “La declaratoria de abandono de una persona menor de edad sujeta a patria potestad, se tramitará ante el Juez de Familia de la jurisdicción donde habita el menor, según el procedimiento señalado en los artículos subsiguientes. Las reglas del proceso sumario regulado en el Código Procesal Civil se aplicarán de modo supletorio,

³²⁰ Código de Familia de Costa Rica. 20 ed. San José, Costa Rica. Enero del 2010. Art 112.

en lo que resulten pertinentes.”³²¹ Se puede ver que para poder adoptar a una persona menor de edad es necesario que un Juez emita un juicio previo declarando el abandono del menor, para que luego dicha persona pueda tener la posibilidad de ser adoptado. Es posible que el proceso de declaratoria pueda hacerse en vía administrativa, siempre y cuando no exista contención, el proceso lo tramitaría el Patronato Nacional de la Infancia, la resolución siempre será examinada por parte del Juez en un plazo de quince días. Asimismo, el PANI, no es la única institución autorizada para solicitar la declaratoria de abandono, también lo puede solicitar cualquier persona interesada en el depósito o la adopción del menor en cuestión.

El Código de Familia en el artículo 118 enumera los requisitos taxativos para realizar la solicitud, los cuales son los siguientes:

“a) Nombre, edad, nacionalidad, estado civil, profesión u oficio, domicilio y residencia habitual de los adoptantes, número de cédula o pasaporte, en caso de extranjeros, tanto del adoptante como del cónyuge cuando éste deba dar su asentimiento.

b) Nombre, edad, nacionalidad, domicilio y residencia habitual del adoptando.

c) Nombre, estado civil, profesión u oficio y domicilio del padre y la madre consanguíneos, los depositarios judiciales o los tutores del adoptando.

d) Descripción de los hechos que motivan o justifican la declaratoria de abandono, con indicación de la prueba pertinente y el fundamento de derecho.

³²¹ Código de Familia de Costa Rica. 20 ed. San José, Costa Rica. Enero del 2010. Art 115.

e) Lugar para recibir notificaciones.”³²²

Se puede observar que todos los requisitos son simples para la solicitud de la adopción. Pero cumplir con todos los requisitos no quiere decir que el juez no pueda solicitar requisitos extra por parte del Juez. También, dentro de la misma solicitud las personas podrán solicitar el depósito del menor en alguna institución si la persona adoptable corre un riesgo social, junto con la solicitud de declaratoria de abandono del menor. El Juez deberá señalar una comparecencia dentro de las veinticuatro horas siguientes para declarar el depósito provisional, entre los participantes de dicha audiencia se encuentran: el solicitante, un representante del Patronato, y un trabajador social. De dicha audiencia se levantará un acta, y se realizará el traslado del menor de edad para el cuidado temporal del menor, hasta que el proceso se resuelva.

Dentro del proceso de la declaratoria de adopción, se tendrá como partes en dicho proceso los que ejerzan la patria de potestad o la tutela sobre el menor de edad, si las personas no pueden ser encontradas o los menores son huérfanos se emitirá un edicto en el Boletín Judicial, en todo caso el Juez nombrará un curador para que tome la representación del menor. El Juez dará audiencia a las partes por cinco días para que emitan los criterios sobre la solicitud y el ofrecimiento de pruebas si fuera necesario. En el mismo escrito las partes pueden objetar u oponerse a la solicitud dentro del plazo para el emplazamiento, las excepciones pueden ser, tanto previas como de fondo, dentro de las que se pueden mencionar están: falta de competencia, falta de legitimación, falta de capacidad o representación defectuosa, falta de derecho.

³²² Código de Familia de Costa Rica. 20 ed. San José, Costa Rica. Enero del 2010. Art 118.

Vencido el plazo de emplazamiento y resueltas las excepciones previas, se convocará a audiencia oral y privada a las partes, se presentarán los representantes de las instituciones de cuidado, los solicitantes, los testigos, peritos y la persona menor de edad cuando se considere que su opinión pueda tener el peso en el proceso. Se escucharán a las partes y se evacuará toda la prueba ofrecida, incluso se puede escuchar al menor de edad.

Luego de realizado estas diligencias el Juez dictará la resolución correspondiente, puede decidir darle el depósito, tanto a el PANI como a la persona solicitante de la adopción, como personas idóneas para el cuidado del menor de edad, la sentencia será notificada por escrito a las partes. Para dicha resolución existen recursos de apelación interpuesto dentro de los tres días siguientes de notificada de la resolución. El Juez superior dará audiencia a las partes, para evacuar la prueba emitida, para luego dictar una resolución, para dicha sentencia no existirá otro recurso.

