

**UNIVERSIDAD ESTATAL A DISTANCIA
VICERRECTORIA ACADEMICA
SISTEMA DE ESTUDIOS DE POSGRADO
ESCUELA DE CIENCIAS SOCIALES Y HUMANIDADES
DOCTORADO EN DERECHO**

TEMA DE INVESTIGACION:

Fertilización en Vitro, familia y Constitución Política de Costa Rica. Sus implicaciones sociales y políticas, de marzo de 1995 a diciembre de 2012

Director:

Dr. FERNANDO CRUZ CASTRO

Estudiante:

MARIA DE LOS ANGELES MUÑOZ RUIZ

San José, Costa Rica

Agosto2013

Tabla de contenido

CAPITULO I.....	13
SECCION PRIMERA.....	13
MARCO CONCEPTUAL.....	13
1. Derechos Humanos.....	17
1.1 Breve reseña de la evolución en los derechos humanos.....	20
1.2 Derechos fundamentales.....	21
1.3 Derechos individuales.....	22
1.4 Intereses colectivos.....	23
2. Derecho de Familia.....	23
-Concepto de familia o familias.....	23
-Familia en sentido amplio.....	24
- Familia en forma restringida.....	24
2.1 Derecho de Familia y Derechos Humanos.....	26
2.2 Derecho de Familia y Derecho Constitucional.....	27
2.3 Derecho de Familia y Derecho Internacional.....	28
SECCION SEGUNDA.....	29
1. El derecho a la vida.....	29
1.1 El derecho a la vida: antecedentes constitucionales.....	30
1.2 La protección del derecho a la vida en los tratados internacionales.....	31
1.3 La protección del derecho a la vida y la dignidad del ser humano en la legislación costarricense.....	31
1.4 Concepto jurídico de persona.....	32
1.5 Individuo y ser humano.....	34
1.6 La protección constitucional del derecho a la vida y la dignidad del ser humano: el inicio de la vida humana, Sala Constitucional.....	36
1.7 Status jurídico del nasciturus.....	38
SECCION TERCERA.....	41
1. Derecho a la salud.....	41
1.1 Derecho de Salud y la Organización Mundial de la Salud.....	42
1.2 Derecho a la salud y la Organización Panamericana de la Salud.....	45

1.3 La Cooperación Técnica entre Países en la OPS/OMS.....	47
1.4 Sector de Salud Pública en Costa Rica	47
1.4.1 Ministerio de Salubridad Pública.....	48
1.4.2 Caja Costarricense de Seguro Social.....	48
1.5 La salud como derecho fundamental.....	49
1.5.1 Salud Pública e instituciones públicas.....	52
1.5.2 Derecho de Salud y la Caja Costarricense del Seguro Social	54
SECCION CUARTA	59
1. Reproducción asistida	59
1.1 Técnicas de reproducción asistida	60
1.2 Técnicas de baja complejidad	60
1.3 Técnicas de mediana complejidad	61
1.4 Técnicas de alta complejidad.....	61
1.5 Fertilización en vitro	62
1.5.1 Breve historia de la fertilización en vitro.....	62
1.5.2 Procedimiento de la fertilización en vitro.....	64
1.5.2.1 Estimulación ovárica.....	64
1.5.2.2 Extracción de ovocitos.....	64
1.5.3 Fecundación	65
1.5.3.1 Selección.....	65
1.5.3.2 Transferencia de embriones	66
SECCION QUINTA.....	67
1.- ESTADO DE LA CUESTIÓN.....	67
1.1 Decreto Ejecutivo No.24029-S	68
1.2 Regulación de la realización de Técnicas de Reproducción Asistida In Vitro Decreto No.24029-S	68
1.3 Sentencia 08-178-1027 del Tribunal Contencioso Administrativo	70
1.4 Voto de la Sala IV No. 2306 de las 15 horas con 24 minutos del 15 de marzo de 2000	72
1.5 Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	73
1.6 Corte Europea de Derechos Humanos	78

1.	Diferentes posiciones a nivel nacional.....	82
2.1	Sala Constitucional	84
2.1.1	La Constitución	84
2.1.2	Derecho Constitucional costarricense	85
2.1.3	Poder vinculante de las resoluciones de la Sala IV	86
2.1.4	Criterio de la Sala Constitucional de la fertilización en vitro	87
2.1.5	Posición del actual Gobierno	88
2.1.5.1	Posición del Estado	89
2.1.6	Posición de la Caja Costarricense del Seguro Social	91
2.1.7	Iglesia Católica	92
2.1.8	Posición de la actual Asamblea Legislativa	96
2.1.9	Punto de vista médico	97
2.1.10	Opinión de la ciudadanía	98
	SECCION SEXTA	100
1.-	Tratamiento de la fertilización en vitro en el Derecho Internacional	100
1.1	Alemania	100
1.2	Francia	102
1.3	España.....	102
1.4	Estados Unidos.....	104
1.5	Argentina.....	106
1.6	Colombia.....	110
	SECCION SETIMA.....	115
1.	Proyectos de Ley Costa Rica	115
1.1	Proyecto de ley nº 17900 del 22/10/2010, Ley sobre la FIVET y transferencia embrionaria	116
1.2	Comienzo de la existencia de las personas en los proyectos sobre fecundación.....	121
1.2.1	Derechos de las personas por nacer en los proyectos	121
1.2.2	Proyecto del Código Penal de Costa Rica dictamen afirmativo unánime expediente nº 11.871 14 de abril de 1998.....	123
1.2.3	Lesiones al producto de la concepción.....	125
	CAPITULO II.....	127

SECCION PRIMERA.....	127
1. Diseño metodológico	127
1.1 Enfoque empleado.....	129
1.2 Carácter del estudio.....	135
1.3 Paradigma.....	135
1.4 Proceso de investigación seleccionado	136
2. Etapa de planificación	136
2.1 Conceptualización.....	136
2.2 Etapa de obtención de datos	136
2.3 Etapa de análisis de los datos e interpretación de los resultados.....	136
2.4 Etapa de comunicación de los resultados.....	137
2.5 Identificación del problema (área de interés)	137
2.6 Delimitación del problema de investigación	138
3. Revisión bibliográfica	142
3.1 Fuentes de información	142
3.1.1 Fuentes primarias	144
3.1.2 Fuentes secundarias	144
4. Formulación	144
4.1 Formulación de la pregunta y definición del objetivo general.....	145
5. Objetivos.....	146
5.1 Objetivo general.....	146
5.2 Objetivos específicos	146
5.3 Formulación del objetivo general	147
6. Definición de las categorías	147
6.1 Objetivo específico I.....	148
6.1.1 Definición conceptual.....	148
6.1.2 Definición instrumental	148
6.1.3 Definición operacional	150
6.2 Objetivo específico II.....	150
6.2.1 Definición conceptual.....	150
6.2.2 Definición instrumental	151

6.2.3	Definición operacional	152
6.3	Objetivo específico III	152
6.3.1	Definición conceptual.....	152
6.3.2	Definición instrumental	153
6.3.4	Definición operacional	154
6.4	Objetivo específico IV.....	154
6.4.1	Definición conceptual.....	155
6.4.2	Definición instrumental	155
6.4.3	Definición operacional	156
6.5	Objetivo específico V	157
6.5.1	Definición conceptual.....	157
6.5.2	Definición instrumental	157
6.5.3	Definición operacional	159
7.	Plan de la investigación.....	160
I	Fase exploratoria. “Elaboración y aprobación del protocolo”	160
II	Fase. “Diseño de técnicas e instrumentos”	160
III	Fase.....	160
8.	Recolección de la información	160
8.1	Validación y confiabilidad de las técnicas	161
8.2	Entrevista semiestructurada a realizar a las y los actores sociales	161
8.3	Características de la entrevistadora.....	164
8.4	Número de entrevistas	165
8.5	Duración de la entrevista	165
8.6	Convocatoria.....	166
8.7	Población de la entrevista semiestructurada.....	166
8.8	Guía de la entrevista	167
8.9	Tipo de preguntas	169
8.10	El sitio o local.....	169
IV	Fase. “Presentación y análisis de la información”	169
V	Fase. “Elaboración del informe defensa de la candidatura”	171
VI	fase. “Etapa expositiva defensa de candidatura”	171

9. Resultados esperados.....	171
9.1 Limitaciones de la investigación.....	171
CAPITULO III.....	174
1. Presentación y análisis de resultados.....	174
1.1 Indagar desde el punto de vista constitucional, filosófico y médico el concepto de vida y de embrión como base para la tutela jurídica de la vida, la familia y el libre desarrollo de la personalidad desde las técnicas de la FIVET.	177
1.1.1 ¿Desde su percepción cuando considera que existe vida en los seres humanos?	177
1.1.2 ¿Considera que el embrión es sujeto de derechos, o bien desde su concepto cuándo surgen los derechos del embrión?	183
Gráfico 6. Sobre la vida del ser humano y sus derechos.....	187
1.1.3 ¿Considera la FIVET método para garantizar la existencia de la familia como célula fundamental de la sociedad?	187
1.1. Analizar las distintas aproximaciones de los sectores sociales en relación con las agendas internacionales: sobre el inicio de la vida del ser humano, su tutela jurídica, el derecho a la salud y los derechos de las madres.....	190
1.1.2 ¿Considera usted que: una mujer con algún padecimiento se le prohíba recurrir a las técnicas de la FIVET para procrear?	191
Gráfico 7. Sobre los derechos humanos y la FIVET	194
1.2.2. ¿Considera usted que: la CIDH tiene la potestad de obligar al Estado costarricense a regular o permitir la FIVET?.....	195
1.2.3. ¿Considera usted que la manipulación genética es jurídica o éticamente lícita?.....	197
1.2.4. ¿Considera usted que el congelamiento de embriones es reprochable?.....	199
1.2.5 Considera que la madre y el padre tienen derecho de disponer sobre la vida de los embriones humanos, producto de sus gametos?	202
1.2 Verificar la aplicabilidad del principio de protección a la vida y desde la óptica penal y su relación con la criminalidad económica.	204
1.2.1 Considera usted que: Se deben crioconservar las células fecundadas?	204
1.3.2. Considera usted que: pueden las personas que recurren a la FIVET disponer de los embriones no implantados?.....	206

1.3.3. Corresponde a la seguridad social vigilar y controlar el destino de la materia genética y/o gametos y embriones?	208
1.3.4 Se encuentra el Estado Costarricense en capacidad de soportar el costo económico de la implantación de las técnicas de reproducción asistida.....	210
Gráfico 9. Sobre las responsabilidades del Estado y la CIDH.....	213
1.4 Analizar la aplicabilidad del principio de protección especial a la familia del artículo 51 constitucional en las resoluciones dictadas por la Sala IV en materia de FIVET desde los derechos humanos a favor del elemento natural y fundamento de la sociedad y sus consecuencias en los derechos humanos de las parejas con problemas de infertilidad.	213
1.4.1 Cree usted que: la prohibición de la FIVET violenta los derechos humanos de las personas con problemas de infertilidad al evitarles formar una familia procreando hijos e hijas propias?	214
1.4.2. Piensa usted que: el Estado está discriminando a una minoría de personas con problemas de infertilidad a formar una familia?	216
Gráfico 10. Sobre los derechos humanos y la FIVET	218
1.4.3. Considera usted que: El acceso a estas técnicas debe estar limitado a parejas heterosexuales, casadas legalmente, o que mantengan una unión estable?	219
CAPITULO IV	221
SECCION PRIMERA.....	221
1. Antecedentes del caso 12.361 contra el Estado costarricense	221
1.2 Posiciones de las partes	223
1.2.1 Posición de las víctimas	223
1.2.2 Posición del Estado	225
2. Análisis del Informe de la CIDH.....	226
2.1 Demanda de la señora Ileana Henchoz Bolaños contra la CCSS	228
2.1.1 Aspectos de definición de la CIDH	229
4.2 Fin legítimo	235
5.- Conclusiones de la Comisión	238
5.1 RECOMENDACIONES	240
SECCION SEGUNDA	241
1.- Sentencia caso 13.361 contra el estado de costa rica relacionado con el trabajo	

de campo de la presente investigación.....	241
1.1 Causa y controversia.....	241
1.2 Relación del caso.....	242
1.3 Normas sometidas a consideración.....	242
1.4 Notificación a las partes.....	242
1.5 Presentación de excepciones preliminares.....	243
1.5.1 Falta de agotamiento de recursos internos.....	244
1.5.2 Extemporaneidad de la petición presentada por Karen Espinoza y Héctor Jiménez Acuña.....	244
1.5.3 Incompetencia de la Corte para conocer "hechos nuevos no incluidos" en los "hechos de la demanda".....	245
2.- Competencia de la Corte para conocer del caso contra Costa Rica.....	245
3.- Pruebas.....	245
3.1 Admisión de la prueba documental.....	246
3.1.2 Admisión de las declaraciones de presuntas víctimas, y de la prueba testimonial y pericial.....	246
4. Hechos.....	246
4.1 Técnicas de Reproducción Asistida y Fecundación in Vitro.....	246
4.1.2 El Decreto ejecutivo.....	247
4.1.3 Sentencia de la Sala IV de 15 de marzo de 2000.....	247
4.1.4 Recursos interpuestos por Ileana Henchoz y Karen Espinoza.....	248
4.1.5 Proyectos de ley.....	249
5. Situación de algunas de las víctimas.....	250
5.1 Consideraciones previas sobre el objeto del caso.....	250
5.2 Consideraciones de la Corte.....	251
6.- Derecho a la vida privada y familiar y 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 y tecnológico y el principio de no discriminación.....	252
6.1 Consideraciones de la Corte.....	253
6.2 Efectos de la prohibición absoluta de la FIV.....	256
6.4 Interpretación conforme al sentido corriente de los términos.....	257

6.4.1	Termino concepción adoptado por la CIDH.....	258
6.4.2	Conclusión sobre la interpretación sistemática	260
6.4.3	El estatus legal del embrión	260
7.	Proporcionalidad de la medida de prohibición	262
7.1	Consideraciones de la Corte	263
7.1.1	Severidad de la limitación de los derechos involucrados en el presente caso.....	263
7.1.2	Severidad de la interferencia como consecuencia de la discriminación indirecta por el impacto desproporcionado respecto a discapacidad, género y situación económica.....	265
7.1.3	Discriminación indirecta en relación con la condición de discapacidad... ..	266
7.1.4	Discriminación indirecta en relación con el género	266
7.1.5	Discriminación indirecta en relación con la situación económica	267
7.1.6	Conclusión sobre el balance entre la severidad de la interferencia y el impacto en la finalidad pretendida	267
7.2	Reparaciones (Aplicación del artículo 63.1 de la CADH)	268
8.-	Parte Lesionada	269
8.1	Medidas de rehabilitación psicológica	269
8.2	Medidas de satisfacción: publicación de la Sentencia.....	270
8.2.1	Consideraciones de la Corte	270
8.2.3	Medidas estatales que no impidan la práctica de la FIV	270
8.2.5	Consideraciones de la Corte	272
8.2.6	Costas y gastos.....	273
8.2.7	Modalidad de cumplimiento de los pagos ordenados.....	273
9.-	Puntos resolutivos.....	274
	SECCION TERCERA.....	276
1.-	Voto disidente del Juez Eduardo Vio Grossi.....	276
1.1	El artículo 4.1 DE LA CADH.....	277
1.2	Perspectiva con que aborda el caso	277
1.3	Interpretación del artículo 4.1 CADH.....	278
1.4	Privación arbitraria del derecho.....	280
2.-	La jurisprudencia de la Corte.....	280

2.1 La inflexión jurisprudencial	281
2.2 Limitación del alcance de la jurisprudencia	281
2.3 Inaplicabilidad del artículo 4.1 al presente caso	282
3.- Interrogantes sin resolver	288
4.- Consideraciones finales.....	289
SECCION CUARTA.....	290
1.- Principio de reserva de ley	290
Conclusiones.....	300
OBJETIVO PROPOSITIVO	307
BIBLIOGRAFIA	310

Lista de abreviaturas, acrónimos y siglas

- Acido desoxirribonucleico (ADN)
- Asociación Americana de Medicina Reproductiva (ASRM)
- Caja Costarricense del Seguro Social: (CCSS)
- Código Civil (CC)
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)
- Comité Internacional para la Supervisión de las Técnicas de Reproducción Asistida (ICMART)
- Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART)
- Constitución Política de Costa Rica (CPCR)
- Código de Familia (CF)
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre o Pacto de San José (DADDH)
- Código Penal (CP)
- Conferencia Mundial de Viena (CMV)
- Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)
- Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN)
- Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA)
- Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH)
- Corte Suprema de Justicia (CSJ)
- Código Procesal Civil (CPC)
- Derecho de Familia (DF)
- Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)
- Fertilización in vitro (FIV)
- Hormona luteinizante (LH)
- Instituto de Estudios Sociales en la Población (IDESPO)
- Inseminación artificial intrauterina (IUI)

Inyección intracitoplasmática de esperma (ICSI)
La fecundación *in vitro*, con transferencia de embriones (FIVET)
Ley General de Salud (LGS)
Ministerio de Salud Pública (MSP)
Organización de Estados Americanos (OEA)
Organización Mundial de la Salud (OMS)
Organización de Naciones Unidas (ONU)
Sala Constitucional (Sala IV)
Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (SPCSJ)
Transferencia de gametos a las trompas de Falopio (GITF)
Transferencia de embriones (TE)
Transferencia intratubárica de gametos (TIG o GIFT)
Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)
Tribunal Contencioso Administrativo (TCA)
Tribunal de Familia (TF)

CAPITULO I

SECCION PRIMERA

MARCO CONCEPTUAL

Actualmente son varias las parejas que no pueden tener hijos por problemas de infertilidad y el número de casos de esterilidad aumenta día a día. Los problemas de esterilidad son motivo de sufrimiento y desesperación para no pocas parejas, que desean hacer valer el derecho a formar una familia; actualmente los avances tecnológicos y las ciencias biológicas en campos de la infertilidad o esterilidad humana, ha permitido que esos problemas no sean un imposible para las parejas que desean procrear aún cuando tengan padecimientos que les impide procrear de la manera tradicional.

La búsqueda de un remedio o solución para la infertilidad ha superado en demasía barreras de la medicina, repercutiendo directamente en otros campos como son la ética, la moral y el derecho, en los últimos años lo que comenzó siendo un simple problema médico se ha convertido en prácticas que tienen estrecha relación con el derecho a la vida y a la dignidad de las personas desde la concepción.

La práctica de las técnicas de fertilización en vitro (FIVET) cuyo fin es reproducir seres humanos sin necesidad del acto sexual como concluyente de la concepción, ha generado un fuerte choque entre los convencionalismos morales y éticos tradicionales, avanzando de una forma vertiginosa superando los ordenamientos jurídicos, evitando como es el caso de Costa Rica, que las parejas con problemas de infertilidad ejerzan su derecho de formar una familia. Al mismo tiempo el Estado no ha demostrado la capacidad de poder resolver el problema o dar una respuesta a la CIDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos) después de una década de interrumpidas la técnicas, por resolución de dictada por la Sala Constitucional (Sala IV).

Los conceptos tradicionales son alterados con el nacimiento de las técnicas

capaces de modificar el desarrollo natural del hombre, como la FIVET; estas prácticas relacionadas con la concepción y reproducción humana, dan paso a una serie de interrogantes respecto a los límites que deben ponerse o no a las citadas prácticas, surgen discusiones y debates ante el desarrollo y las consecuencias que este tipo de prácticas genéticas producen.

Se torna necesario reflexionar respecto de los efectos que traen aparejados a estas técnicas, así es válido preguntar: ¿Cuál es el límite entre lo prohibido y lo permitido? ¿Cuál es la línea que separa la moral de lo inmoral? ¿La manipulación genética es jurídica o éticamente lícita? ¿Es reprochable el congelamiento de embriones? ¿Tienen la madre y el padre derecho de disponer a su arbitrio sobre la vida de los embriones humanos? ¿Es el embrión humano una persona, por lo tanto jurídicamente dotado de todos los derechos y prerrogativas? ¿Es el derecho a la vida el derecho primario y fundamental de los embriones humanos? ¿Es el óvulo fecundado un ser humano que merece se respete su dignidad? ¿Cuenta el legislador con el conocimiento necesario para dictar una ley sobre la FIVET? ¿Se encuentra el Estado costarricense en capacidad de soportar el costo económico de la implantación de las técnicas de reproducción asistida? ¿El Estado tiene capacidad a proporcionar y mantener la infraestructura necesaria, el personal idóneo entre otras cosas, para brindar el servicio a asegurados?

No se puede dejar de lado que los avances científicos en materia genética repercuten de diferentes maneras en los distintos grupos sociales y como asevera Bourdieu (2000) quien precisa el espacio social como un conjunto de relaciones o un sistema de posiciones sociales que se puntualizan las unas en relación con las otras. En ese sentido la noción de campo social que utiliza Bourdieu alude: *“a un ‘espacio social específico’ en el que esas relaciones se definen de acuerdo a un tipo especial de poder o capital específico, detentado por los agentes que entran en lucha o en competencia, que ‘juegan’ en ese espacio social. Es decir que las posiciones de los agentes se definen históricamente de acuerdo a su ‘situación’ actual y potencial en la estructura de distribución de las diferentes especies de*

poder (o de capital) cuya posesión condiciona el acceso a los provechos específicos que están en juego en el campo, y también por sus relaciones objetivas con otras posiciones (dominación, subordinación, homología...”
(2000;14-15)

Como se dijo, existe una serie de interrogantes frente a las técnicas de FIVET, las que actualmente no tienen respuesta en los ordenamientos jurídicos de varios países, dentro de ellos Costa Rica. Con el presente trabajo de investigación se tratará en lo posible de dar a conocer los diferentes criterios, partiendo desde un ciudadano común los encargados de dictar leyes, opiniones médicas, religiosas y de personas que tengan de alguna manera relación con las técnicas FIVET y principalmente examinar el papel estatal, su capacidad para manejar el tema en sus diferentes aspectos.

La investigadora considera que el tema de la FIVET, no ha sido estudiado o desarrollado lo suficiente por las diferentes autoridades encargadas de dictar las normas o regulaciones, quedando al descubierto la incapacidad del Estado de incluir dentro de su normativa una ley clara y eficiente, acorde con los avances tecnológicos en el campo de la reproducción no convencional de los seres humanos, sin dejar de lado aspectos ideológicos y culturales en los que se asienta la sociedad costarricense.

La anterior afirmación está sustentada en la experiencia vivida por Costa Rica, al estar a las puertas de enfrentar un juicio en la (CIDH) como un país que viola a las parejas con problemas de infertilidad el derecho de formar una familia recurriendo a la FIVET.

El 19 de enero de 2011, la CIDH recibió una petición presentada por el abogado Gerardo Trejos Salas (fallecido en julio de 2012) en el papel de peticionario contra la República de Costa Rica, en la que se alega su responsabilidad internacional por haber prohibido que las presuntas víctimas tengan acceso al tratamiento de la

FIVET en el país. Mediante sentencia 2000-02306 del 15 de marzo de 2000, dictada por la Sala IV se declaró la inconstitucionalidad del Decreto Presidencial número 24029-S del 3 de febrero de 1995, que regulaba la práctica de la FIVET en el país.

Como puede verse con lo anterior en la última década el país no ha contado con ningún tipo de regulación en materia de reproducción humana asistida, lo que produce un vacío legal que puede causar serios perjuicios al Estado, tales como el haber sido condenado por la CIDH. Sin dejar de lado las parejas con problemas de infertilidad que tendrían que acudir a otros países a practicarse dichas técnicas, si su situación económica se lo permite, además de que, parte de esa minoría, al no contar con la ayuda del Estado, lo probable es que no puedan procrear sus propios hijos e hijas.

Cabe destacar dos hechos que han contribuido al desarrollo de la FIVET: la globalización de los tratados internacionales en relación con los derechos humanos y el rápido avance e incorporación a la vida cotidiana de las nuevas tecnologías, en materia genética, las cuales han venido a cambiar una serie de dogmas y creencias culturales que giran alrededor de la reproducción humana, el derecho de una minoría a formar una familia, los derechos del embrión, manipulación del material genético, su posible comercialización, industrialización y sobre todo tener entredicho la capacidad del Estado de manejar sobre la citada materia.

Esta nueva situación, supone un cambio en el concepto del artículo 51 de la Constitución Política de Costa Rica (CPCR), al tener a la familia tradicional como elemento natural y fundamento de la sociedad, pasa a ser un concepto dinámico, adquiriendo el significado central en los individuos en su desarrollo como seres humanos incluyendo los que tienen su origen con aplicación de las técnicas FIVET.

Pero, el que Costa Rica introduzca en su ordenamiento la regulación de las técnicas FIVET, no necesariamente hace que el mismo Estado adquiera capacidad de satisfacer la demanda de una minoría de la ciudadanía, es decir pueda que el país, permita con limitaciones o sin ellas las técnicas de FIVET; sin embargo, también puede darse la situación que el Estado no cuente con los medios económicos necesarios y suficientes para poder hacer efectiva una ley que beneficie a unos pocos sin sacrificar parte de los ya raquíticos presupuestos estatales.

De una investigación preliminar efectuada, se puede constatar que existe una enorme incapacidad, no solo de conocimientos, sino de medios investigativos de las personas llamadas a intervenir o crear la legislación solicitada por la CIDH, prueba de ello son las prorrogas solicitadas por el Estado, a la CIDH. No ha sido capaz la Asamblea Legislativa de elaborar un borrador de un proyecto que cuente al día de hoy con la aceptación de la mayoría necesaria, pero parece no haber voluntad política en cuanto a qué impacto puede generar en la sociedad la regulación de la reproducción asistida no convencional. Por ello se formula la siguiente propuesta.

Se da inicio con los Derechos Humanos, por la relación directa con el derecho a la vida y dignidad e las personas. Para algunos sectores sociales la sola condición humana del embrión desde el primer momento de su existencia, merece el respeto como cualquier otra persona, aún en ausencia de su dimensión corporal, reconociendo al embrión titular de derechos humanos, en especial el derecho a la vida.

1. Derechos Humanos

“Los derechos humanos comprometidos, así como las libertades fundamentales, son fáciles de ubicar en concreto y el conflicto que puede suscitarse entre ellos y la libertad de investigación puede ser claramente visualizado. Lo que es más difícil

de ubicar son los conflictos entre la libertad de investigación y la dignidad del ser humano, ya que este es un concepto plástico, cuya concreta aplicación dependerá del punto de mira en que se ubique el observador” (Bergel:2000;67).

La dignidad de la persona se corresponde con la noción de Derechos Humanos frente al Estado. El ser humano debe hacer valer el poder público a su servicio: debe ser el instrumento mediante el cual los hombres y mujeres puedan vivir en sociedad, en condiciones adecuadas y oportunas con la dignidad que le es consustancial (Nikken: 1994;1).

“Mucho se argumenta en torno a intervenciones genéticas y su nociva influencia sobre la dignidad de las personas. El concepto de dignidad es ampuloso y vago, no existiendo una adecuada operacionalización; su uso fue especialmente destacado por Kant, quien le asignaba un valor primario correspondiente a las personas, sin distinguir claramente entre ambas nociones” (Kottow:2000;183).

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) suscrita por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), se establece que los Estados firmantes tienen la obligación de proveer y mantener las condiciones necesarias, para que las personas, dentro de una situación de justicia, paz y libertad, puedan disfrutar de todos sus derechos humanos (Muñoz: 2007;14).

“La sociedad contemporánea reconoce que todo ser humano, por el hecho de serlo, tiene derechos frente al Estado, derechos que tiene el deber de respetar y garantizar o bien está llamado a organizar su acción a fin de compensar su plena realización. Estos derechos o atributos inherentes a toda persona e inherentes a su dignidad que el Estado está en el deber de respetar, garantizar o satisfacer son los que hoy conocemos como derechos humanos” (Nikken: 1994;1).

La libertad de investigación y los derechos ya constituidos pueden en ciertos momentos experimentar desfases, dejando al descubierto posibles nuevos derechos que no gozan de la protección jurídica necesaria, tanto a nivel nacional como internacional, y puede darse el caso que se esté violentando la dignidad del

ser humano en un contexto general, sin tomar en cuenta los avances científicos aparejados a la investigación en el campo genético.

El artículo 21 de la CPRC contempla que la *“vida humana es inviolable”* por lo que todo ser humano, tiene derecho a disfrutar del derecho fundamental de la vida, el que goza de protección tanto en lo físico, como en lo civil, incluyendo a todos aquellos seres que se encuentran dentro del vientre materno.

Los seres humanos en estado de desarrollo dentro del vientre materno gozan de protección, siendo castigado el aborto en el Código Penal (CP) costarricense, tipificada la interrupción del producto de la concepción como delito.

Las nuevas tecnologías en el campo de la genética alteran en cierto modo la reproducción humana tradicional, dando paso a nuevas técnicas como la FIVET la que permite la creación de seres humanos en laboratorio, técnicas que en Costa Rica, actualmente adolecen de normativa jurídica o de algún tipo de regulación.

“Entendida como un derecho, la dignidad se sustenta en las relaciones interpersonales y puede ser puesta en riesgo o aún abolida si los seres humanos diseñan intervenciones que alteren substancialmente la naturaleza humana, como de hecho tiene el potencial de hacerlo la genética” (Kottow:2000;184).

La noción de derechos naturales, que dan origen a los derechos humanos tienen contenido moral que por generación gozan de aceptación y respaldo en aumento por el Derecho Internacional de los diferentes Estados y respaldado por los tratados internacionales. Sin lugar a dudas la doctrina de los Derechos Humanos abarca más allá del Derecho interno de cada Estado y conforma una base ética y moral que debe fundamentar la regulación adecuada a la normativa vigente aparejada a la investigación en el campo genético, principalmente cuando se encuentra en juego la dignidad de los seres humanos desde la misma concepción, incorporando a la conciencia colectiva de la diferentes sociedades.

“En muchos temas conflictivos de la bioética contemporánea, la dignidad del ser humano es esgrimida como fundamento de posiciones encontradas. Tal vez la

cuestión pase por ser identificada en concreto -y en base a un relevante consenso social- las practicas “contrarias a la dignidad humana” (Bergel:2000;67).

Sin embargo, los nuevos conocimientos y tecnologías aplicados a la vida humana está llevando al desarrollo de nuevos derechos para garantizar aspectos vulnerables a la dignidad humana, por ejemplo, se comienza a hablar de derechos tales como:

- Derecho a la vida de los embriones humanos desde la concepción.
- Confidencialidad de la información genética.
- Información en materia genética.
- Confidencialidad de la información genética para los casos de identificación tanto de delincuentes como en caso de filiación.
- Diagnóstico de enfermedades de origen genético (Martínez:2000;198-199).

La bioética en la actualidad debe ser examinada desde la dignidad del ser humano, en caso contrario podría darse la violación de derechos humanos que gozan de protección, tanto a nivel interno de los Estados como a nivel Internacional por la sencilla razón de la ausencia de un desarrollo equiparado de los derechos humanos y los avances tecnológicos íntimamente relacionados con la reproducción de seres humanos.

El 11 de marzo de 2004, la Comisión aprobó el informe de admisibilidad No. 25/041, en el cual concluyó que tenía competencia para conocer la denuncia y decidió con fundamento en los argumentos de hecho y de derecho, y sin prejuzgar sobre el fondo de la cuestión, declararla admisible por la presunta violación de los artículos 1, 2, 11, 17 y 24 de la CIDH en perjuicio de las presuntas víctimas.

1.1 Breve reseña de la evolución en los derechos humanos

Los derechos humanos se estudian desde generaciones, por ejemplo en los años ochenta del Siglo XX, la doctrina jurídica que pretende regular las técnicas

biomédicas, toma como base para ello el respeto de los derechos humanos, que en ese momento se identifican con los llamados "*Derechos Humanos de segunda generación*", esencialmente derechos socio-económicos individuales, esto es, que suponían la exaltación del principio de autodeterminación del individuo. En estos años, existe un horizonte de sobrevaloración de las posibilidades técnicas en el que la reproducción artificial se presenta como una opción concreta al alcance de nuestra mano, de hecho, como una oferta más del mercado.

Es especialmente relevante cómo los derechos humanos por sí mismos son susceptibles de salvaguardar la dignidad del hombre frente a nuevas realidades, como son las que provienen de los desarrollos científicos y tecnológicos capaces de aplicaciones negativas para los seres humanos, o que atenten contra la dignidad; así por ejemplo, los nuevos derechos o expresiones de ellos frente a los logros de la genética (Martínez:2000;196).

1.2 Derechos fundamentales

Los derechos fundamentales presentan modernamente una doble dimensión subjetiva y objetiva, responden hoy día a un conjunto de valores y principios de vocación universal, que informan todo el contenido del ordenamiento infra-constitucional (Hernández:1994:327).

Carlos José Gutiérrez (1996) entiende por derechos fundamentales los consagrados en las normas, sea los derechos públicos, subjetivos otorgados o reconocidos por el ordenamiento jurídico. Considera que hablar de garantías, son los medios que existen para hacer valer esos derechos o hacerlos efectivos.

En su dimensión subjetiva es lógico que los derechos fundamentales determinen el estatuto jurídico de los ciudadanos, al mismo tiempo que enmarcan sus relaciones con el Estado y con las demás personas. Los citados derechos tienden a proteger la libertad, la autonomía y la seguridad del ser humano no sólo frente

al poder público, sino también frente a los demás miembros de la comunidad (Hernández:1994;328).

La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de su personalidad, el respeto a la ley y los derechos de los demás son fundamento positivo de la libertad individual (Iglesias:2001;136). Los Derechos Fundamentales en la CPR representan el orden jurídico que hace posible su tutela a favor de la ciudadanía costarricense, desde ese prisma se tiene el derecho a la vida como el más importante.

La doctrina ha señalado que la dignidad humana, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de su personalidad son el fundamento positivo de la libertad individual, mientras que el respeto a la ley y a los derechos de los demás, se les atribuye carácter negativo; constituyen los límites a la libertad (Iglesias, citando a Garrido Falla:2001;137).

1.3 Derechos individuales

Los derechos individuales son exclusivamente medios para la consecución de bienes colectivos (Rodríguez:2002;308). La CPR en su Título IV contiene lo relacionado con los derechos y garantías individuales, cabe destacar de interés de esta investigación.

- ✓ Inviolabilidad de la vida humana.
- ✓ Se garantiza el derecho a la intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones.
- ✓ Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley.
- ✓ Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana.

- ✓ Debe hacerseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes.

Los derechos humanos requieren ir enriqueciendo sus catálogos de derechos y desarrollando nuevos aspectos de los ya consagrados, en tanto se presentan transformaciones en el devenir evolutivo de las sociedades (Martínez:2000;196).

1.4 Intereses colectivos

Los bienes colectivos son medios para la realización de los derechos individuales un bien colectivo es una situación en la que han sido cumplidas las normas sobre derechos individuales. Se puede pensar que la existencia y satisfacción de derechos individuales es, en sí mismo, un bien colectivo y, en consecuencia, hay al menos un caso en que se da una identidad de contenido (Rodríguez:2002;309).

De manera que si se opta por restringir o eliminar la posición individual habrá de arguirse una justificación suficiente y ésta no prevalecerá en caso de duda o de certeza de razones igualmente buenas. La defensa de los intereses colectivos y, por esta senda, de los derechos de cuarta generación como derechos humanos, llevará consigo la opción por un sistema que logre solucionar sus posibles conflictos con algunos derechos de carácter estrictamente individual si otorgar siempre e incondicionalmente prioridad a estos últimos. Es sólo la faceta política de tal modelo la que interesa en este momento (Rodríguez:2002;310).

2. Derecho de Familia

El artículo 51 de la CPR define el concepto de familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, donde se va a convertir en el núcleo primario de la formación de toda persona. Se puede decir que la familia ha sido el principal grupo para el desarrollo humano.

-Concepto de familia o familias

Tratar de elaborar un concepto de familia ha sido y es una de las tareas más

arduas que han debido enfrentar los investigadores que en distintas áreas de la ciencia se han ocupado del tema (Azpini:2000;28).

-Familia en sentido amplio

Conjunto de personas donde va a existir un vínculo jurídico de orden filial. La componen todos los ascendentes y descendientes y colaterales, existe un vínculo familiar, entendido como parentesco, extiende su alcance a todos los parientes consanguíneos o políticos, lo que significa, por un lado introducir un concepto jurídico que deberá establecer cuando hay parentesco consanguíneo o afín y, en otro aspecto, implica sin límite el alcance de la familia (abuelos, tíos, primos, cuñados, hijos, etc.) (Azpini:2000; 28).

- Familia en forma restringida

Núcleo paterno filial compuesto por una pareja de cónyuges o una sola persona y los hijos que vivan bajo su tutela, incluye a los hijos biológicos, sin calificaciones jurídicas, sin alusión a la convivencia con los padres, en esta concepción la familia es formada por todos los hijos sin ninguna distinción y durante toda la vida (Azpini:2000; 28).

- Familia matrimonial la que tiene su origen en el matrimonio.
- Familia extramatrimonial: pareja en convivencia de hecho.
- Familia ensamblada: es la que se genera a partir de una unión matrimonial cuando existen hijos de uniones anteriores, ya sean éstas matrimoniales o de hecho (Benavides: 2008; 34-36).

La familia es primero que nada – afirma Zannoni - una institución de orden social. Dentro de la misma se establecen una serie de relaciones entre los individuos que la integran, las cuales tienen una base biológica (unión sexual, procreación) y son objeto de reconocimiento y valoración por parte de la sociedad (1981;3).

La familia presupone una forma de organización que, en su acepción legal más

amplia, comprende a una serie de personas ligadas entre sí por vínculos jurídicos de parentesco, ya sea de carácter político (afinidad), conyugal (consanguinidad) o adoptivos (Zannoni:1983;3).

El Derecho de Familia (DF) se puede definir como el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones familiares o bien considerarse como la reunión de las relaciones existentes dentro de la familia y su entorno, donde entran en juego intereses jurídicos de quienes están en ella y dan como resultado la creación de normas jurídicas con el afán de regular la convivencia, brindando solución a posibles conflictos o pretensiones.

Para González Mora (1999;3) el DF es la parte del Derecho Civil que reglamenta las relaciones entre los miembros del conglomerado familiar. Se trata entonces del conjunto de normas que tienden a proteger a la familia, así como a regular jurídicamente los diversos hechos que se derivan de la unión de los sexos a través del matrimonio, el concubinato y la procreación de los hijos.

Diego Benavides (2008;36) afirma que el DF, de acuerdo con nuestro ordenamiento, es el estudio de las normas que rigen las relaciones de los individuos en la unidad social básica o primaria por excelencia como es la familia. Desde otra perspectiva sería el conjunto de esas normas.

La familia no es ente público, porque los intereses que debe cuidar no son, como los entes públicos, intereses de la generalidad, por lo cual no está organizada por éstos, se destaca el principio protector que ordena la CPR en su Artículo 51, por parte del Estado a la familia.

El DF según lo expuesto se trata entonces del conjunto de normas que tienden a proteger la familia, así como a regular jurídicamente los diversos hechos que se derivan de la unión de los sexos a través del matrimonio, el concubinato y la procreación de los hijos. Es un conjunto amplio de normas jurídicas, algunas

contenidas en la CPR, otras en convenciones internacionales, en códigos, en leyes especiales, en decretos, reglamentos y además en disposiciones o directrices institucionales.

2.1 Derecho de Familia y Derechos Humanos

El acceso a la justicia se ha analizado desde la óptica de los Derechos Humanos, especialmente desde la Conferencia Mundial en Viena (CMV) en 1993, lo cual incluye, entre otros el principio de que todo derecho fundamental debe interpretarse en forma progresiva. Así pues, el derecho humano establecido en el artículo 8 de la DUDH ya no se puede considerar como el simple deber del Estado de proveer en abstracto un recurso ante los tribunales, sino de proveer uno efectivo, como bien lo dice el propio artículo: 8 *“toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.”*

En el Derecho de Familia, considera don Víctor Pérez la presencia de un cambio paradigmático, que ha visto la transición desde la concepción autoritaria o piramidal de la familia hacia una concepción igualitaria de ésta; el paso del interés de la familia, inspirado en modelos corporativos, al interés de los menores, como interés prevaleciente; del interés de los adoptantes a tener hijos al interés del adoptado a tener padres (Pérez:1998;11).

La familia es una institución social y legal, protegida por los tratados de Derechos Humanos. Es muy importante tener presente de que se es parte de la familia y que existe ésta para apoyarse mutuamente, por lo que se debe buscar o fomentar la actitud de buscar el bienestar de todas las personas integrantes y no sólo el propio o individual. Es importante notar que tanto la DUDH como la Convención Americana de Derechos Humanos, (CADH) en sus artículos 16 y 17 respectivamente, hablan de la constitución de la familia y su protección como *“el elemento fundamental de la sociedad”* considerada como una unidad social.

Toda unidad familiar implica la existencia real y de derecho de personas individuales, con respeto de los derechos de las otras personas que conforman la sociedad.

Se puede consultar el voto 1137-04 en el que el Tribunal de Familia (TF) indica que el motor del desarrollo actual del DF son los derechos humanos. Una autora que realiza un estudio jurisprudencial identifica esta premisa y señala lo siguiente: *“El estudio de esa jurisprudencia me ha convencido no sólo de que los derechos humanos tienen aplicación en el ámbito de la familia sino que se han constituido en el principal motor de la actual evolución del derecho de familia...”* (Kemelmajer:2007;3).

En Costa Rica desde 1973 existe un CF, que obedeció a la necesaria adecuación del entonces Libro de las Personas del Código Civil de 1888 a los preceptos constitucionales de 1949, principalmente equiparación e igualdad del hombre y de la mujer, desterrar clasificaciones odiosas entre los hijos extramatrimoniales y los habidos dentro de éste.

2.2 Derecho de Familia y Derecho Constitucional

La CPR garantiza los principios, los derechos y los deberes individuales y sociales fundamentales de los habitantes y las competencias de los Poderes de la República y órganos políticos que conforman el Estado costarricense.

Los artículos 51 a 55 de la CPR sirven de base constitucional para todo el régimen de DF. Se estipulan los postulados fundamentales de los cuales se desarrolla toda la legislación de la materia.

Además de la regulación constitucional existen varios convenios internacionales suscritos por Costa Rica que integra el ordenamiento jurídico de la materia de familia.

"...Encontramos en la norma constitucional dos elementos de suma importancia en la comprensión de la intención del legislador al promulgarla, cuales son el 'elemento natural' y 'fundamento de la sociedad', como componentes básicos de la formación de la familia. En la primera frase, entendemos que nuestro legislador quiso que en dicho concepto —familia— se observara que su sustento constituye un elemento 'natural', autónomo de los vínculos formales. Por otro lado, y siguiendo esta misma línea de pensamiento, también debemos entender que al decirse que la familia es el fundamento de la sociedad no debemos presuponer la existencia de vínculos jurídicos." (Voto 1975-94 de la Sala IV).

2.3 Derecho de Familia y Derecho Internacional

El aporte de los Derechos Humanos y su internacionalización a través de la concertación de Pactos y Tratados han producido movilización y mutación de los sistemas normativos nacionales. La universalidad con la que se ha pretendido teñir a los Derechos Humanos hace que se hable en nuestros días de un Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Empero, el orden normativo contemporáneo se ha visto en la encrucijada de clamar por la humanización del derecho todo, lo que significa que no sólo abarca el aspecto subjetivo vale decir como facultad o prerrogativa, sino también, como objeto de conocimiento y consecuente vuelco ostensible en la regulación normativa respondiendo a la impronta de elevar la dignidad del ser humano por su condición misma.

Los Tratados Internacionales considerando fundamentalmente los relacionados con Derechos Humanos cuya jerarquía igual o superior a la CPR reconocen derechos y deberes preexistentes a la persona y a la familia, teniendo esta última como núcleo de toda convivencia humana justa, deben a través de su aplicación inmediata, y otros tratados que reglamentan satisfacer las pretensiones de las partes cuando entran en juego los diferentes ordenamientos jurídicos que

contemplan las acciones jurídicas familiares.

SECCION SEGUNDA

1. El derecho a la vida

El derecho a la vida y su expresión jurídica en el derecho, es un atributo inseparable de la persona humana, que condiciona toda su existencia. El derecho a la vida constituye un bien fundamental cuya valoración, supera holgadamente a los demás derechos y libertades, puesto que ninguno de ellos puede ser considerado de manera independiente de aquella, es decir que la vida es el presupuesto que condiciona las restantes especies del género libertad (García:2010;17).

“La utilización de expresiones tales como control o limitación con relación a la investigación científica puede generar objeciones; mas responde a fundados cuestionamientos sociales. El tema más allá de la limitación o del control pasa por determinar quién pone barreras y en base a qué parámetros” (Bergel:2000;43).

El ordenamiento jurídico protege de forma especial la vida humana convirtiéndola en el derecho máspreciado tomando en cuenta la integridad física y psíquica, la salud, a estos derechos se han ido agregando otros como alimentación, vivienda, trabajo, libertad de información y expresión, y por último los derechos políticos.

Don Víctor Pérez (1998) es enfático en su pensamiento, al admitir que la vida humana comienza con la unión del óvulo y del espermatozoide. Cada vez es más claro que el comienzo de la existencia de un nuevo ser se produce por la fusión de los gametos de sus progenitores, momento en que el que se constituye su programa genético o genoma”, cita Pérez a Nézer y a Cocca *“La fecundación in vitro... no es más que una técnica empleada a veces para esquivar una dificultad en el encuentro entre el óvulo y el espermatozoide”, “...la formación del ser humano comienza con la unión del óvulo y el espermatozoide. Desde ese*

momento existe una unidad orgánica, un organismo, un ser vivo, una persona”(Pérez:1998;13-14).

1.1 El derecho a la vida: antecedentes constitucionales

El derecho constitucional costarricense protege a la vida con preferencia a los demás derechos fundamentales del ser humano, ya que la considera *conditio sine qua non*, para el ejercicio de los restantes derechos que la propia Carta Magna y los tratados internacionales aseguran.

Para Pérez Vargas (1998): *“Nadie niega hoy el derecho a la vida del concebido y en todo ordenamiento civilizado se sanciona el aborto. ¿Acaso este derecho a la vida no se le atribuye en forma actual? Lo mismo dígase de su integridad física, de su salud, de su propio nombre (ya que puede ser sujeto de reconocimiento o de investigación de paternidad). Todos estos son derechos que puede captar actualmente el concebido, de los que cuales puede ser titular”*.

La libertad de vivir y su correlativo en el derecho a la vida reconocido a todos los hombres y mujeres desde el momento mismo de la concepción hasta su muerte, estuvo presente principalmente en la sentencia dictada por la Sala IV en el año 2000, en la que prohibió las técnicas de FIVET.

En su sentencia, la Sala IV sopesó las diversas posiciones y concluyó que la vida humana debe ser protegida desde la propia concepción, como puntualmente estatuye la CADH: *“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”* (art. 4,1969).

Hablar de constitucionalidad no es más que hablar de los sujetos techos y los bienes jurídicos en juego. Es hablar de los derechos de los padres (las personas) a procrear, del derecho a la salud de los eventuales hijos y padres relacionado con el derecho a la salud de los progenitores infértiles (si es que la infertilidad puede considerarse una enfermedad), del derecho a la identidad de los hijos

nacidos fruto de las técnicas, FIVET, de los posibles derechos de los donantes de gametos extraños a la pareja de filiación presunta, de las madres subrogadas y de la fecundación *post mortem*- es hablar de los preembriones y los embriones en vitro como bienes jurídicos dignos de tutela (Marín:1993:1)

Lo que se quiere decir es que la libertad de ciencia e investigación no ha de estar reñida, necesariamente, con la legitimidad constitucional vigente. Ahora bien, cualquier investigación en genética humana para ser legítima tiene que adecuarse a la legitimidad constitucional marcada por la Constitución. La libertad de investigación, como todo -hasta los derechos más fundamentales-, tiene límites y barreras; esos límites operan cuando la técnica ignora la protección de un bien garantizado constitucionalmente: la vida como realidad biológica en cualquiera de sus fases de configuración humana (Marín:1993:1).

1.2 La protección del derecho a la vida en los tratados internacionales

La DADH establece: *"todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona"*. La vida es la condición elemental; no existe humanidad sin seres humanos (Anneca y otros: 2010;19).

La CADH, reconoce a toda persona el derecho a la vida y el reconocimiento de su personalidad jurídica, la cual sin la vida no podría ejercerse.

La Convención Internacional de los Derechos del Niño, (CIDN) determina que los Estados deben proteger al menor de edad de 18 años, a excepción que por ley haya alcanzado la mayoría de edad.