Luego de emitida la declaratoria de abandono se procederá con las diligencias de la adopción, el proceso se tramitará como una actividad judicial no contenciosa, la solicitud de adopción será presentada ante el Juez de Familia correspondiente, la solicitud emitida deberá cumplir con los requisitos previamente mencionados en el artículo 118, y adicional la justificación de la adopción. Conjuntamente con la solicitud de adopción el artículo 128 requiere los siguientes documentos:

“a) Certificación de la sentencia firme de la declaratoria judicial de abandono, cuando proceda.

b) Certificaciones de nacimiento de los adoptantes y del adoptando.

c) Certificación de matrimonio de los adoptantes o del estado civil del adoptante, si la adopción es individual.

d) Certificado reciente de salud de los adoptantes.

e) Inventario, si el adoptando tiene bienes o, si no los tiene, la certificación respectiva.

f) Certificación de cuentas finales de administración del tutor o el depositario judicial, aprobada por el Juez competente, cuando proceda.

g) Certificación de salario o de ingresos de los adoptantes.

h) Certificación del Registro Judicial de Delincuentes, expedida a nombre de los adoptantes o del órgano competente en el caso de los extranjeros.

i) Traducción oficial de los documentos que comprueben los requisitos del artículo 112 de este Código, cuando se trate de adoptantes sin domicilio en el país.”³²³

Si los solicitantes no presentaren completos los requisitos se prevendría a la parte para completarlos, asimismo, el Juez podrá solicitar requisitos adicionales a los ya mencionados. Cumplidas las disposiciones el Juez nombrará un perito para realizar estudios sociológicos y sociales, tanto para los menores como los adoptantes para constatar la idoneidad de la adopción. Es necesario publicar un edicto en el Boletín avisando la solicitud de adopción, para que las personas que tengan interés emitan cualquier oposición, también se le dará audiencia al PANI, y ahí mismo el juez le explicará a los adoptantes

³²³ Código de Familia de Costa Rica. 20 ed. San José, Costa Rica. Enero del 2010. Art 128.

las obligaciones que estarían asumiendo también se podría escuchar a la persona adoptante si tiene el suficiente discernimiento, en el mismo acto se expresará la aceptación de los derechos y las obligaciones, levantando un acta que firmarán los presentes en la audiencia. El juez podría disponer un periodo de prueba de convivencia del menor con los adoptantes para observar cómo se desarrolla la relación. Terminado el periodo de prueba y todas las diligencias anteriores el Juez emitirá mediante resolución fundada la decisión. Existirá el recurso de apelación ante el superior ante cualquier disconformidad, luego de dicho recurso no existirá otro.

Tanto el Juez como los representantes de las instituciones involucradas deberán tomar las decisiones basadas en el interés superior del menor. Completado todo el procedimiento se inscribirá la resolución certificada en el Registro Civil, dentro de los siguientes ocho días hábiles a la presentación y será anotado al margen del asiento de nacimiento del adoptado, además se sustituyen los nombres de los padres biológicos por los adoptantes, a partir de inscrita la adopción surtirán efectos legales.

Se puede observar que el procedimiento para la adopción no es complicado para las personas adoptantes los requisitos solicitados son fáciles, pero el procedimiento si es extenso. Esta medida alternativa ayuda mucho a la sociedad para poder brindar a los menores de edad un hogar estable y un ambiente óptimo para el desarrollo integral, además le da la posibilidad a las parejas con problemas de infertilidad tener el derecho a formar una familia. Con esta alternativa no se vulnera ningún derecho de los que se han discutido en el transcurso de toda la investigación, es decir, no se violenta ni el derecho a la vida y dignidad del embrión puesto que se habla de personas ya nacidas, ni

tampoco se vulnera el derecho a las parejas de reproducción, debido a que se le da la posibilidad de tener un hijo con todos los derechos y obligaciones que esto conlleva.

Conclusiones.

- En primer lugar se ha logrado determinar que la vida humana inicia a partir del momento de la fecundación, dicho instante ocurre cuando un óvulo es penetrado por un espermatozoide, creando nuevo material genético y de esta manera desarrollando un nuevo ser autónomo e independiente.
- Se puede establecer que las Técnicas de Reproducción Asistida es un procedimiento mediante el cual se produce una intervención artificial del ser humano con el fin de lograr un embarazo exitoso. Dentro de las técnicas se pueden encontrar las de baja y alta complejidad, en las primeras se encuentran las técnicas coito programado, y la inseminación intrauterina; en las segundas se encuentran: la Fecundación in Vitro y la Inyección Intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI).
- La Fecundación in Vitro (FIV), es un proceso mediante el cual se realiza la fecundación fuera de la mujer, el embrión que se obtiene se deposita en el vientre materno para lograr un posible embarazo. Dentro de las etapas de la FIV se encuentran: la estimulación ovárica, la aspiración folicular (obtención de gametos), la fecundación y transferencia embrionaria; también se encuentran procedimientos accesorios a esta práctica, los cuales son: crioconservación, donación de gametos y diagnóstico preimplantacional. Existen dos formas de Fecundación In Vitro, la tradicional y la ICSI. En la primera, se toma el óvulo se asienta en un medio acuoso colocando los espermatozoides alrededor para lograr la fecundación; a diferencia de la primera técnica en el ICSI, en donde el especialista inyecta el espermatozoide

directamente dentro del óvulo eligiendo de esta manera el espermatozoide para el procedimiento.

➤ En Costa Rica, la primera normativa en regular las Técnicas de Reproducción Asistida incluyendo la FIV, fue el Decreto 24029-S emitido el 2 de febrero de 1995, denominado “Realización de Técnicas de Reproducción Asistida o FIV”. Dicho Decreto establecía definiciones erróneas sobre la técnica, además dictaba que las únicas parejas que podían recurrir al procedimiento eran las que se encontraban casadas, solicitando una serie de requisitos exhaustivos. Respecto de la FIV, el mismo la limitaba en seis embriones por ciclos de reproducción, los cuales debían ser implantados en su totalidad en el útero materno, prohibiendo la eliminación, preservación, manipulación o cualquier otro tipo de experimentación sobre estos.

➤ Ante la discrepancia del Decreto 24029-S, se formula una acción de inconstitucionalidad, en donde la Sala Constitucional emite la resolución número 2000- 02306 en donde manifiesta que en primer lugar el Decreto es inconstitucional por infringir el principio de reserva de ley al legislar sobre un derecho fundamental. En segundo lugar, se concluye que el Estado tiene el deber de proteger la vida humana desde el momento de la fecundación, es debido a esto que la Sala concluye que la Fecundación in Vitro sí violenta el derecho a la vida y por lo cual es contradictorio a la Constitución Política. Haciendo la salvedad a la aceptación de FIV, si la misma presentase una mejora significativa, en donde se disminuya las muertes de embriones.

➤ Ante la disconformidad de la sentencia emitida por la Sala

Constitucional, se optó por presentar la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la cual es revisada y elevada para el conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Éste dispuso que Costa Rica a pesar de sus argumentos en cuanto al derecho a la vida y dignidad del embrión, debía prevalecer en primer lugar el derecho de las parejas ante un ser que, según interpretación de la propia Corte Interamericana no es ser humano aún. Costa Rica estableció que nunca se negó a las parejas a tener una familia, e incluso que no se prohibió del todo la técnica, sino que se restringió hasta que se perfeccionara, ante dicho planteamiento, la Corte dispuso que las parejas tienen derecho de beneficiarse de los avances científicos y tecnológicos que existen y entre ellos se encuentra la FIV, además que se tiene derecho a la unión familiar, y a tener una familia biológica, además la Corte realiza interpretaciones en temas como la definición de concepción, fecundación, persona entre otras. Es debido a esas interpretaciones que la Corte declara la violación a los derechos de las parejas (artículos 5.1, 7, 11.2, 17.2 en relación con la Convención Americana) y manifiesta que Costa Rica deberá implementar la práctica de la FIV. El Juez Vio Grossi difiere de dicha resolución y salva el voto estableciendo que el análisis realizado por la Corte Interamericana no fue correcto porque no tomó en consideración al derecho a la vida (4.1), es por esto que el Juez dispone que el Estado costarricense no debería acatar lo dispuesto por la Corte. Se puede observar que la resolución de la Corte Interamericana se encuentra mal planteada, se realizó una sentencia social o política, pero no jurídica, interpreta teorías científicas

declarando cuál considera cierta, extendiendo su poder legal ante esas situaciones. Es por esto y con el respaldo de la decisión del Juez Vio Grossi que se considera que Costa Rica no tendría la obligación de acatar los lineamientos plantados en la resolución de la Corte Interamericana, asimismo, como lo planteó el Juez Vio Grossi un Tribunal no puede ser normativo, sino interpretativo.

➤ España ha desarrollado las técnica de fecundación asistida a través de los años, iniciando con la ley 35/1988 del 22 de noviembre, luego siguió con Ley Orgánica 10/1995 del 23 de Noviembre que modificaba el Código Penal de España, luego pasó a la Ley 45/2003 y por último se tiene la actual Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Fecundación Asistida, así mismo, desde la Ley Orgánica 9/1985 del 5 de Julio empezó a permitir el aborto restringido para finalmente aprobar la Ley Orgánica 2/2010, del 3 de Marzo, la cual permite el aborto voluntario. Se puede establecer que España a lo largo de su legislación ha ido disminuido la protección a la vida y dignidad del embrión llegando hasta el punto de invisibilizarlo. En la primera normativa se estableció que el embrión debía de contar con algún grado de protección y respeto, esta concepción se ha ido degradando hasta el punto de determinar que dicha protección dependerá de la etapa en que se encuentre dicho ser y en el caso del embrión la protección es mínima casi inexistente y que aún en estadios más desarrollados (feto) la protección sigue siendo escasa como es el caso de la normativa que aprueba el aborto voluntario.

➤ La técnica de la Fecundación in Vitro es un procedimiento que se

lleva a cabo desde hace muchos años en España, es por lo que existen decenas de Clínicas especializadas en realizar la técnica. El concepto de la FIV no ha variado con el transcurso del tiempo, pero en la práctica sí, por ejemplo, en muchas circunstancias se ha permitido la manipulación genética, la experimentación de una forma discreta, es decir la técnica en el país español ha ido evolucionando de una forma en que transgrede el derecho de la vida y dignidad del embrión, prevaleciendo el derecho a las parejas. Asimismo, se ha logrado demostrar que al efectuarse la técnica se corre el riesgo de enfermedades o problemas de salud como: hiperestimulación ovárica, dolor, sangrados excesivos, daños en la vejiga, intestinos entre otros. También, Centros de Fertilidad realizan estudios sobre el éxito producido por la técnica y con esto se puede respaldar que el procedimiento no tiene la efectividad esperada para la cantidad de embriones que se pierden con la técnica.

➤ Uno de los mayores problemas que surgieron con la ley 2003 y que parcialmente vino a suplir la ley del 2006, son los embriones que sobran a raíz de la FIV, para lo cual se establecieron 4 usos: la crioconservación para su posterior uso de la misma pareja progenitora, la donación de estos a otras parejas para fines de procreación, la donación para investigación y la destrucción de estos.

➤ En todos estos fines se violenta la vida y dignidad del embrión, puesto que en todos se deben de congelar, cuya consecuencia para algunos de estos es la muerte, así mismo, en la investigación es todavía más evidente dicha violación ya que se desprovee de todo derecho y

dignidad al embrión asegurándole una muerte inminente, tal como es el caso la simple decisión de los progenitores de ponerle fin a la vida de los embriones que crearon.