1.3 La protección del derecho a la vida y la dignidad del ser humano en la legislación costarricense

En la sentencia: 02306 Expediente: 95-001734-0007-CO Fecha: 15/03/2000 Hora: 3:21:00 PM Emitido por: Sala IV, textualmente dice:

"Legalmente, el artículo 31 del Código Civil (CC) establece que la existencia de la persona física comienza al nacer viva, pero inmediatamente indica que se le

considera 'nacida para todo lo que la favorezca, desde 300 días antes de su nacimiento', con lo cual se le está reconociendo desde ese momento (la concepción) su status de persona. El Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley N°7739 de 6 de enero de 1998, se refiere los derechos que se estudian de la siguiente manera:

"Artículo 12. Derecho a la Vida. La persona menor de edad tiene el derecho a la vida desde el momento mismo de la concepción (...). El concepto de menor abarca tanto al niño como al adolescente, y la misma ley señala que 'niño' se es 'desde su concepción hasta sus 12 años'. 'Artículo 13. Derecho a la protección estatal. La persona menor de edad tendrá el derecho de ser protegida por el Estado contra cualquier forma de abandono o abuso intencional o negligente, de carácter cruel, inhumano, degradante o humillante que afecte el desarrollo integral'. El derecho a la vida es la esencia de los derechos humanos, pues sin vida no hay humanidad, ahora bien, como todo derecho, lo es en tanto que es exigible ante terceros. El ser humano tiene derecho a que nadie atente contra su vida, a que no se le prive de ella —formulación negativa-, pero también a exigir de otros conductas positivas para conservarla. 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. De las normas citadas y especialmente de los artículos 21 constitucional, 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 6.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño se deriva claramente que la vida humana se protege desde la concepción, lo cual ya ha sido afirmado por esta Sala desde su jurisprudencia más temprana (voto 647-90). Esta es la segunda premisa con base en la cual se analizará la constitucionalidad de la Técnica de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria (FIVET). Las normas citadas imponen la obligación de proteger al embrión contra los abusos a que puede ser sometido en un laboratorio y, especialmente del más grave de ellos, el capaz de eliminar la existencia."

1.4 Concepto jurídico de persona

El CC costarricense reconoce la existencia de la persona física a partir del momento que nace con vida, sin embargo para todo lo que le favorezca se le reconoce desde trescientos días antes de su nacimiento, parece ser que el reconocimiento no es en sí al embrión como individuo biológicamente humano sino que se requiere cierto desarrollo, al exigir el nacimiento físico y con vida.

Conforme al ordenamiento jurídico costarricense, para ser plenamente sujeto de derecho, para constituirse en persona jurídica física, se precisan dos requisitos o condiciones: nacer y nacer vivo, por lo que relativamente al ser humano, su nacimiento en las condiciones que el derecho exige, es lo que determinan su aptitud para ser sujeto de derecho o lo que es igual su personalidad jurídica (Trejos y otro:2001; 232).

Gerardo Trejos (2001) considera que la personalidad que el derecho le otorga al niño intrauterino al mismo tiempo que fragmentaria, se encuentra condicionada en el artículo 31 del CC, dado que su eficacia está subordinada al hecho de su nacimiento con vida (233).

Características esenciales que diferencian a los seres humanos de otros seres vivientes. Algunos de estos signos diferenciales a tenor de Dolores Loyarte, (205:1995) son los siguientes:

- a.- Un ser único, irrepetible e insustituible.
- b.- Tiene conciencia de elección y dispone de libertad.
- c.- Tiene sentido de responsabilidad de sí y ante los demás.
- d.- Es un ser abierto hacia los otros, hacia el mundo y hacia la trascendencia.
- e.- Tiene interioridad.
- f.- Es un agente biocultural: comprende lo que se le dice y confiere sentido a su entorno.
- g.- Tiene conciencia reflexiva.
- h.- Tiene dignidad que le es propia.

Don Víctor Pérez (1998) considera que se ha sido testigo de un acontecimiento jurídico histórico: *“la promulgación de la Convención de Derechos del Niño. Con ella se consolida un cambio paradigmático: el de la protección integral del niño (entendiéndose en ella por niño todo ser humano menor de 18 años, incluyéndose como niño también al concebido, no nacido todavía, de modo que también se de una protección integral desde el punto de vista cronológico)”*.

“...el feto... desde la fecundación pertenece a la especie humana por su origen, por su misma composición y por su radical autonomía biológica y por el programa psicológico determinado por su código genético y además por sus primeras recepciones psíquicas”(Pérez:1998;11).

1.5 Individuo y ser humano

La biología reconoce el término individuo como aquello que su ADN (ácido desoxirribonucleico) determina o exige que sea. De allí se define al mismo como una masa viviente cuya forma es hereditariamente obligatoria. En otros términos, toda entidad biológica, es un individuo si es un organismo. La individualidad biológica, nos remite, entonces, a una idea de organización, como unidad integrada de estructuras y funciones sin importar su grado de complejidad, la dimensión corporal humana del embrión tiene en gran medida una naturaleza genética.

La especie la constituye una comunidad reproductiva, unidad ecológica y una unidad genética, hace referencia al programa genético históricamente evolucionado que es compartido por todos los miembros de la especie,

Teniendo en cuenta los conceptos anteriormente mencionados, observamos que en el proceso evolutivo de la especie humana, apareció una característica determinante para diferenciar a estos individuos del resto de las especies: la inteligencia.

Se puede decir que la vida humana comienza en el momento en que el óvulo y el espermatozoide fusionan sus núcleos (singamia), existiendo desde este momento una nueva identidad que se diferencia del cuerpo de la madre, poseyendo potencialidad y autonomía genética para presidir su propio desarrollo.

Ahora bien, después de examinar cuando empieza la existencia de la persona y los temas con ella relacionados, cabe analizar el *status* jurídico del *nasciturus*.

En primer lugar se debe tomar en cuenta que las personas por nacer no pueden ejercer por sí ningún derecho, puesto que se hallan en el seno materno, es por lo que se les considera incapaces de hecho absolutos sujetos a representación necesaria ya sea de su madre o padre o de un tutor designado al efecto.

Por "*embrión*" propiamente dicho, se entiende tradicionalmente a la fase del desarrollo embrionario que continuando la anterior si se ha completado, señala el origen e incremento de la organogénesis o formación de los órganos humanos, y cuya duración es de unos 2 meses y medio más (se corresponde esta fase con la conocida como de "*embrión posimplantatorio* (Anneca y otros: s/a; 11)

Conforme al derecho interno costarricense, apegado a la CADH, aún antes de nacer el niño o niña, ya la ley le extiende su protección, como reputarla nacida para todo lo que le aproveche, desde trescientos días antes de su nacimiento, basta que el ser concebido encierre el germen de la racionalidad para que merezca, de parte del ordenamiento jurídico el apoyo y protección para que pueda hacer su entrada a la vida y que ello se realice de modo favorable (Brenes:1998;169).

Se extrae de lo anterior que el derecho al respeto de la vida humana está protegido en general, a partir del momento de la unión del óvulo y el espermatozoide, desde el momento en que se unen las membranas nucleares y se fusiona el material genético masculino y femenino, aproximadamente entre 14 y 20 horas después de que el espermatozoide penetró en el óvulo (Trejos y otro:2001;237).

La CPR en su artículo 21 establece que *“La vida humana es inviolable”*. No especifica en qué estado debe estar la persona, pero si se tiene como cierto que la vida humana empieza desde la concepción, la protección del citado artículo abarca toda la existencia de la llamada persona, por lo que parece ser que toda eliminación o destrucción de concebidos, puede catalogarse como una violación al derecho de la vida humana, protegido por el citado artículo constitucional.

El reconocimiento del derecho a la vida –en particular en la actualidad- requiere de algunas precisiones, siendo que con los avances tecnológicos puede estar amenazado en el momento inicial de su existencia, este derecho necesita de una defensa y garantía a partir de la aparición misma de la vida humana (Barra:1996;16).

En las materias conexas al derecho fundamental de la CPR una de las exigencias que primero se propone el Derecho objetivo es la de tutelar la vida en formación y desde su inicio. Para ello, se trata de indagar acerca de la existencia de intereses jurídicamente relevantes, sin que importe demasiado, o al menos, inmediatamente, si éstos se refieren directamente al *concepturus*, al *nasciturus* o a la persona-sujeto (física) sobre la que el derecho a la vida tiene particular extensión en su vertiente negativa, es decir, en la acepción: *“que nadie atente contra su vida y le prive de ella”* después del nacimiento (Marín:1993;1)

Evidentemente, el escenario no estaba previsto para los nuevos actores: embrión en vitro, gametos criopreservados, material genético, etc. Sin embargo, esos actores existen, son reales y están en escena. Por tanto, tendremos que: o adecuar el escenario a su presencia o atribuirles papeles que no desentonen y no rompan la *“armonía del entarimado”* (Marín:1993:1).

1.6 La protección constitucional del derecho a la vida y la dignidad del ser humano: el inicio de la vida humana, Sala Constitucional

La Sala IV en la sentencia 2306 del 15 de marzo de 2000, respecto de la protección constitucional del derecho a la vida mantiene el siguiente criterio:

"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. El ser humano es titular de un derecho a no ser privado de su vida ni a sufrir ataques ilegítimos por parte del Estado o de particulares, pero no sólo eso: el poder público y la sociedad civil deben ayudarlo a defenderse de los peligros para su vida (sean naturales o sociales), tales como la insalubridad y el hambre, sólo por poner dos ejemplos. La pregunta ¿cuándo comienza la vida humana? tiene trascendental importancia en el asunto que aquí se discute, pues debe definirse desde cuándo el ser humano es sujeto de protección jurídica en nuestro ordenamiento. Existen divergencias entre los especialistas. Algunos consideran que los embriones humanos son entidades que se encuentran en un estado de su desarrollo donde no poseen más que un simple potencial de vida. Describen el desarrollo de la vida en este estadio inicial diciendo que el gameto -célula sexual o germinal llegada a la madurez, generalmente de número de cromosomas haploide, con vistas a asociarse con otra célula del mismo origen para formar un nuevo vegetal o animal- se une con uno de sexo opuesto y forma un cigoto (que después se dividirá), luego un pre-embrión (hasta el día catorce tras la fecundación) y por último, un embrión (más allá del día catorce y en el momento de la diferenciación celular). Señalan que antes de la fijación del pre-embrión éste se compone de células no diferenciadas, y que esa diferenciación celular no sucede sino después de que se ha fijado sobre la pared uterina y después de la aparición de la línea primitiva —primer esbozo del sistema nervioso-; a partir de ese momento se forman los sistemas de órganos y los órganos. Quienes sostienen esta posición afirman que no es sino hasta después del décimo a decimocuarto día posterior a la fecundación que comienza la vida, y que no está claro que un embrión humano sea un individuo único antes de ese momento. Por el contrario, otros sostienen que todo ser humano tiene un comienzo único que se produce en el momento mismo de la fecundación. Definen

al embrión como la forma original del ser o la forma más joven de un ser y opinan que no existe el término preembrión, pues antes del embrión, en el estadio precedente, hay un espermatozoide y un óvulo. Cuando el espermatozoide fecunda al óvulo esa entidad se convierte en un cigoto y por ende en un embrión. La más importante característica de esta célula es que todo lo que le permitirá evolucionar hacia el individuo ya se encuentra en su lugar; toda la información necesaria y suficiente para definir las características de un nuevo ser humano aparecen reunidas en el encuentro de los veintitrés cromosomas del espermatozoide y los veintitrés cromosomas del ovocito. Se ha dicho que por inducción científica se tuvo conocimiento de la novedad de la "criatura única" desde hace más de cincuenta años, pero como la información escrita en la molécula ADN del cromosoma era diminuta, no fue aproximadamente hasta 1987 que esa suposición pasó a ser una realidad científicamente demostrable. Al describir 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. En resumen, en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico, según se demuestra de seguido. Esta segunda posición es acorde con las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos vigentes en Costa Rica."

1.7 Status jurídico del nasciturus

Según los fundamentos de la ley española sobre técnicas de reproducción asistida de 1988, esbozados por el Rey Juan Carlos I, se denomina pre-embrión "para designar al grupo de células resultantes de la división progresiva del óvulo desde que es fecundado hasta aproximadamente 14 días más tarde, cuando anida establemente en el interior del útero (acabado el proceso de implantación que se inició días antes) y aparece en él la línea primitiva. Los datos proporcionados por la ciencia actual demuestran fehacientemente que la vida humana inicia a partir de la fecundación, el embrión humano en sus estadios más precoces es un individuo

diferente de sus padres, genéticamente perfecto e individualizado" (Elizondo:1989;18).

El embrión posee una serie de derechos inalienables cuya fuerza normativa procede de su propia esencia. La vida del embrión humano como la del nacido, debe ser considerada inviolable y no instrumentalizable para ningún fin externo. (Elizondo:1989;18).

En el sistema de justicia constitucional costarricense no existe ninguna discusión acerca de la posibilidad de reconocer al "*nasciturus*" (es decir al niño por nacer) como titular de derechos fundamentales, justamente a partir del momento de la fecundación.

"IV.- Pues bien, como se ha indicado con anterioridad, en el sistema de justicia constitucional costarricense no existe ninguna discusión acerca de la posibilidad de reconocer al "*nasciturus*" (es decir al niño por nacer) como titular de derechos fundamentales, justamente a partir del momento de la fecundación. Así lo ha señalado la Sala Constitucional desde la sentencia N°2000-02306 de las 15:21 hrs. de 15 de marzo de 2000, en la cual se declaró inconstitucional el Decreto Ejecutivo N°24029-S de 3 de febrero de 1995, publicado en el Diario Oficial La Gaceta N°45 de 3 de marzo de 1995, el cual en su artículo 1° autorizaba la realización de técnicas de reproducción asistida entre cónyuges, y establecía reglas para su realización, en tanto que el artículo 2° definía las técnicas de reproducción asistida como "*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*". Así, en dicha sentencia se dijo: "V.- *La protección constitucional del Derecho a la Vida y la Dignidad del ser humano: El inicio de la vida humana. 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. El ser humano es titular de un derecho a no ser privado de su vida ni a sufrir ataques ilegítimos por parte del Estado o de particulares, pero no sólo eso: el poder público y la sociedad civil deben ayudarlo a defenderse de los peligros para su vida (sean naturales o sociales), tales como la insalubridad y el hambre, sólo por poner dos ejemplos. La pregunta ¿cuándo comienza la vida humana? tiene trascendental importancia en el asunto que aquí se discute, pues debe definirse desde cuándo el ser humano es sujeto de protección jurídica en nuestro ordenamiento. Existen divergencias entre los especialistas. Algunos consideran que los embriones humanos son entidades que se encuentran en un estado de su desarrollo donde no poseen más que un simple potencial de vida. Describen el desarrollo de la vida en este estadio inicial diciendo que el gameto -célula sexual o germinal llegada a la madurez, generalmente de número de cromosomas haploide, con vistas a asociarse con otra célula del mismo origen para formar un nuevo vegetal o animal- se une con uno de sexo opuesto y forma un cigoto (que después se dividirá), luego un pre-embrión (hasta el día catorce tras la fecundación) y por último, un embrión (más allá del día catorce y en el momento de la diferenciación celular). Señalan que antes de la fijación del pre-embrión éste se compone de células no diferenciadas, y que esa diferenciación celular no sucede sino después de que se ha fijado sobre la pared uterina y después de la aparición de la línea primitiva —primer esbozo del sistema nervioso-; a partir de ese momento se forman los sistemas de órganos y los órganos. Quienes sostienen esta posición afirman que no es sino hasta después del décimo a decimocuarto día posterior a la fecundación que comienza la vida, y que no está claro que un embrión humano sea un individuo único antes de ese momento. Por el contrario, otros sostienen que todo ser humano tiene un comienzo único que se produce en el momento mismo de la fecundación. Definen al embrión como la forma original del ser o la forma más joven de un ser y opinan que no existe el término preembrión, pues antes del embrión, en el estadio precedente, hay un espermatozoide y un óvulo. Cuando el espermatozoide fecunda al óvulo esa entidad se convierte en un cigoto y por ende en un embrión. La más importante

característica de esta célula es que todo lo que le permitirá evolucionar hacia el individuo ya se encuentra en su lugar; toda la información necesaria y suficiente para definir las características de un nuevo ser humano aparecen reunidas en el encuentro de los veintitrés cromosomas del espermatozoide y los veintitrés cromosomas del ovocito. Se ha dicho que por inducción científica se tuvo conocimiento de la novedad de la "criatura única" desde hace más de cincuenta años, pero como la información escrita en la molécula ADN del cromosoma era diminuta, no fue aproximadamente hasta 1987 que esa suposición pasó a ser una realidad científicamente demostrable. Al describir 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. En resumen, en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico, según se demuestra de seguido. Esta segunda posición es acorde con las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos vigentes en Costa Rica (Sala IV Res. N° 2008-08760 10 horas 26 minutos del 27 de mayo).

SECCION TERCERA

1. Derecho a la salud

A lo largo de esta sección se pretende explicar a nivel de los organismos internacionales e instituciones públicas, encargadas de la salud la conceptualización de la infertilidad/esterilidad como enfermedad. El Estado costarricense parece no haberse preocupado por acercarse al entendimiento de la terminología médica emitida por la OMS y por la OPS.

Don Víctor Pérez Vargas (1998;22), considera *“que todos los procedimientos artificiales de fecundación asistida ponen en peligro la salud. No hay ninguna certeza de que un descogelamiento de embriones no dañe la futura salud de éste*

ser humano. No puede negarse, además, el riesgo de malformaciones procedentes de la congelación y descongelación de embriones”.

1. 1 Derecho de Salud y la Organización Mundial de la Salud

La protección del derecho a la vida y la dignidad del ser humano en los instrumentos internacionales vigentes en Costa Rica y en nuestra Constitución Política, no tiene discusión al respecto la Sala IV se pronuncio de la siguiente manera:

“(...) La normativa internacional, sin ser muy prolija, establece principios rectores sólidos en relación con el tema de la vida humana. A modo de enumeración, podemos decir que el valor vida humana encuentra protección normativa internacional en el artículo I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, -adoptada en la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 1948 que afirma "Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona" -, el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 4 del Pacto de San José, en el que el derecho a la vida tiene un reconocimiento y una protección mucho más elaborada. Persona es todo ser humano (artículo 1.2) y toda persona "tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica" (artículo 3), ambas normas del Pacto de San José. No existen seres humanos de distinta categoría jurídica, todos somos personas y lo primero que nuestra personalidad jurídica reclama de los demás es el reconocimiento del derecho a la vida, sin la cual la personalidad no podría ejercerse. Señala textualmente el Pacto de San José en su artículo 4.1: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente." Este instrumento internacional da un paso decisivo, pues tutela el derecho a partir del momento de la concepción. (...). Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por ley N°7184 del

18 de julio de 1990, tutela el derecho a la vida en el artículo 6. Reconoce la personalidad del no nacido y en el párrafo 2 del Preámbulo señala que no se puede hacer distinción por razón alguna, entre las que menciona "el nacimiento". Más adelante cita la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, que otorga "debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento". Nuestro ordenamiento contempla en el artículo 21 de la Constitución Política que "la vida humana es inviolable" (Sala IV, Res. 2008-08760, 10 horas 26 minutos del 27 de mayo).

Analizado el derecho a la vida, como un derecho inherente a todo ser humano paralelo a la seguridad de toda persona, se tiene como punto de suma importancia el derecho a la salud, por lo que se parte del concepto que dicta la Organización Mundial de la Salud (OMS): *"Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona"* ligado al concepto de salud de la OMS tiene que ser analizado y evaluado tomando en cuenta su propósito normativo y carácter institucional, punto de partida de múltiples programas, proyectos y políticas de salud a nivel global. Situación que obliga al Estado a crear leyes sobre materias relacionadas con la salud pública, como es el caso de la infertilidad, ya que la ciencia no se detiene y es deber del legislador ajustar ese alcance científico en la normatividad nacional, transcurre el tercer milenio y se tiene la obligación de tutelar el camino que han de recorrer las ulteriores generaciones, contando con legislación lo más cercana posible a los avances tecnológicos sin dejar de lado el derecho a la salud como un estado completo de bienestar físico, mental y social de los y las ciudadanas.

La definición más importante e influyente en la actualidad con respecto a lo que por salud se entiende es la establecida por la OMS en su constitución (1948) expone: *"La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedad."* Esta definición sirve de base para el cumplimiento de las competencias de la OMS máximo organismo gubernamental mundialmente reconocido en materia de salud.

El derecho a la salud como condición positiva es un concepto relativamente moderno, la anterior definición ha sido adoptada por la Sala IV, al respecto a dicho:

“La salud como condición positiva es un concepto relativamente moderno, pues durante mucho tiempo la salud se definió como la ausencia de enfermedad, es decir, en forma negativa. La definición moderna más aceptada de la salud es la que figura en el preámbulo de la Organización Mundial de la Salud (OMS), que literalmente dice: La Salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. Las diversas expresiones internacionales del derecho a la salud buscan resolver tanto la dificultad conceptual de definirla, como atender a la necesidad de enunciar el derecho en términos jurídicos. El enunciado jurídico requiere, primero, un claro entendimiento de la expresión derecho; segundo, el reconocimiento de la desigual dotación de salud de las personas; y, tercero una directriz normativa que defina con precisión la responsabilidad del Estado por la protección ese derecho.”(Sala IV Res. N° 1993-04423, 12 horas de setiembre).

La OMS viene a ser la entidad internacional que da pie para que dentro de muchos Estados nacionales se tomen medidas de políticas públicas sanitarias gubernamentales para mejorar las condiciones de vida de sus ciudadanos y ciudadanas. De ahí la necesidad de que un Estado Social de Derecho como el costarricense, regule de manera coordinada las políticas de salud pública para evitar violaciones a determinados derechos de sus ciudadanos.

Los problemas que emanan de las técnicas de la FIVET, y las diferencias suscitadas entre los actores y actoras sociales, tienen a Costa Rica, señalada por la CIDH, como un Estado que viola el derecho de algunas parejas con problemas de infertilidad a formar una familia recurriendo. A falta de norma en este aspecto el impacto del pronunciamiento de la Comisión, ha generado preocupación a nivel nacional e internacional. No se trata solamente de respetar el derecho a la vida

como un derecho inviolable, también debe tomarse en cuenta una serie de derechos que han surgido con los avances tecnológicos, entre los cuales debe tenerse presente el derecho a la salud como aspecto del primero.

“El más inmediato derecho vinculado al derecho a la vida es el derecho a la integridad física y psíquica. El derecho a la vida demanda condiciones de salud en su más amplio sentido, de forma que el derecho a la salud, sin perder su autonomía, casi viene a presentarse como un aspecto del derecho a la vida. Así, la relación vida-salud está en la vida misma y en el tratamiento que cada sociedad dé a la persona, según la prioridad que asigne a su protección. El anterior análisis nos permite concluir que es necesario que se tome conciencia, a nivel gubernamental y colectivo, acerca de la importancia del ambiente para la salud humana y animal en la economía nacional, regional y mundial, por medio de la conservación de la naturaleza y de la vida misma en su más amplia acepción.”(Sala IV Res. Nº 1993-04423, 12 horas de setiembre).

Dentro de los propósitos a destacar de la OMS es el difundir su definición de salud con el fin de crear una limitación homogénea de alcance integral. Esta definición ha sido acogida a nivel nacional por casi todos los países, incorporándola en la legislación interna de cada uno de ellos. Como legislar sobre la FIVET sin antes manejar o explicar el concepto médico de infertilidad/esterilidad, como lo define la OMS. Cómo entender a una pareja con problemas para procrear, sobre su llamado a formar una familia, sin entender la parte médica del manejo de las causas que le impiden tener hijos o hijas y verse obligados a recurrir a formas no tradicionales para convertirse en padres y madres y tener que acudir a otros países a realizarse los tratamientos porque el país de origen no cuenta con legislación.

1.2 Derecho a la salud y la Organización Panamericana de la Salud

La Organización Panamericana de la Salud (OPS) es una agencia de salud

pública internacional, su fin principal es mejorar la salud y los estándares de vida de los países de América. Es la Oficina Regional para las Américas de la OMS y goza de reconocimiento internacional como parte del sistema de ONU, Costa Rica es Estado Miembro desde el 2 de octubre de 1947, fecha en que adoptó la Constitución de Organización (OMS/OPS:paho.org).

A partir de 1963, se abrió la oficina permanente en Costa Rica, permitiendo la unión de conocimiento, mística, experiencia y espíritu solidario del personal de la OPS/OMS y de las instituciones costarricenses que trabajan por mejoramiento del estado de la salud y condiciones de vida de la población costarricense.

A continuación se citan los principales decretos del Gobierno de Costa Rica y los convenios suscritos con la OPS y la OMS, marco legal que permite el funcionamiento de la OPS en el país.

- ✓ Decreto No.5, aprobación y ratificación de la Constitución de la OMS, firmada por los Estados que participaron en la Conferencia Internacional de la Salud, el 22 de julio de 1946. Firmado por el Presidente de la República el 16 de febrero de 1949.
- ✓ Decreto No. 275. Adhesión de la República de Costa Rica a la OMS de las ONU a partir del 19 de junio de 1948, publicado el 25 de noviembre de 1948. Firmado por la Junta Fundadora de la Segunda República.
- ✓ Decreto No. 236. Costa Rica inscribe el uso del emblema de la OMS, firmado el 2 de noviembre de 1948. Junta Fundadora de la Segunda República.
- ✓ Acuerdo revisado No. 3345, firmado el 27 de agosto de 1963 y publicado el 30 de julio de 1964. Entre el Gobierno de Costa Rica y las ONU y sus organizaciones, para la prestación de la cooperación y asistencia técnica al país. (OMS/OPS:paho.org).

1.3 La Cooperación Técnica entre Países en la OPS/OMS

La Secretaría de la OPS y la OMS aplica la Cooperación Técnica entre Países (CTP), como instrumento singular de solidaridad, cooperación horizontal y fortalecimiento de las capacidades institucionales de los países para dar respuesta a sus necesidades de salud (OMS/OPS:paho.org).

“CTP es esencialmente un proceso por el cual dos o más países trabajan juntos para lograr el desarrollo de la capacidad individual o colectiva con intercambios cooperativos del conocimiento, de habilidades, recursos y tecnologías. Idealmente, las actividades de CTP se deben iniciar, organizar y manejar por los mismos países, bajo la dirección del gobierno respectivo, y participación de las instituciones, y de las organizaciones públicas y privadas (UNDP 1998)” (OMS/OPS:paho.org).

“La OPS establece en su Misión: “liderar esfuerzos colaborativos estratégicos entre los estados miembros y otros aliados para promover la equidad en salud, combatir la enfermedad y mejorar la calidad y prolongar la duración de la vida de los pueblos de las Américas”. La CTP constituye para la Organización, un instrumento primordial para el cumplimiento de su misión (OMS/OPS:paho.org).

A pesar de los fines y propósitos de la CTP, no se logró encontrar datos o referencias al tema de la infertilidad desde el punto de un problema de salud o enfermedad, tal y como lo califica la OMS. Las técnicas de la FIVET y su aplicación no han sido puntos a tomar en cuenta en las políticas de la OPS, no se encontró algún aspecto de cooperación en que le involucre la OPS, para proporcionar, cooperación en los nuevos desafíos producto de las técnicas FIVET, no ha sido abordado por la OPS, al menos en el sentido que interesa a la presente investigación.

1.4 Sector de Salud Pública en Costa Rica

Hoy día se denomina Sector Salud al conjunto de instituciones que llevan a cabo actividades relativas a la prevención, promoción y recuperación de la salud, así como a las actividades docentes y de investigación que se realizan dentro del mismo campo. Las instituciones que forman actualmente el Sector Salud, fueron constituyéndose poco a poco a partir de la segunda mitad del Siglo XIX, en Costa Rica se fue desarrollando y organizando, se crearon centros de salud y programas dirigidos para afrontar y combatir las mayores calamidades públicas, posteriormente nacieron las instituciones públicas especializadas en los diversos aspectos de la atención de la salud, guiados por un lento proceso de modernización (Mohs: 1983;37).

1.4.1 Ministerio de Salubridad Pública

Las instituciones encargadas del Sector Salud producto de proceso de modernización son: Ministerio de Salud, y la CCSS, al menos de interés para la presente investigación.

El Ministerio de Salud nació en la década de los años 40 al cambiar de nombre la Secretaria de Salubridad, a cuyo cargo quedaron todas las labores propias de la salubridad pública, en el año 1970 marca el comienzo de un sistema de un Sistema Nacional de Salud, la cobertura para toda la población y el control de enfermedades infecciosas, a cargo el Ministerio de Salubridad Pública, institución que se aboco a realizar estudios de la situación de salud en el país las nuevas demandas, la disponibilidad y rendimiento de los recursos existentes tanto humanos como materiales, y el grado de integración y coordinación de los servicios (Mohs: 1983;44).

1.4.2 Caja Costarricense de Seguro Social

En 1941 se promulgo la Ley sobre los seguros sociales obligatorios y el 7 de julio de 1943, entro en vigencia la Ley número 24 que incorporo en la CPR en la

Sección III “De las Garantías Sociales”, cuyo artículo 73 dispone lo siguiente:

“Se establecen los seguros sociales en beneficio de los trabajadores manuales e intelectuales, regulados por el sistema de contribución forzosa del Estado, patronos y trabajadores, a fin de proteger a estos contra los riesgo de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez muerte y demás contingencias que la ley determine. La administración y el gobierno de los seguros sociales estarán a cargo de un institución autónoma, denominada Caja Costarricense del Seguro Social”.

“De tal forma, el régimen de seguridad social es también un pilar fundamental del sistema democrático nacional, al encontrar su sustento en el artículo setenta y tres de la Constitución Política. De conformidad con dicho ordinal es la Caja Costarricense de Seguro Social la institución llamada a brindar tal servicio público, debiendo instrumentar planes de salud, crear centros asistenciales, suministrar medicamentos, dar atención a pacientes entre otras cosas, para lo cual cuenta no solo con el apoyo del Estado, sino además con el aporte económico que realiza una gran parte de la población. (Sala IV, Res: 2008-015737 de las 08 horas 57 minutos del 21 de octubre).

El 22 octubre de 1943 se dicto la Ley de Constitutiva de la Caja, No.17 La Gaceta No 235, San José. Esa Ley en su artículo 2 ordena: *“El Seguro Social obligatorio comprende los riesgos de enfermedad, maternidad, invalidez, vejez y desempleo involuntario; además, comporta una participación en las cargas de maternidad, familia, viudedad y orfandad y el suministro de una cuota para entierro de acuerdo con la escala que fije la Caja, siempre que la muerte no se deba al acaecimiento de un riesgo profesional”.*

1.5 La salud como derecho fundamental

“La convicción de que el derecho a la salud es un derecho humano digno de reconocimiento, ya sea en el plano nacional o en el internacional, se encuentra

estrechamente vinculada a la idea de que todo ser humano es sujeto de derechos fundamentales civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y que es deber de todos los gobiernos proveer al goce de los mismos. De lo dicho hasta ahora se desprende que la preservación de la salud debe ser enfocado en beneficio de la colectividad nacional y no desde un punto de vista estrictamente regional, ya que en cuanto a estos temas se refiere, los problemas que de ello se derivan dejan de tener perspectivas meramente locales, porque los mismos trascienden dicha esfera y van incluso más allá de las fronteras nacionales”(Sala IV Res. N° 1993-04423, 12 horas de setiembre).

El concepto de salud, visto principalmente desde la óptica de la OMS y la Sala IV, parte de contemplar las necesidades fundamentales de los seres humanos en la satisfacción de sus requerimientos de salud, encauzando el interés público a su protección, el Estado tiene la obligación de salvaguardarla como derecho y el cuidar de ella como una obligación. Esta premisa de velar por la salud es un compromiso de todos y todas, más si se tiene en cuenta el estar consagrado en la CPR. La salud de la población es un bien de interés público tutelado por el Estado. A pesar que la CPR no hace mención expresa sobre el derecho de la salud, deriva el mismo del artículo 21 constitucional:

“IV.- El derecho a la salud ha sido desarrollado por esta Sala a partir de la protección constitucional a la vida, según se define en el artículo veintiuno de la Constitución Política, puesto que la vida resulta inconcebible si no se le garantiza a la persona humana condiciones mínimas para un adecuado y armónico equilibrio psíquico, físico y ambiental. La preponderancia de la vida y de la salud, como valores supremos de las personas, está presente y señalada como de obligada tutela para el Estado, no sólo en la Constitución Política, sino también en diversos instrumentos internacionales suscritos por el país como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. De tal forma, el régimen de

seguridad social es también un pilar fundamental del sistema democrático nacional, al encontrar su sustento en el artículo setenta y tres de la Constitución Política. (Sala IV, Res: 2008-015737 de las 08 horas 57 minutos del 21 de octubre).

La salud es un concepto relativo, tanto en la dimensión espacial como temporal variando de una cultura a otra según el contexto específico. Entre los seres humanos a los que se les califica como normales se presentan variaciones biológicas y sociales que generan situaciones diversas, en forma tal que lo que es considerado normal en un lugar puede ser anormal en otro.

“Asimismo, la búsqueda de soluciones efectivas a los complejos problemas de salud debe extenderse más allá del intento de reducir el riesgo de enfermedad y muerte. Las condiciones que es preciso mejorar para que las personas puedan realizarse al máximo, tanto física como intelectualmente, comprenden desde la protección del ambiente, salud ocupacional y vivienda decente hasta la atención materno infantil, protección a los alimentos, buenas prácticas nutricionales y educación sanitaria. Por tanto, la salud se convierte en una categoría social de naturaleza global y el sector salud es un macrosector social. La salud se considera, entonces, como el resultado del desarrollo orientado hacia las necesidades de la población y, como tal, es indispensable para mejorar los indicadores básicos del desarrollo propiamente dicho.” (Sala IV Res. N° 1993-04423).

Para la adecuada protección del derecho a la salud, la Sala IV ha reiterado el carácter de servicio público que poseen los servicios de salud, estimando que como tal debe cumplirse en todo momento con las características de eficiencia, celeridad, simplicidad y oportunidad en la prestación de los mismos.

“En virtud de ello, para la adecuada protección del derecho a la salud, la Sala ha reiterado el carácter de servicio público que poseen los servicios de salud, estimando que como tal debe cumplirse en todo momento con las características

de eficiencia, celeridad, simplicidad y oportunidad en la prestación de los mismos. Particularmente sobre este carácter, mediante sentencia 2005-5600, de dieciséis horas con treinta y cuatro minutos del diez de mayo del dos mil cinco, la Sala definió que: “Dentro de tales principios destacan la eficacia, eficiencia, simplicidad y celeridad (artículos -todos de la Constitución Política- 140, inciso 8, en cuanto le impone al Poder Ejecutivo el deber de “Vigilar el buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas”, el 139, inciso 4, en la medida que incorpora el concepto de “buena marcha del Gobierno” y el 191 al recoger el principio de “eficiencia de la administración”). (Sala IV, Res: 2008-015737 de las 08 horas 57 minutos del 21 de octubre). Esa garantía individual atípica o innominada se acentúa en tratándose de servicios públicos esenciales de carácter asistencial como los de la seguridad social (Sala IV, Res: 2008-015737 de las 08 horas 57 minutos del 21 de octubre).

1.5.1 Salud Pública e instituciones públicas

La disciplina que tiene como objeto de estudio la salud en las poblaciones es la denominada salud pública. Dicha disciplina se encarga de intervenir con mayor énfasis en las condiciones y el modo de vida de las sociedades.

“VIII. EFICIENCIA, EFICACIA, CONTINUIDAD, REGULARIDAD Y ADAPTACIÓN EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE SALUD. Los órganos y entes públicos que prestan servicios de salud pública tienen la obligación imperativa e impostergable de adaptarlos a las necesidades particulares y específicas de sus usuarios o pacientes y, sobre todo, de aquellos que demandan una atención médica inmediata y urgente, sin que la carencia de recursos humanos y materiales sean argumentos jurídicamente válidos para eximirlos del cumplimiento de tal obligación. Desde esta perspectiva, los servicios de las clínicas y hospitales de la Caja Costarricense de Seguro Social están en el deber de adoptar e implementar los cambios organizacionales, de contratar el personal médico o auxiliar y de adquirir los materiales y equipo técnico que sean requeridos para brindar prestaciones eficientes, eficaces y rápidas. Los jefes de las Clínicas y

Hospitales no pueden invocar, para justificar una atención deficiente y precaria de los pacientes, el problema de las "listas de espera" para las intervenciones quirúrgicas y aplicación de ciertos exámenes especializados o de la carencia de recursos financieros, humanos y técnicos, puesto que, es un imperativo constitucional que los servicios de salud pública sean prestados de forma eficiente, eficaz, continua, regular y celeridad. Los jefes de la Caja Costarricense de Seguro Social y los Directores de Hospitales y Clínicas que les pertenecen están en el deber y, por consiguiente son los personalmente responsables -en los términos del artículo 199 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública-, de adoptar e implementar todas las providencias y medidas administrativas y organizacionales para poner coto definitivo a la prestación tardía -la cual, en ocasiones, deviene en omisión por sus consecuencias- de los servicios de salud, situación que constituye, a todas luces, una inequívoca falta de servicio que puede dar lugar a la responsabilidad administrativa patrimonial de esa entidad por las lesiones antijurídicas provocadas a los administrados o usuarios (artículos 190 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública)." (Sala IV, Res: 2008-015737 de las 08 horas 57 minutos del 21 de octubre).

La salud trasciende y desborda la competencia estrictamente médica, relacionándose con otras disciplinas tales como: la biología, y la psicología, la economía y la política en tanto que es un asunto individual y colectivo. La salud es un hecho social tanto material como inmaterial. Por lo tanto, se trata de un fenómeno de múltiples dimensiones y con un sin número de causas.

"Efectivamente, reiterando el carácter de servicio público que resulta inherente a los servicios de salud y la obligatoriedad de su prestación irrestricta a favor de los administrados en cuanto a la dotación de materiales y tratamiento médico, mediante sentencia 2006-6690, de dieciséis horas un minuto del dieciséis de mayo del dos mil seis, definió la Sala que: "Es a la luz de las consideraciones realizadas que, aún considerando las pocas excepciones de hospitales cuyos directores afirman no haber tenido problema de abastecimiento de materiales para los

pacientes que nos ocupan, concluye la Sala que en la especie sí se ha vulnerado el derecho fundamental de los pacientes (...) al buen funcionamiento del servicio público que debe brindarles la Caja Costarricense de Seguro Social, ocasionado por el desabastecimiento institucional de los materiales que este tipo de pacientes requieren y que ha conllevado el atraso y la disminución en la entrega de los mismos e inclusive el cambio por otros productos, en riesgo de su higiene y por ende de su salud, derecho fundamental -derivado del artículo 21 constitucional- también amenazado arbitrariamente con el proceder de la Institución recurrida. No es esta la primera vez que este Tribunal Constitucional insiste a la Caja Costarricense de Seguro Social que los órganos y entes públicos que prestan servicios de salud pública tienen la obligación imperativa e impostergable de adaptarlos a las necesidades particulares y específicas de sus usuarios o pacientes, sin que la carencia de recursos humanos y materiales o los retrasos por trámites burocráticos sean argumentos jurídicamente válidos para eximirlos del cumplimiento de tal obligación (Sala IV, Res: 2008-015737 de las 08 horas 57 minutos del 21 de octubre).

1.5.2 Derecho de Salud y la Caja Costarricense del Seguro Social

Como se indico líneas atrás se incorporo en la CPCR, los seguros sociales en beneficio de los trabajadores manuales e intelectuales, regulados por el sistema de contribución forzosa del Estado, patronos y trabajadores, a fin de proteger a estos contra los riesgos de enfermedad, invalidez, maternidad, y otros. Ordena que la administración y el gobierno de los seguros sociales estarán a cargo de la Caja Costarricense del Seguro Social.

En el 2008 la OMS junto con el Comité Internacional para la Supervisión de las Técnicas de Reproducción Asistida (ICMART) declararon la esterilidad/infertilidad como una enfermedad del sistema reproductivo, 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. Esta declaración es importante ya que al ser declarada como una enfermedad, ésta debe tratarse

como tal y se debe dar un servicio a los y las pacientes a través de los seguros médicos o la seguridad social.

Costa Rica en la Ley de Constitutiva de la Caja, No.17 La Gaceta No 235, ordena: que el Seguro Social comprende los riesgos de enfermedad, entre otros, desarrolla de manera extensa lo expresado en esencia por la OMS, en el mismo sentido la jurisprudencia constitucional ratifica el deber del Estado de velar por la salud de la población al respecto la Sala IV en Res. N° 2008-017301, 14 horas 54 minutos del 19 de noviembre, señala:

*“X-. Por las razones indicadas, el decreto impugnado es no sólo conforme a la Constitución Política -que establece la obligación del Estado de velar por la salud de la población-, sino que es aplicación de las obligaciones de de la propia Ley General de Salud establece, que en lo que interesa señala: **“ARTÍCULO 1.-** La salud de la población es un bien de interés público tutelado por el Estado. **ARTÍCULO 2.-** Es función esencial del Estado velar por la salud de la población. Corresponde al Poder Ejecutivo por medio del Ministerio de Salubridad Pública, al cual se referirá abreviadamente la presente ley como "Ministerio", la definición de la política nacional de salud, la normación, planificación y coordinación de todas las actividades públicas y privadas relativas a salud, así como la ejecución de aquellas actividades que le competen conforme a la ley. Tendrá potestades para dictar reglamentos autónomos en estas materias. **ARTÍCULO 5.-** Toda persona física o jurídica, está obligada a proporcionar de manera cierta y oportuna los datos que el funcionario de salud competente le solicite para los efectos de la elaboración, análisis y difusión de las estadísticas vitales y de salud y demás estudios especiales de administración, para la evaluación de los recursos en salud y otros estudios especiales que sea necesario hacer para el oportuno conocimiento de los problemas de salud y para la formulación de las medidas de soluciones adecuadas (Sala IV Res. N° 2008-017301, 14 horas 54 minutos del 19 de noviembre).*

Se convierte en una necesidad legislar, en cuanto a las técnicas de la FIVET, estableciendo los parámetros que los métodos científicos de procreación humana asistida, deben estar incorporados en el ordenamiento jurídico para que se pueda establecer los lineamientos que deben tener en cuenta las instituciones públicas encargadas de la salud de los y las ciudadanas en especial de las las parejas que tengan problemas de infertilidad, y así determinar la conceptualización y connotaciones jurídicas que hay que legislar para ajustar estos los avances tecnológicos en las disposiciones jurídicas, lo mismo que el señalamiento de los límites que estos adelantos médico-científicos puedan tener, para proteger a la familia que se conforma esencialmente dentro de una relación de pareja, así como lo establece la ley, de la misma manera las prohibiciones, con ocasión de la aplicación de las técnicas FIVET.

El binomio Salud y enfermedad como proceso, deben quedar claros y hacer énfasis que no es conveniente hablar de salud separándola sin considerar el concepto de enfermedad. Se trata entonces de un proceso, el proceso salud-enfermedad. La salud puede ser ubicada en una escala gradual, al igual que la enfermedad y la invalidez, ni la salud ni la enfermedad son estáticas ni estacionarias, conforme a los avances tecnológicos aparecen más situaciones que se ubican dentro de lo conocido como enfermedad y el derecho para mantenerse con salud como derecho fundamental.

“Desde esta perspectiva, la Caja Costarricense de Seguro Social está en el deber de adoptar e implementar los cambios organizacionales, de contratar el personal médico o auxiliar y de adquirir los materiales y equipo técnico que sean requeridos para brindar prestaciones eficientes, eficaces, continuas, regulares y rápidas. De ahí que a juicio de esta Sala, los jefes de la Caja Costarricense de Seguro Social, los encargados del abastecimiento de recursos materiales a la institución y los directores de hospitales y clínicas que les pertenecen están en el deber y, por consiguiente son los personalmente responsables - en los términos del artículo 199 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública-, de adoptar e

implementar todas las providencias y medidas administrativas y organizacionales para poner coto definitivo a la prestación tardía -la cual, en ocasiones, deviene en omisa por sus consecuencias- de los servicios de salud, situación que constituye, a todas luces, una inequívoca falta de servicio que puede dar lugar a la responsabilidad administrativa patrimonial de esa entidad por las lesiones antijurídicas provocadas a los administrados o usuarios (artículos 190 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública). (Ver en este sentido la sentencia 2005-05316, así como la 2005- 05600 y la 2005-5318, entre otras)". (Sala IV, Res: 2008-015737 de las 08 horas 57 minutos del 21 de octubre).

La entidad rectora de los servicios de salud es la Caja Costarricense de Seguro Social, a lo que debe sumarse la atención y tratamiento médico que en casos determinados brinda también el Instituto Nacional de Seguros.

"Así, mediante sentencia número 08-266, de las once horas cincuenta y ocho minutos del once de enero de dos mil ocho, la Sala reconoció que: "De conformidad con dicho ordinal [artículo setenta y tres de la Constitución Política] es la Caja Costarricense de Seguro Social la institución llamada a brindar tal servicio público, debiendo instrumentar planes de salud, crear centros asistenciales, suministrar medicamentos, dar atención a pacientes entre otras cosas, para lo cual cuenta no solo con el apoyo del Estado, sino además con el aporte económico que realiza una gran parte de la población. Es así como la Constitución Política en su artículo 73 establece los seguros sociales en beneficio de los trabajadores, protegiéndolos contra los riesgos de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez y muerte, señalándose expresamente que estará a cargo de la Caja Costarricense del Seguro Social la administración y gobierno de esos seguros.

"V.- La ordenación de la prestación de los servicios de salud y la tutela jurisdiccional del derecho a la salud. Ha sido referido en el considerando anterior que la entidad rectora de los servicios de salud es la Caja Costarricense de

Seguro Social, a lo que debe sumarse la atención y tratamiento médico que en casos determinados brinda también el Instituto Nacional de Seguros. (...)De tal forma, la tutela jurisdiccional que puede prestar la Sala al derecho fundamental a la salud, se centra especialmente en cuanto a las acciones u omisiones de estas instituciones del sector público -Caja Costarricense de Seguro Social e Instituto Nacional de Seguros- en cuanto son las llamadas a prestar el servicio público de carácter asistencial en materia de salud. Las políticas preventivas son competencia del Ministerio de Salud, y en ese carácter sus actuaciones u omisiones pueden ser igualmente objeto de consideración por esta jurisdicción en la medida que se estime riñen con la dimensión de derecho fundamental reconocido a la salud. (Sala IV, Res: 2008-015737 de las 08 H 57 M, 21 octubre).

En relación al manejo de material genético, ante la negativa del Hospital México de permitirle a la madre extraer de su hijo células madres del cordón umbilical, la Sala IV considero que la decisión de la institución afectaba los derechos fundamentales de la madre del menor.

“III.- Sobre el fondo.Una vez analizados los hechos que han dado pie a la interposición de este proceso de amparo, fácilmente se concluye que la negativa de las autoridades del Hospital México de autorizar la extracción de las células madre del cordón umbilical del menor, por nacer, afecta los derechos fundamentales de la amparada y de su hijo, en una doble dimensión. Por un lado, desde el punto de vista del derecho a la libertad en general, y ante un acontecimiento tan trascendental como el nacimiento de un hijo, a todas luces es evidente que los padres de un menor por nacer, o recién nacido, tienen el derecho o la libertad (si así lo estiman conveniente) de solicitar a la autoridad recurrida que autorice a una empresa particular para que obtenga las células del cordón umbilical, siempre que observe las medidas profilácticas del caso, lo cual ha de verificarse en el caso concreto. Es claro que el pleno disfrute de este derecho fundamental está plenamente ligado al libre desarrollo de la personalidad o autodeterminación personal y, en ese tanto, la Sala no aprecia ningún motivo o

razón que justifique la negativa preliminar de las autoridades accionadas de conceder la autorización aludida, únicamente porque ese procedimiento sería realizado por una empresa particular (ver folios 8 y 9). Pero tampoco es posible soslayar la situación del “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, siempre que respete las medidas sanitarias y profilácticas del caso y no obstaculice la prestación eficiente de los servicios que brindan los recurridos, lo cual –se repite– ha de ser revisado en cada caso particular; todo lo anterior, según es exigido por los artículos 51 y 55 de la Constitución Política, según será desarrollado infra (Sala IV, Res. 2008-08760, 10 H 26 M 27 mayo).

SECCION CUARTA

1. Reproducción asistida

Por reproducción asistida, se entiende aquellas técnicas mediante las cuales los médicos especialistas tratan de aproximar los gametos masculinos y femeninos, intentando aumentar de esta forma las posibilidades de embarazo.

La reproducción asistida plantea un sinnúmero de interrogantes éticas y jurídicas que emanan de la dificultad para determinar cuál es el trato más cercano a la justicia, sin descartar los posibles derechos de los embriones humanos; es de suma importancia velar por los límites que pueden o deben tomarse en cuenta anteponiendo en función del interés general, y en especial del interés de lo llamado por muchos sectores sociales como personas al embrión humano desde la concepción.