➤ Los defensores de los derechos de las parejas consideran que la prohibición de la FIV violenta los derechos de reproducción, dentro de los que se encuentra el derecho a la vida privada y familiar, el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, la salud sexual y reproductiva, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico tecnológico y por último, el principio de no discriminación. Así mismo es clara la posición que ha tenido España, respecto de la protección que se brinda a esta clase de derechos, limitando los derechos del embrión al no considerarlo ser humano en esta etapa de su desarrollo. Se ha determinado que los derechos de reproducción de las parejas se limitan frente a los derechos de los demás, así mismo el derecho a la vida es inherente al ser humano y de éste se desprende los demás derechos, es decir, sin vida no hay otros derechos, por lo que luego de su ponderación, se concluye que aunque se reconocen los derechos reproductivos estos no pueden estar sobre el derecho a la vida, el cual es al que debe de prevalecer.

➤ En relación con el derecho de vida y dignidad del embrión, se ha discutido cuando se es persona o individuo y desde qué momento se debe de respetar su derecho de vida. Es por esto que se analizó diversas teorías y se concluyó que se es persona desde el momento cuando se fusionan el óvulo con el espermatozoide, formando una nueva célula, creando la etapa más temprana del individuo, pero que a

pesar de esto se debe de respetar el derecho a la vida, así como sucede en legislaciones internacionales como la Alemana. Se logró demostrar que las definiciones o teorías van cambiando de acuerdo con la rama en que se enfoquen, pero desde un principio, tanto la legislación española, alemana y costarricense, veló por la protección de la vida humana desde su etapa más temprana. Es por esto que se puede sostener y tomar como válida la teoría de protección de la vida y dignidad del embrión a pesar de que existan planteamientos contrarios.

➤ Son grandes las diferencias entre nuestro país y España, aun así los beneficios de implementar la FIV, según el modelo español son: lograr que las parejas que no pueden concebir logren dicho anhelo, el bajo costo de FIV en nuestro país, la igualdad que permite la aplicación de FIV a todo el que la requiera, además de brindar la posibilidad de combatir enfermedades genéticas graves con el uso del diagnóstico preimplantatorio. Así las consecuencias negativas son: la violación de la vida y dignidad del embrión por la cantidad de muertes que produce la elaboración de la FIV en comparación con el poco éxito que logra, problemas en el embarazo como el aborto, embarazo múltiple, embarazo ectópico, embarazo pre-término, problemas en el menor nacido como alteraciones genéticas y malformaciones genéticas, así mismo la mujer que se somete a la FIV puede tener inconvenientes tales como hiperestimulación ovárica, riesgos en la aspiración folicular como hemorragias, lesiones de estructura pélvicas e infección pélvica; la FIV también trae consigo problemas de discriminación por género, abuso de la técnica, eugenesia, también hay que tomar el problema de los altos

costos para la CCSS, y lo difícil de poder implementar este modelo en el ordenamiento jurídico nacional, así como la implementación del control de la misma. Por lo que se concluyó que son más las consecuencias negativas que los beneficios que otorga la técnica de FIV en especial en el modelo español, además de que se hace casi imposible su implementación tal y como está normado en este país.

➤ Previo a la resolución emitida por la Corte Interamericana, y ante la recomendación efectuada por la Comisión Interamericana de regular la técnica de Fecundación in Vitro, Costa Rica por medio del poder legislativo crea proyectos de ley para regular la técnica. En primer lugar se encuentra el proyecto de ley número 18.057, el cual viene a ser una copia fiel a la legislación española sobre la técnica. El segundo proyecto analizado fue el número 18.151, dicho proyecto es más reservado buscando la máxima protección posible del derecho de vida y dignidad del embrión, debido a que el articulado establece que el embrión se categorizaría como persona por lo que tiene derechos y no puede ser manipulado, además se podrán vitrificar los óvulos o los espermatozoides, pero no así embriones, por lo que se concluye que es el proyecto que más se acercaba a la protección del derecho del embrión. Por último, se analizó el proyecto número 18.738, el cual viene a ser similar al 18.057, con la variable de que en este planteamiento se crea un Banco para la crioconservación, pero se puede observar con facilidad que dicho planteamiento tiene muchos vacíos legales que pueden llegar a ser una problemática en el futuro, como por ejemplo, lo que sucede con los embriones que han sido donados y que exceden el

tiempo de congelación en el Banco. Por lo que se puede concluir que aparte de transgredir el derecho a la vida y dignidad del embrión, el proyecto no se encuentra en las óptimas condiciones para llegar a entrar en vigor.

➤ La FIV no cura la infertilidad, puesto que aún logrando obtener un hijo la infertilidad persiste, se ha determinado que son más las consecuencias negativas que positivas que ofrece la FIV, por lo que existen alternativas, tanto para lograr un verdadero tratamiento de la infertilidad como para lograr el anhelo de los individuos de poder tener hijos. Dentro de estas alternativas tenemos el tratamiento de la infertilidad desde un enfoque de salud pública integral apoyándose en la Tecnología Procreativa Natural, lo cual ayuda a tratar desde diversos aspectos diagnosticar y tratar eficientemente la infertilidad.