“En el terreno de la biología, más específicamente en las disciplinas vinculadas con la investigación del genoma humano (bioquímica, biología molecular y celular,

genética), podemos observar con mayor precisión los cambios que referimos con relación a la investigación científica en general” (Bergel:2000;29).

1.1 Técnicas de reproducción asistida

Las técnicas de reproducción asistida tienen por objeto permitir la unión de los gametos, tanto el masculino o espermatozoide, como el femenino u óvulo. Desde hace unos años estas técnicas se han desarrollado enormemente. Hay dos grandes grupos: las inseminaciones artificiales y la fecundación en vitro. Se llama *“in vitro”* porque la fecundación se realiza en una simple placa de vidrio donde se coloca un ovocito y los espermatozoides. La estufa de cultivo es compleja; mantiene una temperatura exacta de 37°C en un ambiente de CO₂ (Vanrell:1999;1)

“Se plantea –con atendibles razones- el temor por el futuro de la especie humana, por la reinstalación de aventuras eugenésicas, que se suponían definitivamente abandonadas, por la violación de derechos humanos y libertades fundamentales (discriminación, invasión de la privacidad, de la confidencialidad, etc.); por la manipulación de seres humanos. Es precisamente en este contexto en el que ahora debe ser ubicado el tema del control social de la investigación científica” (Bergel:200;37).

1.2 Técnicas de baja complejidad

La inseminación artificial es considerada de baja complejidad, ya que se lleva a cabo en el ambiente natural, trompas de Falopio, es necesario que por los menos una de las trompas se encuentre en buenas condiciones.

Este procedimiento consiste en inducir una estimulación leve de la ovulación con medicación, controlando con hormonas y ecografías. El día de la ovulación se le solicita a la esposa una muestra de semen, la cual es procesada en el laboratorio para recuperar los espermatozoides móviles, los que son colocados en la cavidad del útero (García y otros:2010;2).

Por lo general este tratamiento se reserva para casos de esterilidad masculina en los que el espermatozoides del hombre presenta anomalías severas tales como: oligospermia, azoospermia, defectos morfológicos y otros.

Debido a que el semen es transferido al útero, es importante que la mujer no presente anomalías reproductivas manifiestas. Los estudios que se le practican deben revelar que la misma esté ovulando normalmente y que sus trompas de Falopio no presenten obstrucciones al menos una de ellas (García y otros;2010;2).

1.3 Técnicas de mediana complejidad

GIFT (transferencia de gametos a las trompas de Falopio). Esta técnica consiste en la recolección de óvulos del ovario que luego vuelven a transferirse casi inmediatamente después de su recolección, junto con una pequeña muestra de espermatozoides. En este procedimiento es necesario practicar la inducción de la ovulación, exámenes ecográficos y pruebas de sangre. Los ovocitos son recolectados a través de técnicas de la laparoscopia o punción ecográfica. Los médicos así tienen el tiempo justo para examinar los óvulos, elegir como máximo tres y añadir el espermatozoides antes de volver a colocar la muestra en las trompas de Falopio.

En la GIFT, la fertilización se lleva a cabo en el ambiente natural, que es el organismo de la mujer (trompas de Falopio), a diferencia de la FIV (fertilización in vitro) en la cual la fertilización se lleva a cabo in vitro (en laboratorio) (García y otros:2010;2).

1.4 Técnicas de alta complejidad

- FIV: consiste en retirar varios óvulos de los ovarios para fertilizarlos con el espermatozoides del hombre en el laboratorio y en transferir los embriones seleccionados a la matriz para su implantación y el desarrollo del embarazo (García y otros:2010;3).

- PROST: los procedimientos son los mismos mencionados en la FIV, con más la transferencia de embriones a la trompa de Falopio por vía laparoscópica en estado de pronúcleo.
- ZIFT: es el mismo procedimiento de la FIV, pero la transferencia a la o las trompas de Falopio, se realiza en un estado más avanzado del embrión, es decir, de 4 a 8 células.
- FIVET: en la fecundación en vitro con transferencia embrionaria, se utilizan los procedimientos antes indicados de inducción a la ovulación, monitoreo del tratamiento, recolección de óvulos, muestra de esperma y fertilización.

En la FIVET los ovocitos recolectados son incubados con el espermatozoide, previamente capacitados, a las 16 o 20 horas se observa si hay fertilización, detectando los pronúcleos masculinos y femeninos. El embrión se deja de 2, 3 ó 5 días en cultivo y luego se realiza una transferencia transvaginal (a través del cuello del útero) y colocados en la matriz. El paso siguiente es la prueba o monitoreo del embarazo que es común a todas las técnicas de alta complejidad (dentro de 14 días de la transferencia) (García y otros:2010;3).

1.5 Fertilización en vitro

La FIVET es una técnica de reproducción artificial que consiste en lograr la fecundación del óvulo femenino en un tubo de ensayo de vidrio, superando las dificultades que conlleva con anterioridad: la extracción y conservación de los gametos y finalmente las que suponen el trasplante del óvulo fecundado (embrión en el útero materno) (García y otros:2010;2).

“Teoría y práctica se presentan cada vez más unidas y esto induce a un cambio en la percepción sobre las relaciones entre ciencia y moral” (Kottow, citado por Bergel:2000;38).

1.5.1 Breve historia de la fertilización en vitro

Uno de los primeros antecedentes vinculando la técnica de fertilización en vitro, se ubica en 1944, en Inglaterra cuando dos biólogos Rock y Mneken, obtuvieron cuatro embriones a partir de más de cien ovocitos humanos extraídos de ovarios y expuestos a espermatozoides. Sin embargo, el resultado no fue el óptimo, ya que poco tiempo, después los embriones murieron (García y otros:2010;1).

En la década de 1950, el inglés Edwards –biólogo especialista en reproducción asistida en ratones– comenzó a experimentar con conejos y ver cómo la fecundación *in vitro* podría servir en su reproducción. Al probar la eficacia de la técnica en conejos comenzó a investigar el proceso en humanos, pero los primeros intentos por fecundar un óvulo humano resultaron fallidos. En 1965, Edwards descubrió que un óvulo humano requería al menos 24 horas para madurar y ser fecundado (y no ocho horas como el de un conejo). Así empezaron sus intentos de fecundación humana en laboratorio (Rodríguez: 04-10-2010; 4A).

En 1969 se logró la primera fertilización *in vitro* en un laboratorio. No obstante, ningún óvulo fecundado sobrevivía suficiente como para implantarse en el cuerpo femenino y lograr un embarazo. Por eso, al año siguiente, Edwards contactó con el ginecólogo inglés Patrick Steptoe (1913–1988), quien utilizaba la laparoscopia, con la cual se podían “aspirar” óvulos del útero femenino en momentos determinantes del ciclo menstrual para su desarrollo (Rodríguez: 04-10-2010. A4).

Sus logros hicieron posible el tratamiento de la infertilidad, una condición médica que afecta a más del 10% de las parejas alrededor del mundo. Robert Edwards abrió un nuevo campo en la medicina, sus descubrimientos guiaron todo el proceso desde el descubrimiento hasta las técnicas modernas de la FIVET. Su trabajo es un bastión de la medicina moderna, aseguró el jurado del premio Nobel, en un comunicado emitido por del Instituto Karolinska de Estocolmo. (Rodríguez: 04-10-2010, A4). Louise Brown fue la primera bebé probeta que nació gracias a esta técnica hace 32 años, pero su nacimiento significó para Edwards 20 años de estudio del proceso de fecundación fuera del útero materno (Rodríguez: 04-10-2010; A4).

1.5.2 Procedimiento de la fertilización en vitro

La FIVET consta de varias etapas. No todos los especialistas en la materia consideran las mismas fases. Una de las clasificaciones más completas considera que la FIVET consta de nueve fases, las cuales son:

1. Supresión ovárica
2. Inducción de ovulación
3. Recolección del huevo
4. Inseminación, fertilización y cultivo del embrión
5. Inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI)
6. Cultivo de blastocitos
7. Incubación asistida
8. Transferencia del embrión
9. Procedimientos post transferencia (García Dios:2009;1).

Seguidamente se analizan las fases más importantes:

1.5.2.1 Estimulación ovárica

La fecundación en vitro es iniciada en el tercer día de la menstruación y consiste de un régimen de medicación para estimular el desarrollo de folículos múltiples en los ovarios. En la mayoría de las pacientes se emplean inyecciones de gonadotropinas, realizando controles frecuentes de los niveles de estradiol y del crecimiento folicular mediante ultrasonografía ginecológica. Normalmente se necesitan diez días de inyecciones. La ovulación espontánea durante el ciclo se previene por el uso de agonistas GnRH o antagonistas GnRH, que bloquean el surgimiento natural de la hormona luteinizante (LH) (García Dios:2009;1)

1.5.2.2 Extracción de ovocitos

Cuando se considera que la maduración de los folículos es adecuada, se administra a la paciente gonadotropina coriónica humana (β -hCG). Esta molécula, que actúa como un análogo de la LH, provocará la ovulación alrededor de 36 horas después de la inyección, pero el procedimiento de extracción tiene lugar justo antes de que esto ocurra. La extracción de los ovocitos se realiza por vía transvaginal, utilizando una aguja guiada por ultrasonidos, que pincha la pared vaginal para alcanzar los ovarios. Los ovocitos se aspiran por la aguja y el fluido folicular se traslada al laboratorio de FIV para identificar los óvulos. El procedimiento de extracción dura alrededor de 20 minutos y puede realizarse mediante anestesia general o parcial (García Dios:2009;1).

1.5.3 Fecundación

Una vez en el laboratorio, los ovocitos extraídos se limpian, eliminando las células que los rodean y preparándolos para la fecundación. Al mismo tiempo, el semen se prepara para la fecundación, eliminando las células inactivas y el fluido seminal. Si el semen proviene de un donante, probablemente habrá sido preparado antes de ser congelado y puesto en cuarentena, y cuando sea descongelado estará listo para usar. El espermatozoide y el ovocito se incuban juntos en el medio de cultivo durante unas 18 horas. Para entonces la fecundación debería haber ocurrido y el ovocito fecundado debería mostrar dos pronúcleos. Cuando el recuento de espermatozoides es bajo, un único espermatozoide se inyecta directamente en el ovocito, mediante la ICSI. El óvulo fecundado se pasa a un medio de cultivo especial y se mantiene durante alrededor de 48 horas hasta que alcanza el estadio de seis a ocho células (García Dios:2009;1).

1.5.3.1 Selección

Los laboratorios especializados en FIVET han desarrollado métodos de puntuación para juzgar la calidad de los ovocitos y los embriones. Típicamente, los expertos examinan la simetría del embrión, la integridad estructural de sus células y el crecimiento general entre dos y cinco días tras la fecundación. Ahora los científicos están empezando a analizar no sólo el embrión, sino también el medio

en el que crece. Algunos centros están utilizando análisis químicos y fórmulas matemáticas para crear una "huella metabólica" de un embrión sano, que podría utilizarse como barómetro para estimar el potencial de supervivencia de un embrión. Otros están intentando analizar las proteínas secretadas por los embriones y a medir la cantidad de oxígeno consumido, que es una señal habitual de crecimiento (García Dios:2009;1).

1.5.3.2 Transferencia de embriones

Se utiliza más de un embrión ya que con un solo embrión, las posibilidades de embarazo son del 9%; con dos embriones del 20% y con tres embriones del 37%. La idea es no poner nunca más de cuatro y preferentemente poner tres, debido al riesgo de que cuántos más embriones se transfieran, mayor es la posibilidad de embarazo, pero también es mayor la posibilidad de embarazo múltiple y, por lo tanto, mayor es el riesgo para la madre y para los embriones que están en el claustro materno (Vanrell:1999;2).

Una vez obtenido el embrión en el laboratorio, y pasados dos, tres ó cinco días de desarrollo embrionario, se produce la transferencia. Ella se efectúa entre las 48 y 72 horas después de la aspiración folicular, de acuerdo con el grado de maduración de los embriones (todavía no se ha podido establecer con certeza cuál es el grado de desarrollo embrional ideal para la transferencia del embrión a la cavidad uterina). Los embriones son colocados cuidadosamente en un catéter en una cánula con la siguiente frecuencia: un pequeño volumen del medio, uno pequeño de aire, los embriones en el medio, otro pequeño volumen de aire y por último un pequeño volumen de medio (García y otros: 2010;4).

Pasadas 17 horas se obtendrá un cigoto. Es el mismo citoplasma del ovocito, pero tiene ya dos pronúcleos, pronúcleo masculino y pronúcleo femenino. En cada uno están los cromosomas del padre y los de la madre, respectivamente. Aquí surge la polémica ¿Cuándo tiene lugar el intercambio de material genético de los progenitores para crear un nuevo ser con identidad genética propia? ¿Primero es

la singamia y después la división celular del nuevo embrión? O por el contrario, ¿el embrión en sus primeros estadios no tiene material genético propio? (Vanrell:1999;2).

Por lo tanto, hay una laguna biológica, certeza para unos, controversia para otros. En un embrión, tiene ya el nuevo material genético. Ha habido unión de cromosomas y los cromosomas que aparecen en el embrión de dos células no son los del padre o de la madre, son del nuevo ser. Se llamará embrión o pre-embrión -esto es otro concepto discutible pero a los biólogos les importa muy poco que se les llame embrión o pre-embrión- el criterio es el mismo (Vanrell:1999;3).

A los dos días ya es un embrión de cuatro células que se puede catalogar su calidad. Este es introducido de una forma muy simple en el útero materno; se hace sin anestesia, en 15 segundos, a través de un catéter introducido en el útero con uno, dos, tres o cuatro embriones, como máximo. Al cabo de quince días, la mujer sabe si está o no embarazada (Vanrell:1999;4).

SECCION QUINTA

1.- ESTADO DE LA CUESTIÓN

“La complejidad de la práctica médica, sobre todo el ámbito de la Genética, nos ubica en una posición de conflicto entre lo que se debe y lo que se puede”. (Arberas:2000; 11).

El protagonismo de La Sala Constitucional (Sala IV) en materia de FIVET desde la sentencia No 2306-2000, ha ganado un papel protagónico y determinante, en el fortalecimiento de la defensa de los derechos humanos. Consecuentemente la Sala IV ha alcanzado un protagonismo sin comparación, convirtiéndose quizás en la instancia más trascendental en el campo jurídico, social y político nacional, principalmente en relación con el artículo 51 de la CPR teniéndolo como célula de la sociedad al instituto de la familia, y prohibiendo en la citada resolución la

posibilidad de determinadas personas con problemas de infertilidad a procrear hijos e hijas.

La Sala IV prohíbe la FIVET, la prohibición se extendió tanto para instituciones públicas como privadas, luego de que este método de reproducción asistida fuese practicado en el país desde 1994.

1.1 Decreto Ejecutivo No.24029-S

El Poder Ejecutivo de Costa Rica, en el Decreto No.24029-S, aprobó el reglamento para las Técnicas de Reproducción Asistida, en la cual se incluye la FIVET, publicada el 3 de marzo de 1995 en el Diario Oficial La Gaceta No 45, páginas 4 y 5. (Por resolución de la Sala IV No. 2306 de las 15 horas con 24 minutos del 15 de marzo de 2000 se anula por inconstitucional el citado Decreto).

1.2 Regulación de la realización de Técnicas de Reproducción Asistida In Vitro Decreto No.24029-S

Seguidamente se elabora un resumen del Decreto Ejecutivo que permitió y reguló las técnicas de FIVET en Costa Rica del 2000 al 2005.

Dentro de los considerandos a destacar en la elaboración y aprobación del citado Decreto se tuvo:

- Es función esencial del Estado velar por la salud de la población.
- De conformidad con el artículo 31 del CC la existencia de la persona física comienza al nacer viva y se reputa nacida para todo lo que le favorezca desde trescientos días antes de su nacimiento.
- De conformidad con la CPR la vida humana es inviolable, y todo hombre es igual ante la ley y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana.
- La vida constituye el valor fundamental, porque sobre ella se desarrollan los demás valores de la persona.

- La conducta profesional en el campo de la salud, debe ajustarse a estrictos cánones morales, de acuerdo con el adelanto de la ciencia, la técnica y la modernización, que exigen afianzar un sano humanismo con valores científicos no reñidos con la vocación y el respeto a los semejantes.
- Es necesario orientar el enorme esfuerzo científico y los descubrimientos modernos hacia la dignidad de la persona y la defensa de la vida humana.
- Son muchos los adelantos científicos y de la técnica, que pueden y deben ser utilizados en beneficio de las personas y de la vida.

Dentro de las normas a destacar el Decreto ordenaba:

- Autorizar, únicamente entre cónyuges, la realización de técnicas de reproducción asistida en el país.
- Entiéndase por "técnicas de reproducción asistida", 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.
- Las técnicas de reproducción asistida solamente podrán ser realizadas por equipos profesionales interdisciplinarios debidamente capacitados, que cumplan los requisitos académicos exigidos.
- Solamente se permite la utilización de células germinales -óvulo o espermatozoide- provenientes de una tercera persona donante, mayor de edad y soltera, como último recurso médico terapéutico dentro de las técnicas de reproducción asistida, cuando la pareja conyugal, aun por medio de las citadas técnicas homólogas, no pudiera concebir.
- La tercera persona donante de células germinales -óvulo o espermatozoide- podrá ser autorizada por única y una sola vez para efectuar la donación, si con su aporte se logra el nacimiento.
- En casos de FIVET, queda absolutamente prohibida la fertilización de más de seis óvulos de la paciente por ciclo de tratamiento.

- Todos los óvulos fertilizados en un ciclo de tratamiento, deberán ser transferidos a la cavidad uterina de la paciente, quedando absolutamente prohibido desechar o eliminar embriones, o preservarlos para transferencia en ciclos subsecuentes de la misma paciente o de otras pacientes.
- Quedan absolutamente prohibidas las maniobras de manipulación del código genético del embrión, así como toda forma de experimentación sobre el mismo.
- Queda absolutamente prohibido comerciar con células germinales -óvulos y espermatozoides- para ser destinados a tratamiento de pacientes en técnicas de reproducción asistida, sean éstas homólogas o heterólogas.
- El incumplimiento de las disposiciones aquí establecidas, faculta al Ministerio de Salud para cancelar 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.

1.3 Sentencia 08-178-1027 del Tribunal Contencioso Administrativo

La ciudadana Iliana Henchoz Bolaños, de 48 años, logró que el Tribunal Contencioso Administrativo (TCA) le diera la razón para que sea examinada por médicos de la Caja Costarricense del Seguro Social (CCSS). Bolaños reclama su derecho a tener una familia y tras ocho años de la decisión anterior, ahora el TCA declaró con lugar la acción.

En esa oportunidad ordenó el TCA: *“Corresponderá a la CCSS, por intermedio del médico tratante que le asigne a la paciente, determinar los métodos de reproducción asistida a los que puede someterse la actora, según las condiciones de salud o biológicas y en caso de que la fertilización in vitro sea indicada, éste procedimiento se realizará respetando los lineamientos dictados por la Sala IV en el voto #2000-2306.”*, justificó Julio Cordero, presidente del tribunal (Nuestro País: 15/10/2008; A5).

Sin embargo, la sentencia 08-178-1027-CA, mantiene vigente un voto de la Sala IV que exige practicar el método únicamente con un embrión.

“Costa Rica se convierte en el primer país de América Latina que ordena a la seguridad social tratar a las personas con infertilidad como personas discapacitadas.”, manifestó Gerardo Trejos, abogado de Henchoz. El abogado explicó que ese método se practica en Italia y la experiencia ha sido desastrosa, pues existen embriones que tienen deficiencias naturales que no logran implantarse en el útero (Nuestro País: 15/10/2008; A5).

Los jueces Julio Cordero, Alner Palacios y José Hernández, consideran que el fallo constitucional no prohíbe la FIVET, sino la técnica que se realizaba en Costa Rica, según los jueces, actualmente la ciencia ha evolucionado de tal manera que se puede realizar sin violar el derecho a la vida del embrión.

A pesar de ello, el juez Luis Paulino Hernández consideró inútil e innecesario el contenido del fallo, redactó que *“estimo que la obligación que se le impone a la CCSS de elaborar un diagnóstico de exámenes médicos es tanto inútil como innecesaria en el caso concreto, pues existen elementos de prueba serios e idóneos que anticipan los resultados negativos de las pruebas, máxime cuando la propia actora confesó bajo juramento que se le han practicado dos tratamientos de fertilización asistida, una en España y otra en Colombia, ambos con resultados negativos”* (Nuestro País: 15/10/2008;A5).

Mediante el Voto 09-465 del 2009, la Sala Primera (SPCSJ) anuló la sentencia del Tribunal y declaró sin lugar la demanda interpuesta por la señora Ileana Henchoz Bolaños en el 2008. Los magistrados derogaron las disposiciones del TCA que permitían a la CCSS el implante del óvulo, mediante el voto 09-465, con lo que la CCSS ya no está obligada a practicar la FIVET. *“Anabelle León Feoli, magistrada de la SPCSJ, explicó que dicha decisión fue tomada porque la persona que demandó a la CCSS expuso que ya no tiene interés en recibir el tratamiento debido a su edad (49 años).”* (La Nación, 19/08/2009; A5).

De este modo, la SPCSJ se ha visto legitimada para no entrar a fondo en un tema que afecta a muchas mujeres costarricenses, quienes, sin la reproducción asistida, no pueden quedar embarazadas. *“Cualquier otra persona que desee el tratamiento tendrá que iniciar un nuevo proceso judicial, dijo León”* (La Nación, 19/08/2009,A5).

1.4 Voto de la Sala IV No. 2306 de las 15 horas con 24 minutos del 15 de marzo de 2000

En resolución No.2306 de las 15 horas 24 minutos del 15 de marzo de 2000, la Sala IV, ha indicado que la *“Técnica de Fecundación In Vitro y Transferencia de Embriones” implica la manipulación de embriones, los cuales, previamente fecundados en un laboratorio, son transferidos al útero, a sabiendas de que la mayor parte de ellos están destinados a morir. Es decir, primero se procura darles vida a los embriones, pero luego, deliberadamente y con intervención humana, su vida se frustra. Así, dicha técnica acarrea una elevadísima pérdida de embriones (mucho más que en un proceso natural) y la deliberada manipulación de células”* (Sala IV, sentencia 2000-02306 de las 15:21 horas del 15 de marzo del 2000).

El Informe N°85/10 de la CIDH omitió toda referencia al respeto de la vida humana a partir del momento de la concepción, se inclinó por los derechos de las personas a fundar una familia.

Al menos en el caso de Costa Rica no fue efectiva la prohibición de las técnicas de FIVET, por parte de la Sala IV, para evitar la práctica de dichas técnicas, no es un secreto que todas aquellas personas con problemas de infertilidad, pero con medios económicos, se trasladaban a otros países para realizarse dichas técnicas. De todos modos, después de diez años la CIDH, obliga al Estado costarricense a permitir la FIVET, no lo hace tomando en cuenta los derechos del embrión, sino considerando que la Sala IV niega el derecho a las parejas con problemas de infertilidad a formar una familia, con dicha prohibición. Costa Rica, contra el tiempo debe presentar una solución y permitir la citada técnica.

1.5 Corte Interamericana de Derechos Humanos

El 23 de agosto la CIDH en Washington, emitió un documento en respuesta a una demanda que en el 2001 interpusieron diez parejas contra el Estado costarricense por el fallo de los magistrados. La CIDH pidió a Costa Rica reactivar la FIVET y dejar sin efecto el fallo de la Sala IV; que en el 2000 suspendió el procedimiento médico.

La exhortación de la CIDH, un órgano de la Organización de Estados Americanos (OEA) para defender y promover los derechos humanos, consideró que el pronunciamiento de la Sala IV *“constituyó una interferencia arbitraria y una restricción incompatible con la Convención Americana de Derechos Humanos”*. (Díaz: La Nación: 23-10-10; A8).

Según el Informe N°85/10 de la CIDH la Sala IV violó derechos fundamentales, entre ellos, el que ejercen las personas de formar una familia, una situación que el Estado debe garantizar.

En estos momentos Costa Rica debe responder ante el llamado de atención, tal responsabilidad recae en el embajador ante la OEA, Enrique Castillo. La tarea es complicada dado que hay posiciones encontradas sobre el tema y dificultades jurídicas ya que no es posible revertir un fallo de la Sala IV, menos en un plazo que vence el 23 de octubre de 2010. (Alfaro y otra: La Nación: 05-10-2010;A19).

Luego de una reunión de 15 minutos el embajador de la OEA Enrique Castillo y el abogado de los demandantes ante la CIDH, Lic. Gerardo Trejos, no lograron llegar a un acuerdo para poder dar una respuesta oficial a la Comisión sobre la FIVET, ya se había dado un primer encuentro entre ambos y el embajador Castillo entregó a Trejos cuatro propuestas o mecanismos de cómo el Estado podría tramitar el pago de los daños y perjuicios que argumentaron las parejas ante la CIDH, sin embargo Trejos en nombre de las parejas denunciadas no aceptó ninguno de los planteamientos, al considerar que adolecían de seguridad en su cumplimiento (Díaz:2010;19).

Entre las propuestas se tuvo:

- a. Que fuera el TCA el que resolviera la indemnización.
- b. La conformación de un organismo de arbitraje pero nacional, sin terceros.
- c. La inclusión de un transitorio en el proyecto de ley que impulsará el Gobierno para reactivar la FIVET –y de paso cumplir con el otro mandato de la Comisión Interamericana–, donde se dejaba por escrito el compromiso a un resarcimiento (Díaz:2010; 19-10).

El 27 de noviembre la CIDH le otorgó a Costa Rica hasta el 2 de febrero de 2011 para mostrarle a la Comisión un avance significativo en el trámite del proyecto de ley que reactivaría la técnica de FIVET. La prórroga que la CIDH otorgó a Costa Rica por la anuencia del Gobierno a implementar la FIVET luego de una década de prohibición. El plan de ley en sí es parte de la respuesta que Costa Rica envió antes del 23 de octubre a la CIDH como medida para evitar un juicio ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Díaz, La Nación:27/11/2010: 12A).

Dado a la anterior situación otorgándole la CIDH al país una nueva prórroga hasta el 31 de julio de 2011, el presente trabajo se limita a la citada fecha. Sin embargo superado el plazo el país actualmente no se ha pronunciado respecto de la FIVET y las parejas perjudicadas presentaron el caso ante la CIDH.

El Estado ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos el 8 de abril de 1970 y aceptó la competencia contenciosa de la Corte el 2 de julio de 1980.

El 29 de julio de 2011 con el caso número 12.361, Gretel Artavia Murillo y otros presentaron en la CIDH la demanda contra el Estado de Costa Rica, relacionado con la violación de los derechos a la vida privada y familiar, del derecho a fundar una familia y del derecho a la igualdad y no discriminación, consagrados en los artículos 11, 17 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de algunas parejas costarricenses que ser vieron perjudicadas con la resolución de la Sala IV desde el año 2000.

En el informe de fondo 85/10, la CIDH consideró que esta prohibición absoluta constituyó una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada y familiar y a formar una familia. Asimismo, la Comisión consideró que la prohibición constituyó una violación del derecho a la igualdad de las víctimas, en tanto el Estado les impidió el acceso a un tratamiento que les hubiera permitido superar su situación de desventaja respecto de la posibilidad de tener hijas o hijos biológicos. Este impedimento tuvo, además, un impacto desproporcionado en las mujeres.

En tres oportunidades el Estado costarricense solicitó prórroga a la Comisión Interamericana a fin de dar cumplimiento a dichas recomendaciones. La CIDH otorgó las referidas prórrogas y hasta la fecha no existen avances sustanciales en el cumplimiento de las recomendaciones.

En consecuencia, la CIDH somete el presente caso a la jurisdicción de la Corte Interamericana por la necesidad de obtención de justicia para las víctimas.

En cuanto a la recomendación de *“levantar la prohibición de la Fecundación in Vitro en el país a través de los procedimientos legales correspondientes”*, tras la notificación del informe de fondo 85/10, la Comisión recibió información por parte del Estado de Costa Rica sobre la presentación ante la Asamblea Legislativa de dos Proyectos de Ley sobre Fecundación in Vitro y Transferencia Embrionaria, mediante los cuales se pretende levantar la prohibición a dicha práctica en el país. De acuerdo a la información disponible, el Proyecto de Ley 17.900 fue archivado y el Proyecto de Ley 18.057 se encuentra en trámite legislativo. De esta manera, la Comisión observa que, a la fecha, la prohibición de la práctica de la Fecundación in Vitro en Costa Rica permanece vigente.

Con respecto a la recomendación de *“asegurar que la regulación que se otorgue (...) sea compatible con las obligaciones estatales respecto de los derechos consagrados en los artículos 11.2. 17.2 y 24 (...) en particular, que las personas y/o parejas que lo requieran y así lo deseen, puedan acceder a las técnicas de la Fecundación in Vitro de forma que dicho tratamiento contribuya efectivamente a su*

finalidad”, la Comisión considera que no corresponde emitir consideraciones definitivas sobre las propuestas efectuadas, en tanto una fue archivada y la otra permanece en calidad de Proyecto de Ley y, por lo tanto, se reserva la posibilidad de formular sus observaciones a la normativa que eventualmente se apruebe en el marco de estos u otros procesos legislativos, en lo que sea relevante para las reparaciones que en su momento ordene el Tribunal (<http://www.cidh.oas.org>).

Sobre la recomendación de *“reparar integralmente a las víctimas del presente caso tanto en el aspecto material como moral, incluyendo medidas de satisfacción por los daños ocasionados”*, la Comisión observa que la única información presentada por el Estado se relaciona con los mecanismos internos a los cuales podrían acudir las víctimas para obtener una reparación por “daños y perjuicios”. De la información disponible resulta que el Estado no ha adoptado medidas para disponer la reparación que corresponde a las víctimas por las violaciones a la Convención Americana declaradas en el informe de fondo.

La CIDH somete a la jurisdicción de la Corte la totalidad de los hechos y violaciones de derechos humanos descritos en el informe de fondo 85/10 y solicita a la Corte que concluya y declare la responsabilidad internacional del Estado de Costa Rica por:

- a) La violación de los derechos consagrados en los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento en perjuicio de Gretel Artavia Murillo, Miguel Mejía Carballo, Andrea Bianchi Bruno, German Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, Ileana Henchos Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia María Carro Maklouf, Víctor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, María del Socorro Calderón P., Joaquina Arroyo Fonseca, Geovanni Antonio Vega, Carlos E. Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma y Oriester Rojas Carranza.

- b) La violación del derecho consagrado en el artículo 24 de la Convención Americana en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento en perjuicio de Gretel Artavia Murillo, Miguel Mejía Carballo, Andrea Bianchi Bruno, German Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, Ileana Henchos Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia María Carro Maklouf, Víctor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, María del Socorro Calderón P., Joaquina Arroyo Fonseca, Geovanni Antonio Vega, Carlos E. Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma y Oriester Rojas Carranza.

En consecuencia, la Comisión solicita a la CIDH que disponga las siguientes medidas de reparación:

- a) Levantar la prohibición de la Fecundación in Vitro en el país a través de los procedimientos legales correspondientes.
- b) Asegurar que la regulación que se otorgue a la práctica de la Fecundación in Vitro a partir del levantamiento de la prohibición, sea compatible con las obligaciones estatales respecto de los derechos consagrados en los artículos 11.2, 17.2 y 24. En particular, que las personas y/o parejas que lo requieran y así lo deseen, puedan acceder a las técnicas de la Fecundación in Vitro de forma que dicho tratamiento contribuya efectivamente a su finalidad.
- c) Reparar integralmente a las víctimas del presente caso tanto en el aspecto material como moral, incluyendo medidas de satisfacción por los daños ocasionados.

También se ventilaran otros aspectos como: 1. necesidad de obtención de justicia para las víctimas. 2. plantear debate sobre el alcance y contenido de los derechos

consagrados en los artículos 11 y 17 de la Convención Americana. 3. permitir a la Corte analizar la protección del derecho a conformar una familia en el sentido de incluir la decisión de convertirse en padre o madre biológico/a, así como la opción y el acceso a los medios pertinentes para materializarla. 4. La Corte podrá pronunciarse sobre esta decisión como parte de la esfera más íntima de la vida que corresponde al ejercicio exclusivo de la autonomía de cada persona y/o pareja. 5. Incorpora el caso un análisis jurídico de los estándares internacionales sobre el derecho a la igualdad y no discriminación desde dos perspectivas. Por un lado, 6. La responsabilidad del Estado por impedir que un grupo de personas accediera a un tratamiento que les hubiera permitido superar su situación de desventaja respecto de la posibilidad de tener hijas o hijos biológicos. 7. El impacto desproporcionado de una medida de esta naturaleza en las mujeres.

1.6 Corte Europea de Derechos Humanos

La Unión Europea (UE) se base en los principios de dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos son los valores en los que se fundamenta. Estos valores, consagrados en el Tratado de la Unión Europea, son reforzados con la adopción de la Carta de los Derechos Fundamentales. Los países incorporados y los que deseen incorporarse a la UE deben respetar los derechos humanos (http://europa.eu/pol/rights/index_es.htm).

La Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) ha encontrado que los Estados europeos gozan de un amplio margen de discreción en cuanto a leyes relacionadas con la FIVET.

Es relevante en este sentido la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre la FIV, en el caso de S.H. y otros vs. Austria (2010), donde dos parejas demandaron a Austria ante la Corte alegando un derecho a la fecundación in vitro heteróloga, aquella que implica donación de óvulos o esperma de terceras personas ajenas a la pareja, que normalmente son donantes anónimos. La ley austriaca permitía la FIV, pero la limitaba a la técnica de

fecundación homóloga, es decir, usando los gametos de los progenitores biológicos. En su decisión, la Corte encontró que, cuando un Estado proveía la FIV, no podía hacer uso discriminatorio de ella, prohibiendo una técnica específica y permitiendo otra (La Nación:2011-11-05/Opinión).

La Corte también enfatizó que ningún estado europeo está bajo la obligación de permitir la FIV ya sea parcialmente o totalmente (párrafo 74 de la sentencia). La Corte indicó que los Estados gozan de un margen de apreciación para establecer límites a ciertas prácticas, especialmente el uso de la fertilización in vitro, que “implica serias consideraciones éticas y morales”. Expresó que “los riesgos asociados con las técnicas de reproducción asistida deben ser tomados en serio y que es la obligación de los legisladores europeos, a nivel nacional, el evaluar estos riesgos, sopesando los intereses públicos y privados que puedan estar en juego” (La Nación:2011-11-05/Opinión).

La sentencia Evans contra el Reino Unido, fue confirmada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en sentencia de 10 de abril de 2007. Esta sentencia se resuelve el primer caso en el que se plantea el destino de los embriones sobrantes(Lamm:97;2008).

El 12 de julio de 2000, la demandante Natalie Evans y su compañero, J., iniciaron un tratamiento en una clínica especializada en reproducción médica asistida. Como consecuencia de padecimientos de la señora Evans, teniendo como resultado una ovariectomía bilateral sea extracción de ambos ovarios. Sin embargo, sería posible obtener algunos óvulos antes de la ablación para su fecundación.

Las partes firmaron un formulario expresando su consentimiento en el tratamiento por FIV y que, conforme a las disposiciones de la Ley de 1990 de fecundación y embriología humanas («la Ley de 1990»), cada uno de ellos tendría la posibilidad de retirar su consentimiento en cualquier momento mientras los embriones no hubiesen sido implantados en el útero de la demandante. Posteriormente, la

pareja dio los consentimientos necesarios firmando los formularios. El 12 de noviembre de 2001 la pareja acudió a la clínica; se obtuvieron y fecundaron once óvulos, de los que se crearon y conservaron seis embriones. El 26 de noviembre la demandante sufrió la ablación de sus dos ovarios, debiendo, como consecuencia, esperar dos años antes de tratar de implantar un embrión en su útero (Lamm:2008;197-217).

En mayo de 2002 finalizó la relación entre la demandante y J., quien notificó a la clínica la separación y pidió la destrucción de los embriones. La clínica informó a la demandante sobre su obligación legal de destruir los embriones, ante la retirada del consentimiento de J. Ante esta situación, la demandante entabló un procedimiento ante el High Court procurando, entre otras cosas, *una* prescripción para requerir que J. restaurare su consentimiento. Su demanda fue rechazada el 1 de octubre de 2003, por lo que apeló. El 1 de octubre de 2004, el tribunal de apelación mantuvo el juicio del tribunal superior. Agotada la vía interna, la Sra. Evans recurrió ante el TEDH(Lamm:2008;197-217).

Nathaly, sostuvo que las disposiciones de la ley británica, que imponen la destrucción de los embriones tras la revocación del consentimiento dado por su exmarido a la conservación de éstos, constituyen una violación a su derecho a la vida e implican por ello la violación del art. 2 del Convenio(Lamm:2008;197-217).

El Tribunal consideró que, a falta de un consenso europeo sobre la definición científica y jurídica del inicio de la vida, el punto de partida del derecho a la vida dependía del margen de apreciación de los estados. En este sentido la legislación británica no reconoce al embrión la calidad de sujeto de derecho autónomo ni le autoriza a prevalecerse – por persona interpuesta– del derecho a la vida garantizado por el art. 2. Encontró, por tanto, que no había habido violación del artículo 2 (Lamm:2008;197-217).

Considero la demandante que las disposiciones del anexo 3 de la Ley de 1990, según las cuales, con posterioridad a la fecundación de sus óvulos con el esperma

de J., éste podría retractarse válidamente de su compromiso, violan su derecho al respeto de su vida privada y familiar. El tribunal rechaza la existencia de tal violación basándose en los siguientes argumentos: A) Admite que J. actuó de buena fe cuando aceptó prestarse a un tratamiento de FIV con la demandante y que se decidió a ello porque pensaba que su relación con ella iba a durar (Lamm:2008;197-217).

No existe un consenso internacional sobre la reglamentación de los tratamientos por FIV y la utilización de los embriones que del mismo se obtienen. Algunos estados se han dotado de una legislación específica mientras que otros no han legislado en la materia o lo han hecho sólo parcialmente, prefiriendo remitirse a los principios generales del derecho o a las normas deontológicas. Para el tribunal las cuestiones planteadas en este caso se refieren a ámbitos en los que no existe una clara concordancia de opiniones entre los estados miembros, por lo que considera que procede conceder al Estado demandado un amplio margen de apreciación(Lamm:2008;197-217).

En virtud del anexo 3 de la Ley de 1990, todas las clínicas que proponen tratamiento por FIV tienen la obligación legal de precisar a las personas que se someten a este proceso que cada uno de los donantes de gametos es libre de poner fin al mismo en cualquier momento antes de la implantación de los embriones. Para garantizar que los interesados han conocido esta información y la han comprendido, la Ley les impone firmar un formulario en el que figuran los diversos compromisos que declaran suscribir. En este caso, cada uno de ellos fue informado de la posibilidad que se les ofrecía de retirar su consentimiento en todo momento hasta la implantación de los embriones concebidos mediante este procedimiento(Lamm:2008;200).

El Tribunal no considera que la ausencia de una disposición que permita no tener en cuenta la revocación del consentimiento de un padre biológico, incluso en las circunstancias excepcionales de la causa, rompa el equilibrio justo que exige el

artículo 8. Señala que la situación personal de las partes ha cambiado desde el inicio del tratamiento e, incluso en este caso, sería difícil para un tribunal pronunciarse sobre la cuestión de si la retractación de J. tendría para la interesada unos efectos más importantes que los que resultarían para J. de la nulidad de la retractación en cuestión. (Lamm:2008;200).

Violación del art. 14 En opinión de la demandante, una mujer apta para procrear sin asistencia médica puede escoger con toda libertad el destino que quiere preservar a sus óvulos fecundados. Tras la fecundación esta mujer sería totalmente dueña del destino del embrión. Por el contrario, y al igual que todas las mujeres que recurren a la FIV, ella se encontraría a merced del donante de esperma, al que la Ley de 1990 le confiere el poder de oponerse a que se haga implantar un embrión(Lamm:2008;197-217).

El tribunal considera que las razones dadas para encontrar que no había violación del art. 8 constituyen también una justificación razonable y objetiva a efectos del art. 14. Por lo tanto, el tribunal sostuvo que no había existido violación del artículo 14. (Lamm:2008;210).

En la Unión Europea el Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina establece en el artículo 18 que cuando la experimentación con embriones “in vitro” esté admitida por la ley, ésta deberá garantizar una protección adecuada del embrión, y se prohíbe en dicho convenio, la constitución de embriones humanos con fines de experimentación (Camacho:2011;20).

1. Diferentes posiciones a nivel nacional

Vencido el plazo otorgado por la CIDH al Estado costarricense por tercera ocasión solicita nuevamente prórroga, sin embargo lejos de llegar a un consenso y avanzar en una posible regulación de la FIVET, el pasado 14 de junio del presente año, en una cerrada votación con 26 diputados opositores el proyecto 17.900 lo mandaron

a archivar. Sin darle mayor importancia que el plazo otorgado por la CIDH que no se dijo vence el 31 de julio del presente.

En relación a la población adulta Instituto de Estudios Sociales en Población (Idespo) de la Universidad Nacional, realizó una encuesta entre el 10 y 20 de marzo contaron con la participación de 1001 personas mayores de edad, se obtuvo como resultado que un 70% de los que conocen del tema aprueban la FIVET (Díaz, La Nación:26/06/2011:4A). Lo anterior es reflejo claro que existen varias posiciones en relación a las técnicas de reproducción asistida en diversos sectores nacionales.

“La especificidad de los diferentes campos como: el religioso, el político, el jurídico entre otros, y su lógica o reglas de juego vienen determinadas por los recursos o especies de capital, ya sea este económico, cultural, social, etc. Ese conjunto de relaciones entre posiciones sociales hace que el espacio social, más concretamente cada campo social, puede ser definido como un sistema de diferencias, en el que el “valor” de cada posición social no se define en sí misma, sino que se mide por la distancia social que la separa de otras posiciones, inferiores o superiores. Aunque esas distancias sociales entre posiciones pueden variar y varían en función de los cambios en esa estructura de distribución de los diferentes tipos de capital, también existen formas de codificación e institucionalización de las distancias sociales para hacerlas respetar (a través de la ley, costumbres, creencias, y otros)” (Bourdieu:2000;16-17).

Los diferentes campos como: el religioso, el político, el jurídico entre otros, y su lógica o reglas de juego vienen determinadas por una serie de factores en los figuran principalmente los recursos o especies de capital, ya sea este económico, cultural, social, etc. Ese conjunto de relaciones entre posiciones sociales hace que el espacio social, más concretamente cada campo social, puede ser definido como un sistema de diferencia, como por ejemplo en la encuesta del Idespo se tuvo que entre más preparación económica tenga una persona, más a favor está de la FIVET (Díaz, La Nación:26/06/2011:4A). El sector religioso se inclina en mayor

porcentaje en contra del procedimiento, otorgando un valor que se mide por distancia social entre las diferentes posiciones.

2.1 Sala Constitucional

Es de recibo mencionar aspectos de interés previo al análisis o posición de la Sala IV que motivó la prohibición de la FIVET en el 2000.

2.1.1 La Constitución

A manera de introducción cabe referirse a ciertos detalles sobre la CPR se tiene como norma fundamental, ya que su existencia sujeta la actividad del Estado a un régimen de derecho o sea a un modo político de vivir institucional en que el radio de acción de esta misma actividad queda precisado por las normas jurídicas que establecen las conductas o comportamientos a seguir en la vida social (González:1958;13).

Para Kelsen citado por Orozco (2008), la Constitución no contiene normas directamente aplicables por el juez, sino mandatos o prohibiciones al legislador; de tal forma que la Constitución es ejecutada por la ley y al ser ejecutor de la ley no puede dejar de aplicarla, razón por la que es necesaria la existencia de un órgano no inserto en el Poder Judicial, a fin de controlar la constitucionalidad de las leyes e desautorizarlas si es del caso, el Tribunal Constitucional, aunque de naturaleza jurisdiccional, tiene una destino de legislador negativo cuando expulsa del ordenamiento jurídico las leyes no ajustadas a la Constitución (Orozco:2008;49).

“La Constitución es la razón para la validez de las leyes” (Kelsen:1974:79).

La idea de la Constitución y de constitucionalismo es una forma de limitación del poder; de ahí que siendo el poder la fuente del derecho por excelencia y éste la forma que adopta la fuerza organizada, la Constitución procura brindar cierto ámbito de protección y alguna libertad. En este orden, la Constitución, la justicia constitucional, así como los derechos fundamentales, son construcciones para

limitar el ejercicio del poder y otorgar garantías de inmunidad y de libertad a las personas (Orozco: 2008;23).

El actual presidente de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) don Luis Paulino Mora Mora, considera:

“La Sala siempre ha tenido como preocupación fundamental ser un efectivo medio para la defensa de los derechos fundamentales y esto es de siempre y no ha claudicado en ello, los asuntos que son planteados provienen de diferentes materias y por eso hace que la Sala le preste en algún momento más atención a que el Estado responda debida y oportunamente al ciudadano o a la protección de la salud, en la educación y según la demanda ciudadana en los casos concretos” (Informativo Judicial:2009; 7).

2.1.2 Derecho Constitucional costarricense

El concepto del Derecho de la Constitución se capta a partir de la descripción de su objeto. Afirma Hernández (1994;28-29) que el derecho de la Constitución tiene un objetivo: estudio de la estructura del Estado (sus presupuestos, su forma); estudio de la composición y funcionamiento de los órganos constitucionales y estudio de los principios fundamentales del régimen político del Estado.

El 27 de setiembre de 1989, fue creada la Sala IV dentro de la CSJ, constituyéndose en el ente contralor de constitucionalidad, lo que sin duda significó y significa un gran avance jurídico y el establecimiento de un órgano especializado, encargado de velar por la defensa de la supremacía de la Constitución y principalmente, por procurar el respeto y defensa de los derechos y libertades fundamentales, individuales y colectivas esenciales, de los ciudadanos y ciudadanas en un Estado de Derecho, como lo es Costa Rica (Bertollini:1996;19).

Para Rubén Hernández (2003) *“el Derecho de la Constitución es aquella rama del Derecho Público interno que se ocupa de la estructura del Estado, de la composición y funcionamiento de los órganos constitucionales, de los principios*

fundamentales del régimen político del Estado y de los derechos fundamentales reconocidos por el ordenamiento a los administrados.”

Existen dos tipos de recursos individuales de defensa de los derechos fundamentales: el recurso de *habeas corpus* y el recurso de amparo, los dos pueden ser planteados directamente ante la Sala sin necesidad de agotamiento de recursos administrativos previos (Hess: 2009;31).

2.1.3 Poder vinculante de las resoluciones de la Sala IV

Para la legisladora Alicia Fournier del Partido Liberación Nacional manifestó: *“Una resolución de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que nos pide que se regule Carácter vinculante de las resoluciones de la Sala Constitucional el artículo 13 de la Ley de Jurisdicción Constitucional (LJC): la fertilización in vitro no es vinculante para el país”* (Mata, La Nación:15/06/2011:4A).

Otro sector de la población considera contrario a la legisladora Fournier, que Costa Rica se comprometió al cumplimiento del sistema internacional de derechos humanos al firmar o ratificar los compromisos o nivel internacional, por lo que debe existir una necesaria voluntad política para garantizar el cumplimiento (Maroto, La Nación:27/06/2011:35A).

“La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes salvo para sí misma.”

Un criterio en este caso es una valoración del Derecho frente a un caso concreto. Es una opinión jurídica pero no abstracta, sino emanada en función de hacer justicia en una situación concreta sometida a revisión o sentencia (Murillo: Revista ISVTITIA año 19; 17)

La acción de los jueces constitucionales en su papel de operadores, deben definir

de modo permanente los conflictos entre los valores y los derechos constitucionales, por ejemplo entre la libertad y la protección a la familia, esa función de operador constitucional demanda de los y las juezas constitucionales una prudencia muy particular, de alta política, con el fin de hacer funcionar un difícil balance de bienes constitucionales (Bertollini:1996;9).

Para Rodolfo Piza (1996) *“toda interpretación del Derecho con algún sentido es siempre un mero instrumento de los fines del Derecho mismo y, en último término, de la vida del hombre en sociedad; pero es también, un ejercicio intelectual tendiente a desentrañar el sentido de las normas en sí”*.

2.1.4 Criterio de la Sala Constitucional de la fertilización en vitro

El criterio que mantuvo la Sala IV en relación a la FIVET es el siguiente:

“En relación con lo expresado, cabe concluir que tales prácticas atentan claramente contra la vida y la dignidad del ser humano. 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. El embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación, y lo que es fundamental para la Sala, no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte. Ha quedado claro a este Tribunal que durante la ejecución de la técnica FIVET, se transfieren al útero los embriones previamente fecundados en laboratorio a sabiendas de que la mayor parte de ellos está destinada a no generar un embarazo: no van a seguir una gestación normal, pues no se implantan, o bien se implantan pero su desarrollo se interrumpe a causa de un aborto espontáneo. No es casual que se intente fecundar más de un óvulo por ciclo, pues la transferencia de múltiples embriones al útero de la madre —generalmente no más de cuatro— aumenta las posibilidades de lograr un embarazo. La objeción principal de la Sala

es que la aplicación de la técnica importa una elevada pérdida de embriones, que no puede justificarse en el hecho de que el objetivo de ésta es lograr un ser humano, dotar de un hijo a una pareja que de otra forma no podría tenerlo. 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. No es de recibo tampoco el argumento de que en circunstancias naturales también hay embriones que no llegan a implantarse o que aún logrando la implantación, no llegan a desarrollarse hasta el nacimiento, sencillamente por el hecho de que la aplicación de la FIVET implica una manipulación consciente, voluntaria de las células reproductoras femeninas y masculinas con el objeto de procurar una nueva vida humana, en la que se propicia una situación en la que, de antemano, se sabe que la vida humana en un porcentaje considerable de los casos, no tiene posibilidad de continuar. Según la Sala ha podido constatar, la aplicación de la Técnica de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria, en la forma en que se desarrolla en la actualidad, atenta contra la vida humana. Este Tribunal sabe que los avances de la ciencia y la biotecnología son tan vertiginosos que la técnica podría llegar a ser mejorada de tal manera, que los reparos señalados aquí desaparezcan. Sin embargo, las condiciones en las que se aplica actualmente, llevan a concluir que cualquier eliminación o destrucción de concebidos –voluntaria o derivada de la impericia de quien ejecuta la técnica o de la inexactitud de ésta- viola su derecho a la vida, por lo que la Técnica no es acorde con el Derecho de la Constitución y por ello el reglamento cuestionado es inconstitucional por infracción al artículo 21 de la Constitución Política y 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por contravenir la técnica, considerada en sí misma, el derecho a la vida, debe dejarse expresa constancia de que, ni siquiera por norma de rango legal es posible autorizar legítimamente su aplicación, al menos, se insiste, mientras su desarrollo científico permanezca en el actual estado y signifique el daño consciente de vidas humanas. Salvan el voto los Magistrados Arguedas Ramírez y Calzada Miranda y declaran sin lugar la acción.”

2.1. 5 Posición del actual Gobierno

El Estado frente a la demanda en la CIDH, sostiene que los hechos del caso no caracterizan violación a los derechos humanos garantizados por la CADH y por ende no ha cometido violación de dicho instrumento. El Estado indica que la Sala IV reguló el derecho relativo a procrear indicando que debe ser subordinado al derecho absoluto a la vida porque sería contradictorio aceptar la posibilidad de una vida a costas de la pérdida de otras vidas humanas lo cual, en su consideración, sucede con la técnica de la FIVET. Con ello, el Estado sostiene que Costa Rica no hace más que aplicar el artículo 4 de la Convención Americana (pag. Web CIDH).

Por su parte el Canciller de la República René Castro, expresó que la idea es evitar que el caso de la prohibición de la FIVET, llegue hasta la CADH. Al respecto, señaló el Canciller: *“No queremos que se sienta un precedente a un país reconocido en el mundo por ser un defensor y cumplidor de los derechos humanos; que se nos señale precisamente por lo contrario”* (Díaz, La Nación: 30-09-2010;A4).

Agrega el Canciller Castro que el Gobierno emitirá un decreto para declarar de interés público la FIVET, con esa medida, la cual se espera esté consumada antes de cumplirse el plazo otorgado por la Comisión, que vence el 23 de octubre de 2010, las autoridades esperan acelerar la confección de la respuesta que debe dar el país a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre este procedimiento de reproducción humana asistida. (Díaz, La Nación: 30-09-2010, A4).

La elaboración del texto está a cargo del ministro de Relaciones Exteriores, René Castro, y del embajador del país ante la OEA, Enrique Castillo; se realizará en consulta con otras instituciones. (Vizcaíno: La Nación 10-10-2010 A5).

2.1.5.1 Posición del Estado

El Estado sostiene que los hechos alegados no caracterizan violación a los derechos humanos garantizados por la Convención Americana. Dentro de los argumentos presentados por el Estado en su defensa en el juicio celebrado el 5 y

6 de setiembre de 2012 en la CIDH, a manera de resumen obtenido de la página web de la Corte se tuvo lo siguiente:

- El Estado indica que la FIVET no consiste en una cura contra las causas de infertilidad.
- La prohibición de la práctica de la FIVET no condenó a sus representados a no tener descendencia, pues la prohibición de la Fecundación in Vitro no es el origen de la incapacidad para concebir.
- Señala que el problema radica en que la regulación de la práctica violaba el derecho a la vida de los embriones.
- El tratamiento al que una persona pueda ser sometida siempre estará limitado por las disposiciones de la Constitución y el marco jurídico internacional sobre la protección de los derechos humanos.
- El Estado indica que la Sala Constitucional determinó que el derecho relativo a procrear debe ser subordinado al derecho absoluto a la vida porque sería contradictorio aceptar la posibilidad de una vida a costas de la pérdida de otras vidas humanas.
- Algunas técnicas de procreación asistida, como la inseminación artificial, sí son aceptadas, mientras que otras técnicas que afectan el disfrute de derechos absolutos de otras personas, como la FIVET, no lo son.
- El Estado indica asimismo que el artículo 4.1 de la Convención Americana expresamente establece la posibilidad de protección a la vida desde el momento de la concepción y es esta posibilidad de protección, la que ha sido escogida a nivel interno.
- El Estado alega que independientemente de la interpretación que se le de a la calificación “en general” del artículo 4.1 de la Convención Americana, lo importante es que el artículo establece la protección de la vida desde el momento de la concepción y que el Estado ha escogido esa última posibilidad. Según el Estado, el derecho a la vida es el presupuesto para la

realización de los demás derechos, y por tanto el Estado.

- Indica el Estado que si bien “los padres deben ostentar el derecho a tener descendencia, esto no pareciera lícito si para lograrlo se priva a otros seres humanos de su vida”.
- Según el Estado, la Sala IV consideró que “... los avances de la ciencia y la biotecnología son tan vertiginosos que la técnica podría llegar a ser mejorada de tal manera, que los reparos señalados aquí desaparezcan”.
- Sin embargo, en la audiencia sobre el caso 12.361 realizada durante el 133 periodo de sesiones, el Estado afirmó ante la CIDH que la probabilidad de éxito con la fecundación de un solo óvulo es muy baja y en consecuencia habría que practicar el procedimiento múltiples veces para lograr el embarazo, por lo que la cantidad de embriones que se perderían sería alta.

2.1.6 Posición de la Caja Costarricense del Seguro Social

De acuerdo con las autoridades institucionales, la CCSS litigó en defensa de la CPRC y del Sistema Jurídico de Costa Rica. *“No estamos en contra del procedimiento, pero este fallo de la Sala Primera le da claridad jurídica a los funcionarios de la CCSS en relación con este procedimiento, ahora se sabe que lo que prevalece es lo que dispuso la Sala Cuarta, pues había dos sentencias que podían inducir a interpretaciones equivocadas de los preceptos jurídicos definidos por la jurisprudencia constitucional, dicha situación ponía a la CCSS en un dilema frente al procedimiento”*, sentenciaron las autoridades (La Nación, 19/08/2009). A4).

“Somos respetuosos de lo que dispone la CPRC, pues la CCSS está para tutelar el derecho a la vida y a la salud de la población costarricense por medio de los servicios públicos”, señalaron las autoridades institucionales (La Nación, 19/08/2009, A5).

El fallo de la Sala Primera, de acuerdo con las autoridades de la CCSS, aclara el panorama, de manera que siguen vigentes, con carácter vinculante, disposiciones establecidas por la Sala IV en el año 2000, sobre la FIVET (La Nación, 19/08/200, A5).

2.1.7 Iglesia Católica

El artículo 75 de la CPR ordena *“La Religión Católica, apostólica, Romana, es la del Estado, el cual contribuye a su mantenimiento, sin impedir el libre ejercicio en la República de otros cultos que no se opongan a la moral universal ni a las buenas costumbres”*.

Por lo expresado en el anterior artículo constitucional, se da más importancia a la opinión de la Iglesia Católica sin pensar que las otras congregaciones no sean importantes, dado que también se espera la participación de otras agrupaciones religiosas.

La Iglesia Católica se ha pronunciado categóricamente acerca de la ilegitimidad moral de la inseminación artificial. Ha dicho el Papa Pío XII: *“la practica de la fertilización artificial, en cuanto se trata del hombre, no puede ser considerada ni exclusivamente ni aun principalmente, solo desde el punto de vista biológico y médico dejando de lado el de la moral y el derecho... la fecundación artificial, pero producida por el elemento activo de un tercero, es igualmente inmoral y, como tal debe reprobarse sin apelación. Sólo los esposos tienen un derecho legítimo sobre sus cuerpos para engendrar una vida nueva, derecho imposible de ceder, inalienable. (Soto:1990;86).*

Mauricio Granados, vocero de la Conferencia Episcopal, para quien la FIVET *“tiene una valoración moral negativa, porque la vida humana nunca es un medio, sino un fin”* (Díaz: La Nación: 23-10-2010; A8).

Monseñor Hugo Barrantes opinó que dado que, en este momento, el Gobierno de Costa Rica evalúa, a petición de la CIDH, la prohibición a la FIVET, vigente en el país desde el 2000 y, ante la posibilidad de que se reinstaure una técnica que, todavía hoy, infringe la barrera que tutela la dignidad humana, los Obispos de la Conferencia Episcopal de Costa Rica, consideran que se encuentran en el deber de iluminar las conciencias de los fieles católicos, y de todas las personas de buena voluntad, manifestando su compromiso cristiano con el respeto incondicional a la vida humana desde su concepción (Díaz: La Nación: 23-10-2010; A8).

La Iglesia Católica, es de la opinión que si bien es cierto la FIVET es, frecuentemente, presentada como la “última oportunidad” para las mujeres que sufren esterilidad; quienes la promueven dejan de lado que con dicha técnica muchos seres humanos, en su estado más vulnerable e indefenso, son descartados, abandonados o utilizados como material biológico. La Iglesia considera de vital importancia que se respete el bien supremo de la persona por nacer, por ende avala la sentencia de la Sala IV.

Para la Iglesia el científico actúa sobre una persona humana, cuya dignidad debe respetarse y no ser utilizado como simple “material biológico”. Asimismo, es del criterio que no se puede dejar de justificar la permanente tentación de manipular al ser humano, sin criterios éticos, para hacer de él un utensilio o mercancía.

La Iglesia no niega el sufrimiento de las parejas que no alcanzan la anhelada descendencia, pero les recuerda que un hijo es un don y no puede constituir un medio para satisfacer un deseo o necesidad, sino que la dignidad del ser humano en su estado embrionario, merece un trato como persona y como fin. Espera de los gobernantes discernimiento y fortaleza para seguir respetando la dignidad de la persona que comienza, precisamente, por el reconocimiento y la tutela de su derecho a vivir (Díaz: La Nación: 23-10-10; A8).

El Papa Benedicto XVI dirigió un discurso a Costa Rica en el cual manifestó su rechazo a la legalización de la fecundación *in vitro* en el país, tal como está

planteada en un proyecto legislativo presentado por el Gobierno para cumplir con disposiciones de la CIDH. El Papa expresó su posición contra la fecundación asistida en laboratorio y contra el aborto en el discurso al recibir en el Vaticano las cartas credenciales del nuevo embajador tico ante la Santa Sede, el exdiputado liberacionista Fernando Sánchez (Murillo:2010;6A).

Expresó el Pontífice: *“Es deseable que Costa Rica no viole los derechos del nasciturus (ser humano entendido como tal desde el momento de la concepción) con leyes que legitimen la fecundación in vitro y el aborto”*, expresó el Papa tras recordar que Costa Rica, como sede de la firma del Pacto de San José (1969), está comprometida a respetar la vida humana desde su concepción (Murillo:2010;6A).

La Iglesia rechaza estas técnicas de fecundación, por considerarlas contrarias a la moral, en las que interviene la masturbación y la fecundación artificial. El papa Pío XII fue uno de los primeros en condenarlas por inmorales. (Escobar:2010;1) La Congregación para la Doctrina de la Fe en documento del 22 de febrero de 1987, rechaza tales procedimientos artificiales (Escobar:2010;1).

La biología y la medicina contribuyen con sus aplicaciones al bien integral de la vida humana, cuando desde el momento en que acuden junto a la persona enferma respetan su dignidad de criatura de Dios. Pero ningún biólogo o médico puede pretender razonablemente decidir el origen y el destino de los hombres en nombre de su competencia científica. Esta norma se debe aplicar de manera particular al ámbito de la sexualidad y de la procreación, pues ahí los seres humanos actualizan los valores fundamentales del amor y de la vida. Un aspecto preliminar a la valoración moral de tales técnicas es la consideración de las circunstancias y de las consecuencias que comportan en relación con el respeto debido al embrión humano. La consolidación de la práctica de la fecundación *in vitro* ha requerido formar y destruir innumerables embriones humanos. La conexión entre la fecundación en vitro y la eliminación voluntaria de embriones humanos se verifica demasiado frecuentemente. Ello es significativo: con estos procedimientos, de finalidades aparentemente opuestas, la vida y la muerte

quedan sometidas a la decisión del hombre, que de este modo termina por constituirse en dador de la vida y de la muerte por encargo (Escobar:2010;1).

Sobre la fecundación heteróloga expresa la Iglesia:

"...lesiona los derechos del hijo, lo priva de la relación filial con sus orígenes paternos y puede dificultar la maduración de su identidad personal. Constituye, además, una ofensa a la vocación común de los esposos a la paternidad y a la maternidad: priva objetivamente a la fecundidad conyugal de su unidad y de su integridad; opera y manifiesta una ruptura entre la paternidad genética, la gestacional y la responsabilidad educativa. Esta alteración de las relaciones personales en el seno de la familia tiene repercusiones en la sociedad civil: lo que amenace la unidad y la estabilidad de la familia constituye una fuente de discordias, de desórdenes e injusticias en toda la vida social" (Escobar:2010;1).

Precisa que en la fecundación artificial homóloga *"intentando una procreación que no es fruto de la unión específicamente conyugal, realiza objetivamente una separación análoga entre los bienes y los significados del matrimonio"* (Escobar:2010;1).

Advierte que estas técnicas permiten al hombre tener en sus manos el propio destino y lo expone a la tentación de transgredir los límites de un razonable dominio de la naturaleza. Por tal razón, si tales técnicas pueden constituir un progreso al servicio del hombre, al mismo tiempo llevan graves riesgos (Escobar:2010;1).

En cuanto a *"la fecundación artificial homóloga dentro del matrimonio no se puede admitir, salvo en el caso de que el medio técnico no sustituya el acto conyugal, sino que sea una facilitación y una ayuda para que aquél alcance su finalidad"* (Escobar:2010;1).

En la carta encíclica *Evangelium Vitae* de Su Santidad Juan Pablo II, sobre el valor y el carácter inviolable de la vida humana, se expresa (Escobar:2010;1):



“También las distintas técnicas de reproducción artificial, que parecerían puestas al servicio de la vida y que son practicadas no pocas veces con esta intención, en realidad dan pie a nuevos atentados contra la vida. Más allá del hecho de que son moralmente inaceptables desde el momento en que separan la procreación del contexto integralmente humano del acto conyugal, estas técnicas registran altos porcentajes de fracaso. Este afecta no tanto a la fecundación como al desarrollo posterior del embrión, expuesto al riesgo de muerte por lo general en brevísimo tiempo. Además, se producen con frecuencia embriones en número superior al necesario para su implantación en el seno de la mujer, y éstos así llamados ‘embriones supernumerarios’ son posteriormente suprimidos o utilizados para investigaciones que, bajo el pretexto del progreso científico o médico, reducen en realidad la vida humana a simple “material biológico” del que se puede disponer libremente” (Escobar:2010;1).

2.1.8 Posición de la actual Asamblea Legislativa

El criterio de los integrantes de la Asamblea Legislativa frente al Informe de la CIDH, es diverso, a manera de resumen se tiene:

- ❖ Viviana Martín, jefa de la bancada liberacionista, *“No podemos hacernos de oídos sordos ante una llamada de atención como esta. Pero sí es importante dar el paso con una regulación muy clara que respete la vida humana” Según la legisladora, para ella, personalmente, este se trata de un tema “legal, moral y ético”:*“La preocupación básica es el desecho de gametos. Mi posición es muy clara: sería un requisito (del proyecto) que no haya desecho de gametos porque, además, se violaría la Constitución Política”. (Vizcaíno: La Nación 10-10-2010,A4).
- ❖ El jefe de fracción del Frente Amplio, José María Villalta, ve *“difícil”* abrir un espacio en la agenda legislativa, aunque reconoció que el país debe avanzar en el tratamiento de todo lo relacionado con reproducción humana (Ávalos. La Nación: 24-09-2010,A5).

- ❖ El jefe de fracción del Partido Acción Ciudadana, Juan Carlos Mendoza, prefiere manejar el asunto con cautela. Él cree en la necesidad de evitar el juicio internacional. Sin embargo, dice, su fracción no está dispuesta a apoyar a ciegas un proyecto de ley.
- ❖ Emilio Granados del Partido Accesibilidad Sin Exclusión, considera que lo que hace el Gobierno es un “*planteamiento responsable*”. (Vizcaíno: La Nación 10-10-2010, A5).
- ❖ Los socialcristianos, entre tanto, no habrá línea de fracción frente a la fecundación *in vitro*, sino que cada diputado votaría en la forma en que personalmente considere correcta cuando llegue el momento, explicó el jefe de la bancada, Walter Céspedes.
- ❖ Todos los diputados del Movimiento Libertario simpatizan con la FIV (Díaz; La Nación, 11-10-2010, A5).

De ocho fracciones legislativas, cuatro difieren internamente sobre la postura a tomar, si el proyecto de ley sobre la FIVET fuera sometido en estos momentos a votación, no obtendría los votos suficientes para convertirse en ley de la República. El sondeo realizado el 11 de octubre por las propias fracciones legislativas para explorar una eventual vía rápida y aprobación del proyecto determinó que solo treinta y cuatro diputados estarían anuentes a respaldar la iniciativa, debido a que, al ser un proyecto que plantea reformas constitucionales, requiere mayoría calificada para su aprobación (38 votos), no pasaría su aprobación (Díaz; La Nación, 11-10-2010, A5).

2.1.9 Punto de vista médico

El Dr. Gerardo Escalante López, Jefe de Servicio de Obstetricia, Hospital Calderón Guardia. Miembro de la Asociación Americana de Medicina Reproductiva (ASRM), Miembro de la Sociedad Europea de Reproducción Humana y Embriología, hace las siguientes aseveraciones en relación con la FIVET:

- Asegura que es un método seguro para tratar la infertilidad no superable por otros medios.
- La mayor parte de los óvulos humanos fertilizados, ya sea naturalmente o por fertilización en vitro, no estaban destinados a generar un recién nacido. El porcentaje puede llegar a ser tan alto como más del 80%.
- La mayor parte de los óvulos humanos fertilizados experimentan en forma natural un fenómeno de *apoptosis*: muerte celular genéticamente programada.
- En los centros serios donde se practica la FIVET, no se cambian las características genéticas de los óvulos fertilizados; solo se procura que se produzca la fertilización del óvulo.
- Es la naturaleza la que dirá cuáles de los óvulos fertilizados son normales y siguen su crecimiento y cuáles se quedan en el camino, precisamente por las alteraciones que traen (La Nación; 12/10/2010: 32).

Siendo que la práctica de reproducción asistida, va a ser utilizada por más personas con problemas de infertilidad, no pocas instancias sociales van a demandar un equilibrio entre el interés de los padres el derecho de procrear hijos y formar una familia, sale a flote el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación y también debe analizarse la posibilidad o presencia de conductas no acordes con el ordenamiento jurídico en la parte del Derecho penal, específicamente los delitos económicos.

La orden de la CIDH, dirigida al Estado costarricense emana desde los derechos humanos, por lo que es de importancia incluir dentro de este trabajo algunos aspectos relevantes sobre los mismos.

2.1.10 Opinión de la ciudadanía

En una encuesta realizada por la empresa Unimer para el periódico La Nación entre el 21 de octubre y el 3 de noviembre 2010 se obtuvo el siguiente resultado: la FIVET goza del visto bueno de la mayoría de la población.

- La opinión del pueblo dice que el 47% de los costarricenses están “muy de acuerdo” o “de acuerdo” con la técnica médica de producción humana asistida.
- El 33% no le agrada la idea de que en Costa Rica se reactive la FIVET.
- Las personas entre los 25 y 39 años de edad, con educación universitaria, y que habitan en la zona urbana, son quienes más están de acuerdo con la fertilización artificial.
- De hecho, los datos también evidencian que entre hombre y mujeres, la aprobación sobre la FIVET es prácticamente la misma.
- Un 47% de las mujeres están de acuerdo con la técnica, mientras la aprobación de los varones llega a un 46%.

La encuesta usó una muestra de 2.400 personas (1.200 mujeres y 1.200 hombres) con más de 18 años de edad. El sondeo tiene un nivel de confianza del 95%. (Díaz:04/12/2010;12A).

Uno de los hallazgos más significativos es que la FIVET tiene más apoyo entre quienes viven en las ciudades que en las zonas rurales. Se concluyó que más de la mitad (53%) de quienes residen en la ciudad tienen una opinión favorable a la técnica, contra el 29,8% que tiene una opinión contraria. En la zona rural donde la diferencia entre los criterios positivos y negativos es poca un 40% da la bendición a la FIVET, aunque un 37% no está de acuerdo con la técnica médica (Díaz:04/12/2010;12A).

“Los diversos campos de la actividad humana, en cuanto microcosmos sociales, son fruto de un proceso histórico de diferenciación de acuerdo a los tipos

particulares de legitimidad (y de poder), lo que da a cada campo una autonomía relativa respecto a los demás” (Bourdieu:2000;19).

SECCION SEXTA

1.- Tratamiento de la fertilización en vitro en el Derecho Internacional

En este apartado se incluye el tratamiento legal de la FIVET por parte de los países que se logró detectar en la literatura estudiada, no se puede analizar el punto de vista del derecho comparado por la sencilla razón que Costa Rica no cuenta con legislación respecto de la FIVET.

En lo relativo al estado jurídico del concebido para don Víctor Pérez Vargas “los dos paradigmas tienen causas eficientes diferentes. En el sistema anglosajón, los factores comerciales y tecnológicos parecen tener más peso que el mismo valor de la dignidad del concebido; ya se ha hablado hasta de un “turismo procreativo” y de un “libre comercio de servicios procreativos”. En los ordenamientos, donde los deseos no son derechos, ni los niños bienes de consumo, más bien se intenta preservar los resultados logrados mediante el Derecho Internacional en favor de la dignificación del hombre y en especial del Niño (en cualquiera de sus etapas de desarrollo) y se avanza en una creciente humanización” (Pérez:1988;9).

Se procede a citar algunos aspectos de derecho comparado, apuntando aspectos relevantes de las legislaciones de Alemania, Francia, España, Estados Unidos, Argentina y Colombia.

1.1 Alemania

En 1986 el Ministerio de Justicia de la entonces República Federal Alemana, presentó un Anteproyecto de Ley para la Protección del Embrión, con el fin de proteger la vida humana en todas las etapas de su desarrollo. En 1990 se aprueba la Ley que abarca tanto las técnicas de fecundación asistida como el manejo indiscriminado de embriones humanos (Schimth:1997;34).

Dentro de las sanciones contempladas se citan:

- Para quien fecunde artificialmente un óvulo con un fin distinto al de producir un embarazo en la mujer aportante.
- Se busca la tutela penal del embrión no implantado adoptando la posición más limitada en relación con las posibilidades de investigación.
- Se acepta como destino único de todo óvulo fecundando su desarrollo gestacional.
- La ley, define al embrión como el óvulo fecundado y apto para desarrollarse desde el momento de la unión de los núcleos, así como cualquier célula "*totipotente*" extraída del embrión.
- Se reprime penalmente la implantación de más de tres óvulos fecundados dentro de un mismo ciclo.
- La fecundación de óvulos que exceda el número de preembriones que pueden ser implantados en esa mujer, así como también a quien extraiga un embrión del útero antes de que se produzca su anidación.
- Prohíbe entre otras cosas, la venta, traspaso, utilización o adquisición con fines que no contribuyan a su conservación a un preembrión, ya sea producido en laboratorio o extraído del útero de una mujer, lo mismo que al responsable de que un preembrión se desarrolle extracorporalmente con fines distintos a la obtención de un embarazo.
- Condena la selección del sexo, excepto aquellos casos en que la misma se ha realizado para evitar la transmisión de alguna enfermedad hereditaria grave ligada con el sexo (Schmith:1997;34).

La legislación alemana de protección del embrión n°745 de 1990, en su artículo 8, define que hay embrión desde que hay fecundación y susceptibilidad de desarrollo del óvulo fecundado, a partir de la fusión de los núcleos celulares. El mismo término se aplica a toda célula totipotente extraída de un embrión, susceptible de

dividirse si reúne las otras condiciones necesarias y desarrollarse hasta formar un individuo (Elizondo:1989;18).

1.2 Francia

En este país se destaca la función fundamental del "Comité de Ética", el cual ha emitido opiniones sobre diversos temas vinculados a la materia, sugerencias, que si bien no revisten carácter obligatorio, son de hecho aceptadas por su importante impacto moral ha refutado la creación de sustancias embrionaria humana con exclusivos fines experimentales, la fecundación interespecies y las modificaciones genéticas no terapéuticas, entre otras actividades, aún cuando no existe la legislación represiva del caso (Memetau, citado por Schmit:1997;36).

1.3 España

En 1984 se creó un comité Especial de Estudio de la FIVET y la Inseminación Artificial Humanas, pero fue hasta 1986 que se aprobó por el Congreso. Dicha Comisión contempló un estudio sobre las técnicas tanto de manipulación ginecológica como de manipulación genética y sus recomendaciones han servido de ayuda en la creación de distintos instrumentos legales (Schmit:1997;33).

Principales recomendaciones:

- ✓ Debería existir legislación sobre la protección jurídica de los gametos y de los embriones humanos, considerando estos últimos desde su origen y hasta su extinción natural.
- ✓ La prohibición de la importación de gametos o embriones humanos.
- ✓ Autorizar la investigación la experimentación sólo en embriones no tengan la posibilidad de ser implantados y con el límite temporal del decimocuarto día siguiente a su formación en vitro.

- ✓ Prohíbe que se mantenga a los embriones en vitro más allá del decimocuarto día desde que fueron originados y que se considere como delito su no destrucción cumplido este término.
- ✓ Impide la transferencia de embriones sobre los cuales se haya experimentado y que se sancione penalmente la unión de gametos humanos con los de otras especies (Schmith:1997;33).

Actualmente la Ley Española sobre Técnicas de Reproducción Asistida, regula todas las prácticas y constituye una valiosa fuente de información para otros países (Schmith:1997;33).

El año 2006 el Congreso de los Diputados aprobó la nueva ley de Reproducción Asistida que facilitará los procesos de fertilización y agilizará la investigación con células madre embrionarias, dentro de los puntos a destacar de la nueva ley se tiene:

- ❖ Aumenta el número de ovocitos que se pueden implantar en cada ciclo, incrementando las probabilidades de embarazo.
- ❖ Permite decidir a la pareja o la mujer el destino de los embriones sobrantes.
- ❖ Podrán reservarlos para su propia utilidad en el futuro, donarlos a otra pareja, autorizar su uso con fines investigadores o bien pedir el cese de su conservación.
- ❖ Mantiene un riguroso respeto a los principios éticos universalmente recogidos.
- ❖ El objetivo principal es facilitar al máximo que parejas con problemas de fertilidad o mujeres solas puedan tener hijos biológicos.
- ❖ Regula con mayor profundidad y ampliando el ámbito la aplicación de las técnicas para la prevención y tratamiento de enfermedades que, hoy por hoy, son todavía incurables.

- ❖ Autoriza en casos limitados y excepcionales el uso para terceros de técnicas de diagnóstico preimplantacional, es decir, se permitirá que las parejas puedan concebir un niño sano para salvar a un hermano enfermo.
- ❖ Se prohíbe ejercer como madre de alquiler y también regula el proceso de donación de gametos y preembriones, que nunca tendrá un carácter lucrativo o comercial se establecerá mediante un contrato gratuito, formal y confidencial entre el donante y el centro autorizado.
- ❖ La investigación con embriones sólo podrá realizarse contando con el consentimiento expreso de los donantes y en centros previamente autorizados.
- ❖ No se autoriza la clonación de embriones humanos para uso terapéutico, como sucede en algunos países como el Reino Unido (Pinedo:2006;1).

1.4 Estados Unidos

En los Estados Unidos los mecanismos de control dirigidos a regular la moderna biotecnología parten desde el acatamiento voluntario de cierto tipo de límites, hasta la tipificación de ciertas conductas, pasando por la imposición de sanciones administrativas (Schmith:1997;35).

El Código de Regulaciones Federales aplicable a toda investigación relacionada con seres humanos conducida o financiada por el Departamento de Sanidad y Servicios Humanos, contiene regulaciones sobre la investigación en fetos, mujeres embarazadas y fecundación in vitro, determinando que no podrán utilizarse esos sujetos de investigación hasta que se hayan terminado estudios adecuados en animales y personas que no estén embarazadas. Dispone que la actividad no podrá iniciarse a menos que su propósito sea atender las necesidades de salud de la madre o de un feto en concreto y que el riesgo para el feto sea mínimo (Schmith:1997;35).

Acepta la investigación de los fetos dentro del útero bajo dos supuestos: a- que sea necesaria para la salud del mismo feto, y que el riesgo sea el mínimo; b- que el desarrollo de la investigación sirva para incrementar los conocimientos biomédicos relevantes que no puedan ser obtenidos de otro modo. (Schmith:1997;35).

Respecto al tratamiento de los fetos fuera del útero la legislación es permisiva y establece que mientras no se haya determinado con certeza si es viable o no se podrán desarrollar investigaciones siempre y cuando no aumente ningún riesgo a la sobrevivencia del feto y sirva para obtener conocimientos médicos difíciles de alcanzar por otros medios o que el objetivo de investigación sea aumentar las posibilidades de ese feto para tornarlo viable (Schmith:1997;36).

Respecto a los fetos exúteros no viables establece que ninguno podrá ser objeto de actividades experimentales, a menos que las funciones vitales del feto no sean mantenidas artificialmente, no se utilicen procedimientos que por sí mismos terminarían con el latir del corazón o con la respiración del feto y que el objetivo de la investigación sea obtener datos relevantes que no puedan ser obtenidos por otros métodos (Schmith:1997;36).

En los Estados Unidos, la FIVET, es legalmente permitida y se practica ampliamente. Está reglamentada en el ámbito estatal. Hay una ley a nivel federal que regula la FIV, conocida como la "Clínica de Reproducción Asistida Tasa de Éxito y Certificación", Ley de 1992, Ley Pública N ° 102-493. Señala que esta ley requiere que las instalaciones donde realizan fecundación "in vitro" informen sobre las tasas de éxito, y establece un programa modelo para la certificación de los laboratorios de embriones en los Estados (Camacho:2011;19).

El grado de regulación de la FIV en el ámbito estatal varía dramáticamente es legal en los 50 Estados. Algunos Estados tienen leyes que requieren la supervisión de un médico, algunos regulan el uso de embriones generados por fecundación "in vitro", y algunos Estados tienen leyes que obligan a que las compañías privadas de seguro médico ofrezcan cobertura para la FIV

(Camacho:2011;19).

1.5 Argentina

Don Víctor Pérez en relación al derecho argentino expuso: *“El Código Civil argentino proclama el principio de la personalidad jurídica del por nacer. La criatura humana, aún antes de haber nacido, ya es persona para el derecho, ya es sujeto del derecho, tiene personalidad jurídica y goza, por ende, de capacidad de derecho o de capacidad para la titularidad de los derechos civiles”* (Pérez:1998;10).

Resalta don Víctor Pérez en cuanto el Código Civil argentino reconoció, mucho antes de la Convención de Derechos del Niño, la personalidad del niño por nacer, cita Pérez a Vélez Sarsfield. *“Código Civil de 1869, considera al “nascituro” como persona existente, usando el concepto de “personas por nacer. Transcribe Pérez (1998) “Las personas por nacer no son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre. Si fuesen personas futuras no habría sujeto que representar” (Peréz:1998;11).*

En Argentina, no existe hasta el momento una normativa especial sobre el tema de fecundación asistida, sin embargo se han presentado al Congreso proyectos de ley para dar tratamiento al tema.

Los más novedosos y actuales se ubican en un primer grupo con una orientación permisiva en un segundo grupo y con una orientación restrictiva.

Características del primer grupo:

- Reconocen al embrión humano como persona una vez implantado en el útero o desde que posee la capacidad necesaria para ser implantado.

- No se fijan límites al número de embriones que pueden transferirse en cada intento, admiten la existencia de embriones sobrantes que quedan congelados con un futuro incierto.
- Admiten expresamente de la transferencia lo que supone la eliminación de los demás.
- Se desconoce cualquier valor intrínseco a los embriones humanos.
- Aceptan el empleo de gametos de terceros anónimos y, en general, no reconocen al hijo el derecho de conocer a su ascendiente, salvo en circunstancias excepcionales.
- Permiten a mujeres solas sin pareja el acceso a las técnicas (García y otros:2010;24).

Los proyectos del segundo grupo, destacan lo siguiente:

- Adoptan una postura de protección por el embrión.
- Reconocen al *conceptus* como titular de una serie de derechos, en particular a la vida, del embrión, su derecho a no ser congelado, derecho a su propia identidad al no ser objeto de experimentación.
- Aceptan la fecundación en vitro, pero fijan límite al número de embriones que pueden obtenerse, todos los cuales deben ser transferidos de inmediato al útero materno.
- Quedan descartados los bancos de embriones y la posibilidad de manipulación de los mismos.
- Solo admiten el empleo de gametos de la pareja, modo de garantizar la identidad del niño, asegurando la coincidencia entre el padre y la madre biológica, y el padre y la madre legales.
- Solo admiten el acceso a las técnicas a mujeres casadas (García y otros:2010;24).

El doctor Andorno, genetista argentino, opina que el derecho argentino vigente se encuentra dentro de una línea personalista, según la cual el ser humano debe ser tratado como una persona desde el momento mismo de la concepción. Sin dejar de lado la importancia que le asigna el derecho al interés del niño o niña, al momento de resolver los conflictos que le incumben. Por lo que se considera que los proyectos del segundo grupo son más coherentes con el espíritu humanista del sistema argentino (García y otros:2010;24).

En 1999, la Sala I de la Cámara Nacional Civil dispuso que se llevará a cabo un censo de embriones no implantados y ovocitos pronucleados existentes a la fecha en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (cuya cifra ascendía a 1.333 embriones crioconservados) y conservados artificialmente por instituciones públicas y privadas o por profesionales, procediendo a la individualización de esos embriones y ovocitos, de los dadores de los gametos y de aquellas instituciones y profesionales.

A su vez dispuso la citada Sala, prohibir toda acción sobre los mencionados embriones y ovocitos (sea por parte de los dadores o de las instituciones) que implique su destrucción o experimentación. Toda disposición material o jurídica de los embriones y ovocitos se deberá concretar con intervención del Juez de la causa (a excepción de la implantación en la misma dadora de los gametos femeninos con autorización del dador de los gametos masculinos) y también se le haría saber al Ministerio de Justicia de la imperiosa necesidad de una legislación brinde solución a las diversas cuestiones jurídicas que plantea la utilización de las técnicas de fecundación asistida (Coco:2010;1).

Los principales fundamentos para la creación de legislación en el campo de la FIVET fueron:

La existencia de la persona en su ordenamiento comienza desde el momento de la concepción, sea en el seno materno o fuera de él (artículo 4º inciso 1 del Pacto de San José de Costa Rica: toda persona tiene derechos a que se respete su vida.

Este derecho estará protegido por la ley, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

El artículo 1º de la CIDN, aprobada por Argentina mediante la Ley 23.849, establece que *"se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años..."* y el art 2º de la ley 23.849 aclara que "niño" es *"todo ser humano desde el momento de la concepción hasta los dieciocho años"*. El artículo 6º de dicha Convención establece que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.

El derecho de los padres a procrear y ejercer la patria potestad, el de los médicos a desempeñar su profesión, el de las asociaciones a comerciar y el de los miembros de la comunidad a beneficiarse con los frutos de la investigación científica, no puede ejercerse por sobre el derecho a la vida y a la integridad.

Ninguna decisión que comprometa el derecho a la vida o a la integridad física puede ampararse en el artículo 19 de la Constitución Nacional de Argentina, pues trascendería el ámbito de las acciones privadas y afectaría a terceros (Coco:2010;1).

Pero, ¿qué norma de aplicación general protege a los embriones fecundados en vitro? La respuesta es simplemente ninguna, no hay legislación específica en Argentina sobre tal tema. El fallo analizado trata de dar una solución a este vacío: la Constitución Nacional protege el derecho a la vida (Coco:2010;1).

En Argentina el ordenamiento constitucional reza que todo ser humano es persona y lo es desde su concepción, sea en el seno materno o fuera de él; y a partir de entonces, consecuentemente, es titular de derechos, entre ellos, y ante todo de los derechos a la vida y a la integridad física y psíquica.

Para esta posición, no es de mayor trascendencia que no haya leyes que protejan al embrión, ya que los tratados sobre derechos humanos con jerarquía constitucional sí protegen el derecho a la vida desde la concepción y, es más, antes de la reforma de 1994 este derecho era reconocido implícitamente en la

primera parte de la Carta Magna (artículo 33). El artículo 18 CN protege el derecho a la integridad física y psíquica del embrión (Coco:2010;1).

Algunos partidarios de esta doctrina son: el genetista Jérôme Lejèune y desde la óptica jurídica el Dr. Jorge A. Mazzinghi, César Asteguieta y Roberto L. Andorno. Deseo citar un trabajo de este último: *“El Derecho frente a la nueva eugenesia: la selección de embriones in vitro”* donde el autor expresa su preocupación porque el derecho asegure el respeto no sólo a la vida sino también como *“es el derecho a la alteridad y del derecho a la diferencia lo que principalmente está en juego en esta área”*, asegure se protección. El autor temía que mediante la experimentación y los estudios se llegue al Brave New World imaginado por Aldous Huxley. (Coco:2010;1 Centro de información Judicial, Agencia de Noticias del Poder Judicial, Buenos Aires, Argentina, Miércoles, 27 de octubre de 2010 - 8:26 Prensa, *“Obra social deberá cubrir un tratamiento de fertilización in vitro a pareja de mujer”*).

1.6 Colombia

En Colombia el Proyecto de Ley 151 de 2001 el senado modifico los Códigos Civil y Penal, en lo referente a la aplicación de los métodos de procreación humana asistida, manipulación genética, se dictan normas sobre el genoma humano y otras disposiciones.

La Ley tuvo por objeto: a) La aplicación de la normatividad sobre los métodos científicos de procreación humana asistida;

b) Las inseminaciones artificiales y fertilización invitro con transferencia de embriones;

c) El aporte, depósito, donación y disposición de gametos;

d) De los beneficiarios, el consentimiento informado y la relación paterno filial de la persona concebida mediante el procedimiento de los métodos científicos de procreación humana asistida;

e) El parentesco, la existencia biológica, legal y la legitimidad del hijo

concebido por asistencia científica, modificando los artículos 36, 50, 90, y 213 del Código Civil;

f) La maternidad de la mujer soltera ante los métodos científicos de procreación;

g) La procreación póstuma;

h) La adopción de embriones;

i) La creación de la comisión de procreación humana asistida;

j) Modificación del Código Penal atinente a la manipulación genética;

k) Prohibiciones sobre manipulación genética de embriones y del genoma humano de nuestra diversidad étnica.

La Ley define la procreación humana con asistencia científica al conjunto de técnicas médicas especiales que implican la ayuda profesional al acto conyugal con el fin de lograr la procreación de la especie humana, la obtención y utilización de gametos con tal finalidad, o la transferencia de embriones con el mismo fin. Se entiende por fecundación in vitro y transferencia de embriones o fecundación humana extrauterina, a la fecundación del óvulo con semen humano en una probeta, siendo transferidos el embrión o embriones al útero.

El Ministerio de Salud colombiano es la institución que permite o autoriza las técnicas de la FIVET dentro de algunos aspectos contempla lo siguiente:

- ✓ La aportación de gametos
- ✓ Los depósitos de gametos
- ✓ Los donantes de gametos
- ✓ Las receptoras

Dentro de la legislación se contempla algunos detalles de los que se exaltan los siguientes:

- ❖ Las técnicas se realizarán solamente cuando las posibilidades de éxito sean científicamente razonables y no supongan riesgo grave o

desproporcionado para la vida o la salud de la descendencia, de la madre o de ambos.

- ❖ Las instituciones autorizadas por el Ministerio de Salud deben prestar siempre una adecuada asistencia médica y psicológica a la pareja heterosexual, tanto antes y durante, como después de la aplicación de las técnicas de procreación humana con asistencia científica, independientemente del resultado de su utilización.
- ❖ La finalidad exclusiva de la actuación médica en técnicas de procreación humana asistida, es colaborar a la solución de la comprobada infertilidad o esterilidad de uno de los miembros de la pareja heterosexual o de ambos.
- ❖ La aplicación de las técnicas se hará mediante el consentimiento de la mujer y de su marido y serán administradas bajo la responsabilidad del médico.
- ❖ Las técnicas sólo deben utilizarse como medio terapéutico por expresa indicación médica previo concepto favorable del Comité Etico Científico de la Institución.
- ❖ Quien done gametos para efectos de la aplicación de técnicas, perderá todos los derechos civiles, penales y de familia que pudiera accionar.
- ❖ Únicamente podrán considerarse como beneficiarios de las técnicas, las parejas heterosexuales mayores, cuya edad no conlleve riesgos para el proceso de gestación o la salud y formación integral del nuevo ser, plenamente capaces de consentir jurídicamente, en óptimas condiciones psicofísicas evaluadas conforme al Protocolo de que trata la presente Ley, que estén unidas por vínculo del matrimonio o por unión marital de hecho.

La Ley colombiana contempla algunas prohibiciones en la práctica de la FIVET tales como:

- Obtener preembriones humanos por lavado uterino para cualquier fin.
- La manipulación genética de embriones en laboratorio con fines diferentes a la procreación humana asistida.

- Mantener *in vitro* a los óvulos fecundados y vivos, más allá del día catorce siguiente al que fueron fecundados.
- Comerciar con preembriones o con sus células, así como su importación y exportación.
- Utilizar preembriones con fines cosméticos y semejantes.
- Transferir al útero gametos o preembriones sin las exigibles garantías biológicas o de viabilidad.
- La discriminación de las personas en función de su patrimonio genético.
- La selección o elección del sexo.
- La maternidad por encargo, alquiler o subrogación de vientres.
- La clonación.
- La transferencia de gametos o preembriones humanos o gestación de un embrión humano en el útero de un animal o a la inversa.
- La fusión de preembriones entre sí o cualquier otro procedimiento dirigido a producir quimeras.
- La transferencia al útero en un mismo tiempo de preembriones originados con óvulos de distintas mujeres.
- La utilización de la ingeniería genética y otros procedimientos, con fines militares o de otra índole para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana, del tipo que fuere.
- La gestación de embriones humanos en un útero artificial.
- La partenogénesis.

De un extracto de los países incorporados en estas investigaciones y el tratamiento legal de la FIVET se destaca:

En Alemania, en 1990 se aprueba la Ley que abarca tanto las técnicas de fecundación asistida como el manejo indiscriminado de embriones humanos por lo que, se acepta como destino único de todo óvulo fecundando su desarrollo gestacional.

La legislación alemana de protección del embrión n°745 de 1990, en su artículo 8, define que hay embrión desde que hay fecundación y susceptibilidad de desarrollo del óvulo fecundado, a partir de la fusión de los núcleos celulares.

En Francia se destaca se refutado la creación de sustancias embrionarias humanas con exclusivos fines experimentales. No existe represión legal al respecto.

España por su lado en 1984 creó un comité Especial de Estudio de la FIVET, dentro de las recomendaciones de dicho comité se tuvo: prohíbe que se mantenga a los embriones in vitro más allá del decimocuarto día desde que fueron originados y que se considere como delito su no destrucción cumplido este término. Actualmente la Ley Española sobre Técnicas de Reproducción Asistida, regula todas las prácticas y constituye una valiosa fuente de información para otros países.

En los Estados Unidos los mecanismos de control dirigidos a regular la moderna biotecnología parten desde el acatamiento voluntario de cierto tipo de límites, hasta la tipificación de ciertas conductas, pasando por la imposición de sanciones administrativas.

Acepta la investigación de los fetos dentro del útero bajo dos supuestos: a- que sea necesaria para la salud del mismo feto, y que el riesgo sea el mínimo; b- que el desarrollo de la investigación sirva para incrementar los conocimientos biomédicos relevantes que no puedan ser obtenidos de otro modo.

En Argentina, no existe hasta el momento una normativa especial sobre el tema de fecundación asistida, sin embargo se han presentado al Congreso proyectos de ley para dar tratamiento al tema. Los más novedosos y actuales, reconocen al embrión humano como persona una vez implantado en el útero o desde que posee la capacidad necesaria para ser implantado.

En Colombia la Ley define la procreación humana con asistencia científica al conjunto de técnicas médicas especiales que implican la ayuda profesional al acto

conyugal con el fin de lograr la procreación de la especie humana. Se entiende por fecundación in vitro y transferencia de embriones o fecundación humana extrauterina, a la fecundación del óvulo con semen humano en una probeta, siendo transferidos el embrión o embriones al útero.

El Ministerio de Salud colombiano es la institución que permite o autoriza las técnicas de la FIVET. Dentro de la legislación se contempla algunos detalles de los que se exaltan los siguientes: se realizarán solamente cuando las posibilidades de éxito sean científicamente razonables. Adecuada asistencia médica y psicológica a la pareja heterosexual. Actuación médica, es colaborar a la solución de la comprobada infertilidad o esterilidad de uno de los miembros de la pareja heterosexual o de ambos. La aplicación se hará mediante el consentimiento de la mujer y de su marido. Únicamente podrán considerarse como beneficiarios de las técnicas, las parejas heterosexuales mayores, cuya edad no conlleve riesgos para el proceso de gestación o la salud y formación integral del nuevo ser, plenamente capaces de consentir jurídicamente, en óptimas condiciones psicofísicas evaluadas.

SECCION SETIMA

1. Proyectos de Ley Costa Rica

“Si bien la investigación controlada, censurada y dirigida es nefasta, también queda en claro que las ciencias no pueden ejercerse sin responsabilidad social por sus costos y sin compromiso moral por sus consecuencias” (Bergel:2000;43).

En el el Informe de Fondo N.º 85/10 (Fecundación in vitro, Caso 12.361) de la CIDH, tras valorar las posiciones de las partes, y analizar los hechos del caso, la CIDH, de conformidad con lo establecido en el artículo 50 de la Convención Americana, concluye que el Estado de Costa Rica es responsable por la violación de los derechos consagrados en los artículos 11.2, 17.2 y 24 de la Convención

Americana, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento, en perjuicio de Gretel Artavia Murillo, Miguel Mejía Carballo, Andrea Bianchi Bruno, German Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, Ileana Henchos Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia María Carro Maklouf, Víctor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, María del Socorro Calderón P., Joaquina Arroyo Fonseca, Geovanni Antonio Vega, Carlos E. Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma y Oriester Rojas Carranza (Pag web CIDH)

El Poder Ejecutivo somete a su consideración el proyecto de "*Ley sobre fecundación in vitro y transferencia embrionaria*". Lo anterior, como parte de las medidas a que se compromete el Estado costarricense al responder el Informe de Fondo N.º 85/10 (Fecundación in vitro, Caso 12.361) de la CIDH.

1. 1 Proyecto de ley nº 17900 del 22/10/2010, Ley sobre la FIVET y transferencia embrionaria

La siguiente información es tomada del periódico Oficial La Gaceta No 216 del lunes 8 de noviembre de 2010.

El proyecto 17900 está estructurado en cuatro capítulos, a saber: Disposiciones generales, Protección de la persona humana, Requisitos y procedimientos, y Delitos y sanciones. Se procede a elaborar un resumen:

El capítulo I

- Define la fecundación in vitro y transferencia embrionaria.
- Establece una base técnica para la aplicación e interpretación futura de la normativa.
- Se declara autorizada la fecundación *in vitro* a partir de la vigencia de la Ley.

- Establece normas generales para la determinación del ámbito de aplicación activa y pasiva de la norma.
- Se indica el órgano competente para fiscalizar la debida aplicación de la ley.