➤ En relación con el punto anterior, se puede mencionar que otra medida alternativa a la que las personas pueden acudir es la adopción, pero antes de realzar el proceso es necesario que las parejas entiendan que la infertilidad es una condición que se puede superar y tomando la decisión de adoptar se está brindando el apoyo a un niño para tener una mejor calidad de vida. La adopción es un proceso mediante el cual una persona llega a formar un vínculo de parentesco con otra persona. Se logró observar que la legislación costarricense tiene todo un procedimiento para la ejecución de la adopción y que existen instituciones que velan por la protección y el cumplimiento de los derechos de los menores en discusión. Asimismo, se comprobó que los requisitos y la solicitud no es difícil, pero sí su tramitación y el periodo

determinado que se debe de esperar. Pero que a pesar de eso la mayoría de parejas podrían tener la posibilidad de solicitar el proceso de adopción, incluso siendo parejas del extranjero, por lo que la adopción si es una alternativa válida para las parejas que no pueden concebir hijos.

➤ Finalmente, se puede concluir que la Fecundación in Vitro no es una técnica viable para solucionar la problemática de infertilidad de las parejas, dado que no es una técnica efectiva para la cantidad de embriones perdidos en el proceso. Se comprobó que la posición planteada y sostenida por el Estado costarricense, tanto por parte de la Sala Constitucional, como ante la Corte Interamericana es válida, debido a que existen diversas teorías que respaldan dicho argumento. Igualmente, se evidenció que los proyectos creados por Costa Rica son ineficientes, dejando lagunas normativas. Se puede evidenciar que las consecuencias negativas ante la implementación de la FIV, son mayores que los beneficios, y finalmente que existen medidas alternativas a la práctica de la técnica. A razón de esto se puede decir que es indiscutible que existe un desequilibrio en la ponderación de los derechos argumentados y que la FIV sí vulnera el derecho a la vida y dignidad del embrión.

Referencias Bibliográficas.

- ❖ Acosta, A. (2013). "Bioética y Derecho". Editorial Jurídica Continental. San José, Costa Rica.
- ❖ Ballesteros, J. Aparisi, A. Bellver, V. Calvo, A. Fernández, E. Ferrer, U. López, J. López, N. Martínez, C. Mínguez, J. Pérez, J. Ruiz, E. Vidal, J. (2002) "La Humanidad In Vitro. El Estatuto Biológico del Embrión". Editorial Comares. Granada, España.
- ❖ Becker G. Nachtigall R. (1992) "Eager for Medicalization: The social Production of Infertility as a Disease", *Sociology of Health & Illness*. 456-471, 457.
- ❖ Coroleu, B. Boada, M. Barri, P. (noviembre-diciembre2010). "Ventana a otras especialidades, La reproducción Asistida en el siglo XXI." Servicio de Medicina de la Reproducción. Departamento de Obstetricia, Ginecología y Reproducción. USP-Institut Universitari Dexeus. Barcelona. España / GH CONTINUADA. . Vol. 9 N.º 6 307.
- ❖ Gastón, F. (2009) "¿Cuál es el estatus jurídico del embrión humano? Un estudio multidisciplinario. Publicado en *Persona, Derecho y Libertad*" Perú, MOTIVENSA , ISBN 978-9972-2976-5-6.
- ❖ Howard W. Jones Jr., John A. Schnorr. "Multiple pregnancies: a call for action". *Fertility and Sterility*. 75 (1), 11-13.
- ❖ Leal, A. (2012) "El enfoque de la Salud Pública de la Infertilidad y la Naprotectología versus la Fertilización In Vitro". *Revista de Actas –III Congreso Internacional en reconocimiento de la Fertilidad*. Citando a Ferrero, A. La fertilidad debe de abordarse como un problema de salud pública. *Acta médica Costarricense*. 54: 119-121.
- ❖ Loyarte, D. Rotonda, A. (2000) "Procreación Humana Artificial: Un desafío Bioético". Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina.

- ❖ Luna, Fl. (2008). “Instituto Interamericano de Derechos Humanos. “Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina”. Editorial IIDH. San José, Costa Rica.

- ❖ Marcó, J. Tarasco, M. “Diez temas de reproducción asistida”. Ediciones Internacionales Universitarias, S.A. Madrid, España. 2001.

- ❖ Matorras R, Hernández J. (2007) “Estudio y tratamiento de la pareja estéril: Recomendaciones de la Sociedad Española de Fertilidad, con la colaboración de la Asociación Española para el Estudio de la Biología de la Reproducción, de la Asociación Española de Andrología y de la Sociedad Española de Contracepción.” Adalia, Madrid, España.

- ❖ Mora, A. Comp.: Benavides, D. Jiménez, A. (2011). “Reflexiones de derecho de familia costarricense.” 1º ed. Editorial Jurídica Continental. San José, Costa Rica.

- ❖ Morales, J. (2010) “Ciencia, ética y derecho. A propósito de la inseminación artificial y la fecundación”. Revista número 41, Ius Et Praxis, Facultad de la Universidad de Lima.

- ❖ Trejos, G. (2008) “La prohibición de la Fecundación In Vitro en Costa Rica (una sentencia de la Sala Constitucional: Arbitraria, Injusta, Discriminatoria, y Violatoria de los Derechos Fundamentales Consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos y en el Protocolo de San Salvador)”, Editorial Juricentro, S.A., 1 a ed., San José Costa Rica.

- ❖ Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS) Traducido y Publicado por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida en 2010 © Organización Mundial de la Salud 2010. Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA).