El artículo 2 distingue los dos tipos de fecundación *in vitro* conocidos como son: la homóloga, cuando los gametos proceden de los cónyuges o convivientes que integran la pareja beneficiaria, y la heteróloga, cuando uno de los gametos ha sido donado por un tercero.

Permite la fecundación *in vitro* de una mujer sin pareja y la equipara a la fecundación heteróloga. El fundamento de esta disposición es la de evitar la discriminación de las mujeres que no están en una relación de pareja, como las solteras, divorciadas o viudas, quienes estarían en una situación disminuida respecto de otras mujeres con su mismo estado civil que pueden procrear con un tercero, ya sea por vía natural o por otros métodos de fecundación asistida, como la inseminación artificial, que no les están prohibidos.

Artículo 5. Se asigna al Ministerio de Salud la función de supervisar los establecimientos que se dediquen a aplicar la fecundación en vitro, asegurándose de que lo hagan conforme con los principios médicos, técnicos, deontológicos y legales que la rigen y facultándolo a tomar medidas sancionatorias en caso de incumplimiento.

En el capítulo II de la protección de la persona humana:

- ✓ Se establecen las condiciones *sine qua non* para la práctica legal de la fecundación en vitro.
- ✓ La protección de la persona por nacer que se establece en este proyecto no se limita a proteger el derecho a la vida sino que, de manera integral y completa, abarca todos los demás derechos fundamentales de los que es titular la persona por nacer, tal y como se contempla en el artículo 6.

✓ Se establecen, las prohibiciones o límites de dicha práctica.

Artículo 8. Prohíbe la *“reducción o destrucción de embriones, la experimentación, su preservación mediante congelamiento o cualquiera otra técnica, su comercio, donación y cualquier otro trato lesivo que atente contra la vida y la dignidad humanas.”*

Su párrafo primero, es el eje principal de todo el proyecto porque es el que prohíbe que los embriones sean tratados como objetos de comercio y susceptibles de ser destruidos.

Concilia los derechos a tener una familia y a procrear, con el derecho superior - como lo ha definido la propia CIDH al calificarlo de “primigenio”- a la vida de la persona por nacer desde su fecundación. Ese mismo derecho a la vida, tutelado por el artículo 4.1 del Pacto de San José, obliga a evitar la proliferación de bancos y de un comercio de embriones.

El artículo 9 establece la obligación de que tanto los embriones, como la madre, reciban los cuidados necesarios para asegurar su salud y garantizar su nacimiento, con la salvedad del aborto terapéutico.

En el capítulo III Requisitos y procedimientos se establecen las normas para un adecuado procedimiento en la práctica de la fecundación in vitro.

Se incluyen ahí una serie de requisitos adicionales a los del artículo 8 como son la necesidad de que las personas que se van a someter al procedimiento médico otorguen previamente su consentimiento escrito, libre, expreso e informado, otorgado personalmente y por separado.

En el capítulo IV Delitos y sanciones se incluyen cinco figuras penales con las que se pretende sancionar la violación de las prohibiciones establecidas en la ley en protección de la integridad y supervivencia de los embriones, así como de los derechos de la o los beneficiarios de los procedimientos de fecundación asistida.

Con esto se pretende una mayor garantía de acatamiento de la normativa por parte de quienes practiquen el procedimiento regulado en la ley.

Todos estos delitos serán sancionados con penas de prisión, excepto la forma culposa prevista en el artículo 20, que es susceptible de una sanción de días multa.

Todas las sanciones han sido establecidas guardando una proporcionalidad entre sí y, en conjunto, con respecto a las penas previstas por el Código Penal para el delito de aborto. Todos ellos son delitos de acción pública (artículo 24).

El artículo 3, define el sujeto pasivo de la FIV, la fecundación in vitro se aplicará en mujeres mayores de edad, con plena capacidad cognoscitiva y volitiva, que se encuentren en buen estado de salud física y psíquica, y que la hayan aceptado libre, consciente, voluntariamente y por escrito.

Artículo 4, sujetos y establecimientos autorizados para la práctica de la FIV, la fecundación in vitro solo podrá ser realizada por equipos profesionales interdisciplinarios debidamente capacitados, que cumplan los requisitos académicos exigidos por cada Colegio Profesional para laborar en esta área, a juicio de esos Colegios Profesionales, y en establecimientos de salud debidamente autorizados por el Ministerio de Salud (MS).

Capítulo II, protección de la persona humana:

Prohibición de toda discriminación: la persona por nacer no será objeto de ninguna práctica discriminatoria en virtud de su patrimonio genético, sexo o raza o cualquier otro motivo, ni de técnica alguna para modificar sus características.

Protección del embrión transferido: cuando los embriones sean transferidos a la madre recibirán, lo mismo que ella, los cuidados necesarios para asegurar su salud y garantizar su nacimiento.

El embarazo no podrá interrumpirse, salvo que por razones terapéuticas demostradas resulte imprescindible para preservar la vida de la madre.

Artículo 10. Interrupción del procedimiento. La mujer receptora de la técnica de fecundación en vitro podrá pedir que se interrumpa, siempre que no se haya producido la fecundación. Deberá hacerlo por escrito y ante uno de los profesionales encargados de aplicar el procedimiento de fecundación en vitro. En el mismo sentido y de la misma manera, podrá proceder la pareja en conjunto.

Capítulo III, requisitos y procedimientos: la fecundación in vitro solo podrá aplicarse previo consentimiento escrito, libre, expreso e informado, otorgado personalmente y por separado, de las personas que se someterán a ella.

A la mujer o a la pareja que solicita el tratamiento de fecundación en vitro se le deberá informar, de manera clara y detallada, sobre los siguientes aspectos

- El contenido y los alcances de esta Ley, especialmente de lo dispuesto en las normas en materia de protección al embrión, así como del o los reglamentos que la desarrollen.
- Los posibles resultados del procedimiento que se piensa seguir y riesgos previsibles que podrían correr la madre o el hijo al aplicar la técnica o el tratamiento posterior, así como de la posibilidad, si la hubiere, de un embarazo múltiple y de sus consecuencias.
- Los aspectos éticos, biológicos, jurídicos y económicos relacionados con la técnica que se piensa aplicar. Otras alternativas posibles.
- En un documento se hará constar que se dio y recibió la anterior información. Independientemente de que se trate de la fecundación en vitro homóloga o heteróloga, de la mujer sin pareja o de la pareja beneficiaria se llevará un expediente con su historia clínica completa y exhaustiva.

Capítulo IV, Delitos y sanciones. Artículo 19, destrucción de embriones humanos: quien, en la aplicación de la técnica de la fecundación en vitro, destruyere o redujere o de cualquier modo diere muerte a uno o más embriones humanos, será sancionado con prisión de uno a seis años.

Artículo 20, destrucción culposa de embriones humanos: quien produjere, en la aplicación de la técnica de la fecundación en vitro, el resultado previsto y sancionado en el artículo anterior por imprudencia, impericia o negligencia, será sancionado con cincuenta a cien días multa.

Manipulación prohibida de embriones humanos: quien aplicare técnicas sobre un embrión humano para modificar sus características, lo dañare, lo sometiere a experimentación, lo preservare mediante congelamiento o cualquiera otra forma de almacenamiento, comercio, donación o transferencia a otra mujer distinta de la que produjo el óvulo, será sancionado con prisión de uno a cuatro años.

Fecundación artificial sin consentimiento: quien fecundare artificialmente un óvulo sin que la mujer de quien proviene, ni el hombre cuyo esperma fue utilizado, hubieran dado su consentimiento por escrito, libre, expreso e informado, otorgado personalmente o por separado, será sancionado con prisión de diez meses a cuatro años.

Fecundación en vitro sin consentimiento: quien practicare a una mujer la fecundación en vitro sin su consentimiento y, en el caso de las parejas, sin el consentimiento de ambos cónyuges o convivientes, dado de forma escrita, libre, expreso e informado, otorgado personalmente y por separado, será sancionado con prisión de uno a cuatro años.

Los delitos previstos en el proyecto son todos de acción pública.

1.2 Comienzo de la existencia de las personas en los proyectos sobre fecundación

La persona humana gozará de todos los derechos fundamentales a partir de la fecundación (artículo 6 del proyecto).

1.2.1 Derechos de las personas por nacer en los proyectos

La protección de la persona por nacer que se establece en el proyecto no se limita a proteger el derecho a la vida sino que, de manera integral y completa, abarca

todos los demás derechos fundamentales de los que es titular la persona por nacer, tal y como se contempla en el artículo 6.

ARTÍCULO 6.- Derechos fundamentales de la persona humana

La persona humana gozará de todos los derechos fundamentales a partir de la fecundación, en particular a:

- ✓ La vida.
- ✓ La salud.
- ✓ La integridad física.
- ✓ La identidad genética, biológica y jurídica.
- ✓ La gestación en el seno materno.
- ✓ El nacimiento.
- ✓ La familia.
- ✓ La igualdad.

La enumeración precedente no excluye otros derechos y garantías que puedan beneficiar a la persona por nacer.

El proyecto de Ley 17900 sobre FIVET a discutir en la Asamblea Legislativa, penaliza al médico que destruya o almacene embriones, hasta con seis años de prisión (Díaz:2010/22/12/A4).

Es clara la prohibición a las parejas y a sus médicos descartar los embriones a pesar de tener claro que los productos no gozan de completa salud, lo que significa que si bien se permite la FIVET también existe la limitante de escoger o en su lugar descartar un embrión que desde la concepción se le detecta algún padecimiento.

El análisis se realiza en los blastómeras, aquellas células embrionarias en las cuáles es posible detectar enfermedades, como la distrofia muscular de Duchenne, padecimiento que causa la muerte del infante a los pocos años de vida (Díaz;2010/22/12/A4).

Las parejas en el citado proyecto deben firmar un consentimiento aceptando al producto de la técnica FIVET, a pesar que tenga algún padecimiento congénito.

1.2.2 Proyecto del Código Penal de Costa Rica dictamen afirmativo unánime expediente nº 11.871 14 de abril de 1998

Título I, delitos contra la vida al igual que el CP actual mantiene los tipos de los delitos contra la vida. Este segmento se limitará a enunciar el tipo de los diferentes delitos y las penas de interés con el presente trabajo.

- Homicidio simple: quien mate a una persona, será sancionado con pena de prisión de ocho a quince años.
- Homicidio calificado agravado: será sancionado con pena de prisión de quince a veinticinco años quien mate:
 - a. A su ascendiente, descendiente, o hermano por consanguinidad o afinidad;
 - b. A su cónyuge, a la persona con quien haya convivido en análoga relación;
 - c. A la persona que se encuentre bajo su cargo, custodia o protección;
 - d. Homicidio conexo con otro delito: será sancionado con pena de prisión de quince a treinta y cinco años quien mate a una persona para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar para sí o para otro la

impunidad o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito.

- Homicidio calificado atenuado: será sancionada con pena de prisión de uno a seis años:
 - a. La mujer que mate a su hijo de hasta tres días de nacido, impulsada por alteraciones en su estado anímico que las circunstancias hagan explicable.
 - b. La persona que con intención de lesionar cause la muerte.
- Homicidio culposo: quien por culpa mate a una persona, será sancionado con pena de prisión de seis meses a cinco años. Al autor se le podrá imponer también la pena de inhabilitación que corresponda, por un período de tres a diez años para el ejercicio de la profesión, oficio, arte o actividad en que se produjo el hecho.

El capítulo II del proyecto contempla los tipos de aborto y sus formas:

- ❖ Aborto sin consentimiento
 - a. Quien mate al producto de la concepción sin el consentimiento de la mujer o cuando ésta sea menor de quince años o cuando haya obtenido su anuencia mediante violencia, amenaza o engaño, será sancionado con pena de prisión de dos a ocho años.
 - b. Al autor se le podrá imponer también la pena de inhabilitación que corresponda, de cinco a diez años.
- ❖ Aborto con consentimiento: si el aborto se produce con el consentimiento de la mujer, la pena será de prisión de seis meses a cuatro años.
 - a. Al autor se le podrá imponer además, la pena de inhabilitación que corresponda, de uno a cinco años.

- ❖ Aborto procurado: cuando la mujer consienta o cause su propio aborto, la pena será de prisión de seis meses a dos años.
- ❖ Aborto atenuado: cuando el aborto se perpetre a causa de motivaciones que alteren el estado anímico de la mujer y que las circunstancias hagan explicable, la pena será de tres meses a un año de prisión, tanto si es cometido por la mujer como por terceros con el consentimiento de aquélla.
- ❖ Aborto impune: no es punible el aborto practicado por quien ejerza la medicina o la obstetricia autorizada, cuando no ha sido posible la intervención del primero, si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y éste no ha podido ser evitado por otro medios, siempre que haya consentimiento de la mujer.
- ❖ Aborto culposo: quien por culpa, con excepción de la mujer, cause la muerte del producto de la concepción, será sancionado con pena de sesenta a ciento veinte días multa.

1.2.3 Lesiones al producto de la concepción

El capítulo IV del proyecto 11871 del CP, incluye las lesiones al producto de la concepción de la siguiente manera:

Artículo 143: Lesiones al producto de la concepción:

- Quien cause al producto de la concepción una lesión que perjudique su normal desarrollo, será sancionado con pena de prisión de seis meses a dos años.
- Al autor se le podrá imponer además la pena de inhabilitación que corresponda, de dos a ocho años.

Artículo 144: Lesiones culposas al producto de la concepción;

- Quien por culpa, con excepción de la madre, cause lesiones al producto de la concepción, será sancionado con pena de treinta a sesenta días multa.

Se hace necesario crear normas legales que regulen las técnicas de FIVET en todos los aspectos y campos: morales, éticos, jurídicos, comerciales e industriales.

En nuestro país son muchas las parejas que no pueden tener hijos o hijas y el número de casos de mujeres y hombres con problemas de esterilidad crece cada día. La esterilidad es motivo de sufrimiento, frustración o desesperanza para quienes desean tener descendencia, estas personas, se sienten con derecho a procrear y formar una familia. Debido a los avances tecnológicos y de las ciencias biológicas, hoy día la infertilidad o esterilidad humana, ya no es más un obstáculo para las parejas o personas que padecen éstas anomalías.

CAPITULO II

SECCION PRIMERA

1. Diseño metodológico

Una vez decidido el problema a investigar y revisada la bibliografía pertinente, se procede a plantear la investigación. Siendo una de las fases más importantes en el desarrollo de estudio, dado que teniendo un plan de investigación se podrá saber los pasos a seguir para realizar el trabajo y determinar los instrumentos que se van a utilizar, la accesibilidad de la muestra, y demás detalles a tomar en cuenta, entonces antes de empezar el proyecto es necesario saber qué se va a hacer, cómo y cuándo se va a realizar.

Con el fin de obtener una investigación organizada se establecerán fechas en las cuales se desarrollará cada fase y su finalización, asimismo un plan que muestre qué y cómo se va a llevar a cabo.

La tradición científica se ha apoyado en métodos cuantitativos, toda vez que las ciencias físicas y naturales han demostrado una mayor dinámica y mejores posibilidades de adaptación a los postulados de lo que se entiende por ciencia. Surge como alternativa al paradigma racionalista el enfoque o modelo naturalista o cualitativo, puesto que en las disciplinas de ámbito social existen diferentes problemáticas, cuestiones y restricciones que se pueden explicar ni comprender en toda su extensión desde la metodología cuantitativa (Pérez:1998;26).

Por lo general en los estudios cuantitativos se establece una o varias hipótesis, se diseña un plan para someterla a prueba, se miden los conceptos incluidos en la o las hipótesis y se transforman las mediciones en valores numéricos, para analizarse posteriormente con técnicas estadísticas y obtener los resultados de manera más amplia o para consolidar las creencias formuladas en determinada teoría (Hernández: 2004;11).

Sin embargo a partir de la aparición de los estudios en relación con el ser humano en cuanto ser social, los estudios cuantitativos al tratar precisamente de cuantificar y aportar evidencia a una teoría que se tiene para explicar algo; la misma se mantiene hasta que se refute o se alcance una mejor explicación (Hernández:2004;11), estos estudios son incapaces de explicar la mayoría de los fenómenos en el campo social, la investigación en las ciencias sociales propicia la aparición de los métodos cualitativos, con énfasis en el contexto, que inician una nueva tradición para el estudio de los hechos sociales.

Previa a la selección del modelo del proceso de la presente investigación doctoral a utilizar, se realizó una revisión exhaustiva de varios modelos de procesos de investigación, de los cuales varios son facilitados por la universidad y otros se obtuvieron por medio de la bibliografía consultada.

La amplitud y profundidad del proceso de investigación varía también de autor en autor, por ejemplo Hernández considera: *“que en los enfoque cualitativos, la forma confiable para conocer la realidad es a través de la recolección y el análisis de datos, de acuerdo con ciertas reglas lógicas. Si éstas se siguen cuidadosamente y los datos generados poseen los estándares de validez y confiabilidad, las conclusiones derivadas tendrán validez, con el fin de construir conocimiento”* (2004;11).

Galindo (1998;23) es de la tesis que *“cada proceso concreto es único, alimentado por la experiencias previas, y alimentador de las futuras. La investigación toma así la forma de trabajo que se auto-organiza en la interacción entre la práctica y la previsión teórico-metodológica, además de la relación con los otros.”*

Independientemente del autor y sus propuestas de proceso de investigación, a nivel general, por ser el método cualitativo una guía para llevar a cabo una investigación científica situado en los patrones culturales que parte de la premisa de que toda cultura o sistema social tiene un modo único para entender cosas y

eventos, manera de ver el mundo que afecta la conducta humana (Hernández:2004;11). Siendo coincidentes en varias acciones los diferentes autores al menos en aspectos como: identificación del problema y la revisión de bibliografía existente sobre el tema, una definición metodológica a seguir en donde se definen hipótesis, variables, instrumento de recolección de datos, sujetos y otros.

También existe coincidencia cuando el conocimiento trasciende la mera exterioridad derivada de la experiencia, se posesiona el investigador ante una profundización cognoscitiva relativa que permitirá calificar el producto como un conocimiento técnico, meramente práctico o instrumental o como un conocimiento científico cuando alcance a las causas, los principios o la finalidad del objeto, lo que permitirá establecer leyes relativas a su funcionamiento o esencia (Herrera:1998;3).

Coinciden Herrera y Hernández en que debe existir un apartado para análisis de los resultados obtenidos, el cual sirve de base para la redacción del reporte o informe final. En todos los casos, la relación de conocimiento científico se producirá tras un proceso de investigación racional metódicamente regulado lo que se traducirá en postulaciones demostrables por vía de experimentación o del raciocinio, lo cual se expresará mediante fórmulas propias de la disciplina que se trate (Herrera:1998;3).

1.1 Enfoque empleado

Para Hernández (2004;11) el estudio de los modelos culturales son entidades flexibles y maleables que se tornan en el objeto de estudio de lo cualitativo.

En el presente trabajo de investigación se empleará un enfoque cualitativo, con carácter exploratorio, descriptivo. Un estudio cualitativo busca comprender su fenómeno de estudio en su ambiente usual (como vive, se comporta y actúa la

gente; que piensa; cuáles son sus actitudes y otros aspectos (Hernández:2004;12).

El estudio exploratorio se lleva a cabo cuando el investigador no tiene una idea específica de lo que quiere investigar, se realiza este tipo de estudio para lograr una primera aproximación al fenómeno y para ver cómo se relaciona dicho fenómeno con ciertos eventos que suceden a su alrededor (Pick y López:1992:30).

La finalidad que persiguen los estudios exploratorios consiste en auxiliar al investigador tanto para definir de forma más concreta el fenómeno con la manera en que debe realizar el estudio. Con los estudios exploratorios no se puede obtener conclusiones definidas ni generales, sin embargo son muy útiles, pues da la base para el planteamiento más adecuado de estudios posteriores (Pick y López:1992;30)

En cuanto a los estudios descriptivos no permiten llegar a conclusiones generales del fenómeno, sin embargo con su realización, la o el investigador obtiene mayor conocimiento de la cuestión, solo pretende describir las características más importantes del estudio, en lo que respecta a su aparición, frecuencia y desarrollo, es decir la y el investigador solo quiere describir el fenómeno tal como se presenta en la realidad.

En el presente trabajo de investigación se estudiará la opinión de diferentes actores y actrices sociales, su punto de vista frente a la implementación de la FIVET como orden emanada de la CIDH.

Los estudios descriptivos tienen varias características a tomar en cuenta en el presente trabajo tales como: los resultados describen a un grupo determinado de individuos. La investigadora sabe lo que quiere investigar en cuanto a objetivos y diseños. Se ha determinado lo que se quiere investigar, por consiguiente se tiene conocimiento de los instrumentos que tendrá que utilizar. Se ha delimitado tanto la

población como la muestra que va a estudiar.

Dentro de las actividades principales de la investigación cualitativa se tiene según Hernández citando a Neuman (1994) las siguientes:

- a- Se observan eventos ordinarios y actividades cotidianas tal y como suceden en su ambiente natural.
- b- Está discretamente involucrado con las personas que se estudian y con sus experiencias personales.
- c- Adquiere un punto de vista interno sin dejar de lado el ser observador externo.
- d- Se utiliza diversas técnicas de investigación y habilidades sociales de manera flexible, de acuerdo con los requerimientos de la situación.
- e- Produce datos en forma de notas extensas, diagramas, mapas o cuadros humanos para generar descripciones bastante detalladas.
- f- Sigue una perspectiva holística, los fenómenos se ven como un todo y no de manera individual.
- g- El investigador desarrolla empatía con los miembros que son estudiados.
- h- La realidad subjetiva en sí misma es objeto de estudio.
- i- Se observa los procesos sin irrumpir, alterar o imponer un punto de vista externo, sino tal y como son percibidos por los actores del sistema social.
- j- Es capaz de manejar paradoja, incertidumbre, dilemas éticos y ambigüedad.

Herrera (1998;4) afirma *“que cada objeto del conocimiento científico debe ser tratado con método que se adecue a su naturaleza, con lo que quedan indisolublemente unidos el objeto y el método de cada rama de la ciencia.”*

La investigación aporta a un tema de relevancia social, la FIVET familia y Constitución. Sus implicaciones sociales y políticas. Se canaliza a la visibilización del poder político de la Sala IV, y las consecuencias sociales

producto de la resolución que prohibió las técnicas de FIVET en el país, teniendo como consecuencia la intervención de la CIDH y encontrándose Costa Rica a las puertas de un juicio cuyo argumento por parte de la CIDH, es precisamente el achacar al Estado costarricense una actuación arbitraria al declarar inconstitucional las prácticas de reproducción asistida y negar a personas con problemas de infertilidad la posibilidad de formar una familia, situación que deja de lado lo estipulado en el artículo 51 de CPR.

“Los elementos individualizados sólo tienen propiedades en virtud de las relaciones que mantienen con otros en un sistema es decir, en virtud de la función que llevan a cabo en el sistema de relaciones; cualquier geometría no es más que un puro sistema de relaciones determinadas por los principios que las gobiernan y no por la naturaleza intrínseca de las figuras que encierran esas relaciones” (Bordieu:2001;14).

La investigación cualitativa no constituye una novedad en la educación, tiene antecedentes remotos en la cultura greco-romana. La investigación cualitativa se consiste en descripciones detalladas de situaciones, eventos personas, interacciones y comportamientos que son observables, incorpora lo que los participantes dicen, sus experiencias, actitudes, creencias, pensamientos y reflexiones, expresadas por los y las participantes en la investigación (Perez:1998;45-46).

Se utilizará el enfoque cualitativo, al permitir la descripción y profundización en el tema. Retomando los planteamientos de Rodrigo Barrantes la investigación resulta ser un proceso dinámico que descubre, en forma constante, nuevos enfoques científicos y construcciones de conocimientos (1999;17).

Las investigaciones cualitativas se caracterizan por ser estudios que proporcionan una descripción verbal o explicación del fenómeno estudiado, *“Los agentes sociales no son simples autómatas que ejecutan reglas según leyes mecánicas*

que se les escapan, pero tampoco se mueven por un cálculo racional en su acción: ni marionetas de las estructuras, ni dueños de las mismas” (Bordieu:2000; 13). Su esencia, naturaleza y comportamiento, ha sido tradicionalmente desarrollada en las ciencias humanas (Barrantes:1999;71).

El método cualitativo, consiste en descripciones detalladas de situaciones, eventos, personas, interacciones y comportamientos que son observables, incorpora lo que los participantes dicen, sus experiencias, actitudes, creencias, pensamientos y reflexiones tal como son expresadas por ellos mismos y no como cada investigador la describe. El enfoque cualitativo busca llegar al conocimiento (desde dentro) por medio del entendimiento de intenciones y el uso de la empatía (Hernández:2004:12).

“El enfoque cualitativo busca llegar al conocimiento desde adentro, (Stromquist, p.86 citado por Barrantes: 2003; 68), por medio del entendimiento de intenciones y el uso de la empatía” (Barrantes: 2003; 68).

Este tipo de investigación permite interpretar la realidad que viven las parejas que vieron sus deseos de formar una familia truncados por la prohibición de la FIVET en Costa Rica, asimismo busca analizar la incapacidad del Estado costarricense de manejar la técnicas FIVET.

“En el enfoque cualitativo, la confiabilidad externa se busca recogiendo bien las instancias y a los informantes se les identifica como típicos o atípicos según corresponda. Se desarrolla una posición social para que el investigador evite que se recojan datos sesgados o distorsionados” (Barrantes: 2003; 68).

Para Lupicinio Iñiguez (2004;1) la investigación cualitativa ha venido presentando un auge reciente debido a la búsqueda de la comprensión de los procesos sociales y la comprensión de la realidad. El autor menciona tres características que el investigador debe asumir para poder realizar investigaciones con enfoque

cualitativo.

Estas características son:

1. Sensibilidad histórica, que significa considerar el marco histórico en el cual se desarrolla la investigación;
2. Sensibilidad cultural, donde se toma en cuenta el entorno cultural, que incluye el sistema de normas y reglas propias de la cultura;
3. Sensibilidad socio-política, ya que toda investigación posee un compromiso político y genera consecuencias inhibitoras o favorecedoras del cambio social (Iñiguez:2004;1).

Pérez Serrano (1998;27-32) cita las siguientes características del paradigma cualitativo:

- ✓ Aboga por el empleo de los métodos cualitativos
- ✓ Interesado en comprender la conducta humana desde el propio marco de referencia de quien actúa.
- ✓ Observación naturalista sin control.
- ✓ Perspectiva desde adentro.
- ✓ Fundamentado en la realidad, orientado a los descubrimientos, exploratorio, expansionista, descriptivo e inductivo.
- ✓ Orientado al proceso: datos reales, ricos y profundos.
- ✓ No generaliza.
- ✓ Asume una dinámica.

Tomando en cuenta las anteriores características en la presente investigación se analizan las resoluciones de la Sala IV en materia de FIVET el artículo 51 de la

CPCR, en estrecha relación con el pronunciamiento de la CIDH y las diferentes posiciones de los y las actores sociales en torno a la protección, manejo y derechos del embrión humano, desde la concepción hasta su nacimiento con vida. Al entrar a un análisis de la normativa existente, escuchar a las diferentes posiciones para explorar y conocer las manifestaciones de poder de la Sala IV incurriendo al dictado de resoluciones que pueden contrariar de cierto modo las mismas normas constitucionales que se supone deben proteger y hacer cumplir sin distinciones u obstáculos de ninguna especie. Con lo citado se podrá tener un conocimiento sobre las actitudes u acciones que empleó la Sala IV en materia de FIVET dirigida a las parejas con problemas de infertilidad. Además, se analiza la protección de embrión humano desde su concepción hasta su nacimiento con vida y su relación con el Derecho Penal (DP).

1.2 Carácter del estudio

El carácter exploratorio y descriptivo, se centra en la visibilización de la aplicación del principio de la familia como célula principal de la sociedad, y el derecho de las parejas con problemas de infertilidad de acudir a la FIVET para formar precisamente una familia. No existen normas actualmente que regulen las técnicas de fertilización asistida, sin embargo la CIDH ordena a Costa Rica a solucionar dicho vacío y evitar más perjuicio a las citadas personas.

1.3 Paradigma

El presente estudio tuvo como eje orientador el paradigma naturalista exploratorio, ya que se centra en la indagación para conocer y determinar las consecuencias sociales y políticas en la familia vista desde el artículo 51 constitucional, y su relación con la prohibición de la FIVET por parte de la Sala IV en el año 2000.

“Los estudios exploratorios se efectúan, normalmente, cuando el objetivo es examinar un tema o problema de investigación, poco estudiado, del cual se tienen muchas dudas o no se ha abordado antes” (Hernández y otros 2003;115).

1.4 Proceso de investigación seleccionado

El proceso de investigación seleccionado tiene cuatro etapas y varias actividades que se mencionan a continuación:

2. Etapa de planificación

Comprende los siguientes pasos:

2.1 Conceptualización

- Antecedentes
- Identificación del problema, área de interés
- Revisión bibliográfica
- Formulación de la hipótesis y definición del objetivo general
- Formulación de los objetivos específicos
- Desarrollo del marco teórico y conceptual
- Selección del diseño de estudio
- Identificación de la población diana, accesible y elegible
- Determinación de las unidades de estudio (muestra)
- Elaboración de un instrumento o técnica para obtener los datos
- Preparación de la estrategia de análisis estadístico
- Realización de una prueba piloto

2.2 Etapa de obtención de datos

- Acceso a las fuentes de información o unidades de análisis
- Recolección de datos (medición de variables)
- Procesamiento o preparación de los datos

2.3 Etapa de análisis de los datos e interpretación de los resultados

- ✓ Análisis de datos
- ✓ Explicación de las observaciones
- ✓ Análisis de la relación entre la hipótesis y los resultados obtenidos

- ✓ Limitaciones del estudio
- ✓ Alcances del estudio

2.4 Etapa de comunicación de los resultados

- ❖ Elaboración del primer borrador
- ❖ Redacción y corrección de los sucesivos borradores
- ❖ Redacción definitiva del proyecto de investigación
- ❖ Defensa de candidatura

De las etapas citadas, por la estructura del programa doctoral y para efectos del examen de candidatura, es requerido haber avanzado en la etapa de planificación, principalmente en los procesos llamados conceptualización y diseño.

Aunque las etapas de obtención de datos, análisis de los datos e interpretación de los resultados y comunicación de los resultados son efectuados una vez aprobado el examen de candidatura, en este documento se detalla las acciones que se deben efectuar durante las últimas etapas.

Al día de hoy ya se ha ido desarrollando y evaluando en los diferentes seminarios impartidos por el Doctor Alfredo Chirino en la Sede Universitaria, algunos puntos correspondientes a la etapa de planificación, los cuales de manera puntual se detallan a continuación, según el orden propuesto por el Doctor Chirino.

2.5 Identificación del problema (área de interés)

El creciente desarrollo de la ciencia y el auge en la tecnología han logrado superar las barreras de lo desconocido en la creación del ser humano desde hace no poco tiempo, con la ayuda de instrumentación técnica las mujeres y hombres dedicados a la ciencia genética han creado los mecanismos idóneos a fin de concebir su propia fecundación, sin necesidad de acudir a la procreación natural. No se oculta el beneplácito para personas con problemas de infertilidad

sin embargo en ciertos sectores sociales se acepta con reservas, y generando serias discusiones y como dice Arberas citada en el libro de Bergel (2000:11):

“La complejidad de la práctica médica, sobre todo el ámbito de la Genética, nos ubica en una posición de conflicto entre lo que se debe y lo que se puede.” Por lo que parece razonable analizar las implicaciones sociales y políticas que genera la FIVET, en el instituto de la familia y su relación con el artículo 51 de la CPR, relacionado con el pronunciamiento de la CIDH, lo que tiene a Costa Rica en puertas de enfrentar un juicio ante dicha Corte. La fecundación de individuos logrados en tubos de ensayo en un laboratorio debe someter a un examen riguroso las técnicas de FIVET, si se tiene el derecho a la vida como el derecho fundamental por excelencia. Sus implicaciones sociales y políticas hacen que el científico, el jurista y el legislador se involucren de lleno a fin de no dejar de lado situaciones, hechos y acciones relevantes que puedan originar diferencias abismales entre las ciencias y complejas consecuencias en las relaciones sociales y políticas las que al no estar contempladas en el ordenamiento jurídico, se puede estar dejando de lado la relevancia de los valores que llevan implícitos las técnicas de FIVET.

2.6 Delimitación del problema de investigación

Los modernos avances en los campos biomédicos y tecnológicos han significado la apertura de enormes posibilidades en el tratamiento de problemas de infertilidad, al tiempo que han creado una cierta inquietud e incertidumbre social ante sus posibles consecuencias (Lema:1999;353).

“Hoy asistimos a una simbiosis entre ciencia y técnica; al imperio de lo que se ha dado en llamar “tecnociencia”, que cuestiona con argumentos más que atendibles la supuesta neutralidad de la ciencia ante la ética” (Bergel:2000;30).

La CPR entraña en su artículo 51 una protección especial a la familia, creada para lograr la eficacia y la consecuente calidad de vida y una respuesta a sus

demandas en la vía judicial, con el debido respeto a sus derechos, tanto individuales como colectivos.

Garantizar efectivo resguardo de los derechos fundamentales de todos y todas las costarricenses, hacer respetar la CPR y garantizar el acceso a las personas a la justicia constitucional (Informativo Judicial:2009;4), es la tarea que asumieron los miembros de la Sala IV, desde su nacimiento.

El carácter vinculante de la jurisprudencia y precedentes de la jurisdicción constitucional lo son *erga omnes*, sin embargo, se pueden presentar ocasiones en algunos precedentes que pueden ser no aplicados *erga omnes* y causar perjuicio a la ciudadanía, y no solo a un determinado número de personas, sino que como en el caso de la fertilización en vitro, en estos momentos el Estado costarricense se encuentra a puertas de un juicio, en la CIDH.

El fallo que emitió la Sala IV a las 15 horas 21 minutos del 15 de marzo de 2000, prohibió la FIVET en Costa Rica, el citado voto declaró: *“Se anula por inconstitucional, el Decreto Ejecutivo No24029-S del 3 de febrero de 1995, publicado en la Gaceta No 45 del 3 de marzo de 1995. Esta declaratoria es retroactiva a la fecha de vigencia de la norma impugnada, sin perjuicio de los derechos adquiridos de buena fe.”* En agosto del presente año, la CIDH calificó esa sentencia como “arbitraria” y advirtió que la prohibición violenta el derecho de las personas a formar una familia (La Nación: 2010; 6).

La CPR entraña en su artículo 51 una protección especial a la familia, creada para lograr la eficacia y la consecuente calidad de vida y una respuesta a sus demandas en la vía judicial, con el debido respeto a sus derechos tanto individuales como colectivos. En las resoluciones de la Sala en materia de familia se pueden presentar violaciones a los derechos de la colectividad al anteponer los derechos individuales o particulares, por lo que es importante investigar la aplicación y el respeto de la protección de la familia o, por el contrario, si se da la omisión, y el dictado de resoluciones que menoscaben los derechos de la colectividad.

Se considera de suma importancia visibilizar en qué medida el poder institucional de la Sala IV, puede causar beneficios o posibles daños a las familias costarricenses, en el fiel cumplimiento o con la violación del texto del artículo 51 constitucional. En las resoluciones de la Sala IV no se repara el daño visibilizando a toda la población; simplemente se resuelve el caso particular, pero por el carácter vinculante de dichas resoluciones, estas vienen a afectar derechos ya constituidos de la familia.

“Actuar siempre implica socialmente hacerlo desde un interés: no existen actos gratuitos, sociológicamente hablando. En toda conducta existe una razón de ser la que la ciencia pretende desentrañar (y que hace que la ciencia tenga un sentido)” (Bourdieu:2000;23).

Se toma como período de estudio marzo del 2000 a agosto 2010, en razón que en este lapso al prohibir la Sala IV la FIVET, ha repercutido de manera importante en los derechos fundamentales de los costarricenses, específicamente de un número de parejas que deseaban procrear hijos/as, al no lograrlo de manera convencional, por ser poseedores de problemas de infertilidad debían recurrir a la reproducción asistida, al ser prohibida por la Sala IV, se les limitó la posibilidad de convertirse en padres y madres y formar una familia.

Las técnicas de FIVET, constituyen el inicio de una nueva etapa para el género humano. En la ciencia médica y en el campo de la ingeniería genética, los avances han sido tan notables en los últimos tiempos, que no existe duda en afirmar que la humanidad se encuentra frente a una auténtica revolución biológica.

Este progreso está representado, entre otras cosas por la gran disponibilidad de métodos y técnicas que pretenden dar una solución a las personas que presentan problemas de infertilidad, sean parejas o personas individuales. El tratamiento de la esterilidad mediante la reproducción asistida es una de las áreas de la medicina moderna en las que se ha registrado un mayor progreso; entre los que podemos mencionar: la inseminación artificial intrauterina (IUI), ya sea homóloga o heteróloga; la fecundación *in vitro* (FIVET), con transferencia de embriones (TE); y la transferencia intratubárica de gametos (TIG o GIFT), entre otras.

Estos son logros científicos y técnicos con perspectivas a continuar su desarrollo conquistando, cada vez más, nuevos horizontes. Entrando en juego no solo el deseo de una pareja a formar una familia, o el de una persona individual poder acudir a la FIVET, para convertirse en padres y madres, sino que giran alrededor una serie de aspectos que necesitan regulación y normativa, dirigida principalmente a protección del ser humano desde la concepción y evitar que sea utilizados los avances tecnológicos y convertir la FIVET, como un negocio desarrollado por grandes empresas, que bien puede encerrar o tener aspectos o características, que pueden tener un lugar en el campo de la criminalidad económica, y necesariamente debe ser regulado por el ordenamiento jurídico por la leyes penales.

Las resoluciones dictadas por la Sala IV caracterizadas por su carácter vinculante, en materia de familia podrían de alguna forma violentar lo ordenado artículo 51 constitucional. La familia vista como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado, sin embargo no pocos recursos son presentados ante la Sala IV, reclamando derechos fundamentales a título individual, siendo que la Sala no le da la importancia debida al hecho de que a pesar de ser una lesión a un derecho de un sujeto en particular, dicta resoluciones que afectan a los demás ciudadanos/as. Por lo que podría causarse un gran daño a un gran número de familias, al quedar desprotegidas y sujetas a lo dictado por la Sala.

Si bien es cierto la Sala resuelve con sus resoluciones la posible violación de un derecho a un sujeto en particular, lo que es igual un derecho individual, esa misma directriz es aplicada por los jueces y juezas a casos similares, pero al mismo tiempo las situaciones de los demás ciudadanos/as que acuden a estrados judiciales a dirimir sus problemas en materia de familia con contenidos muy diferentes.

Los hallazgos de la investigación tienen un valor muy significativo como instrumento para la toma de decisiones, en materia de estrategias, en aras de mejorar el dictado de las resoluciones de la Sala IV en materia de familia tomando

en cuenta no solo el derecho individual, sino los derechos de la colectividad en especial los de la familia. Los resultados pueden brindar información, respecto a si las resoluciones de la Sala IV lesionan de alguna manera los derechos de las familias costarricenses o se ven perjudicadas en sus derechos fundamentales. En cualquiera de los casos, lo importante es analizar la relación del poder institucional y el beneficio o perjuicio causado a las familias usuarias/os de los despachos que conocen materia de familia en sede judicial.

Se dispone de los recursos financieros, humanos y materiales requeridos para el proceso investigativo, debido a que la investigadora es Jueza en propiedad en el Juzgado de Pensiones Alimentarias de Goicoechea, y permanece en el sitio donde se va a llevar a cabo la investigación el tiempo necesario para concluirla satisfactoriamente.

3.Revisión bibliográfica

La revisión bibliográfica es un apartado que tiene como finalidad describir de manera sencilla en qué estado de desarrollo bibliográfico se encuentra el tema de investigación doctoral propuesto.

La investigación se realiza tanto mediante una exploración documental de obras ya publicadas, noticias de periódicos, páginas de Internet, así como con un contacto personal y vía correo electrónico con el profesor de investigación don Alfredo Chirino.

3.1 Fuentes de información

Se puede afirmar que el universo de las fuentes de información son todas aquellas publicaciones que describen, desarrollan o aportan sobre tópicos sobre la reproducción asistida, embriones, derechos humanos, derecho penal relacionado con el derecho a la vida, proyectos de ley, posiciones respecto a la FIVET de distintos sectores sociales y otros de menor trascendencia con el objetivo general, pero de importancia para tener claro el tema en lo más que se pueda.

Dada la imposibilidad de estudiar el universo en su totalidad, se selecciona una muestra de publicaciones entre las cuales se encuentran: libros, antologías, periódicos, trabajos finales de investigación, revistas, páginas de Internet y otros documentos que tratan en tema en la última década.

Una vez identificada la documentación se tiene la población bibliográfica, a la cual se le realiza una lectura rápida de los contenidos, enfocándose en revisar las percepciones, interpretaciones y aportes de los autores/as, buscando siempre la relación o impacto directo con el tema de investigación doctoral.

Posterior a la lectura rápida, se hace una selección de la bibliografía a utilizar en la investigación, mediante una valoración a criterio de la investigadora se obtiene un respaldo que puede ser mediante la compra de la obra completa o utilizando fotocopias de contenido de interés, tomándose como referencia en el documento final o de lo contrario, se descarta como fuente bibliográfica y se tiene como fuente de informal. La manera de hacer la revisión y selección es detallada posteriormente en las variables.

Las resoluciones dictadas por la Sala IV en el año 2000 y por parte del TCA en el 2005, así como el Informe 85 de la CIDH, en donde la primera prohíbe la FIVET y la segunda obliga a la CCSS a brindar tratamiento a una asegurada para que pueda por medio de la FIVET formar una familia.

El problema no se encuentra en realidad en el derecho a formar una familia por parte de las parejas que tienen problemas de infertilidad sino más bien es de suma importancia el impacto social y la capacidad del Estado de dar una respuesta clara y eficaz por parte de los diferentes entes públicos, políticos y otros sectores sociales como sector religioso y otros.

Es decir, la investigación se piensa enfocar en determinar y analizar la efectividad que tiene el Estado costarricense en solucionar un problema que lo tiene a puertas

de un juicio ante la CIDH, al haber sido acusado de violentar los derechos de diez parejas que necesitan acudir a la FIVET para procrear hijos o hijas, pero en razón de haber sido prohibidas dichas técnicas en el país por la Sala IV hace más de una década, en estos momentos debe por orden de la CODH el país volver a permitir las técnicas de la FIVET.

3.1.1 Fuentes primarias

- Entrevista semiestructurada a realizar a quince actores/as sociales.
- Resoluciones de la Sala IV.
- Resoluciones del Tribunal Contencioso Administrativo y CIDH.
- Informe 85 de la CIDH.

3.1.2 Fuentes secundarias

- Constitución Política de la República
- Código Penal.
- Código de Familia.
- Documentos relacionados con la FIVET.
- Periódicos nacionales.
- Normativa relacionada con el derecho a la vida.
- Normativa relacionada con la protección del embrión humano.
- Tesis con temas relacionados con la FIVET.
- Demás bibliografía consultada.

4. Formulación

¿Las resoluciones dictadas por la Sala Constitucional, en materia de FIVET, por su carácter vinculante, violenta de alguna forma la protección del elemento

natural y fundamento de la sociedad, contemplado en el artículo 51 de la CPR, facilitando la violación de los derechos fundamentales de las personas con problemas de infertilidad?

4.1 Formulación de la pregunta y definición del objetivo general

La ausencia de información hace necesario plantear el problema de investigación, que se formula de la siguiente manera:

¿Dado el carácter vinculante de las resoluciones dictadas por la Sala IV, en materia de FIVET, al inclinarse a la protección del embrión humano, favorece el violentar la protección del elemento natural y fundamento de la sociedad, contemplado en el artículo 51 de la CPR, generando un impacto negativo frente a la CIDH?

Según la recopilación de información previa, la mayoría de los estudios se han enfocado en analizar propiamente el derecho del embrión, su dignidad e identidad como persona desde el momento de la concepción, el impacto producto de los avances tecnológicos en materia genética y el poco conocimiento como resultado de un análisis somero realizado por las autoridades estatales, ha generado, una serie de posiciones encontradas, evitando legislar en la citada materia, incumpliendo con lo ordenado por la CIDH por parte del Estado costarricense.

Por ello, analizar las técnicas FIVET, en relación con una posible regulación en Costa Rica, es un factor que genera serias discusiones o diferencias en los distintos sectores sociales, más que a la hora de legislar es necesario estudiar y exponer los conocimientos adquiridos, respecto a los derechos del embrión desde el momento de la concepción, contemplando el contenido del artículo 51 de la CPR y la orden de la CIDH, lo que constituye la parte medular del objetivo general de la investigación, el cual se plantea de la siguiente forma:

5. Objetivos

Se procede a plantear los objetivos del proyecto de investigación, tanto el general como los específicos. Por medio de este, se establece la base para el posterior planteamiento de las variables de estudio.

5.1 Objetivo general

Determinar desde el punto de vista constitucional, si las técnicas de la FIVET violentan los derechos del embrión humano desde el momento de la concepción a costa de violentar los derechos de una minoría con problemas de infertilidad a formar una familia y sus complicaciones sociales en relación con las agendas internacionales en la última década.

5.2 Objetivos específicos

Para llegar a la conclusión de este objetivo general, se plantean los siguientes objetivos específicos:

- Indagar desde el punto de vista constitucional, filosófico y médico el concepto de vida y de embrión como base para la tutela jurídica de la vida, la familia y el libre desarrollo de la personalidad desde las técnicas de la FIVET.
- Analizar las distintas aproximaciones de los sectores sociales en relación con las agendas internacionales: sobre el inicio de la vida del ser humano, su tutela jurídica, el derecho a la salud y los derechos de las madres.
- Verificar la aplicabilidad del principio de protección a la vida y desde la óptica penal y su relación con la criminalidad económica.
- Analizar la aplicabilidad del principio de protección especial a la familia del artículo 51 constitucional en las resoluciones dictadas por la Sala IV en materia de FIVET desde los derechos humanos a favor del elemento natural y fundamento de la sociedad y sus consecuencias en los derechos humanos de las parejas con problemas de infertilidad.

- Objetivo propositivo: proponer aspectos relevantes a tomar en cuenta en la elaboración de un proyecto de ley sobre las técnicas de la FIVET como respuesta a las políticas públicas y los diferentes grupos de presión social.

5.3 Formulación del objetivo general

El desarrollo de *“los objetivos generales pretenden metas muy amplias, o sea, el objetivo debe abarcar la totalidad del problema por resolver”* (Barrantes:2008;118). Dentro de la investigación científica, el objetivo general debe abarcar el tema propuesto y tener cuidado en el uso del infinitivo verbal que se utiliza en su redacción (Barrantes:2008;118).

En este enunciado se establece un objetivo general, que será la base de la investigación. En resumen, se puede afirmar que un objetivo general es aquel que se apoya en un sistema de conocimientos organizados y sistematizados, en la que se establece una relación entre dos o más objetivos específicos para explicar y predecir, en la medida de lo posible, los fenómenos que le interesan en caso de que se compruebe la relación establecida.

6. Definición de las categorías

A continuación se plantean las categorías de la investigación derivadas de los objetivos específicos, es decir, los elementos que se estudian en el trabajo. En la investigación cualitativa se carece de medida, entendida en sentido estricto, y es la categorización la que desempeña ese papel, motivo por el cual en cada categoría se incluye lo que le corresponde, con el fin de lograr una mayor precisión y sistematización (Pérez:1998;79).

Los objetivos específicos de una investigación son propiedades o características observables en un objeto de estudio, que pueden adoptar o adquirir diversos valores y tales variaciones son susceptibles de medirse. *“Los objetivos tienen que expresarse con claridad para evitar posibles desviaciones en el proceso de investigación y deben ser susceptibles de alcanzarse”* (Hernández:2003:44). En

ese sentido las categorías deben definirse conceptual, operativa e instrumentalmente.

Conceptualización comprende el examen de conceptos y de evitar contradicciones o diferentes clasificaciones y connotaciones alusivas a los conceptos resultado de examen lógico de los mismos (Ladrón de Guevara:1988;191).-

Operacionalización, desde un punto de vista lógico, la definición es una operación intelectual mediante la cual se describen los rasgos esenciales del objeto que se define y se precisan los rasgos que lo diferencian de otros objetos (Ladron de Guevara:1988;199).

6.1 Objetivo específico I

Indagar desde el punto de vista constitucional, filosófico y médico el concepto de vida y de embrión como base para la tutela jurídica de la vida, la familia y el libre desarrollo de la personalidad desde las técnicas de la FIVET.

6.1.1 Definición conceptual

Por medio de la conceptualización se llega al establecimiento de relaciones coherentes entre los conceptos empleados a lo largo de la investigación (Ladron de Guevara:1988;203)

Según la Sala IV en resolución 02306 de las 15 horas 21 minutos de marzo de 2000 *“El embrión humano es persona desde el momento de la concepción.”*

6.1.2 Definición instrumental

Se analiza exclusivamente desde un aspecto teórico las diferentes concepciones de comienzo de la vida y los derechos de las madres a recurrir a las técnicas de la FIVET para formar una familia, detallando con mayor atención la protección contemplada en el ordenamiento jurídico nacional dirigida al producto de la concepción.

Para lograr esto, se hace una exploración documental de obras ya publicadas, que desarrollen o aporten sobre tópicos como derecho de la vida embrionaria, protección del embrión, publicados en los últimos cuarenta años hasta el presente.

La referencia bibliográfica a utilizar, toma como orientación temporal las últimos cuatro décadas, esto obedece a que en el año 1978 se da el primer caso de un nacimiento por uso de las técnicas FIVET, *“El primer caso de un nacimiento producto de una fecundación extracorpórea se registró en Inglaterra el 25 de julio de 1978. Este día nació Louise Brown, concebida por fecundación in vitro y transferencia del embrión al útero, técnica que fuera practicada por Robert Edwards, biólogo, y Patrick Steptoe, ginecólogo, (ambos ingleses) brindando así una solución para el caso de esterilidad tubárica definitiva.”* (Loyarte y otra:1995;119).

Previendo que antes de ese año (1978) existen aportes aislados sobre el tema, los cuales pueden servir de referencia bibliográfica complementaria, la investigadora toma como referencia temporal inicial una revisión documental de publicaciones a partir de 1961.

De la totalidad de las obras seleccionadas se toma una muestra de publicaciones mediante un muestreo no probabilístico por conveniencia, el cual incluye como criterio de inclusión las palabras claves fertilización en vitro, derecho a la vida, concepción y embriones, tanto en obras presentadas magnéticamente como en forma física, que están al alcance del investigador en el momento de desarrollar este apartado.

Se define muestreo no probabilístico ni aleatorio, sino por conveniencia cuando la investigadora selecciona directa e intencionadamente los individuos de la población. El caso más frecuente de este procedimiento el utilizar como muestra los individuos a los que se tiene fácil acceso.

Para efectos de la instrumentalización de esta variable, la búsqueda y selección de la documentación ya publicada no se puede hacer mediante un método aleatorio, sino todo lo contrario, la investigadora considera más apropiado un método no probabilístico por conveniencia, en donde ella pueda seleccionar intencionalmente las publicaciones a estudiar.

Posterior a la lectura rápida, se hace una selección de la bibliografía a utilizar en este documento, mediante una valoración crítica de la calidad y el rigor del aporte que puede dar al presente estudio.

6.1.3 Definición operacional

Parte del proceso de evaluación y revisión de la bibliografía publicada con el método comparativo, consiste en encontrar las diferencias y las semejanzas de los diferentes autores consultados, hecho que sirve para ampliar el entendimiento teórico de los conceptos de embrión, derecho la vida, concepción, reproducción asistida y para tratar de generar nuevos aportes con las conclusiones de la investigación propuesta.

Al final, si la valoración a criterio de la investigadora es positiva, se toma como referencia en el documento final o, de lo contrario, es descartado como fuente de información.

6.2 Objetivo específico II

Analizar las distintas aproximaciones de los sectores sociales en relación con las agendas internacionales: sobre el inicio de la vida del ser humano, su tutela jurídica, el derecho a la salud y los derechos de las madres..

6.2.1 Definición conceptual

La importancia de la conceptualización en la investigación es muy grande e

independiente de que se parta de definiciones provisionales que delimiten en primera instancia los conceptos buscados (Ladron de Guevara:1998;260).

La Salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. Las diversas expresiones internacionales del derecho a la salud buscan resolver tanto la dificultad conceptual de definirla, como atender a la necesidad de enunciar el derecho en términos jurídicos.”(Sala IV Res. N° 1993-04423).

6.2.2 Definición instrumental

Se analizan las políticas y el papel de la OMS, OPS y las instituciones públicas como el MSP y la CCSS, desde lo ordenado por la Sala IV en el campo de derecho a la salud.

Para lograr esto, se hace un análisis de las agendas internacionales y las normas dictadas respecto a la infertilidad. Desarrollando tópicos como derecho a la vida, derecho a la salud, derechos de las madres, publicados en los últimos cuarenta años hasta el presente.

La referencia bibliográfica a utilizar, toma como orientación temporal la creación de la OMS, del MSP y el traspaso a la CCSS de la administración de la seguridad social.

De la totalidad de las obras seleccionadas se toma una muestra de la normativa implícita en las agendas intencionales mediante una selección incluyendo palabras claves como salud, enfermedad, infertilidad, seguridad pública, se obtiene la información de los convenios internacionales ratificados por Costa Rica, y de las políticas públicas relacionadas con la seguridad social, en obras presentadas magnéticamente como en forma física, que están al alcance de la investigadora en el momento de desarrollar este apartado.

Para efectos de la instrumentalización de esta categoría se selecciona intencionalmente las agendas internacionales utilizando un método no probalístico por conveniencia, seleccionando lo conveniente. Se hace una selección de la jurisprudencia de la Sala IV en relación al derecho a la salud mediante un análisis estricto respecto a lo dictado en los convenios internacionales ratificados por Costa Rica en el campo de la salud como derecho fundamental.

6.2.3 Definición operacional

Parte del proceso de evaluación y revisión de la bibliografía publicada con el método comparativo, consiste en encontrar las posiciones de la Sala IV, las instituciones públicas como el MSP y CCSS para ampliar el entendimiento teórico de los conceptos de derecho a la salud, derecho de las madres, políticas en materia de seguridad social, para tratar de generar nuevos aportes con las conclusiones de la investigación propuesta.

Al final, si la valoración a criterio de la investigadora es positiva, se toma como referencia en el documento final o, de lo contrario, es descartado como fuente de información.

6.3 Objetivo específico III

Verificar la aplicabilidad del principio de protección a la vida desde la óptica penal y su relación con la criminalidad económica.

6.3.1 Definición conceptual

Se puede definir: *“El concepto de criminalidad económica organizada viene empleado como sinónimo de “enterprise crime”, considerando así la búsqueda de lucro indebido como característica esencial de cualquier actividad delictiva organizada”* (Foffani:2001;56, Ant.94).

Conceptualmente para esta investigación se define lucro indebido producto de la comercialización e industrialización de los embriones humanos, teniendo su origen

en el número permitido de embriones conservados o congelados y su manipulación como producto comercial.

Esta variable es del tipo dependiente por cuanto se estudia las situación de los embriones humanos en función del destino de aquellos que no serán implantados en la futura madre.

6.3.2 Definición instrumental

Esta variable se estudia mediante una entrevista personal semiestructurada con dos abogados penalistas de reconocida trayectoria profesional, dos médicos que practiquen las técnicas FIVET, cuatro legisladores escogidos al azar sin ninguna preferencia y dos jueces relacionados con el dictado de las resoluciones de la materia de estudio.

La entrevista es un encuentro cara a cara entre la investigadora y los informantes, encuentros éstos dirigidos hacia la comprensión de las perspectivas que tienen los informantes respecto a los temas de investigación y los expresan con sus propias palabras.

Por una entrevista semiestructurada se entiende como *"una conversación verbal entre dos o más seres humanos (entrevistadora y entrevistado/a), cuya finalidad es lo que en verdad le otorga tal carácter. Es decir, en un sentido amplio, la entrevista es una conversación que establecen un interrogador y un interrogado para un propósito expreso"* (Herrera:1998;281).

Las entrevistas semiestructuradas poseen elementos tales como que se efectúa la misma serie de preguntas puntuales, en términos idénticos para todos los sujetos de información, que sirvan de base para la recolección de aspectos relevantes a la investigación y a la vez, pueden contener un guión o lista de temas a tratar, los cuales puedan generar o facilitar a la investigadora información adicional complementaria, que pueda generar una mejor comprensión y medición de la categoría.

Con las entrevistas se espera obtener información específica sobre el impacto que ha tenido la FIVET, luego de que se prohibió. Lo anterior obedece a que uno de los objetivos de la investigación es revelando no solo la posición de los diferentes actores sociales relacionados con la prohibición y permisión de la FIVET, sino también para las personas que se han visto beneficiadas con las técnicas de estudio.

6.3.4 Definición operacional

La definición puntual y exacta de los elementos a utilizar para operacionalizar esta categoría es definida posteriormente en este documento de propuesta de investigación.

Inicialmente, como indicadores generales de los criterios de medición se puede considerar, la variación que ha tenido el pronunciamiento de la CIDH, tratando de identificar si su origen obedece al derecho de algunas parejas a formar una familia o existen otros motivos alrededor de los embriones humanos, que no son utilizados para dotar de un hijo o hija a las parejas que recurren a la FIVET.

A nivel general, la variación en el logro de los objetivos se puede identificar comparando las diferentes perspectivas durante los últimos diez años de los actores sociales que son tomados en cuenta en la investigación, poniendo principal atención en la posición luego del pronunciamiento de la CIDH.

Una vez identificadas las diferentes opiniones, se debe investigar el verdadero fin de los proyectos de ley de la FIVET, origen y fin de los mismos si obedece a la protección del embrión o a evitar un abuso desmedido de los embriones no utilizados para la procreación.

6.4 Objetivo específico IV

Analizar la aplicabilidad del principio de protección especial a la familia del artículo

51 constitucional en las resoluciones dictadas por la Sala IV en materia de FIVET desde los derechos humanos a favor del elemento natural y fundamento de la sociedad y sus consecuencias en los derechos humanos de las parejas con problemas de infertilidad.

6.4.1 Definición conceptual

La familia como elemento natural y fundamento de la sociedad. Artículo 51 de la CPR. *“La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido”.*

6.4.2 Definición instrumental

Se analiza desde un aspecto teórico las diferentes concepciones del instituto de la familia, detallando con mayor atención la protección contemplada en la CPR desde los derechos humanos. Para lograr esto, se hace una exploración documental de obras ya publicadas, que desarrollen o aporten sobre tópicos como instituto de la familia, su protección desde los derechos humanos, publicados en los últimos cuarenta años hasta el presente.

La referencia bibliográfica a utilizar, toma como orientación temporal las últimos cuatro décadas, esto obedece a que en el año 1976 se aprueba el Código de Familia (CF) instrumento que viene a regular todo lo relacionado al citado instituto.

Previendo que antes de ese año (1976) existen instrumentos jurídicos aislados sobre el tema, los cuales pueden servir de referencia bibliográfica complementaria, la investigadora toma como referencia temporal inicial una revisión documental de publicaciones a partir de 1976.

De la totalidad de las obras seleccionadas se toma una muestra de publicaciones mediante un muestreo no probabilístico por conveniencia, el cual incluye como criterio de inclusión las palabras claves familia, paternidad, maternidad, derechos y

obligaciones, tanto en obras presentadas digitalmente como en forma física, que están al alcance de la investigadora en el momento de desarrollar este objetivo específico.

Se define muestreo no probabilístico por conveniencia cuando la investigadora selecciona directa e intencionadamente los individuos de la población. El caso más frecuente de este procedimiento es el utilizar como muestra los individuos a los que se tienen fácil acceso.

Para efectos de la instrumentalización de esta categoría, la búsqueda y selección de la documentación ya publicada no se puede hacer mediante un método aleatorio, sino todo lo contrario, la investigadora considera más apropiado un método no probabilístico por conveniencia, en donde ella pueda seleccionar intencionalmente las publicaciones a estudiar.

Posterior a la lectura rápida, se hace una selección de la bibliografía a utilizar en este documento, mediante una valoración crítica de la calidad y el rigor del aporte que puede dar al presente estudio.

6.4.3 Definición operacional

Parte del proceso de evaluación y revisión de la bibliografía publicada con el método comparativo, consiste en encontrar las diferencias y las semejanzas de los diferentes autores y autoras consultados, hecho que sirve para ampliar el entendimiento teórico de los conceptos de familia, paternidad, maternidad, derechos y obligaciones para tratar de generar nuevos aportes con las conclusiones de la investigación propuesta.

Al final, si la valoración a criterio de la investigadora es positiva, se toma como referencia en el documento final o, de lo contrario, es descartado como fuente de información.

Adicionalmente se contempla el resultado de los actores entrevistados dentro de los cuales se encuentran dos magistrados de la Sala IV y 4 personas que se hayan practicado la FIVET, se analiza el impacto de la práctica de la FIVET cómo impactan los derechos humanos en el Estado costarricense de qué manera se integran las nuevas tecnologías para atender su día a día, entre los diferentes actores sociales. Todos estos datos son recolectados mediante la entrevista semiestructurada, la cual debe contemplar ítems de evaluación para la identificación y la medición de los mismos.

6.5 Objetivo específico V

Analizar la exposición de motivos de la Asamblea Legislativa del proyecto de ley sobre la fertilización in vitro. Proponer aspectos relevantes a tomar en cuenta en la elaboración de dicho proyecto como respuesta a las políticas públicas y los diferentes grupos de presión social.

6.5.1 Definición conceptual

La exposición de motivos del futuro proyecto de Ley sobre las técnicas de la FVIET, según el criterio de los diputados, con el fin de dar respuesta a la sociedad civil, tanto a la que tiene necesidad de recurrir a la FIVET, como también el análisis de la situación de las mujeres la protección de los embriones humanos.

En vista de que el análisis es de opinión o exposición de motivos y que éstos están en función al dictado de la regulación de la FIVET existe un grado de intervención y dependencia del Poder Legislativo y su posible efecto.

6.5.2 Definición instrumental

Esta categoría se interpreta con el análisis de la exposición de motivos del proyecto de ley sobre la FIVET, en estudio en la Asamblea Legislativa que es el instrumento de recolección de datos primarios que la investigación utiliza para la obtención de la información del presente objetivo específico.

Es importante recordar que ésta propuesta de investigación, ha sido caracterizada del tipo cualitativa. Del análisis de la exposición de motivos del proyecto de ley de la FIVET, como lo dice Hernández (2003;64) todos los estudios cualitativos *“resulta conveniente localizar, obtener y consultar estudios antecedentes, libros, revistas científicas, ensayos, tesis, foros, páginas de internet, material audiovisual, testimonios de expertos y toda aquella fuente que se relacione con nuestro problema de investigación”* agregando la investigadora la exposición de motivos del proyecto de ley que vendría a regular la FIVET al contener datos contienen datos descriptivos ricos: las propias palabras pronunciadas o escritas precisamente por los y las diputadas.

Siempre bajo el concepto descriptivo, los estudios descriptivos se caracterizan por un mínimo de interpretación y conceptualización. Están redactados de un modo tal que permite a los lectores extraer sus propias conclusiones y generalizaciones a partir de los datos (Nuñez;2011;35).

El aporte del estudio cualitativo, permite un acercamiento estrecho entre la investigadora y los sujetos de estudio que son en este apartado los y las diputadas como los encargados de dictar las leyes.

Por su parte, el análisis cualitativo del estudio representa la etapa paralela en el intento de proporcionar la mayor cobertura al esfuerzo investigativo. De esta forma, llega el momento de dar paso al análisis de la información producto del trabajo de campo para el estudio cualitativo, que se realiza por medio de la técnica de entrevista semiestructurada.

Las entrevistas tienen como guía diez preguntas que durante la realización del estudio se pueden ver enriquecidas con preguntas adicionales, producto de las respuestas de los entrevistados, llegando a formularse posiblemente más preguntas en cada entrevista.

La ejecución de la fase cualitativa, se tiene previsto llevar a cabo durante los meses de octubre y noviembre de 2011, en los sujetos a estudio.

Durante todos los procesos de entrevistas, se procederá a grabar en audio las conversaciones realizadas y luego a su transcripción textual de los extractos de los conceptos principales, esto tanto en el capítulo de análisis e interpretación de datos como la sección de anexos.

Para efectos de llevar a cabo el análisis de datos cualitativos, se procede a organizar la información de manera que permita observar la percepción de los entrevistados en relación al tema de estudio.

Las principales temáticas de estudio (en la parte de la entrevista semiestructurada) representan las categorías de investigación que se están trabajando, las cuales son embrión humano, familia como célula de la sociedad, exposición de motivos del proyecto de ley de la FIVET.

Un elemento importante acá de considerar es la diversidad de conceptos que las personas entrevistadas pueden tener, que se caracterizan como enfoques particulares que pueden dar paso a interpretaciones diferentes acerca del fenómeno en estudio.

6.5.3 Definición operacional

Operacionalmente, se mide y evalúa el contenido de la exposición de motivos con la entrevista semiestructurada las opiniones -ya sean estas positivas o negativas- de las opiniones, conceptos, principios y fundamentos de los legisladores. La forma de comprobación es mediante la retroalimentación que hace de cada legislador de su posición en relación al tema de estudio.

Lo evaluado y medido en las categorías circundan en la fundamentación y sustentación que han tenido los legisladores luego de exponer sus motivos en el

proyecto elaborado con el fin de dictar la regulación de la FIVET.

7. Plan de la investigación

I Fase exploratoria. “Elaboración y aprobación del protocolo”

A partir de los estudios en el Doctorado en Derecho, durante el año 2010-2011, se iniciará los análisis de lecturas respecto a material de diferentes tipos de investigación y el enfoque cualitativo. En las materias de metodología se realizará ejercicios prácticos respecto a planteamiento del tema, problema, objetivos y categoría de análisis. Este ejercicio permitió plantear una primera investigación enfocada a aspectos psicosociales y legales que presentaban en el artículo 51 constitucional y la relación con la FIVET las consecuencias sociales y políticas de las resoluciones emanadas de la Sala IV.

Se realizó labor de búsqueda de fuentes secundarias como libros en materia jurídica, trabajos anteriores sobre el punto y del Doctorado. También se consultó a fuentes primarias sobre posibles temas de interés que fueran novedosos y relevantes para su futura aplicación, concluyéndose que el presente tópico es novedoso e importante.

Se elaboró un protocolo de investigación-intervención, que se ha desarrollando desde el pasado cuatrimestre. Compuesto por el tema, problema, objetivos y marco teórico. El que será sometido a examen por las autoridades correspondientes.

II Fase. “Diseño de técnicas e instrumentos”

Se aprobaron los avances del protocolo por parte del profesor Alfredo Chirino Sánchez y se cumplió con lo ordenado por él.

III Fase.

8. Recolección de la información

La III Fase de la Investigación tuvo como propósito la descripción del proceso se siguió en la recolección de datos y la planificación detallada del trabajo de campo, de manera que posibilite la respuesta al problema de investigación planteado.

De acuerdo con el protocolo, este apartado se desarrollará en los meses comprendidos de agosto a noviembre de 2011.

8.1 Validación y confiabilidad de las técnicas

En el mes de noviembre, determinando el día seguido de la aprobación del documento del trabajo de candidatura se llevará a cabo un ensayo piloto, con el objeto de validar la entrevista semiestructurada.

Siendo que la validez en la investigación cualitativa, concierne a su exactitud, se exige en la presente investigación que las conclusiones representen efectivamente la realidad empírica y la estimación de si los constructos diseñados por la investigadora representa o mide las categorías reales de la experiencia humana (Pérez I:1998;80).

El enfoque utilizado por su diseño flexible y emergente, no preconcebido, exige una investigación creíble y fiable (Pérez I:1998;77). En este sentido conviene reflexionar sobre la FIVET sus dimensiones y la problemática que gira a su alrededor.

8.2 Entrevista semiestructurada a realizar a las y los actores sociales

Se toma como uno de los instrumentos de esta investigación la entrevista semiestructurada, al ser una técnica recurrente en estudios sobre el comportamiento de diversos grupos de usuarios/as en el proceso de búsqueda de información para satisfacer sus necesidades informativas. En las indagaciones cualitativas es habitual hacer uso de la entrevista semiestructurada, grabadas, de tal forma que se concede libertad al individuo/a para que aporte todos aquellos datos que considere de interés sobre el tema investigado, al mismo tiempo que el/la analista sigue algún tipo de esquema que le permita mantener centrado el asunto de análisis, sin alejarse en exceso del núcleo del problema.

Una entrevista es una conversación que tiene una estructura y un propósito, en esta investigación en la que se utiliza el método cualitativo, las entrevistas semiestructuradas buscan entender el mundo desde la perspectiva del entrevistado sus creencias, su posición, sus criterios desmenuzándolos en significados respecto a las técnicas FIVET.

Kvale:1996 citado por Pérez:1998;109-110 delimita los siguientes elementos para la comprensión de la entrevista semiestructurada:

- ✓ Mundo de la vida: el tema de la entrevista es la opinión personal sobre la FIVET de los y las entrevistadas.
- ✓ Significado: la entrevista busca descubrir e interpretar el significado de los y las entrevistadas sobre el temas central.
- ✓ Calidad: la entrevista semiestructurada a emplear busca obtener un conocimiento cualitativo por medio de lo expresado en el lenguaje común y corriente, utilizado por la Sala IV en sus resoluciones, por los diferentes entes internacionales, nacionales y de los y las actoras sociales a entrevistar.
- ✓ Descripción: la entrevista busca descripciones ricas de los diversos factores de la vida de las personas relacionadas con la FIVET.
- ✓ Ingenuidad propositiva: la entrevistadora mantendrá apertura plena a cualquier fenómeno inesperado o nuevo, en vez de anteponer ideas y conceptos preconcebidos.
- ✓ Focalización: la entrevista se centra en el tema de la FIVET y su tratamiento por parte de la Sala IV relacionado con el artículo 51 de la CPR.

La entrevista a través de la conversación permite recoger las opiniones de personas representativas en el sector objeto de estudio (Borrego: s/f). Las entrevistadas ofrecen una información muy rica que, a medida que se va analizando, deja centrar el trabajo en aspectos concretos, delimitando categorías de estudio, las entrevistas tienen una secuencia de temas y algunas preguntas sugeridas, la preparación de antemano es esencial para la interacción y el

resultado de la misma (Alvarez-Gayou:2003;111).

Oscar Zapata hace referencia a que las entrevistas en la investigación cualitativa *"son flexibles y dinámicas, mientras que las entrevistas cualitativas han sido descritas como no directivas, no estructuras, no estandarizada y abiertas"* (Nuñez:2011;77)

La entrevista semiestructurada, utilizada como medio de recolección de la información está compuesta de un guión que en su mayoría son preguntas abiertas dirigidas a cada objetivos específico y cuya finalidad es hacer una entrevista flexible en donde se invita al entrevistado a facilitar libremente su apreciaciones.

La guía o interrogatorio tienen una serie de ítems que sirvan a la investigadora en la obtención y recuperación de los datos. Para efectos de esta investigación, se entiende por ítems, *"la unidad mínima que compone a una medición; es un reactivo que estimula una respuesta en un sujeto (por ejemplo, una pregunta, una frase, una lámina, fotografía, un objeto, de descripción)"* (Nuñez:2011;78).

Inicialmente, el formato de guía propuesto a utilizar en la entrevista semiestructurada se constituye de 15 preguntas, se incluyen en la parte de anexos de la investigación, el objeto es profundizar en campos y contextos contemplados en las categorías. En la práctica, esta guía de preguntas podría verse la investigadora en la necesidad de ampliarla, toda vez que durante las entrevistas sea necesario efectuar preguntas adicionales para profundizar en los temas de interés.

Las entrevistas requieren de condiciones ambientales favorables, es por ello que las entrevistas personales requieren de una atmósfera apropiada. La entrevistadora debe ser amable y tiene que generar confianza en los y las entrevistadas.

8.3 Características de la entrevistadora

Mag. María de los Angeles Muñoz Ruíz, Jueza de Pensiones Alimentarias, labora en el Juzgado del II Circuito Judicial de San José, Goicoechea. Doctorante egresada del programa de doctorado en Derecho en la Universidad Estatal a Distancia.

La entrevistadora tomara conciencia de que sus actitudes espontáneas o habituales pueden convertirse en obstáculo para la completa expresión del y la entrevistada, por lo que la entrevistadora precisa aprender a controlar sus actitudes y conseguir una actitud y una forma de preguntar capaces de provocar el comportamiento de libre expresión de las personas participantes (Pérez I:1998;42).

La entrevistadora tratara en lo posible tener y mantener las siguientes características:

- Conocimiento suficiente del tema que aborda.
- Capacidad de estructurar, dar una propósito a la entrevista, cerrar temas y redondearlos en el cierre.
- Claridad de expresar en forma sencilla y comprensible las preguntas, sin utilizar lenguaje académico o profesional.
- Amabilidad, dejando que las personas terminen de hablar y dándoles el tiempo de proceder con su propio ritmo y su velocidad de pensamiento y expresión verbal; tolerancia a las pausas; aceptación de las expresiones personales aunque sean poco convencionales o incluso provocativas.
- Sensibilidad al escuchar con atención y cuidado lo que se dice; cuando la entrevistadora no comprenda bien algo, buscara clarificarlo amablemente con la misma persona.
- Apertura a los asuntos importantes para las personas entrevistadas y a los elementos nuevos o diferentes.
- Capacidad directiva, con conocimiento de lo que se necesita averiguar y del propósito de la entrevista.

- Capacidad de interrogar críticamente para evaluar la veracidad de la persona entrevistada.
- Buena memoria y retención de lo dicho para retomar temas mencionados previamente con la finalidad de ampliarlos o clarificarlos.
- Capacidad interpretativa que permite clarificar o ampliar los significados de lo expresado por la entrevistadora y hace posible que este emita confirmaciones o enmiendas.

La entrevistadora en lo posible ayudara a las personas entrevistadas a emitir respuestas con objeto de descubrir seguidamente, en el análisis, las actitudes, opiniones y motivos del significada mas profundo (Pérez:1998;43).

8.4 Número de entrevistas

Al tener este tipo de técnica un modelo abierto de trabajo, se define por una cuestión de factibilidad la realización de quince entrevistas semiestructuradas.

La muestra seleccionada consta de 15 personas que de alguna forma se relacionan con el tema de estudio, de los siguientes sectores: legislativo, judicial, médico, religioso y civil, la relación debe haberse dado al menos en los últimos diez años, ya sea participando en las resoluciones dictadas por la Sala IV, también que haya sido beneficiado o afectado de alguna manera con la práctica de las técnicas, en el sector médico que practique las técnicas de la FIVET, en relación con los legisladores por ser ellos y ellas en este momento los llamados a dar una respuesta a la CIDH. Dicha muestra será elegida la segunda quincena del mes de octubre con el fin de comenzar con su realización la primera quincena del mes de noviembre de 2011.

8. 5 Duración de la entrevista

El diálogo tendrá una duración de cuarenta minutos a una hora; menos tiempo se considera insuficiente para la obtención de la información y el desarrollo de una dinámica expedita de conversación, y más de una hora resulta innecesario e inconveniente por razones de tiempo de las personas a entrevistar. Conviene permitir al entrevistado/a disponer de tiempo suficiente para formular y expresar

sus pensamientos e ideas, es importante crear un clima cómodo y atractivo para que el sujeto entrevistado/a se encuentre a gusto (Pérez II:1998;43).

8.6 Convocatoria

Se realizará estableciendo un contacto con las personas a entrevistar. Para tal efecto se hizo se hará llamadas telefónicas o por medio de contactos con las y los actores sociales relacionados con la FIVET en los diferentes sectores de interés como: Asamblea Legislativa, Poder Ejecutivo, Poder Judicial, Instituciones Autónomas, sector religioso, civil y médico.

8.7 Población de la entrevista semiestructurada

En la población o muestra se formulan las siguientes preguntas: La población es significativa? Realmente la población es infinita, porque es imposible determinar la posición de todos los sectores sociales y agendas internacionales relacionados con la FIVET, al ser imposible calcular dicha población se escoge actores sociales que han tenido o tienen alguna relación con las técnicas de fertilización asistida.

- La investigación abarca la población? No, la investigación utiliza una muestra de la población.
- Qué tipo de muestra se toma? La muestra que se utiliza es del tipo no probalístico denominada a conveniencia o juicio de la investigadora.
- Es representativa la muestra? Los resultados que se pueden obtener de la muestra pueden ser representativos, no obstante, por ser una muestra no probalística, carece de validez estadística y margen de error. Sin embargo se incluirán cuadros estadísticos destacando opiniones y agrupando criterios coincidentes, no por esto debe tenerse la investigación como cuantitativa.
- Que técnicas para seleccionar la muestra se emplea? Por la naturaleza de la población, se utiliza el juicio de la investigadora para la selección de las fuentes de información (actores a sus criterios respecto al tema de investigación).

La muestra son quince personas actores y actoras sociales relacionadas con la FIVET. El tipo de modelo al ser probabilístico o aleatorio, posee la característica de que todos los elementos que se dan en la población tienen la misma posibilidad de ser elegidos para formar la muestra. Están claramente definidos las características del colectivo, el tamaño de la muestra y se hará una selección aleatoria de las unidades de análisis. Además, los objetivos de la investigación radican en el concepto y conocimiento de las y los actores sociales relacionados con la FIVET.

La muestra en lo posible se constituirá por quince personas del sector salud, Ministerio de Salud (MS), CCSS, médicos sector privado, magistrados, abogados penalistas, personas que han recurrido a la FIVET y legisladores de distintos partidos políticos, se tratará en lo posible sean presidentes de fracción y en lo posible en igual cantidad de quienes apoyan y/o rechazan la FIVET y personas que han recurrido o pretenden recurrir a la FIVET para procrear hijos propios y formar una familia.

8.8 Guía de la entrevista

La guía de entrevista a utilizar en su estructura refleja un total de 15 preguntas, agrupadas en cuatro secciones y que están dirigidas a recoger toda la información relativa a los objetivos específicos formulados en la investigación.

No obstante, inicialmente se reúnen los datos generales relacionados con la persona que rinde la entrevista como: nombre, situación laboral, escolaridad, edad y sexo. El objetivo de este apartado es poder contar con algunos elementos adicionales de identificación y control de los sujetos que van a proporcionar la información.

La guía de la entrevista es confeccionada tomando en cuenta un orden lógico de los actos o pasos a llevar a cabo. Dentro de los cuales se tienen:

- Introducción

- Crear una relación de confianza
- Presentación
- Agradecer la asistencia y señalar lo importante de la investigación
- Describir de qué se trata la entrevista
- Propósitos

Kvale citado por Alvarez-Gayou (2003;112) propone los siguientes criterios para evaluar la calidad de la entrevista:

- Las contestaciones de las y los entrevistados se presentan espontáneamente, con riqueza y especificidad, y han dado respuesta de manera importante a la entrevistadora.
- Las preguntas son breves y mas amplias las respuestas.
- La entrevistadora da seguimiento y clarifica los significados de los elementos importantes de las respuestas.
- La entrevista ideal se interpreta en gran medida durante la entrevista misma.
- La entrevistadora intenta verificar sus interpretaciones de las respuestas.
- La entrevista es comunicable por si misma, es decir, es una historia que no requiere muchas descripciones ni explicaciones adicionales.

La guía de la entrevista contiene los temas y subtemas que deben abarcarse, a partir de los objetivos de la investigación. Es un esquema abierto, con puntos por tratar, cuyo orden no tiene que seguirse necesariamente, que recoge el flujo particular de información de la y el entrevistado y que capta aspectos no previstos en el guion. De este modo, se espera crear una relación dinámica en la que se van generando los temas de acuerdo con el entrevistado y entrevistada, sin regirse a un orden prefijado.

8.9 Tipo de preguntas

Se realizarán preguntas descriptivas, definidas como un intento por animar a los informantes para hablar sobre una escena cultural particular, pues son útiles en la construcción de contextos discursivos o marcos interpretativos de referencia en términos del informador. La entrevistadora alentará a extender sus respuestas, a ser más profusas en sus descripciones, explicitando aquellos aspectos considerados triviales, mediante la utilización de dos vías: apertura del discurso mediante distintos tipo de preguntas e introducción de la menor cantidad de interrupciones para la fluidez del discurso de la consultada.

Las preguntas se plantearán en términos sociales o personales, logrando que la y el entrevistado entregue información, mediante el uso de preguntas, seguidas de una frase, acerca del qué, cómo, quién, dónde, cuándo, por qué y para qué (las interrogaciones se agregan a los anexos). Es importante informar que algunas preguntas serán realizadas de acuerdo con el diálogo y se anotaron en su momento.

Las preguntas serán clasificadas en función de las categorías a las que se refiere, contenidas en cada uno de los objetivos propuestos.

8.10 El sitio o local

Las entrevistas se realizaron en algún lugar a definir a conveniencia de los actores y actoras sociales a entrevistar.

IV Fase. “Presentación y análisis de la información”

Para esta fase ya se ha obtenido el material empírico por medio de las fuentes primarias y secundarias. Se procederá al análisis y presentación de la información. Se hará de la siguiente manera:

Se escucharán las grabaciones de las entrevistas individuales realizadas a los y las actores sociales se compararán con las notas escritas con el propósito de tomar en cuenta todo lo expresado por las personas participantes.

Luego se transcribe la información obtenida en su totalidad de forma ordenada según los temas. También se incluirán los comentarios sobre particularidades encontradas en la observación.

Se codificará la información obtenida de acuerdo con las dimensiones y descriptores de cada una de las categorías de análisis. Se discutirán los hallazgos, con el fin de dar respuesta a cada uno de los objetivos específicos. Lo anterior se realizó desarrollando los siguientes procedimientos;

- Se señalarán las dimensiones con colores diferentes para su identificación.
- A cada una de las expresiones, sentimiento e ideas que detallaban los actores y actoras sociales entrevistadas, se les añade el color correspondiente de acuerdo con la dimensión que se considera está vinculado.
- Posteriormente se unirán todos los hallazgos previamente identificados con su respectiva dimensión.
- El ordenamiento y análisis de los resultados se presentará con base en el marco teórico elaborado. Los datos se expondrán en cuatro apartados, de acuerdo con los objetivos general y específicos propuestos:
 1. Interpretación que los/las actoras sociales le otorgan a las FIVET.
 2. Análisis de la aplicación del artículo 51 constitucional y la prohibición de la FIVET en Costa Rica.
 3. La normativa relacionada con las técnicas de reproducción asistida y la posibilidad de incurrir en criminalidad económica.
 4. Análisis de la exposición de motivos por parte de los y las legisladores entrevistadas comparación con el resto de actores sociales entrevistados.

En cada apartado se ordenará y se analizará la información con base en las dimensiones definidas de las categorías de análisis, se señalan los descriptores y hallazgos encontrados en los relatos de los(as) informantes, como se indico líneas atrás se elaboran cuadros en aras de dejar más claros los resultados.

V Fase. “Elaboración del informe defensa de la candidatura”

Al finalizar el último cuatrimestre se tendrá el informe final escrito. A esta escala de contenido deberá visualizar el cumplimiento de objetivos, el conocimiento de la respuesta al problema de investigación, el análisis de los resultados del estudio. Finalmente las conclusiones y las recomendaciones generales tienen como fin el planteamiento de nuevas, recomendaciones personales, profesionales y a otras instancias sociales y jurídicas.

VI fase. “Etapa expositiva defensa de candidatura”

Este constituye el primer requisito del proceso investigativo, al facilitar el aval de las autoridades universitarias para continuar hasta el cumplimiento de la presentación final del trabajo de investigación con los criterios de las docentes asesoras y posteriormente con los miembros del tribunal examinador.

La exposición de resultados comprenderá las siguientes actividades:

1. Propuesta presentación del anteproyecto de investigación ante las autoridades de defensa de la candidatura ante el Tribunal examinador, posible fecha mes de agosto de 2011.
2. Incorporación de observaciones y recomendaciones al anteproyecto de tesis.
3. Reestructuración del borrador con la incorporación de las observaciones al trabajo final, por parte del Tribunal examinador.
4. Presentación del trabajo de investigación final revisado y corregido.

9. Resultados esperados

9.1 Limitaciones de la investigación

Se considera que a nivel teórico-práctico se encontraron algunas limitaciones en la elaboración de este trabajo de investigación, entre ellas:

- El tiempo con que contará la investigadora, para realizar las entrevistas a las y los actores sociales, en razón de sus actividades laborales, puedo

repercutir en la presentación de atrasos en la recolección de datos y análisis.

- En la realización de las entrevistas a las actoras y actores sociales relacionados con las técnicas de reproducción asistida, al ser el universo más importante de la investigación, puedo presentarse problemas de claridad o entendimiento por diferentes factores, comprensión, tiempo disponible para realizar la entrevista en profundidad.
- Otra limitante, pudo presentarse en cuanto a la inclusión de criterios interdisciplinarios, no solo jurídicos, sino médicos, éticos y otros.
- El tiempo disponible con que contará la investigadora puede sufrir contratiempos por el cuestiones de agenda del señor Magistrado Fernando Cruz Castro, director del presente trabajo de investigación en razón de sus actividades laborales.
- Los atrasos demandaron ciertas modificaciones; estas se incorporarán en el momento indicado y oportuno.
- El dar sentido a los datos y el análisis de los mismos, a través de las entrevistas semiestructuradas, hasta llegar a una serie de categorías que permitan estructurar, analizar los datos y llegar a una conclusiones comprensivas, lo que puede recaer en la utilización de más tiempo que el destinado en un principio (Perez:1998:71).
- No existe la persona ideal para ser entrevistada o entrevistado; mientras algunas/os podrían parecer muy colaboradores y abiertos, otras no, o algunas personas darán menos información relevante para la investigación que otras personas. Pueden presentarse unas personas más difíciles que otras de entrevistar, por lo que se requiere una mejor intervención y habilidad por parte de la entrevistadora.
- La muerte de don Gerardo Trejos Salas el representante legal de las parejas que presentaron la denuncia ante la CIDH, a quien se le iba entrevistar.

- La negativa del Magistrado Ernesto Jinesta Lobo, a participar en la entrevista, alegando que si se presentaba un nuevo caso en la Sala Constitucional, podría tenerse su participación en esta investigación como adelanto de criterio.

CAPITULO III

1. Presentación y análisis de resultados

En el capítulo II sección primera, diseño metodológico se desarrolla de manera amplia todo lo referente al diseño empleado, carácter del estudio, paradigmas y el proceso llevado a cabo en la investigación, sin embargo considera la investigadora de suma importancia iniciar este capítulo señalando algunos aspectos importantes en aras de reforzar conocimientos.

Se inicia diciendo que en los estudios cualitativos la muestra no es importante desde una perspectiva probabilística, ya que el interés de la investigadora no es generalizar los resultados de su estudio a una población más amplia.

En el caso de esta investigación, se desea conocer las consecuencias sociales y políticas generadas del dictado de la resolución de la Sala IV con la que se prohíbe la realización de la técnicas de la FIVET y encontrarse el Estado costarricense enfrentando una demanda ante la CIDH, misma en la que se le condeno, cabe preguntarse si la citada decisión violenta los derechos del embrión humano desde el momento de la concepción o violenta los derechos de un grupo de personas con problemas de infertilidad a formar una familia.

Debido a la complejidad del tema y a que los sujetos de información que se desean entrevistar no pertenecen a una población específica, se define la muestra de estudio como una muestra tanto de “casos-tipo” como de “expertos”.

Según Sampieri (2006) los estudios con muestreos “casos-tipo” en investigaciones cualitativas su objetivo es: *“la riqueza, profundidad y calidad de la información, no la cantidad ni la estandarización. Mientras que los estudios con muestreos de “expertos” los define como aquellas muestras que “en estudios cualitativos y exploratorios generan hipótesis más precisas a partir de la opinión de individuos expertos en un tema”.*

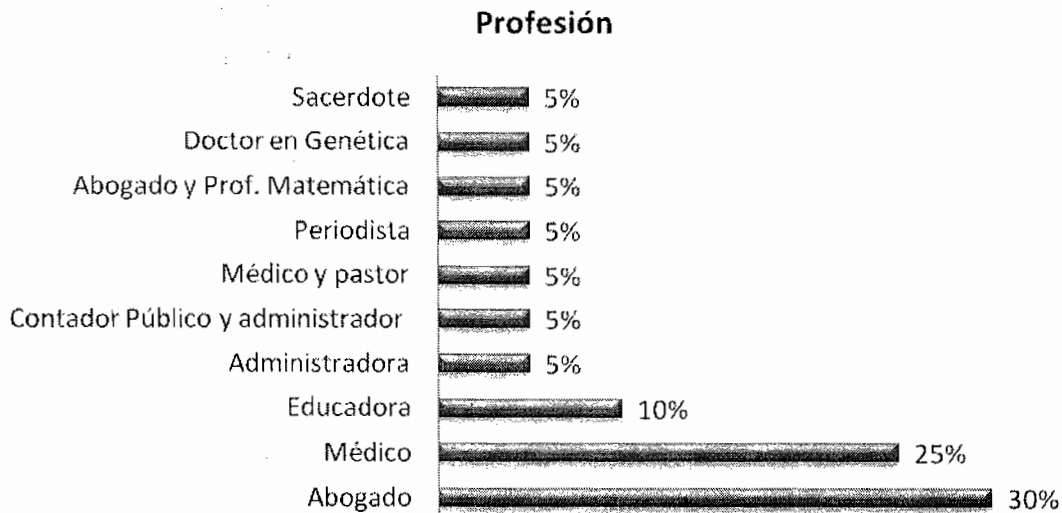
Para efectos de esta investigación y de acuerdo a la bibliografía consultada y aportada en el cuadro metodológico se entiende por entrevista semiestructurada un encuentro cara a cara entre la investigadora y los informantes, encuentros estos dirigidos hacia la comprensión de las perspectivas que tienen los y las entrevistadas respecto al tema de investigación, expresada con sus propias palabras. Se utiliza el código E01 al E20 para identificar a los y las entrevistadas, con el fin de respetar su confiabilidad.

La entrevista personal semiestructurada se realizó tanto a expertos en el tema, médicos practicantes de las técnicas de FIVET, especialistas en el campo médico y jurídico como: abogados litigantes y funcionarios judiciales, personas que han recurrido a la FIVET, miembros de diferentes congregaciones religiosas, funcionarios públicos de la Defensoría de los Habitantes y de la CCSS, diputados/as.

Dentro de las características de las entrevistas semiestructuradas, se destacan el efectuar la misma serie de interrogantes puntuales en términos idénticos para todos y todas las participantes, que sirven de base para la recolección de aspectos relevantes a la investigación y a la vez, contienen un guión o listado de temas a tratar, los cuales generan o facilitan a la investigadora información adicional complementaria, que da paso a una mejor comprensión de las categorías a estudiar.

A partir de las entrevistas, se codificaron las respuestas con el fin de observar resultados más resumidos. En total se entrevistaron 20 personas, 35% mujeres y 65% hombres, con una edad promedio de 52 años, la mayoría casadas (70%) y con hijos (85%). Sin embargo, también se entrevistaron personas divorciadas (20%), solteras (5%) y en celibato (5%). En promedio, los entrevistados tienen 2,8 hijos. Por orden, se encuentra una amplia gama de profesiones entre los entrevistados, siendo la mayoría abogados (30%) y médicos (25%) (Ver gráfico 5).

Gráfico 5. Profesiones de los entrevistados



El ordenamiento y análisis de los resultados se presentan con base en el marco teórico elaborado. Los hallazgos de las entrevistas semiestructuradas se exponen y analizan en cinco apartados de acuerdo con los objetivos propuestos. En cada apartado se ordena y se analiza la información con base en las dimensiones definidas de las categorías de análisis, se señalan los descriptores y hallazgos encontrados en las respuestas de los y las entrevistadas.

Cada una de las respuestas es antecedida por diferentes conceptos jurídicos, científicos, médicos, éticos y religiosos, con el fin de tener ideas más claras sobre la posición de los y las participantes.

Se da inicio con el concepto de la FIVET, para Soto (1990) consiste básicamente en reproducir, con técnicas de laboratorio, el proceso de fecundación del óvulo que normalmente ocurre en la parte superior de las trompas de Falopio, cuando obstáculos insuperables impiden que este fenómeno se realice *intra corpore*, requiere una tecnología altamente sofisticada y la presencia de un equipo biomédico de gran especialización.

Lema (1999) considera que la FIVET consiste esquemáticamente en la fecundación extracorpórea de los gametos femenino y masculino en un ambiente creado en el laboratorio que reproduce el de las trompas de Falopio.

Posteriormente se realiza la transferencia del embrión ya fecundado al útero de la mujer. Si se logra que se produzca la implantación –lo que no siempre ocurre- y si no media alguna complicación (aborto, embarazo extrauterino, etc.) se continuaría con una gestación normal.

La FIVET implica la posibilidad de que la concepción no se realice en el aparato reproductor femenino, específicamente en las trompas de Falopio, sino en laboratorio, para luego, cuando el embrión ha comenzado sus primeras divisiones, introducirlo en el interior del útero con el fin de que se desarrolle luego con normalidad. Para su desarrollo es preciso -según Gómez de la Torre-: a. Disponer del semen de un hombre, recogido previamente. b. Poseer uno o más óvulos de una mujer, recogidos por un procedimiento técnico en un centro sanitario adecuado. c. Poner en contacto el semen con el óvulo u óvulos en una placa de cultivo esperando que la fecundación se produzca (fase denominada de transferencia embrionaria, y realizada generalmente entre 24 y 48 horas después de la fecundación. (Miranda y Rodríguez:2002; 290 y 291).-

Se da inicio con el primer objetivo específico, en el que se estudia el concepto de vida en los seres humanos.

1.1 Indagar desde el punto de vista constitucional, filosófico y médico el concepto de vida y de embrión como base para la tutela jurídica de la vida, la familia y el libre desarrollo de la personalidad desde las técnicas de la FIVET.

La primera interrogante indaga en los y las participantes desde su percepción de cuándo consideran que inicia la vida en los seres humanos, se formuló de la siguiente manera:

1.1.1 ¿Desde su percepción cuando considera que existe vida en los seres humanos?

Dentro de esta interrogante se analiza el concepto de vida, proclamado por los organismos internacionales y leyes internas, son coincidentes los y las

participantes al considerar el derecho a la vida como derecho supremo y fundamental, dado que para hacer efectivo cualquier otro derecho es necesario estar vivo. Al respecto se tiene:

La CADH: *“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”* (art. 4, 1969).

CPCR: artículo 21 *“La vida humana es inviolable.”*

Sala IV: en la sentencia 2306 del 15 de marzo de 2000, respecto de la protección constitucional del derecho a la vida mantiene el siguiente criterio:

“en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico, según se demuestra de seguido. Esta segunda posición es acorde con las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos vigentes en Costa Rica.”

Código Civil: artículo 31 establece que la existencia de la persona física comienza al nacer viva, pero inmediatamente indica que se le considera, nacida para todo lo que la favorezca, desde 300 días antes de su nacimiento.

El Código de la Niñez y la Adolescencia: *“Artículo 12. Derecho a la Vida. La persona menor de edad tiene el derecho a la vida desde el momento mismo de la concepción (...). El concepto de menor abarca tanto al niño como al adolescente, y la misma ley señala que ‘niño’ se es ‘desde su concepción hasta sus 12 años.’”*

La posición de la Iglesia Católica se puede ver en la Carta Encíclica *Evangelium Vitae*, Juan Pablo II afirma: *“Todo hombre abierto sinceramente a la verdad y al bien, aun entre dificultades e incertidumbre, con la luz de la razón y no sin el influjo secreto de la gracia, puede llegar a descubrir en la ley natural escrita en su corazón (cf. Rm 2, 14-15) el valor sagrado de la vida humana desde su inicio hasta su término, y afirmar el derecho de cada ser humano a ver respetado totalmente este bien primario suyo”*. (Monterrosa, María E. 2012;9).

Don Víctor Pérez Vargas (1998) considera que *“por más que se le dé vueltas al tema, siempre terminamos admitiendo que la vida humana comienza con la unión del óvulo y del espermatozoide. Cada vez es más claro que el comienzo de la existencia de un nuevo ser se produce por la fusión de los gametos de sus progenitores, momento en que el que se constituye su programa genético o genoma.*

Lacadena considera correcto que la identidad o mismidad genética del individuo empieza a quedar establecida entre las ocho y doce semanas de gestación (Lacadena:2002;52).

En el 2010, La Comisión emitió un informe al respecto y señaló que el Estado *“violó derechos humanos fundamentales”* de esas parejas, y envió el caso a la Corte Interamericana, donde ahora se determinará si esa apreciación es correcta o no, así como sus consecuencias (Díaz: 2012;4 A).

De forma resumida se procede a incluir las fases más importantes de desarrollo embrionario; *“el embrión antes de constituirse en mórula es llamado blastocisto. Consta de una capa externa de células (trofoblasto o trofoectodermo con una cavidad interior (blastocelo) y un grupo de células pegadas a su cara interna que constituye el embrioblasto o masa celular interna (MCI). El futuro embrión sólo se desarrollará a partir de las células de la (MCI) que se diferencian en epiblasto, el cual se transformará en el disco embrionario (qué dará lugar al embrión propiamente dicho), y en hipoblasto, que dará lugar al ectodermo amniótico. Por su parte, el trofoblasto no produce estructuras embriónicas, sino que dará lugar al corion, que es la porción embriónica de la placenta”* (Lacadena:2002;49).