- ❖ Villasante, A. Duque, L. García-Velasco, J (2005). "Hablemos de... Técnicas de reproducción asistida". Instituto Valenciano de Infertilidad IVI-Madrid. Universidad Rey Juan Carlos. Madrid. España. avillasante@ivi.es; faduquelugo@hotmail.com; jgvelasco@ivi.es Pág. 201 / An Pediatr Contin;3(3):199-204.

Revistas.

- ❖ Acuña González, M. (Marzo 1993) "Una Alternativa de reubicación del menor abandonado." Revista de Ciencias Sociales 59:37-46, San José, Costa Rica.
- ❖ Bisioli, C. (Julio de 2006). "Criobiología de Gametos". Revista de la Sociedad Argentina de Endocrinología Ginecológica y Reproductiva, Volumen XIII - Número 2.
- ❖ Varela, I. (Abril 2013) "Fecundación In Vitro: Ciencia aplicada a la concepción", Revista Mamá Joven, N0 49.

Artículos recuperados de Internet.

- ❖ Adopción de Embriones By VDA Fertility Consulting, SLU. Recuperado de: <http://www.adopciondeembriones.com/adopci%C3%B3n-de-embriones-en-espa%C3%B1a/>. (17/4/2013).
- ❖ Almería FIV laboratorio de reproducción humana/ hospital Virgen del Mar/ Sala de Prensa/ Opinión. Futuro de la asistencia médica a la infertilidad. Recuperado de: http://www.almeriafiv.com/es/index.php?mod=news_det&new_id=6&ncat_id= (31/04/2013).
- ❖ Araya, H. (April 08,2012). "Fecundación In Vitro, paso a paso." El contenido relacionado con salud, enfermedades y condiciones en About.com es revisado por el Comité de Evaluación Médica. Recuperado de: <http://embarazoyparto.about.com/od/QuedarEnEmbarazo/tp/Fecundacion-In-Vitro-Paso-A-Paso.htm>. (15/02/2013).

- ❖ Asociación Médica Mundial. (Sudáfrica Octubre 2006). “Resolución de la Asociación Médica Mundial sobre las Tecnologías de Reproducción Asistida” Recuperado de: <http://www.wma.net/s/policy/r3.htm>, (febrero 2013)

- ❖ *Centro de Alta Complejidad acreditado por la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva Montevideo. “Técnicas de reproducción asistida (Nascentis (Medicina Reproductiva)”Córdoba, Argentina. Recuperado de: http://www.nascentis.com/tecnicas_reproduccion_asistida?PHPSESSID=0989349f02ee55dd1a8e9408e0f02b54. (25/02/2012)*

- ❖ Centro de Información Jurídica en Línea. Convenio Colegio de Abogados, Universidad de Costa Rica. Informe de Investigación Cijul. Tema: “Adopción Internacional”. Recuperado de: <http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>.

- ❖ Centro Fecundar Costa Rica – Panamá. Recuperado de: <http://www.centrofecundar.com/>. (13/05/2013).

- ❖ Chavarría, D. (23/01/2013) “Reloj biológico es el principal enemigo de parejas que esperan por tratamiento de FIV/.” Recuperado de: <http://www.semanario.ucr.ac.cr/index.php/noticias/pais/8716-reloj-biologico-es-el-principal-enemigo-de-parejas-que-esperan-por-tratamiento-de-fiv.html> / (25/06/2013).

- ❖ Clínica Dam, Clínica Privada. (26/01/2013). Recuperado de: <http://www.clinicadam.com/salud/5/007279.html>. (04/04/ 2013).

- ❖ Consulta de la Definición de Eugenesia. Recuperado de: <http://definicion.de/eugenesia/>. (31/04/2013).

- ❖ Cornell University Law School. Recuperado de: http://www.law.cornell.edu/wex/espanol/derecho_a_la_privacidad_autonom%C3%ADa_de_las_personas.

- ❖ Cortés M, Miguel Ángel. Comentario al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Costa Pavan contra Italia. Sentencia del 28 de agosto de 2012. Recuperado de: http://repositorio.ual.es/jspui/bitstream/10835/2035/1/jurisprudencia_tribunal-europeo.pdf. (11/05/2013).

- ❖ De la Hoz, B. (25/07/2008) “La primera niña probeta del mundo cumple 30 años.” Recuperado de: <http://www.celulasmadrela.net/modules.php?name=News&file=article&sid=199>. (08/03/13).

- ❖ Diccionario Médico. Recuperado de: <http://www.cmaestranza.com/diccionario-medico/52-c.html?showall=1/>. (25/02/2012)

- ❖ Gabard, M. Castagnola, Y. (setiembre 2010) “Embriones humanos: Entre el vacío legal y la desmedida manipulación.” Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Carrera de Abogacía. Universidad de Belgrano, Buenos Aires Argentina. Recuperado de: http://www.ub.edu.ar/investigaciones/tesinas/410_Gabardi.pdf

- ❖ Gallego, Cl. (23/02/2008). “Desarrollo del feto. Periodos embrionario y fetal. Unidad feto - placentaria. Líquido amniótico. Apuntes de Ginecología. Apuntes de Medicina”. Recuperado de: [http://www.portalesmedicos.com/publicaciones/articles/971/1/Desarrollo-del-feto.-Periodos-embrionario-y-fetal.-Unidad-feto---placentaria.-Liquido-amniotico.-Apuntes-de-Ginecologia.-Apuntes-de-Medicina /](http://www.portalesmedicos.com/publicaciones/articles/971/1/Desarrollo-del-feto.-Periodos-embrionario-y-fetal.-Unidad-feto---placentaria.-Liquido-amniotico.-Apuntes-de-Ginecologia.-Apuntes-de-Medicina/). (31/01/2013).