El genotipo del cigoto incluye ya, obviamente, el sistema HLA (haplotipo), su actualización no se hace efectiva hasta que los genes que contiene se expresan por vez primera y se sintetizan las proteínas correspondientes. En ese momento podría decirse que quedan fijadas las señas de identidad del individuo (Lacadena:2002;51).

Cada participante se identifica con la letra E de entrevista y un número asignado a cada uno/una de las entrevistadas en aras de guardar su confidencialidad. Se aportaran frases de las opiniones más coincidentes como también aquellas que ameriten ser analizadas por separado.

Las interrogantes sobre cuándo inicia la vida humana las respuestas de los y las entrevistadas, expresaron su opinión, como se indica líneas atrás se destaca la exposición homologada de conceptos.

Para varios de los entrevistados y entrevistadas, la vida humana da inicio desde el momento de la concepción, teniendo por esta la unión del óvulo y el espermatozoide, se tiene con esta línea de pensamiento a: E01, E02, E03. Del mismo criterio son: E04, E06, E07, E08, E09, E10, E11, E19, E12 E13, E15.

Algunos/as de las participantes toman como referente el artículo 21 de la CPR. Al considerar que la vida humana es inviolable por lo que sus opiniones se basan en que existe vida humana desde la fecundación. Inclusive uno de los participantes es de la opinión que existe vida en todas y cada una de las células masculinas o femeninas por lo que deben respetarse separadamente.

La investigadora difiere de este criterio, dado que una célula masculina o femenina por si solo al menos hasta hoy día, no se ha logrado que de origen a un ser humano. Inclusive ni fecundado un óvulo se tiene garantía que va a dar origen a un ser humano, pues, una gran cantidad de embriones sufren de muerte apostósica o no alcanzan su anidación o adherencia al endometrio, o por otras circunstancias son expulsados del cuerpo de la mujer, en la mayoría de los casos no es perceptible.

Lacadena (1992;49) considera que la formación de gemelos monocigóticos o de quimeras postcigóticos solamente pueda producirse antes de la aparición de la cresta neural en el embrión, que acontece hacia el día 14 después de la fecundación, coincidiendo con el final de la anidación, pone de manifiesto que las propiedades de unicidad y de unidad que caracterizan la individualidad de la entidad biológica en desarrollo no están fijadas durante las etapas embrionarias

anteriores a la terminación de la anidación (Lacadena:1992;49). Pre-embrión se llama antes del día quince, porque ya hay tejidos, antes del día quince es un conjunto de células, en las cuales no existe individualidad.

La investigadora comparte el criterio de Lacadena (1992:49) quien considera que la individualización de un nuevo ser requiere que se den dos propiedades: unicidad -calidad de ser único e irrepetible- y la unidad, realidad positiva que se distingue de toda otra; es decir, ser uno solo. También agrega que las propiedades citadas no están establecidas antes de la anidación.

La fase de la anidación es considerada la más importante dado que es precisamente este momento cuando el embrión de posa en su ambiente natural y propicio para desarrollarse. La fase de anidación: es el proceso por el cual el embrión se une a la pared del útero y comienza a introducir en la misma unas a modo de prolongaciones denominadas vellosidades coránicas. Hacia los siete días después de la fecundación comienza la anidación cuando el embrión alcanza el estadio de blastocito, y finaliza hacia los catorce días. (Lacadena:2002;67).

E17 indica: *“se da a partir de la concepción. Sin embargo una cosa es la vida en sí, porque una célula está viva pero cuál es el potencial de esas células de convertirse en un potencial ser humano, es donde está el problema, si usted dice vida, vida hay en una célula única, son organismos unicelulares, es un organismo vivo”*. Agrega, *“adherido al endometrio puede también desprenderse por motivos naturales y perderse y solamente ocho de esos cien concepciones van a terminar en vida, entonces a pesar que reconocemos que esas células están vivas no podríamos decir que ahí empieza el ser humano, porque tiene las mismas posibilidades de perderse que de terminar en una niña o niño”*.

E20 opina que la vida humana se inicia como lo ordena la legislación nacional o costumbre, desde 72 horas de la fecundación. No se logro determinar que legislación regula lo anterior, ni tampoco se tiene conocimiento que por costumbre la vida humana inicia a las 72 horas, véase que la opinión generalizada da como

inicio a la vida humana desde la concepción o fecundación.

El caso de E16 en su criterio la vida humana da inicio, desde la semana 12 después de la concepción, de acuerdo a lo estudiado, en esta etapa el embrión ya está adherido al endometrio, se tiene a un feto individualizado, con la mayoría de sus órganos formados o en camino de formarse, lo que significa que dejó de ser un grupo de células, y podría significar el desarrollo de un ser humano con posibilidades de nacer con vida.

La investigadora comparte la opinión de E18, quien, considera que existe vida humana biológicamente hablando desde el momento en el cual existe un embrión que a la vez ha logrado un estadio de avance importante la cual incluye su adherencia al endometrio, se puede decir que ahí empieza un proceso más formal de vida, no significa que va a ver vida humana ahí.

Se da el caso de la opinión de E05 según su criterio este tema incurre en el campo académico, y descarta la opinión de la iglesia en cuanto que la vida humana comienza desde la fecundación. Considera que la ciencia no se ha puesto de acuerdo a partir de cuándo hay vida, por lo que hace difícil defender una postura.

Algunos estudiosos son del criterio que el ser humano lo es desde su estado embrionario en sentido biológico del término, (Zamora:2012;13) no cabe duda que si se parte desde la biología todo embrión se supone que podría dar lugar a un ser humano independiente con características genéticas propias, pero como se dijo líneas atrás no significa que va a culminar con éxito el embarazo.

“La distinción entre embrión y preembrión se basa en tres criterios: el de la implantación, el de la división celular y el de la línea primitiva. Se considera que alrededor del día 14 de desarrollo embrionario es el momento en el que se produce definitiva implantación del embrión en el útero y comienza propiamente el embarazo. Hasta ese momento el óvulo fecundado se podría haber dividido y formar gemelos, pero no a partir de ahí, por lo que se considera que es el momento de la individualización. Finalmente, a partir de ese decimocuarto día se

forma la línea primitiva, que es el primer signo de especialización de las células embrionarias, así como el comienzo de la sensibilidad individual, que permitirá posteriormente sentir dolor” (E. Deleury citado por Lema:1999;147).-

La cuestión de los embriones, más que un problema de adaptación de la legislación, se produce tras un choque entre las distintas concepciones sobre la protección que el derecho ha de dispensar a los embriones en el marco de las nuevas tecnologías reproductivas. Se producen situaciones nuevas ante las que reaccionar, como consecuencia de la posibilidad de creación y manipulación de embriones extracorpóreos. Al mismo tiempo otros sujetos y otros bienes jurídicos se pueden ver envueltos y entrar en conflicto con determinados grados de protección de los embriones. (Lema:1999;283).

Según los rangos de edad, se observa una concentración de las opiniones en los rangos de 40 a 49 y 50 a 59 al preguntarles el momento de existencia de vida en los seres humanos. Del primer grupo cuatro personas opinan que es desde la fecundación in vitro, mientras que del grupo de 50-59 4 personas piensan que es desde la concepción y 3 personas desde la fecundación.

1.1.2 ¿Considera que el embrión es sujeto de derechos, o bien desde su concepto cuándo surgen los derechos del embrión?

El concepto de embrión no es unánime, en cuanto al momento que se le debe tener como tal, algunos estudiosos consideran la existencia de un pre-embrión. Seguidamente se adjuntan algunos de los conceptos sobre el producto de la unión del óvulo y el espermatozoide.

El Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS) en su glosario consideran al embrión el producto de la división del cigoto hasta el fin del estadio embrionario (8 semanas después de la fecundación).

La distinción entre preembrión hasta los catorce días y embrión a partir de ese momento se ha extendido en los últimos años. Aun así es una distinción que ha sido claramente criticada, por cuanto con criterios más o menos arbitrarios se establece una distinción que puede dar lugar a diferentes tratamientos desde los puntos de vista moral y jurídico, y porque facilita simbólicamente y normativamente el acceso a la manipulación de los embriones (Lema:1999;147).

Sin un ambiente propicio un embrión no implantado no podrá llegar a ser un ser humano, el ambiente solo le será propicio si una madre lo filtra, lo transforma y le agrega instrucciones. Sin el ambiente materno no hay siquiera posibilidades de iniciar un nuevo ser humano. La vida fluye por la placenta (Mora Bermúdez:2012;35 A)

La investigadora considera que es indispensable que el embrión se implante en el endometrio, siendo este insustituible, el útero materno ha sido el único ambiente necesario para que pueda sobrevivir, y permitir el desarrollo en las distintas fases de ese embrión, cigoto y feto hasta dar origen a un ser humano nacido con vida.

El cigoto es la célula resultante de la fecundación de dos gametos. En esta célula ya está presente toda la información genética del hipotético futuro individuo. No obstante, el proceso de fecundación es largo y complejo. Los siguientes estadios del desarrollo se distinguen por el número de células en que se ha dividido (mórula, blastocito) hasta que se produce la anidación en las paredes del útero, lo que ocurre alrededor del día decimocuarto de crecimiento. En este momento el embrión ya posee además las características que lo individualizan: la unidad (o cualidad de ser único) y la unidad (distinción de cualquier otro) (Lema:1999;42).-

El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece, con la salvedad de que la atribución de derechos patrimoniales está condicionada resolutoriamente, no suspensivamente, a que nazca vivo (Cadenas: 2000;269).

Los y las entrevistadas en relación al momento en qué surgen los derechos de embrión, lo relacionan en sus respuestas con el origen del embrión, por ejemplo E02, es de la opinión que el Estado protege a los productos de la concepción

hasta el nacimiento con vida, aclara que en su opinión el embrión está antes de ocho semanas máximo diez, dando origen después al feto.

E04, E05, E06 y E03, consideran que los derechos del embrión surgen desde la concepción. E01: relaciona los derechos del embrión con el artículo 31 del Código Civil, en relación con esta opinión la investigadora difiere del entrevistado, se tiene que el citado código, es claro en tener como favorable al futuro ser humano con la condición que nazca con vida, por lo que no se puede tener derechos que favorezcan al embrión, al cigoto o al feto, si este no nace con vida.

E15, en su opinión no hay derechos establecidos, esto es del resorte puramente moral y religioso. La anterior opinión descarga toda responsabilidad de los posibles derechos del embrión en una cuestión meramente de derecho natural, impregnado de normas morales o religiosas, por ende si la Iglesia protege la vida humana desde el momento de la concepción entonces desde ese momento el embrión es sujeto de derechos, independiente de la etapa en que se encuentre o si nace vivo o muerto.

La investigadora comparte la opinión de E11, al considerar que el pre-embrión se llama antes del día quince, porque ya hay tejidos, antes del día quince es un montón de células, si ese pre-embrión se divide en dos y se implanta en el útero nacen gemelos. Nace de este modo la primera conclusión biológica, no existe individualidad antes del día quince. Estadísticamente se tiene que varios estudios sustentan que de cien embriones en ciclos naturales no in vitro, 80 se bloquean temprano y no se implantan en el útero, por apoptosis genética, 20 siguen hasta los cinco días y de esos cuatro no se implantan por apoptosis por condiciones adversas del útero, 16 se implantan en el útero cinco abortan, once llegan a las 20 semanas y tal vez nacen.

E17, E07, E08, E10, E19, E12, E20, son de la opinión que desde el momento de la concepción hay vida, por ende el embrión es un ser humano y sujeto de derechos.

E18 divide al embrión en dos momentos biológicos antes de la anidación y después de la anidación en el endometrio, considera que la protección jurídica entre una y otra etapa es diferente o distinta, separa la protección antes de la anidación al catalogarla como protección a una entidad biológica que merece esa protección pero no la misma protección jurídica que merece un embrión que ha sido anidado.

E13 coincide con la DUDH, su opinión se liga con la dignidad intrínseca de cada individuo, conferida a cada ser humano por el simple hecho de serlo, por lo que le corresponde a todo miembro de la familia humana sea una persona con discapacidad, sea un niño recién nacido sea un adulto mayor, sea un feto sea un embrión.

E14, E16, E09, consideran que los derechos del embrión nacen desde la fecundación, por lo que merece respeto al considerarlo ser humano.

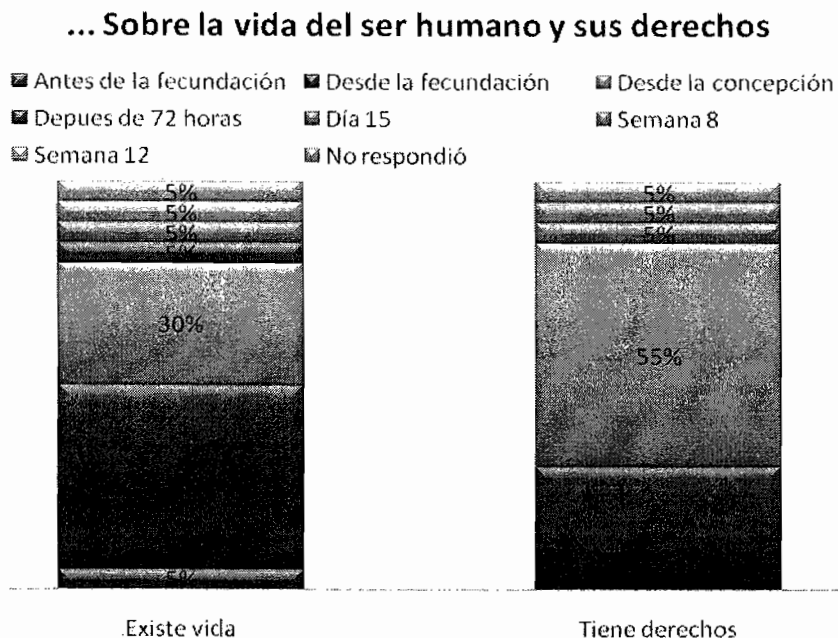
Como resumen de las interrogantes referentes al comienzo de la vida humana y sobre los posibles derechos del embrión los y las entrevistadas respondieron en un 45% que los derechos y la vida del ser humano empieza desde la fecundación o concepción, la que ocurre con la unión del óvulo y el espermatozoide, o a partir de la concepción (30%).

La investigadora comparte la opinión de los y las entrevistadas que consideran que la vida humana inicia o comienza con la anidación, sin embargo hasta que no se adhiera el embrión al endometrio no se puede hablar de un ser humano, dado que el desarrollo de las células no han alcanzado la formación de la cresta neural por lo que puede ser que ese grupo de células sufran de muerte prematura, o sean descartados de manera natural por otras condiciones. De la misma manera ocurre con los derechos del embrión, que derecho se le puede otorgar a un grupo de células que no se sabe si van a lograr adherirse al endometrio, esto en el caso de haber sido realizada por medio de la FIVET, en donde se han realizado una serie de exámenes con el fin de valorar la calidad de los embriones a implantar,

sin embargo de los y las entrevistadas opinan en su mayoría que el derecho de los embriones comienzan con la concepción o fecundación.

Por otro lado, opinan que los derechos del embrión surgen más que todo a partir de la concepción, sobre todo para las personas de 40 a 49 (3 personas), las de 50 a 59 años (4 personas) y las de 60 o más (3 personas).

Gráfico 6. Sobre la vida del ser humano y sus derechos



1.1.3 ¿Considera la FIVET método para garantizar la existencia de la familia como célula fundamental de la sociedad?

En esta interrogante surge el dilema de los diferentes tipos de familia, se deja el concepto tradicional de madre, padre e hijo o hija, y se tienen como familia otras formas, sin embargo se sigue considerando a la familia como el elemento natural y fundamento de la sociedad.

CADH, artículo 17. *"Protección a la familia. I. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado".* Artículo 14 bis. *"El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social que tendrá carácter de integral e irrenunciable (...) la protección integral de la familia"* (Goyenaga:2002;29).

La CPR en su artículo 51 reza: *"La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido"*.

En el artículo anterior no hay definición alguna de un tipo de familia: puede ser cualquier tipo de familia (Hurtado:2012;35 A).

Zamora (2012) es de la idea que la protección constitucional de la vida es la de un bien jurídico superior y está por encima de la posibilidad de ampliar el núcleo familiar, el sistema jurídico costarricense, ejerce la defensa del derecho a la vida del no nacido, por la vía del derecho penal, determinando a través de la tipificación del delito del aborto, el cual sucede cuando se causa la muerte de un feto, (Zamora:2012;22).

Los y las participantes en su mayoría consideran que la FIVET no es un método que garantice la existencia de la familia como célula fundamental de la sociedad entre ellos y ellas: E02M, E01, E07, E10, E17, E18, E18, E13, E16, E05 y E04, consideran que la familia como célula fundamental de la sociedad se ha desvirtuado y lo que era la familia tradicional, mamá, papá e hijos o hijas ha cambiado. También dentro de los entrevistados, E13, considera que la FIVET no se debe practicar como medio de reproducción.

También se tiene las personas que opinan que la familia si es fundamento de la sociedad, y su fin es la procreación, esta opinión es vista desde un punto religioso o de mandato divino, como es el caso de E19, E10, E06 opina que es una opción y E08 es del criterio que si es el eje o célula fundamental de la sociedad.

En esta interrogante la posición de E03, gira sobre la ponderación de dos derechos de rango constitucional el primero de ellos el derecho a la vida y el segundo el derecho a formar una familia, el problema radica en la posibilidad de si con la práctica de la FIVET se da la pérdida de embriones o no. Siguiendo la teoría de los derechos humanos fundamentales se debe hacer un juicio de ponderación, ese juicio implica a veces sacrificar un derecho fundamental en aras de proteger otro derecho fundamental. En ese juicio de ponderación las personas que tienen problemas de infertilidad van a anteponer su derecho a formar una familia frente al derecho a la vida de los embriones fecundados, de los cuales posiblemente se deban descartar algunos de ellos sea por falta de viabilidad o capacidad de mantenerse adheridos al endometrio o otras circunstancias.

Para las personas que abogan por los derechos del embrión y que no tienen problemas de infertilidad o ya han procreado a sus hijos e hijas o por otras circunstancias no pueden o no desean tener hijos propios, considerarán como más leve y moderado el derecho a formar una familia y como más severamente afectado el derecho a la vida de los embriones fecundados.

Algunos de los entrevistados consideran que el deseo de algunas parejas a tener sus hijos e hijas propios es parte de su ciclo vital, y el hecho de tener imposibilidad por diversos medios de llevar a cabo tener una familia biológica, produce grandes frustraciones lleva a un tremendo desajuste trastornos personales depresivo ansiosos, desesperanza, que interfiere con el resto de sus funciones, en sus relaciones, sociales, laborales, personales, la pareja llega a tener serios conflictos que llevan a la separación, y desajustes que pueden ser nefastos. He observado trastornos psicopatológicos. E15

E11 Artículo 17 de la CIDH, dice: *“No poder engendrar limita a la pareja a tener descendencia, los hijos son un componente fundamental en la configuración de la familia, el solo hecho de contraer matrimonio no equivale a formar una familia.”*

E12 considera que las personas con problemas de infertilidad no tienen otra opción para procrear hijos e hijas por lo que la FIVET es la única posibilidad que

les permitiría formar una familia. E14 considera de suma importancia haber tenido la oportunidad de formar una familia recurriendo a las técnicas de la FIVET.

E20 considera que tiene que ser un caso extremo de una familia, no tener ninguna otra opción, después de haber probado todas las técnicas y siguiendo un estricto protocolo.

La investigadora considera que la familia vista como tradicional, mamá, papá e hijos o hijas, es un hecho cierto que ese grupo dejó de ser la única familia, existen una serie de familias actualmente que merecen la protección estatal, independientemente de las personas que la forman, por ejemplo cada día son mas las mujeres que tienen sus hijos e hijas sin compañero o pareja y lo mismo esta sucediendo con hombres solos. En el caso de las mujeres solo deben acudir y obtener el esperma, y los hombres acuden al alquiler de vientre y la adquisición por diferentes medios de los óvulos.

Las personas de 40 a 59 años (9 personas) tienden a pensar que la FIVET no es un método que garantiza la existencia de la familia, mientras que las de 60 o más piensan lo contrario (4 personas).

1.1. Analizar las distintas aproximaciones de los sectores sociales en relación con las agendas internacionales: sobre el inicio de la vida del ser humano, su tutela jurídica, el derecho a la salud y los derechos de las madres.

A partir de la vida y del alcance del derecho a la reproducción se han puesto en la mesa de discusión problemas tan variados como la permisión de determinadas técnicas, la legitimidad y el posible alcance de la mediación del derecho, las personas a las que se habría de permitir y a las que se habría de impedir la utilización de las tecnologías reproductivas, e incluso la licitud o no de la elección de determinadas características como el sexo, color de los ojos y otros no sólo la descendencia (Lema:1999;283).-

1.1.2 ¿Considera usted que: una mujer con algún padecimiento se le prohíba recurrir a las técnicas de la FIVET para procrear?

Esta interrogante tiene su origen en el anteproyecto archivado en la Asamblea Legislativa, en el cual uno de sus artículos exige que la mujer que desea recurrir a las técnicas de la FIVET debe ser una mujer sana. La mayoría de las y los participantes rechazan este tipo de exigencia, la consideración como discriminatoria.

“Es posible, sin embargo, que sea la mujer que más sufra a causa de esta incapacidad “Su desesperación como –dice Farrer Meschan- corrobora la máxima, tan vieja como la humanidad, que relaciona la autoestima de una mujer con su capacidad de procrear. Ser estéril significa no realizarse como ser humano. Ser como una rama seca que no da frutos; la ansiedad de la mujer fluctúa con periodos de depresión, marcados en el comienzo de cada ciclo sexual”. (Soto:1990:9).

Los y las entrevistadas respondieron de la siguiente manera: E02, E05, E07, E11, E12, E19, dan argumentos en contra de exigir a la mujer que acuda a la FIVET no tener ningún padecimiento, entre sus opiniones alegan: no se puede poner condiciones para recurrir a la FIVET a mujeres con alguna enfermedad. Lo que debe hacerse es preparar a las mujeres para que desarrollen un embarazo con éxito. La decisión de procrear es de cada mujer.

La investigadora opina igual que E11 y E12 al concluir que el impedir a una mujer recurrir a la FIVET por razones de salud, le limita su derecho a escoger ser madre, como se podría explicar que a una mujer con diabetes, o hipertensa o con otro tipo de padecimiento queda descalificada por la ley para ser madre recurriendo a la FIVET, se debe tomar en cuenta, que el concepto de salud es sumamente amplio. No se puede limitar por la condición de salud, a una mujer tener acceso a un método o técnica creada para el servicio de la humanidad.

Puede darse el caso de mujeres infértiles por trastornos en cuanto ovulación o

trastornos en el aparato genital o de tubos, algunos con tratamientos quirúrgicos se ha resuelto o si tienen diabetes y queda embarazada hay tratamientos modernos para tratar de mantener calidad de vida de la madre como del bebé (E19)

E13 va más allá de considerar como limitante determinado padecimiento, en su parecer la FIVET no cura a la mujer, le parece una irresponsabilidad que si la mujer tiene problemas de síndrome metabólico, ovarios poli quísticos que se le pueda asociar con problemas que pueden incluso terminar con su vida, se olvida el problema de salud y se pone a procrear a ultranza. Es de la idea que el problema de salud subyacente es el que debe ser tratado, si es un factor femenino de la infertilidad, se debe tratar ese problema a profundidad y a ella la curamos y como consecuencia logramos que ella logre procrear, en la FIVET no la estamos curando ni a ella no cura a nadie.

E20, toma en cuenta el costo económico y el riesgo de la técnica y su posible fracaso por lo que recomienda otras opciones.

Dentro de los aspectos expuestos por los y las participantes son consecuentes en su opinión: E04, E01, E15, E07, E08, E10, E17, E06, E16, E11, E12, E14, E18, consideran que el impedir a una mujer con algún padecimiento recurrir a las técnicas de la FIVET puede calificarse de:

- 1.- Discriminatorio
- 2.- Aspecto subjetivo
- 3.- Vulneración de un derecho fundamental frente a otro
- 4.- No es prohibir es permitir a la mujer prepararse mejor
- 5.- Es una decisión personal
- 6.- Decisión propia se haría selección natural
- 7.- Portillo legal de persona sana o mujer sana

- 8.- Recibir consejería genética
- 9.- Derecho a escoger
- 10.- Controles adecuados
- 11.- Concepto de salud amplio
- 12.- Mantener calidad de vida de la madre y el bebe
- 13.- Es aberrante humanamente despreciable
- 14.- Violación a la mujer, efecto expansivo
- 15.- Respetar problemática.

No se encontraron diferencias de opinión entre rangos de edad al preguntarles si es correcto que se prohíba la FIVET a mujeres con padecimientos, ya que solo se encontraron dos casos en que se opinó que sí debería prohibirse.

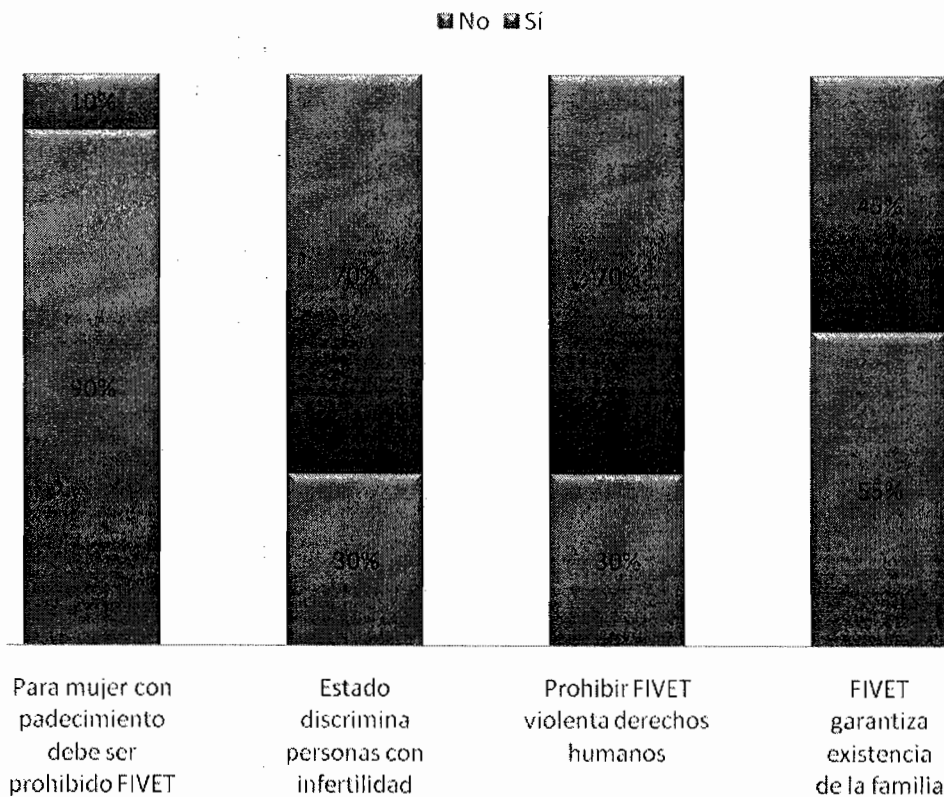
En relación con la FIVET y los derechos humanos, los entrevistados tienen opiniones encontradas. Un 55% opina que las técnicas de reproducción asistida FIVET no es forma de garantizar la existencia de la familia como célula fundamental de la sociedad, gran parte de los y las entrevistadas consideran que la familia tradicional formada por papá, mamá e hijos, hijas, ya ha dejado de ser la única, existiendo actualmente varias formas de familias, compuestas por madres o padres solos, hermanos y hermanas también están las familias ensambladas, formadas por mamá y papá que aportan hijos e hijas al grupo familiar. También se da la situación de mujeres solas que acuden a técnicas de inseminación, para procrear, constituyendo una familia con la ausencia del padre.

Un 70% de los y las participantes son de la idea que la prohibición de este método violenta los derechos humanos de las personas que necesitan de las

técnicas de reproducción asistida para procrear hijos e hijas propias. Un 70% opina que la prohibición genera discriminación hacia las personas con infertilidad.

Gráfico 7. Sobre los derechos humanos y la FIVET

...Sobre derechos humanos y la FIVET



1.2.2. ¿Considera usted que: la CIDH tiene la potestad de obligar al Estado costarricense a regular o permitir la FIVET?

La CIDH consideró que la prohibición absoluta de la FIV constituyó una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada y familiar, y en el derecho a formar una familia a las parejas que tienen problemas de infertilidad y se le evito procrear recurriendo a estas técnicas. Asimismo, se alega que dicha prohibición viola el derecho a la igualdad de las personas que tienen problemas de infertilidad, en tanto que el Estado les impidió el acceso al único tratamiento que les hubiera permitido superar su situación de desventaja para tener hijos o hijas biológicos. Además que este impedimento habría tenido un impacto desproporcionado en la mujeres (Mora, Fanny: 2012;31A).

En el 2010, la CIDH acogió su demanda y consideró que el país violentaba los artículos 11.2, 17.2, y 24 de la CADH y recomendó al Estado costarricense levantar dicha prohibición, garantizar el acceso a la técnica FIV y reparar material y moralmente a las víctimas (Mora, Fanny:2012;31A). El juicio se realizó el 5 y 6 de setiembre del presente año en la sede de la CIDH en San José, las partes presentaron sus pruebas y alegatos. Se espera la sentencia para el mes de diciembre según informe de la CIDH.

Las sentencias de la Corte son inapelables y deben ser respetadas y ejecutables por los Estados miembros, entre ellos Costa Rica (Díaz:2012;4A).

Se dan diferentes criterios entre los y las participantes en relación con la obligatoriedad por parte del Estado costarricense de acatar lo dispuesto por CIDH, quienes por su profesión principalmente abogados, tienen conocimiento de los compromisos adquiridos por Costa Rica como miembro de la CIDH, no dudan en otorgar a Costa Rica la obligación de respetar las decisiones y obligaciones impuestas en la Convención.

Siguen esta línea E02, E01, E05, E03, E04, E09, E11, E14, E16, E12, E14, E18, dentro de lo más destacado de su participación se tiene: 1.- Si Costa Rica firmó el

Pacto de San José, debe ser respetuosa. 2.- Lo que hace la CIDH es dar una recomendación al país que levante la prohibición de la técnica y puede resarcir a las personas de los daños que habría causado. 3.- El artículo 68 de la CIDH mas el 27 del Convenio Sede la CIDH, establece que las sentencias de la Corte serán ejecutivas y ejecutorias. 4.- Si existe un déficit la jurisprudencia de la Corte no debería ser vinculante. Si después de un test comparativo se llega a la conclusión que hay un déficit de protección del sistema interamericano en relación con el derecho interno, impera el derecho interno. 5.- Cuando los países se someten a ese órgano por supuesto que se someten a su jurisdicción, entonces el no respetar un fallo, de un órgano que está jerárquicamente por encima del propio Estado seria violar la Convención que como país suscribió Costa Rica. 6.- La CIDH, va a tener que sopesar los derechos de las personas en relación a la Convención de los Derechos Humanos, la Corte no se va poner a ver cuando comenzó la vida humana, si la FIVET, desecha o no desecha embriones.

E15, se desliga del debate moral y religioso, y considera que los ciudadanos costarricenses tienen derecho a solicitar y llevar a cabo las técnicas FIVET, procedimiento universalmente aceptado en cierta medida al prohibirla se estaría privando por ausencia de legislación de lo considerado un derecho fundamental.

E06, E07, E08, E19, consideran que Costa Rica como Estado soberano, tiene derecho a decidir lo que quiere, por lo que la Corte no puede imponer la practica de la FIVET en el país, agregan que el embrión es un ser humano, por lo que no se puede definir un beneficio para uno y un perjuicio para otro.

E10, hace un balance entre la obligación de Costa Rica como miembro de la CIDH y el derecho de inviolabilidad de la vida en conjunto con la protección del artículo 31 del Código Civil.

Algunos/as entrevistadas alegan no manejar aspectos legales, consecuentemente no conocen las normas (E17).

E13 *“No, la CIDH establece que la vida humana inicia desde la concepción la Comisión debería felicitar a un Estado que da protección desde la concepción*

como lo indica el artículo 21 de la CPR. No debió ser ni admisible ante la Comisión. La Corte tiene el deber de decir que el derecho a la vida es inviolable no puede decir a un Estado que vaya en contra de sus derechos”.

E20, alega desconocimiento de los compromisos de Costa Rica como miembro de la CIDH, antepone la soberanía del Estado costarricense.

Los grupos de edades menores opinan que la CIDH puede obligar al Estado a permitir la FIVET. Sin embargo, el grupo de 50 a 59 está repartido en opinión (3 piensan que sí puede y 3 que no). Mientras que en el de 60 o más la mayoría piensan que La CIDH no tiene esta facultad (3 personas).

1.2.3. ¿Considera usted que la manipulación genética es jurídica o éticamente lícita?

Advierte Zannoni, que tampoco debe admitirse que las clínicas autorizadas puedan crear embriones con gametos de donantes anónimos, y más tarde ofrecerlos a parejas estériles, porque ésta sería otra forma de traficar a través de la manipulación genética. (Soto:1990;310).

Dentro de los aspectos mas importantes se extrae de E01, E02, E03, E04, E05, E07, E08, E10, E11, E13, E14, E15, E17, E18, E19, E20, lo siguiente:

- 1.- No existe problema en el uso de embriones siempre y cuando este permitido.
- 2.- Debe existir una tutela e imponer límites en aras de conservar la integridad del material genético.
- 3.- Poner límites objetivos y claros capaces de ser controlados.
- 4.- La manipulación no debe de ser una forma de enriquecimiento. 5.- Más que tema moral es una protección de la raza humana.

- 5.- Desde la ética se debe revisar profundamente al ser un tema muy relativo.
- 6.- En la realización de estudios y procedimientos para prevención de enfermedades, asociadas a trastornos bioquímicos y genéticos ha sido bastante abalada y en torno de la prevención de ciertos trastornos fetales.
- 7.- En fertilización in vitro, lo que se hace es ver el proceso natural, cuales células se están reproduciendo y tiene mayor potencial de ser un ser humano, para ser implantado dentro del útero.
- 8.- Éticamente hay cosas que se pueden hacer sin violar derechos humanos y sin destruir embriones.
- 9.- Se debe crear protocolos o estándares necesarios para garantizar que no haya desecho de embriones de manera exagerada.
- 10.- cualquier manipulación genética para aliviar para curar algún tipo de enfermedad o algunos otros padecimientos incluso más graves justifica la realización, el problema sería hasta donde se llegaría con esa manipulación genética y que pretendería o pretende esa manipulación genética.
- 11.- Va más adelante al ciencia que la ley.
12. La manipulación genética debe ser absolutamente permitida cuando se efectuó en función del mejoramiento de la salud de las personas y no sea efectuada con fines caprichosos de seleccionar el sexo, escoger el color de los ojos, cosas de esas.
- 13.- Si es para erradicar una enfermedad en un pre- embrión que de esa manera nacería sano ese es el futuro de la ciencia.
- 14.- Se puede evitar en el transcurso de su vida, tomar algunas medidas preventivas para evitar el desarrollo de equis condición patológica.

15.- Entendiéndose manipulación genética el conocimiento de los genes y como algunas enfermedades tienen su inicio con alteraciones genéticas, es muy útil para intervenir y tener una sociedad más sana.

16.- La manipulación genética entendida como una forma necesaria para alcanzar un fin no puede ser lícitamente prohibida, justamente por ser un medio.

18.- Cuando es con fin eugenésicos si es inmoral como escoger el sexo, el color del pelo de los ojos, etc.

19.- Si es para seleccionar el material genético a capricho es discriminación es como lo que hacían los nazis.

20.- Lo que se haga con el embrión no tiene que ver con la técnica de in vitro, si lo clona, si lo vende si lo hace pedacitos nada tiene que ver con una técnica que si es ética.

E06 *“No, porque eso sería modificar la naturaleza. Es un riesgo porque no se sabe que se está haciendo”.*

La manipulación genética en los seres humanos no es correcto, la FIVET no es manipulación genética, la FIVET es el mecanismo a través de cual una mujer o un hombre puede tener gametos femeninos y gametos masculinos, óvulos maduros, fecundarlos en el laboratorio y formar un embrión que luego es transferido a la cavidad uterina. (E09)

1.2.4. ¿Considera usted que el congelamiento de embriones es reprochable?

A causa de la estimulación ovárica no es extraño obtener de una mujer 10, 15 o 20 óvulos. Teniendo en cuenta que hasta 60 u 80 % pueden resultar fecundados, resta el problema de que hacer con ellos. La congelación para su uso posterior es una de las posibilidades existentes, pero también se pueden desechar, donarlos, o utilizarlos como objeto de experimentación. En caso de congelarlos, que es lo más

usual, una vez transcurrido cierto tiempo sin que sean usados, persiste el problema (Soto:1990;86).

Entre los hallazgos de esta interrogante se extrae la preocupación sobre el tema de convertir a los embriones congelados en materia mercantil, lo que se ve como una falta de respeto a la dignidad del producto de la concepción, por ejemplo E01, E06, E07, consideran que el fin puede ser diferente no ir enfocado a dotar a una pareja con problemas de infertilidad a procrear sus hijas e hijos sino por el contrario van dirigido a lo económico. .

E03, E04, E05, comparten el criterio de Víctor Pérez al considerar que los embriones son seres humanos y no pueden ser congelados, se debe respetar su desarrollo natural, todo debe estar encausado a la formación y desarrollo del embrión y que termine en el nacimiento tal y como lo proclama la constitución. Están de acuerdo que se debe dar control, regulación, supervisión y la utilización que se haga, para conservar y respetar los derechos del embrión.

E08, E09. E10, abogan por permitir la congelación en el tanto los embriones no sufran daños físicos o en otros ámbitos de su desarrollo. No ven la necesidad de congelar embriones, ya que la ciencia permite la congelación de los gametos femenino y masculino por separado, lo que evitaría la sobrepoblación de embriones congelados como sucede en España actualmente.

E02, E11, E12, E15, E16, E17, son del criterio que la congelación o vitrificación de los embriones es una técnica que no elimina embriones, sino por el contrario los conserva para diferentes supuestos tales como:

1.- Mantenerlos para una segunda transferencia sin que la paciente tenga que volver a incurrir ni en los gastos ni en los riesgos por el tratamiento y de esta forma simplificar el proceso y el costo de la FIVET.

2.- *Evita el tener que desechar embriones o acumular embriones de manera que el concepto de que el congelamiento o vitrificación como es hoy día que la congelación es reprochable, obedece básicamente a un concepto*

especifico por la religión católica.

3.- El congelamiento de embriones es simplemente una técnica que le permite a las personas que están en proceso de una fecundación in vitro, de poder mantener la sobrevivencia de esos embriones.

4.- Lo adecuado o lo posible sería pensar en un congelamiento de los gametos femenino y masculino por separado y lograr la fecundación hasta que se tenga la certeza de la sobrevivencia.

5.- *Es una buena posibilidad para que esa pareja o mujer tenga mas hijos en el futuro y que la mujer no tenga que pasar por todos los pasos que requiere la FIVET de nuevo, de sacar embriones, volverlos a guardar, someterse a cambios hormonales contraproducentes.*

6.- Si a esa mujer le hacen el implante y por diferentes circunstancias pierde los embriones, va a tener una reserva que pueden ser implantados y también lo mismo muchas parejas podrían recurrir a implantarse esos embriones, pudiéndose convertir en una manera de adopción.

Algunas/os entrevistados aquellos/as que consideran al embrión ser humano desde la concepción no comporten los métodos de congelación o vitrificación embrionaria, piensan que se le debe respetar su vida, agregan que el congelamiento y la vitrificación son tratos crueles, denigrantes e inaceptables, son de esta opinión, E13, E14, E18, E19, *“Si, si partimos que el ser humano es ser humano desde la concepción, fertilización o concepción que son sinónimos, a partir de ese momento ya es un ser humano que le corresponde que se le respete su vida, el hecho de estar congelado es un trato cruel y denigrante, inaceptable. Imaginar que el hijo nuestro está congelado en etapa embrionaria es espeluznante. Cuesta creerlo pero es un ser humano que esta congelado, es un trato cruel y degradante”.*

E20, en el caso de esta entrevista, por la respuesta, parece no haber comprendido el punto central, contesto: *“Si, simplemente. Depende de los embriones si son dos*

es mejor son gemelos, son riesgos que se corren. No estoy enterado del tiempo que puede durar ese embrión. Si fuera por familia sería lo necesario sean 2 o 3 meses, la gestación normal. Yo me equivoque pensaba que era un problema de ricos ahora se que también es de pobres”.

Los entrevistados de 40 a 49 años son las que tienden más a pensar que el congelamiento de embriones es reprochable (4 personas). Mientras que las de 50 a 59 tienden más a pensar que las células fecundadas se deben crioconservar (5 personas).

1.2.5 Considera que la madre y el padre tienen derecho de disponer sobre la vida de los embriones humanos, producto de sus gametos?

El embrión esta formado por dos células la femenina el óvulo y la masculina el espermatozoide, por separado al parecer nunca podrían generar vida humana pero al unirse si, ahora bien cabe preguntarse si la madre y el padre dueños de esas células pueden disponer de esos embriones, sin entrar a analizar en profundidad el destino que podrían darle la madre o el padre, los y las participantes opinaron:

Los y las entrevistadas E01, E03, E04, E05, E10, E11, E13, E16, E17, E18, E19, opinan que los padres no pueden disponer de sus gametos, destacan algunos puntos al respecto:

- 1.- Se cataloga como un tema de la colectividad.
- 2.- No se puede dar potestad a un doctor o a los padres que a su capricho decida si se extinguen la vida de los embriones.
- 3.- El proceso desecha y ese embrión merece la protección.
- 5.- Se puede dar manipulación comercial o mercantil, perdiendo objetivo de dar un hijo e hija propio a personas con problemas de infertilidad.
- 6.- Problemas de las parejas que tienen gametos congelados y llegan a

divorciarse.

7.- Pueden surgir conflictos en relación con la filiación del menor.

8.- Responsabilidad de la madre y el padre de mantener con vida a los embriones.

9.- Existe una relación muy íntima entre padres e hijos pero eso no le da un tipo de relación de propiedad, el embrión no es propiedad de los padres.

10.- Los padres han dado las células que dan vida a esos embriones pero ya estos embriones son individuos humanos distintos del padre y de la madre y como tales ya tendrían que estar sujetos a la protección de la ley, y a los derechos de las personas que es lo que garantiza en este momento la legislación costarricense.

11.- El problema es que se desechan y se boten y si parte que ya son seres humanos, entonces eso es cuestionable.

Dentro de los argumentos de los y las entrevistadas E02, E09, E11, E12, E14, E15, E16, E17 y E18, los que son de la opinión que la madre y el padre pueden disponer de sus gametos, lo fundamentan en lo siguiente:

1.- Esos gametos son la prolongación biológica de los padres por lo que tendrían derecho a su destino en el sentido constructivo.

2.- Es responsabilidad de los padres el destino de los embriones propios.

3.- Los padres tienen el derecho de establecer la fecundación de manera artificial y depositar el resultado de esa fecundación, pero no tienen el derecho de desechar esos embriones de manera arbitraria.

4.- Si tienen derecho los padres pero en el entendido de que los que se fecundan se implanten.

5.- Es la materia genética del padre y la madre, debe ser lícito y no atentar

contra la vida humana.

6.- Los padres deben ser conocedores de la manipulación de sus gametos, debe basarse en el conocimiento correcto.

En cuanto E20 dijo lo siguiente: *“Si, siendo dos si son bonitos, manejables”*. Queda claro que no entiendo la pregunta.

1.2 Verificar la aplicabilidad del principio de protección a la vida y desde la óptica penal y su relación con la criminalidad económica.

El caso de embriones almacenados plantea especiales dudas. En general parece haber un cierto acuerdo en que las personas de cuyos gametos provienen los embriones sean las que decidan sobre los posibles destinos de éstos, entro de los límites que marcan las leyes. Esto quiere decir que podrían escoger entre utilizarlos para sí, donarlos o alguna otra finalidad permitirán y que el tiempo durante el cual podrían realizar esta elección estaría determinado por los plazos legales máximos de almacenamiento previstos (Lema.1999;148).

Este tipo penal ofrece diversas gradualidades. El tipo criminal más grave sucede cuando el acto se comete sin el consentimiento de la mujer, -o sin aún teniéndolo-, ésta es menor de quince años. El legislador consideró reducir el castigo si la madre ha consentido en la comisión del hecho delictivo. Igualmente en el figura del aborto procurado, la legislación costarricense castiga a la madre que procure su propio aborto, hasta con tres años de prisión. La única circunstancia en que la legislación costarricense justifica el aborto, sucede cuando éste debe realizarse con el fin de evitar un peligro par ala vida o la salud de la madre y éste debe realizarse con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y éste no ha podido ser evitado por otros medios (Zamora:2012;22).

1.2.1 Considera usted que: Se deben crioconservar las células fecundadas?

Muchas de las consideraciones expresadas para el caso de la crioconservación de gametos son válidas para la crioconservación de embriones. Sin embargo, ésta es una cuestión mucho más controvertida, sobre todo en lo que se refiere a los llamados embriones supernumerarios que fecundados in Vitro pero no transferidos, permanecen congelados y con un destino incierto (Lema:1999;59).-

Los y las participantes cuestionan el propósito o fin de la crioconservación de las células fecundadas, al respecto se destaca lo alegado por E01, E02, E04, E05, E06, E09, E11, E14, E17, E18, :

- 1.- En caso de una enfermedad discapacitante o degenerativa y si se congelara o se pusiera ese ovulo en un estado suspensivo mientras se logra conseguir una cura para ello si sería positivo pero en otros aspectos parece que no.
- 2.- Si se habla de un ser vivo que potencialmente va a ser un ser humano entonces no tiene porque eliminarse debe conservarse.
- 3.- Se deben crear limites.
- 4.- Las personas deben sujetarse a sus propios principios y a lo que le permite la legislación de cada país.
- 5.- Los óvulos y espermias por separado si, los óvulos fecundados no.
- 6.- La crioconservación es un método que asegura no dañar al embrión cuando se descongela.

Los y las entrevistadas E07, E08, E10, E12, E13, E15, E19 y E20, opinan que no se deben crioconservar las células fecundadas, fundamentan su decisión en aspectos tales como:

- 1.- Se debe implantar un solo embrión.
- 2.- Destino de la madre y el padre en caso de su muerte.
- 3.- Se presta para comercialización.

4.- Es una manipulación del embrión.

5.- La crioconservación siempre va a tener el riesgo de que los embriones no sean ocupados.

6.- Son seres humanos del momento de la concepción entonces no podría o ser aceptable que un ser humano sea crioconservado.

7.- Implica desecho de embriones con el transcurso del tiempo.

1.3.2. Considera usted que: pueden las personas que recurren a la FIVET disponer de los embriones no implantados?

Cuando se habla de disponer de los embriones no implantados, se trata de aquellos embriones que se tienen en algún estado de conservación, sea congelados o vitrificados, puede ser el resultado de embriones no utilizados por la pareja que recurrió al a FIVET, por diversas causas como por ejemplo un divorcio, muerte de una de las partes, deja de existir la necesidad de implantarlos en la mujer donante, u otros, entonces la pareja en conjuntos o separados puedan tener el derecho de disponer de esos embriones.

En esta apartado surgen una serie de posiciones, principalmente se ventila por parte de los y las participantes la preocupación del manejo de esos embriones, E01, E03, E05, E08, E10, opina que se puede dar la compra o venta de los embriones, surge el tema del vientre de alquiler, el contrato de donadores, convirtiendo la FIVET en un negocio mercantil en el cual se comercializa esos embriones. La presencia del lucro preocupa al perder el objetivo original.

Sin embargo también se tiene a entrevistados y entrevistadas que opinan que las parejas si pueden disponer de los embriones pero con el establecimiento de protocolos y consentimientos informados para marcar límites, y evitar que se maneje en forma abusiva o al libre arbitrio, dentro de ellos y ellas se tiene a E02, E04, E07, E06, E09, E17, E18, E20, concluyen que debe manejarse con ética y protegiendo la vida de esos embriones.