- ❖ Ginefiv, “Estudio de la Esterilidad Fertilización In Vitro”. Recuperado de: http://www.ginefiv.com/fecundacion_in_vitro_Donacion_embriones.aspx /. (17/04/2013).

- ❖ Instituto Bernabeu. “Medicina Reproductiva”. Recuperado de: <http://www.institutobernabeu.com/es/3-1-9/pacientes/>. (17/4/2013).

- ❖ Líder en tratamientos de fertilidad y reproducción asistida (España, UE) | | Intranet IVI. (2013) Recuperado de: <http://www.ivi.es/causas-infertilidad.aspx>, Causa de infertilidad. (31/05/2013).

- ❖ MD, Medical Director, MEDEX Northwest Division of Physician Assistant Studies, University of Washington, School of Medicine. Versión en inglés revisada por: Linda J. Vorvick (9/12/2011). Recuperado de: <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/002398.htm>. (25/02/2012).

- ❖ Medialteda, C. Minguez, J. Vera, C. “Unidad de Fertilidad de Agrupación Clínica: Tratamiento de Infertilidad. Detalles del Protocolo explicado a través de dos casos clínicos. Instituto Valenciano de Fertilidad, Sexualidad y Relaciones Familiares 2012”. Actas, Congreso Internacionales en conocimiento de Fertilidad III CIRF-N3 184/301. Recuperado de :[://www.reconocimientodelafertilidad.com/wpcontent/uploads/2013/01/IIICIRF_14_UnidadFertilidadIvafp.pdf](http://www.reconocimientodelafertilidad.com/wpcontent/uploads/2013/01/IIICIRF_14_UnidadFertilidadIvafp.pdf)

- ❖ Prados, F. De los Santos, MJ. Cabello, Y. Buxaderas, R. Segura A. Hernández, J. Vidal, E. Herrero, J. Luceño, F. Marqueta, J. Perez, F. Castilla, J.(2010) “Registro de la Sociedad Española de Fertilidad: Técnicas de Reproducción Asistida (IA y FIV, ICSI). Año 2010”. Recuperado de: www.registrosef.com. (08/04/13).

- ❖ Prats, J. (03/11/2009) “Los Embriones, de Uno en Uno”. Sitio Web: http://elpais.com/diario/2009/11/03/sociedad/1257202801_850215.html (09/06/2013).

- ❖ “Precio de la Fecundación In Vitro.” Recuperado de: <http://www.reproduccion.com/tratamiento/precio-de-la-fecundacion-in-vitro-fiv/>. (13/05/2013.)

- ❖ Rodríguez, E. (28/06/2012) “La esperanza de vida de los down: 150 días.” Recuperado de: http://www.larazon.es/detalle_hemeroteca/noticias/LA_RAZON_476367/historico/823-la-esperanza-de-vida-de-los-down-150-dias-por-esteban-rodriguez#.UbU8q-dSiiw (09/06/2013).
- ❖ Trujillo, M. Ejarque, I. “El diagnóstico genético preimplantacional en España”. Alianza Española de Familias VHL y MSPS. Recuperado de: http://www.alianzavhl.org/index.php?option=com_content&view=article&id=1229&Itemid=737/. (14/5/2013).

Conferencias.

- ❖ I Seminario Internacional de Derecho Sanitario. Segundo día, Conferencia Fecundación Asistida. Conferencista Dr. Liliana Azofeifa, Médico Gineco-obstetra del Hospital de las Mujeres, especialista en reproducción asistida. Tema: “Retos para la CCSS”. Fecha de Conferencia 23/04/2013. Auditorio de la Facultad de Medicina, Universidad de Costa Rica.
- ❖ I Seminario Internacional de Derecho Sanitario. Costa Rica, 23/4/13, segundo día Universidad de Costa Rica, conferencia sobre Fecundación Asistida. Dra. Olga Sánchez.

Jurisprudencia Nacional.

- ❖ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. N. ° 2306, de las 15 horas con 24 minutos de 15 de marzo de 2000, San José Costa Rica.
- ❖ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución: 2000-02306.
- ❖ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 1668 de las quince horas y doce minutos del veintisiete de enero del 2010.

- ❖ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2792 de las catorce horas con cincuenta y tres minutos del diecisiete de marzo del dos mil cuatro.
- ❖ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 8760 de las diez y veinte seis del veintisiete de mayo del 2008.
- ❖ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto 0465-F-S1-2009, a las diez horas cuarenta y cinco minutos del siete de mayo de dos mil nueve.
- ❖ Sentencia No. 835-2008 dictada por la Sección Quinta del Tribunal Contencioso y Administrativo y Civil de Hacienda en el Proceso de Conocimiento interpuesto por Ileana Henchoz Bolaños contra la Caja Costarricense de Seguro Social, Expediente No. 08-00178-1027-CA de 14 de octubre de 2008 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVIII, folio 5871).

Normativa Nacional y Proyectos de Ley.

- ❖ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Proyecto Ley de Fecundación In Vitro y transferencia embrionaria humana. Proyecto de ley N° 18.738.
- ❖ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Proyecto de Ley sobre Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria. Proyecto número 18.057.
- ❖ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Proyecto de Ley sobre Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria y Creación de Depósito Nacional de Gametos. Proyecto número 18.151.
- ❖ Código Civil de Costa Rica. Ley N° 63 de 28 de setiembre de 1887, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., Publicación del 2008.

- ❖ Código de Familia de Costa Rica. 20 ed. San José, Costa Rica. Enero del 2010.
- ❖ Constitución Política de la República de Costa Rica” 1949. Investigaciones Jurídicas S.A., Publicación del 2008.
- ❖ Decreto N° 24029-S del 3 de febrero de 1995, publicado en La Gaceta N ° 45 del 3 de marzo de 1995.
- ❖ Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. Ley número 7472.
- ❖ *Proyecto de Ley sobre Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria*, Expediente 17.900, 22 de octubre de 2010 (expediente de anexos a la contestación, tomo IX, folios 11055 a 11068).

Jurisprudencia Internacional.

- ❖ Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De 6 de 28 de noviembre de 2012.
- ❖ *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez. Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170.
- ❖ Caso de los “Niños de la Calle (Villagrán Morales y Otros), Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C N° 63.
- ❖ Conclusiones de Yves Bot Asunto C- 34/10 (10/03/ 2011) Caso del Tribunal Europeo Brustle vs. Greenpeace. Recuperado de: <http://static.correofarmaceutico.com/docs/2011/03/conclusiones.pdf>.

- ❖ Declaración ante fedatario público de la perita Garza. Caso Artavia Murillo y Otros.
- ❖ Declaración del perito Monroy Cabra ante la Corte Interamericana durante la audiencia pública. Caso Artavia Murillo y Otros.
- ❖ Resolución del Tribunal Constitucional Español. N°212/1996. Del 19 de diciembre de 1996.
- ❖ Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2818); Declaración ante fedatario público de la perita Garza (expediente de fondo, tomo V, folio 2558); Declaración rendida por el perito Caruzo ante la Corte Interamericana en la audiencia pública celebrada en el presente caso, y Declaración de la declarante a título informativo Ribas.
- ❖ Tribunal Europeo, ver T.E.D.H., casos Sabri Günes v. Turkey, Gran Cámara, (No. 27396/06) Sentencia de 29 de junio de 2012; Büyükdağ v. Turkey (No. 28340/95), Sentencia de 6 Abril de 2000; Fernández-Molina González and 369 Others v. Spain (No. 64359/01), Sentencia de 8 de octubre de 2002); y Zakrzewska v. Poland, (No. 49927/06) Sentencia de 16 de diciembre de 2008.
- ❖ Voto disidente del Juez Vio Grossi. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 28 de noviembre de 2012.

Normativa y Organismos Internacionales.

- ❖ Conferencia Internacional de Derechos Humanos en Teherán, Proclamación de Teherán (1968).
- ❖ Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo, Cairo, Egipto, 1994. (traducción no oficial).

- ❖ Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969.
- ❖ Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad del 2006.
- ❖ Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) de 1979.
- ❖ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. Roma, 1950
- ❖ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Bogotá, 1948.
- ❖ Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.
- ❖ Declaración Universal De Los Derechos Sexuales. Declaración del 13 Congreso Mundial de Sexología, 1997 Valencia, España. Revisada y aprobada por la Asamblea General de la Asociación Mundial de Sexología (WAS) perteneciente a la Organización Mundial de la Salud (O.M.S.) el 28 de junio de 2001, en el 15º Congreso Mundial de Sexología, París
- ❖ El derecho a la integridad personal, José Miguel Guzmán Trabajador Social CINTRAS, Santiago, 6 de diciembre de 2007.
- ❖ Informe Evolución de la Familia en España 2010.
- ❖ Naciones Unidas. Documento A/S-21/5/Add.1. En la Conferencia de la ONU sobre Población y Desarrollo en 1994 en El Cairo, Egipto.

- ❖ Organización Panamericana de la Salud, Opinión técnica de la Organización Panamericana de la Salud/Organización Mundial de la Salud (OPS/OMS) respecto al contenido del Proyecto de Ley de Costa Rica sobre Fecundación in Vitro y Transferencia Embrionaria en el contexto del derecho humano a la salud.

- ❖ Organización Panamericana de la Salud, Salud en las Américas 2007, Volumen I - Regional, Washington D.C, 2007, citado en la declaración ante fedatario público del perito Paul Hunt.

- ❖ Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966.

- ❖ Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (19 de junio al 22 de julio de 1946), firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados.

- ❖ "Protocolo de San Salvador" Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988.

- ❖ Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Aprobado¹ por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/reglamento.cfm>. (23/02/ 2013).

Legislación Española.

- ❖ Ley 35/1988, del 22 de noviembre.

- ❖ Ley 42/1988, del 28 de Diciembre. De Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de Células, Tejidos u órganos. BOE.
- ❖ Ley Orgánica 10/1995, del 23 de Noviembre. Del Código Penal de España.
- ❖ Ley 45/2003, del 21 de Noviembre. Modifica la Ley 35/1988, de 22 de Noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.
- ❖ Ley 14/2006, de 26 de Mayo. sobre técnicas de reproducción humana asistida. Artículo 1 inciso 2.
- ❖ Ley Orgánica 9/1985, de 5 de Julio. De despenalización del aborto en determinado supuestos.
- ❖ Ley Orgánica 2/2010, de 3 de Marzo. De salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.
- ❖ Ley 14/2007, del 3 de Julio. Sobre la Investigación biomédica.