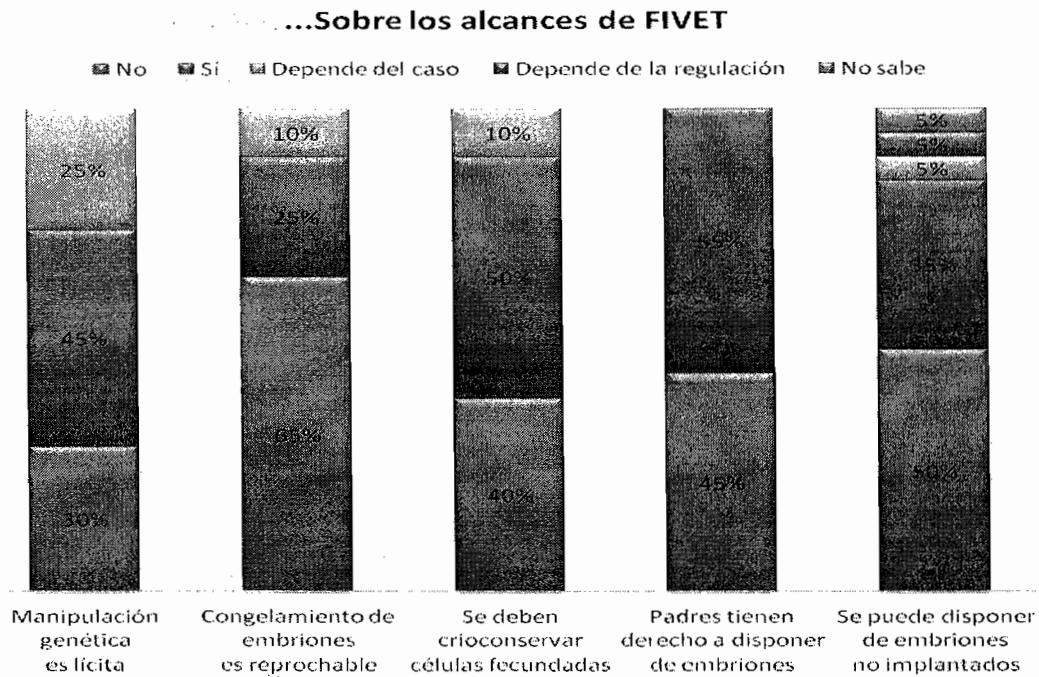
E11 considera que si pueden disponer pero en sentido constructivo, por ejemplo darlos en adopción.

También se dio por parte de los y las participantes como E12, E13, E14, E16, E19, la negativa de otorgar a las personas que recurren a la FIVET el derecho de disponer de los embriones no implantados , dentro de los argumentos citan:

- 1.- No se deben fecundar más de tres óvulos.
- 2.- No debería haber embriones producidos in vitro.
- 3.- No deben congelarse ni disponer de los embriones.
- 4.- No saber que hacer con los millones de embriones congelados.
- 5.- Peligro en los riesgos a los que se somete la mujer para la estimulación hormonal.
- 6.- Probabilidad de partos prematuros esta incluido lo que es la muerte, parálisis cerebral, retardo mental, defectos de tipo genético y otros riesgos.
- 7.- Es un problema de derecho a la información es una cuestión de derechos humanos.

Al preguntarle a los entrevistados sobre los alcances de FIVET, se observan opiniones bastante distintas. Un 30% opina que la manipulación genética no debería ser lícita, un 45% opina que sí, mientras que un 25% comenta que depende de cada caso. Sin embargo, la mayoría piensa que el congelamiento de embriones no es reprochable (65%) y un 50% está de acuerdo en que se crioconserven células fecundadas. Por otro lado, solamente el 35% de los entrevistados está de acuerdo en que se pueda disponer de embriones no implantados, aunque el 55% piensa que los padres tienen derecho a disponer de los embriones. (Ver gráfico 8).

Gráfico 8. Sobre los alcances de FIVET.



1.3.3. Corresponde a la seguridad social vigilar y controlar el destino de la materia genética y/o gametos y embriones?

En relación a esta interrogante los y las participantes se inclinan por preocuparse de la parte económica, inclusive son de la idea que el vigilar y controlar el destino de la materia genética y/o gametos y embriones podría llevar a la CCSS a la quiebra, son de esta idea: E01, E03, E04, E07, E08, E13, E15, dentro de los argumentos se citan:

1.- A la seguridad social le corresponde establecer un nivel básico de atención a la población puede ser básico muy grande o básico en pequeño, depende de los recursos que tenga la sociedad.

2.- Le corresponde a la CCSS atender las enfermedades subyacentes de la infertilidad.

3.- El Estado debe velar porque opere el sistema en forma eficiente y segura, basado en normas éticas y científicas.

4.- Va mas allá de la seguridad social,

Los y las participantes E02, E05, E06, E09, E14, E20, que concluyen que debe ser la CCSS la que controle y vigile lo referente a materia genética lo fundamentan principalmente en lo siguiente:

1.- Debe regularse por asuntos de salud pública.

2.- Un banco de gametos es fundamental.

3.- Es obligación de los estados de los gobiernos tener toda una estructura paralela a la estructura científica de vigilancia control y de limitación a la utilización del material genético.

4.- Es la única empresa que tiene esa capacidad.

5.- Se debe regular muy bien su práctica clínica, porque es portillo para muchas derivaciones que no son éticas.

6.- Para que no suceda lo que en otros países.

7.- La seguridad social debe estar en la absoluta obligación de brindarle todo el procedimiento quirúrgico y medicamentos a las pacientes.

También se menciona la responsabilidad del Ministerio de Salud, como ente rector, y encargado de vigilar y controlar lo que concierne a la materia genética, gametos o embriones, dentro de ellos y ellas se tiene: E10, E11, E12, E16, E17, E18 y E19.

1.- Ministerio de Salud, es la entidad rectora de esta materia en autorización de los centros que funcionan y el Colegio de Médicos, autorizando los médicos que tengan la capacitación necesaria para llegar a practicar este tipo de tratamiento medico.

2.- No es justo que la FIVET solo este a nivel privado porque siga existiendo la misma discriminación que ha existido hasta el día de hoy.

3.- Es una vigilancia que le corresponde al Ministerio de Salud como ente rector de la salud.

1.3.4 Se encuentra el Estado Costarricense en capacidad de soportar el costo económico de la implantación de las técnicas de reproducción asistida.

Esta interrogante va dirigida a investigar las posibilidades económicas del Estado a través de la seguridad social de brindar las técnicas FIVET a aquellas parejas que lo necesiten, parte de los entrevistados y entrevistadas consideran que el Estado costarricense no goza de las condiciones para poder realizar las técnicas entre ellos y ellas: E01, E04, E07, E10, E13, E14 y E19, algunos de los argumentos para tal negativa son:

1.- Es absurdo que una institución que a duras penas puede cubrir necesidades básicas deba cubrir esas necesidades.

2.- Los que practican la FIVET tienen que ser ginecólogos y tener ocho años de especialidad en fertilización.

3.- Los costos económicos son muy elevados, y la CCSS, no esta en condiciones existen otras cosas más urgentes.

4.- Ese dinero debe ser para el diagnostico rápido y curen a la pareja, las mujeres, las parejas si tienen derecho de ser atendidos.

5.- Debe tratarse el problema de raíz a la mujer como persona que es, se trata de arreglar sus problemas de manera integral holística, completa y no fraccionada haciéndola procrear de manera obligada a costa de su salud, para eso si tiene medios la Caja.

6.- Se necesitan no solo de los equipos propios para hacer la técnica, sino que se habla atender los partos prematuros, las unidades de cuidado

intensivo prenatal, se necesita financiamiento para ver aspectos secundarios en la madre.

7.- La CCSS esta mal administrada.

8.- Gastar los pocos recursos de parte de la seguridad social es poco inteligente.

De manera contraria se tuvo a varios y varias entrevistadas que consideran que el Estado costarricense si tiene la capacidad necesaria para soportar el costo económico de la implementación de las técnicas de la FIVET, citan entre sus argumentos E02, E03, E05, E06, E08, E09, E11, E12, E14, E15, E16, E17, E18 y E20 lo siguiente:

1.- El laboratorio es pequeño, debe comenzar con uno o dos, no es cierto que tenga alto costo.

2.- El estado debe asumir el servicio de la implementación de la FIVET.

3.- La Sala IV en la medida que ha obligado a la Caja en implantar otras técnicas podría perfectamente podría decir que es un derecho a la salud y que como tal debe regularse y permitirse, la Caja tendría que asumirla.

4.- El hecho del costo económico nunca puede ser un obstáculo, se puede hacer un servicio concertado.

5.- El Estado cuenta y tiene tecnología, tratamientos, procedimientos, gente de experiencia, en el sistema de seguridad social que maneja fertilidad, el equipo multidisciplinario necesario, que pueden manejar de forma integral a estas parejas.

6.- Es asunto de todos, si la población esta dispuesta a hacer eso y es claro que no todos pueden pagarlo, esto lo debe decidir la comunidad, de manera solidaridad tendría que pagarlo el Estado con impuestos, sino sería un asunto privado y quien lo controla.

7.- La FIVET como tal requiere de una inversión económica importante, porque requiere invertir en personal, la seguridad social esta en la capacidad de poder hacerlo perfectamente.

8.- El Estado está en la obligación social de hacerlo en segundo lugar la capacidad técnica para hacerlo es responsabilidad del Estado costarricense formar a las personas para que a nivel de las instituciones prestadoras de servicios públicos puedan hacer la técnica.

9.- No hay mayor diferencia entre lo que el Estado Costarricense hace hoy y lo que le tocaría y lo que le correspondería hacer a partir del establecimiento oficial de las diferentes técnicas de fertilización asistida, que sean posteriores a la FIVET, al Estado le es más oneroso las consecuencias físicas psicológicas de las personas que no logran alcanzar fundar una familia por su incapacidad económica de recurrir a la FIVET o a cualquier otro método.

10.- Humanísticamente hablando están muy acordes a las necesidades de la población el Estado debe velar porque opere el sistema en forma eficiente y segura, basado en normas éticas y científicas.

11.- El Estado da el control, le da menotropinas, da las medicinas le da todo, lo único es que no cumple el ciclo y los plazos para la medicina mixta son muy largos.

12.- Una vez que el procedimiento esta implementado en los diferentes centros los costos bajan.

13.- Debe de verse el tema de muchas familias que no pueden pagar. La CCSS debería brindar ese tipo de procedimiento pero a costo.

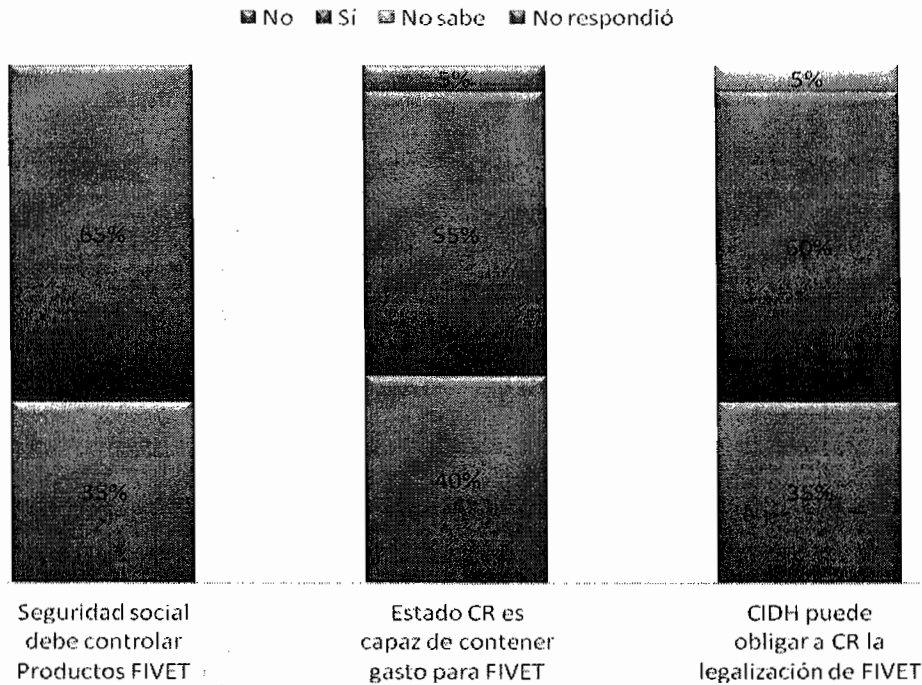
14.- Países con menor desarrollo social o de seguridad social lo han logrado, lo de Costa Rica es un mito que ha prevalecido pero no es cierto, no se ha querido aprovechar el apoyo de organismos internacionales especializados en la materia para capacitar gente y para montar los

laboratorios y bajar costos.

Los entrevistados de 60 o más años piensan que el Estado no soporta el costo económico de la implementación de FIVET (4 personas). Mientras que las de 50 a 59, en su mayoría opinan que si lo soporta (6 personas).

Gráfico 9. Sobre las responsabilidades del Estado y la CIDH

...Sobre las responsabilidades del Estado y la CIDH



1.4 Analizar la aplicabilidad del principio de protección especial a la familia del artículo 51 constitucional en las resoluciones dictadas por la Sala IV en materia de FIVET desde los derechos humanos a favor del elemento natural y fundamento de la sociedad y sus consecuencias en los derechos humanos de las parejas con problemas de infertilidad.

1.4.1 Cree usted que: la prohibición de la FIVET violenta los derechos humanos de las personas con problemas de infertilidad al evitarles formar una familia procreando hijos e hijas propias?

Entre las respuestas de los y las entrevistadas algunas de ellas, consideran que la Sala IV actuó de manera adecuada al prohibir la práctica de las técnicas de la FIVET en el país, entre ellos y ellas: E01, E03, E07, E08, E10, E13, E19 y E20, dentro de los argumentos para sostener su criterio se tiene:

- 1.- La Sala IV estableció parámetros claros para evitar el juego con embriones.
- 2.- El Estado no tiene la capacidad económica para hacerse cargo de este tipo de prestaciones médicas.
- 3.- Se vuelve al concepto de ponderación se debe velar por el derecho mas severamente afectado en este caso el derecho a la vida.
- 4.*Se debe recurrir a la FIVET en el momento que las condiciones estén mas avanzadas.*
- 5.- Con el fin de no desechar embriones se puede acudir a métodos alternativos como la adopción.
- 6.- *Todo lo que atente contra la dignidad de la persona no puede ser un derecho humano.*
- 7.- Si el embrión es persona la manipulación, el maltrato del embrión en cualquier forma seria contrario a los derechos humanos y estos deben garantizar la protección del embrión, y no dejarlo desprotegido como se está haciendo ahora.
- 8.- El punto no es que tenga una familia o no el punto es que la técnica en si misma no es científicamente aceptable, el gobierno el Estado tiene el deber de hacer todo para resolver los problemas de salud, que están por

detrás de problemas de infertilidad.

9.- Desde el punto de vista cristiano lo que se violenta son los designios de Dios.

10.- Si el país fuera solvente económicamente, sería una violación a los derechos humanos no invertir en familias temerosas de Dios que quieren tener hijos en forma directa.

Los y las restantes participantes E02, E04, E05, E06, E09, E11, E12, E14, E15, E16, E17 y E18, fueron de la opinión que la Sala IV violó los derechos humanos de las personas con problemas de infertilidad a formar una familia, al prohibir la realización de las técnicas FIVET, lo manifestaron de la siguiente manera:

1.- La prohibición no solamente afecta en serio los derechos a la intimidad trata a las personas con problemas de infertilidad como otra categoría humana.

2.- La prohibición es un retroceso planteado desde el punto de vista del interesado.

3.-La consecuencia de no poder formar una familia es una de las violaciones de los derechos humanos que provoca la prohibición de la FIVET, existe la violación a derechos humanos fundamentales también como los de las personas discapacitadas porque la infertilidad es una enfermedad que no tiene cura pero si es tratable.

4.- Se debe recurrir a todos los medios económicos para ir a otro país a realizarse la FIVET como España, Colombia, Panamá, Estados Unidos entre otros.

5.- El sufrimiento que se ve es enorme, los desajustes por rutas alternativas a la paternidad también son conflictivas, y a veces nocivas a la pareja y al niño o la niña que se ha incorporado en el sistema cuando esa pareja tenía grandes deseos de formar su propia familia biológica puede producir un

gran trastorno lo puede pagar la progenie ya sea adoptada.

6.- Si se conceptualiza la salud como bienestar como realmente lo es, una persona infértil, no es sana, no goza de un bienestar físico ni espiritual, en este caso se le violenta el derecho a la salud contenido en la CPR.

7.- La salud es bienestar es un concepto integral, y no solo ausencia de enfermedad.

8.- Viola el derecho a disfrutar de los beneficios que ofrece una técnica médica mundialmente aceptada y por lo tanto es discriminatorio.

1.4.2. Piensa usted que: el Estado está discriminando a una minoría de personas con problemas de infertilidad a formar una familia?

Las opiniones de los y las participantes en relación a si consideran que el Estado incurrió en discriminación al prohibir la FIVET, evitando de este modo que las personas con problemas de infertilidad pueden formar una familia, algunos/as consideran que no se haya discriminado a una minoría, la preocupación es más un asunto económico en contra posición con el derecho de formar una familia, al menos, E01, opinó que la CCSS lo más que puede hacer es dar un tratamiento básico pero no el tratamiento completo. E03, E04, E06, E07, E19, E20, son del criterio, que el Estado tiene prioridades y también existen razones presupuestarias que justifican no otorgar el beneficio, se menciona el poder de la oración. E10, considera que no se discrimina cuando se evita hacer una mal, teniendo por este la destrucción o muerte de embriones.

La mayoría considera que el Estado si discrimina a una minoría al evitarles recurrir a la FIVET para procrear hijos e hijas propias, entre ellos y ellas se tiene: E04, E05, E08, E09, E10, E11, E12, E13, E14, E15, E16, E17, E18, E19y E20, citan como razones

1.- Si es dar un derecho y se niega si se discrimina.

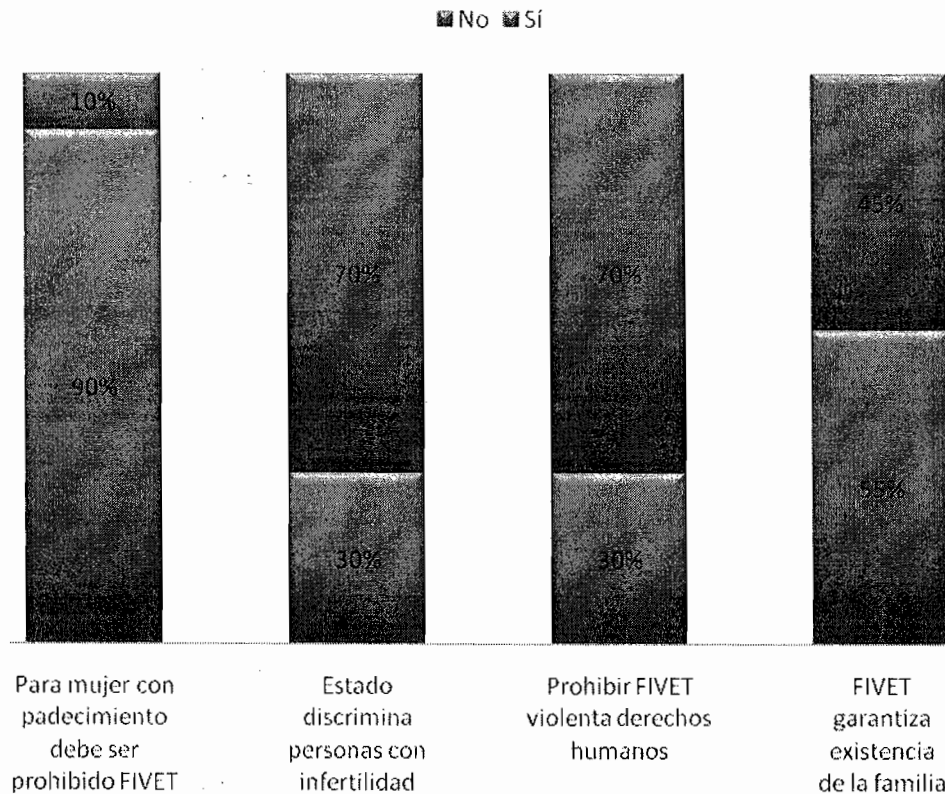
- 2.- Existiendo la tecnología o técnica básicamente el Estado les esta impidiendo tener la oportunidad de procrear hijos.
- 3.- Para las mujeres que tienen problemas de infertilidad es muy duro para ellas.
- 4.- El Estado costarricense está violando el derecho de fundar una familia al 3% de las parejas costarricenses.
- 5.- El problema de infertilidad no es de una minoría se habla que en Costa Rica si hay 800 mil parejas en edad fértil se habla de 10% con problema.
- 6.- *El país debe dar una respuesta real a estas parejas.*
- 7.- No es posible decirle a una pareja con problemas de infertilidad que la única puerta abierta se le cierra.
- 8.- A partir de la disponibilidad de recursos, para formar una familia y que no lo puede hacer por interferencia del Estado, produce grandes trastornos en el núcleo familiar.
- 9.- El Estado tiene que meterse en temas de salud, el fundamento no puede ser religioso.
- 10.- La Caja debe dar la opción de medicina mixta y el resto privado.
- 11.- Si se discrimina por preceptos religiosos, lo que no deben privar en este momento.
- 12.- La OMS habla de un 15% no es una minoría tan pequeña.

Con relación a la fertilización in vitro y los derechos humanos, los entrevistados tienen opiniones encontradas. Un 55% opina que la metodología FIVET no es forma de garantizar la existencia familiar. Sin embargo, un 70% cree que la prohibición de este método violenta los derechos humanos y un 70% opina que la prohibición genera discriminación hacia las personas con infertilidad. Por otro

lado, un 90% no considera que deba prohibirse este método para mujeres con algún padecimiento. (Ver gráfico 10).

Gráfico 10. Sobre los derechos humanos y la FIVET

...Sobre derechos humanos y la FIVET



Se han realizado muchas acciones de incidencia y divulgación a favor de levantar dicha prohibición, con el fin de que Costa Rica ratifique su compromiso con la salud sexual y salud reproductiva y transite hacia el reconocimiento de la autonomía, auto determinación y privacidad de las personas a decidir libremente el número de hijos e hijas que se desean tener, con qué espaciamento, con quién desean tenerlos y al disfrute de los beneficios del avance científico (Mora, Fanny:2012;31A).-

El problema de la infertilidad constituye un problema de salud pública que afecta al 10% de la población global y que, por lo tanto merece atención prioritaria del Estado costarricense (Ferrero:2012;33A).

1.4.3. Considera usted que: El acceso a estas técnicas debe estar limitado a parejas heterosexuales, casadas legalmente, o que mantengan una unión estable?

A criterio de la investigadora la pregunta que más opiniones tajantes o absolutas fue precisamente la dirigida a cuales personas o parejas pueden acudir a la FIVET para procrear hijo e hijas propias, la intención de la interrogante era obtener la opinión sobre las parejas homosexuales, logrando el objetivo se tuvo dentro de los criterios de las y los participantes:

E01, E03, E09, anteponen el interés superior del niño o niña considera que la FIVET debe permitirse únicamente en personas heterosexuales que demuestren un vínculo duradero.

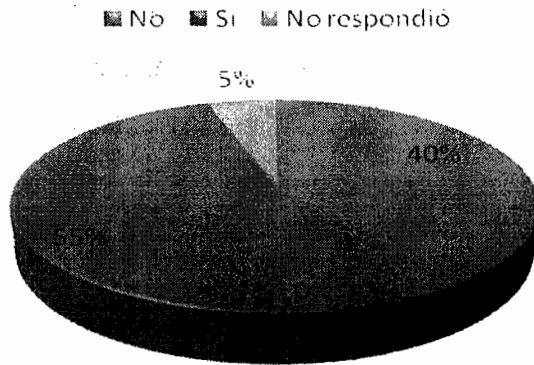
E02, E04, E05, E11, E15, E17, E18, considera que el amor no está definido por órganos sexuales, ya que hay hombres que maltratan a las mujeres y maltratan a los niños y niñas.

E06, E10, prefirió no contestar al considerar que era una situación moral y legal.

E07, E08, E13, E14, E16, E19 y E20, prefieren que sean parejas heterosexuales, unidas en matrimonio o una relación estable o unión de hecho, algunos/as consideran que las parejas homosexuales o lesbianas son un pecado, una aberración y nunca podrían estar de acuerdo que recurran a la FIVET para procrear hijos e hijas propias.

También se da la opinión de E12 quien considera que no debe existir ningún tipo de discriminación.

Acceso a FIVET debe limitarse a heterosexuales



Con respecto al acceso a la FIVET a personas homosexuales, 55% opina que este método debería limitarse a las personas heterosexuales, mientras que un 40% opina que el acceso no depende de la orientación sexual de las personas.

No se encontró grandes diferencias de opinión según el rango de edad con respecto a la discriminación de las minorías o la prohibición de FIVET para parejas que no sean heterosexuales, estables y casadas legalmente.

CAPITULO IV

SECCION PRIMERA

1. Antecedentes del caso 12.361 contra el Estado costarricense

En cada uno de los anteriores capítulos se hace referencia a los aspectos más importantes del caso 12.361 contra el Estado de Costa Rica, sin embargo siendo que se cuenta con el veredicto de la CIDH, la investigadora considero necesario incorporar el presente capítulo, en el cual se aportan los aspectos más relevantes del caso desde sus inicios hasta el dictado de la sentencia por la CIDH. Se hace la aclaración que la información de este apartado fue tomada de la página WEB de la CIDH, <http://www.cidh.oas.org> se procede a resumir el contenido de dicha resolución, aportando algunas consideraciones de los y las participantes en el trabajo de investigación.

Para iniciar se tuvo que no existió ningún problema con la competencia para ser presentado el caso ante la CIDH, el Estado costarricense ratificó la CADH el 8 de abril de 1970, y aceptó la competencia contenciosa de la Corte, el 2 de julio de 1980. Varios de los y las participantes tenían este aspecto claro y consideraron que la CIDH si gozaba de competencia para conocer del caso contra Costa Rica. Entre ellos y ellas se tuvo a E02, E01, E05, E03, E04, E09, E11, E14, E16, E12, E14, E18, fueron del criterio que Costa Rica al firmar el Pacto de San José, le otorgaba a la CIDH la potestad y competencia para dilucidar los casos que considere pertinentes y violatorios del contenido de la CADH.

El caso 12.361 tuvo su inicio el 29 de julio de 2011, cuando la señora Gretel Artavia Murillo y otros, presentaron ante la Comisión de Derechos Humanos, una demanda contra el Estado costarricense, el reclamo tiene su sustento en la violación de los derechos a la vida privada y familiar, del derecho a fundar una familia y del derecho a la igualdad y no discriminación, consagrados en los artículos 11, 17 y 24 de la CADH en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo

instrumento al prohibir la Sala IV la práctica de la FIVET.

La CIDH somete a la jurisdicción la totalidad de los hechos y violaciones de derechos humanos descritos en el informe de fondo 85/10 y solicita a la Corte que concluya y declare la responsabilidad internacional del Estado de Costa Rica por:

- a) La violación de los derechos consagrados en los artículos 11.2 y 17.2 de la CADH, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento en perjuicio de Gretel Artavia Murillo y otros,
- b) La violación del derecho consagrado en el artículo 24 de la CADH en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento en perjuicio de Gretel Artavia Murillo, y otros.

También se ventilaran otros aspectos tales como:

- Necesidad de obtención de justicia para las víctimas.
- Plantear debate sobre el alcance y contenido de los derechos consagrados en los artículos 11 y 17 de la CADH.
- Permitir a la Corte analizar la protección del derecho a conformar una familia en el sentido de incluir la decisión de convertirse en padre o madre biológico/a, así como la opción y el acceso a los medios pertinentes para materializarla.
- La Corte podrá pronunciarse sobre esta decisión como parte de la esfera más íntima de la vida que corresponde al ejercicio exclusivo de la autonomía de cada persona y/o pareja.
- Incorpora el caso un análisis jurídico de los estándares internacionales sobre el derecho a la igualdad y no discriminación.
- La responsabilidad del Estado por impedir que un grupo de personas accediera a un tratamiento que les hubiera permitido superar su situación de desventaja respecto de la posibilidad de tener hijas o hijos biológicos.

- El impacto desproporcionado de una medida de esta naturaleza en las mujeres (<http://www.cidh.oas.org>).

En el informe de fondo 85/10, la CIDH consideró que esta prohibición absoluta constituyó una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada y familiar y a formar una familia, una violación del derecho a la igualdad de las víctimas, en tanto el Estado les impidió el acceso a un tratamiento que les hubiera permitido superar su situación de desventaja respecto de la posibilidad de tener hijas o hijos biológicos. Este impedimento tuvo, además, un impacto desproporcionado en las mujeres (<http://www.cidh.oas.org>).

El Estado costarricense solicitó en tres oportunidades prórrogas a la CIDH a fin de dar cumplimiento a las citadas recomendaciones. Sin embargo durante el tiempo otorgado el Estado, fue omiso en tratar de conseguir una solución o al menos intentar responder a la Comisión de otra manera que no haya sido casi que con total ignorancia, inoperancia absoluta, no demostró el Estado en ningún momento interés en cumplir con lo ordenado.

1.2 Posiciones de las partes

Las personas víctimas con la prohibición de la FIVET en Costa Rica, basándose en el artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional que establece que *“las sentencias que declaren la inconstitucionalidad y pronuncien la anulación consecuente de la norma o los actos impugnados, producirán cosa juzgada y eliminarán la norma o acto del ordenamiento.”* Acudieron a la CIDH para ser escuchados sus reclamos, la audiencia se llevó a cabo el 28 de octubre de 2008 (<http://www.cidh.oas.org>).

1.2.1 Posición de las víctimas

Se procede a realizar un resumen desde el momento que se implanto la FIVET, al momento en que se prohibió, hasta el dictado de la sentencia por parte de la CIDH.

- ✓ El 3 de febrero de 1995, el entonces Presidente de la República, J.M. Figueres y su Ministro de Salud, Herman Weinstok, firmaron un Decreto Presidencial (No. 24029-S), mediante el cual autorizaron la práctica de la FIVET para parejas conyugales y regularon su ejecución.
- ✓ La Sala IV mediante sentencia de fecha 15 de marzo de 2000, anuló el Decreto Presidencial en mención declarándolo inconstitucional, por considerar que la práctica de la FIVET en el país, tal como estaba reglamentada, implicaba una elevada pérdida de embriones causada por una manipulación consciente y voluntaria. Como consecuencia de dicha decisión, se prohibió su práctica.
- ✓ Las víctimas en el presente caso son pacientes diagnosticados con infertilidad severa, que se encontraban en lista de espera para que se les practicara una FIVET. A consecuencia de la decisión de la Sala IV, las víctimas no pudieron someterse a dicho tratamiento en el país, o bien tuvieron que practicársela en el extranjero.
- ✓ Las personas recurrentes sostienen que la Sala IV determinó que el embrión humano tiene el mismo estatuto jurídico que la persona humana, otorgándole al primero un derecho a la vida de carácter absoluto, que no admite excepciones, condiciones, o restricciones frente al cual es preciso sacrificar todos los demás derechos.
- ✓ Las víctimas alegaron que el Estado costarricense, no puede interferir en la decisión de la pareja de tener hijos, pues estaría invadiendo la privacidad e interfiriendo en la vida sexual y reproductiva de las personas y por ello sostiene que se configuraría una violación del artículo 11 de la CADH.
- ✓ Señalan el derecho a la planificación familiar incluye la posibilidad de utilizar las técnicas de inseminación artificial y de FIVET desde el momento en que la procreación no pueda ser realizada de forma natural.
- ✓ Las víctimas sostienen que la prohibición de la FIVET constituye una intromisión arbitraria y abusiva en la vida privada y familiar de las personas que necesitan y desean someterse a dicho procedimiento para procrear y

fundar una familia.

- ✓ Al prohibirse la FIVET en Costa Rica, se violan los artículos 1 y 24 de la CADH, en la medida en que se discrimina y se trata de forma desigual a las personas que sólo pueden procrear recurriendo a esta técnica, genera una discriminación entre personas discapacitadas (<http://www.cidh.oas.org>).

1.2.2 Posición del Estado

El Estado costarricense en resumen considero:

- ✓ Los hechos alegados no caracterizan violación a los derechos humanos garantizados por la CADH.
- ✓ La FIVET no consiste en una cura contra las causas de infertilidad.
- ✓ La regulación de la práctica violaba el derecho a la vida de los embriones.
- ✓ La Sala IV pondero el derecho a la vida en contra posición al derecho de formar una familia.
- ✓ El artículo 4.1 de la CADH expresamente establece la posibilidad de protección a la vida desde el momento de la concepción posibilidad de protección, escogida a nivel interno.
- ✓ Sostiene que esencialmente es un tema donde la ciencia y la técnica no han dado respuestas claras y donde el Estado es quien debe determinar el avance de dicha técnica a nivel interno.
- ✓ La aplicación de la FIVET para el momento de la resolución de la Sala IV se estimó que cualquier eliminación o destrucción de embriones, voluntaria o derivada de la impericia de quien ejecuta la técnica o de la inexactitud de ésta, violaba el derecho a la vida, por lo que la técnica no era acorde con el Derecho de la CPR ni con el artículo 4 de la CADH.
- ✓ La probabilidad de éxito con la FIVET de un solo óvulo es muy baja y en consecuencia habría que practicar el procedimiento múltiples veces para lograr el embarazo, por lo que la cantidad de embriones que se perderían sería alta.

- ✓ La Sala IV no prohibió la FIVET, sino que estableció que la misma podía llevarse a cabo cuando se perfeccionara la técnica y la pérdida embrionaria fuera baja (<http://www.cidh.oas.org>).

2. Análisis del Informe de la CIDH

La Comisión tuvo por probados varios puntos de la queja presentada por las víctimas que se vieron perjudicadas con la prohibición de las técnicas de la FIVET, asimismo integro la posición del Estado costarricense, en aplicación del artículo 43.1 de su Reglamento, examinó los alegatos y las pruebas suministradas por las partes y la información obtenida durante la audiencia realizada en el 133º período ordinario de sesiones de la CIDH y a través de la presentación de memoriales de Amicus Curiae (<http://www.cidh.oas.org>).

En resumen tuvo la Comisión como probado:

- El 7 de abril de 1995, el ciudadano Hermes Navarro del Valle presentó un recurso de inconstitucionalidad contra el Decreto Ejecutivo No. 24029-S del 3 de febrero de 1995 que regulaba la FIVET en Costa Rica. El solicitante adujo que la técnica y la transferencia de embriones regulada en dicho decreto, violaba el derecho a la vida y la dignidad del ser humano.
- El Decreto Ejecutivo en mención autorizaba la práctica de la FIVET para parejas conyugales y regulaba su ejecución. En el artículo 1º el Decreto Ejecutivo establecía la realización de técnicas de reproducción asistida entre cónyuges, y establecía reglas para su realización. En el artículo 2 se definían las técnicas de reproducción asistida como “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”.

- Las normas del Decreto Ley No. 24029-S que regulaban específicamente la técnica de la FIVET cuestionada en el recurso de inconstitucionalidad, prohibía absolutamente lo siguiente:

1.- La fertilización de más de seis óvulos de la paciente por ciclo de tratamiento.

2.- Desechar o eliminar embriones, o preservarlos para transferencia en ciclos subsecuentes de la misma paciente o de otras pacientes.

3.- Realizar maniobras de manipulación del código genético del embrión, así como toda forma de experimentación sobre el mismo.

4.- Comerciar con células germinales – óvulos y espermatozoides – para ser destinados a tratamiento de pacientes en técnicas de reproducción asistida, sean éstas homólogas o heterólogas (<http://www.cidh.oas.org>).

La Sala IV en sentencia No. 2000-2306 del 15 de marzo de 2000, determinó que las prácticas de FIVET atentan contra la vida y la dignidad del ser humano de sus argumentos se tuvo:

- El embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado para su congelación, y lo que es fundamental para la Sala, no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte.
- Considero que la aplicación de la técnica importa una elevada pérdida de embriones, que no puede justificarse en el hecho de que el objetivo de ésta es lograr un ser humano, dotar de un hijo a una pareja que de otra forma no podría tenerlo.
- La aplicación de la FIVET implica una manipulación consciente,

voluntaria de las cédulas reproductoras femeninas y masculinas con el objeto de procurar una nueva vida humana, en la que se propicia una situación en la que, de antemano, se sabe que la vida humana en un porcentaje considerable de los casos, no tiene posibilidad de continuar.

- La aplicación de la técnica FIVET y Transferencia Embrionaria, en la forma en que se desarrolla en la actualidad, atenta contra la vida humana.
- Por contravenir la técnica, considerada en sí misma, el derecho a la vida, debe dejarse expresa constancia de que, ni siquiera por norma de rango legal es posible autorizarla legítimamente (Voto No. 2000-2306 Sala IV del 15 de marzo de 2000) (<http://www.cidh.oas.org>).

2.1 Demanda de la señora Ileana Henchoz Bolaños contra la CCSS

Doña Ileana Henchoz Bolaños una de las víctimas, interpuso juicio de conocimiento contra la CCSS ordenando se le practique una FIVET. La CCSS adujo la imposibilidad de practicar dicho procedimiento en razón de la prohibición total que planteó la Sala IV en su voto No. 2000-2306 del 15 de marzo de 2000. Mediante sentencia de fecha 14 de octubre de 2008, el TSCA concluyó que la FIVET como mecanismo de reproducción asistida no está prohibida en Costa Rica, en tanto no se incurra en los vicios señalados por la Sala IV(<http://www.cidh.oas.org>).

El TSCA ordenó a la CCSS, elaborar un diagnóstico y realizar los exámenes médicos correspondientes a fin de determinar la viabilidad para practicar los métodos de reproducción asistida, incluida la FIVET a la Sra. Henchoz Bolaños. Asimismo señaló que dicho procedimiento se realizará respetando los lineamientos dictados por la Sala IV a partir del desarrollo actual de la técnica, de manera que no es válida la fecundación de más de un óvulo por ciclo reproductivo de la paciente para su transferencia, ni es posible la fecundación de dos o más óvulos en ese mismo ciclo reproductivo “y mucho menos, la selección de un

embrión de entre varios, su destrucción, desecho, congelamiento o experimentación respecto de alguno de ellos” (Sentencia del TSCA, 14 de octubre de 2008) (<http://www.cidh.oas.org>).

La CCSS apeló la sentencia emitida por el TSCA y el 19 de agosto de 2009, los magistrados de la SPCS, anularon dicho fallo y declararon sin lugar la demanda. La SPCSJ no entro a analizar los argumentos de fondo, sino que anula la sentencia considerando que la Henchoz Bolaños no tiene la capacidad de procrear hijos e hijas por su edad, (Sentencia de del 7 de mayo, Res. 000465-F-S1-2009) (<http://www.cidh.oas.org>).

2.1.1 Aspectos de definición de la CIDH

La CIDH dicta su decisión en el caso 12.361 contra el Estado de Costa Rica, tomando las siguientes definiciones, se incorporan las consideradas por la investigadora de mayor importancia:

1.- La definición clínica más actualizada emitida por el Comité Internacional para el Monitoreo de las Tecnologías de Reproducción Asistida (MTRA) y la OMS, establece que la infertilidad *“es una enfermedad del sistema reproductivo definida por la imposibilidad de alcanzar un embarazo clínico luego de haber mantenido relaciones sexuales sin protección durante doce meses o más”* (<http://www.cidh.oas.org>).

Dentro de los aspectos tomados en cuenta por la Comisión respecto a la infertilidad se tiene:

- ◆ Causas comunes de infertilidad: i.- bajo nivel de espermatozoides o de producción de óvulos; ii.- daños o anomalías en el aparato reproductor femenino que bloquean la posibilidad de unión entre el espermatozoide y el óvulo; iii.- causas de infertilidad adquirida; i.- infección

pélvica resultado de enfermedades de transmisión sexual y ii.- abortos inseguros.

- ◆ Se estima que entre el 8 y 12% de las parejas experimentan alguna forma de infertilidad durante su vida reproductiva
- ◆ En los países latinoamericanos se estima que la incidencia de la infertilidad asciende a un 15% o más.
- ◆ La concepción asistida es distinta del tratamiento de una enfermedad, sin embargo es una importante causa de una enfermedad psicológica principal y su tratamiento es evidentemente médico.
- ◆ Según la Comisión, la salud es un bien público cuya protección está a cargo de los Estados. La OMS ha definido a la salud como un estado de completo bienestar físico, mental y social; y no solo la ausencia de enfermedades o dolencias.
- ◆ La Comisión considera posible afirmar que las parejas infértiles que perciben un sufrimiento real, físico y psicológico por no poder procrear biológicamente, no disfrutan plenamente de su derecho a la salud.
- ◆ La utilización de la FIVET para combatir la infertilidad también está estrechamente vinculada con el goce de los beneficios del progreso científico, derecho que ha sido reconocido internacionalmente y que en el ámbito interamericano se encuentra contemplado en el artículo 14.1 b) del Protocolo de San Salvador (<http://www.cidh.oas.org>).

3. Derecho a la vida privada y familiar, artículo 11 y 17 de la CADH, derecho a fundar una familia

El caso contra Costa Rica se refiere a la prohibición impuesta por la Sala IV de utilizar la técnica de la FIVET para procrear hijos e hijas propias, para sentar responsabilidades la Comisión realizó la respectiva evaluación, determinando que la prohibición constituyó una interferencia en el ejercicio de los derechos a la vida

privada y familiar contemplados en los artículos 11 y 17 derecho a fundar una familia. El resultado fue positivo, por lo tanto la Comisión estableció que la interferencia cumplió con los requisitos consagrados en la CADH (<http://www.cidh.oas.org>).

La CIDH analizó los argumentos de las partes, así como la información que consta en el expediente en el siguiente orden:

1.- Consideraciones sobre el alcance del artículo 11; del artículo 17 de la CADH; análisis de si la prohibición de la FIVET constituye una injerencia en el ejercicio de los derechos consagrados en los artículos 11 y 17 de la Convención; y análisis de la compatibilidad de dicha injerencia con la CADH.

2.- El artículo 11(1) de la CADH establece que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. De acuerdo con el artículo 11(2), *“nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”*. Asimismo, el artículo 11(3) dispone que este derecho debe ser protegido por la ley.

3.- Tomando en cuenta la naturaleza del presente caso, contra Costa Rica la Comisión se centrará en este punto en el alcance y contenido de la protección a la vida privada y familiar bajo el artículo 11 de la CADH.

4.- La Comisión, tomando en cuenta la jurisprudencia de la CEDH ha sostenido que la protección a la vida privada, abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales.

5.- En aplicación de los anteriores estándares al presente caso, la CIDH considera

que la decisión de las parejas – presuntas víctimas – de tener hijos biológicos, pertenece a la esfera más íntima de su vida privada y familiar. Asimismo, la forma como se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja y, en consecuencia, se encuentra protegida por el artículo 11 de la CADH(<http://www.cidh.oas.org>).

4. Consideraciones sobre el alcance del artículo 17 de la CADH

Respecto del derecho a fundar una familia, el artículo 17(2) de la CADH establece que *"se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a formar una familia"*. La CIDH ha señalado que el artículo 17 de la CADH reconoce el papel central de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona y en la sociedad en general. Es un derecho tan básico de la CADH que se considera que no se puede derogar aunque las circunstancias sean extremas. El artículo 17(1) de la CADH establece que, como *"elemento natural y fundamental de la sociedad"*, la familia *"debe ser protegida por la sociedad y el Estado"*(<http://www.cidh.oas.org>).

El derecho a fundar una familia está ampliamente consagrado en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. La DUDH, consagra el derecho a la protección a la familia. En su artículo 16 inciso 1 establece el derecho de los hombres y mujeres a casarse y fundar una familia y en el inciso 3 establece que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. Igualmente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello (<http://www.cidh.oas.org>).

El Comité de Derechos Humanos ha señalado que la vida en común y la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia. Asimismo ha sostenido que cuando los Estados Partes adopten políticas de planificación de la familia, éstas han de ser compatibles con las disposiciones del Pacto y sobre todo

no deben ser ni discriminatorias ni obligatorias (<http://www.cidh.oas.org>).

4.1 La prohibición de la FIVET como injerencia en el ejercicio de los derechos consagrados en los artículos 11 y 17 de la CADH

La Comisión considero que de una lectura conjunta de los artículos 11 y 17 de la Convención resulta:

- 1.- La protección del derecho a conformar una familia comprende la decisión de convertirse en padre o madre biológico/a, e incorpora la opción y el acceso a los medios pertinentes para materializarla.
- 2.- Esta decisión hace parte de la esfera más íntima de la vida y corresponde al ejercicio exclusivo de la autonomía de cada persona y/o pareja.
- 3.- Cualquier intento de interferencia por parte del Estado en estas decisiones, debe ser evaluado con base en los criterios establecidos en la Convención Americana(<http://www.cidh.oas.org>).

Tal como ha sido establecido en anteriores párrafos, tanto el derecho a la vida privada y familiar, como el derecho a fundar una familia, pueden ser objeto de ciertas limitaciones. A continuación se establecen los criterios con base en los cuales le corresponde a la Comisión evaluar si las restricciones en el ejercicio de los derechos contemplados en los artículos 11 y 17 de la CADH son compatibles con dicho instrumento o si, por el contrario, se trata de limitaciones arbitrarias y por lo tanto violatorias del mismo (<http://www.cidh.oas.org>).

El artículo 30 de la Convención establece que *“las restricciones permitidas, de acuerdo con la Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”* (<http://www.cidh.oas.org>).

Así, la CIDH ha señalado que las restricciones a los derechos consagrados en la

CADH "*deben establecerse con arreglo a ciertos requisitos de forma que atañen a los medios a través de los cuales se manifiestan y condiciones de fondo, representadas por la legitimidad de los fines que, con tales restricciones, pretenden alcanzarse*"(<http://www.cidh.oas.org>).

Por su parte, la CIDH ha señalado que el derecho a la vida privada no es un derecho absoluto y, por lo tanto, puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias. Para ello la Corte ha aplicado los siguientes criterios: legalidad, fin legítimo, idoneidad, necesidad y proporcionalidad(<http://www.cidh.oas.org>).

La CIDH tuvo por probado que la prohibición de acceder al tratamiento de la FIVET dentro de otras consecuencias: constituye una interferencia en el ejercicio del derecho a la vida privada y familiar y en el derecho a conformar una familia que afecta una de las esferas de la vida privada y familiar por considerarse su desarrollo en un ámbito íntimo. Esto significa que para justificar una intervención en dicho ámbito deben alegarse razones de particular peso. En ese sentido, la Comisión evaluará si la prohibición de la fecundación in vitro es compatible con la Convención Americana, a partir de un análisis escalonado de los siguientes criterios: i) legalidad; ii) fin legítimo; iii) idoneidad; iv) existencia de alternativas menos restrictivas; y v) proporcionalidad en sentido estricto. En cada sección la Comisión explico brevemente en qué consiste el análisis según dichos criterios, en este apartado se resume lo expuesto al respecto (<http://www.cidh.oas.org>).

4.2 Legalidad

Para la Comisión, el requisito de legalidad, significa que las condiciones y circunstancias generales conforme a las cuales se autoriza una restricción al ejercicio de un derecho humano determinado deben estar claramente establecidas por ley. La norma que establece la restricción debe ser una ley en el sentido formal y material, en Costa Rica la prohibición de la FIVET tuvo su origen con la presentación ante la Sala IV, de un recurso de inconstitucionalidad, por lo que le

correspondía emitir una decisión conforme la legislación interna de Costa Rica, según lo establecido en el artículo 2 b) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (<http://www.cidh.oas.org>).

4.2 Fin legítimo

El fin legítimo consiste en determinar si el objetivo perseguido por el Estado costarricense al prohibir la FIVET, puede considerarse legítimo a la luz de la CADH. La CPR en su artículo 21 dispone que la “*vida humana es inviolable*”, precisamente la Sala IV pondero los derechos en juego, considerando que el derecho a la vida, es más importante, otorgándole mayor protección frente al derecho de las personas con problemas de infertilidad a procrear sus hijos e hijas propios, recurriendo a la FIVET, la CIDH considero que el Estado costarricense tenía un fin legítimo cuyo origen es la protección al derecho fundamental de la vida.

El análisis de si la prohibición de la FIVET con la finalidad de proteger la vida desde el momento de la concepción, restringió indebidamente los derechos a la vida privada y familiar y el derecho a conformar una familia, se realizó por parte de la CIDH en los siguientes puntos:

- ✓ Idoneidad: juicio objetivo a través del cual se establece si existe una relación lógica de causalidad. El interés del Estado es proteger el derecho a la vida de los embriones humanos desde la concepción, su interés de imponer controles en relación con la práctica de la FIVET, permite la relación causal por lo que la CIDH, considero que se cumple con el requisito de idoneidad.
- ✓ Existencia de alternativas menos restrictivas. Este requisito incorpora la determinación de si el Estado contaba con otros medios menos restrictivos e igualmente idóneos para contribuir a lograr el fin legítimo que persigue, la CIDH concluye que existían formas menos restrictivas para satisfacer el objetivo buscado por el Estado y acomodar los intereses en juego. Según la

información ante la CIDH, la Sala IV no consideró otras alternativas para proteger la vida y también respetar los derechos de las parejas infértiles, la medida de prohibir de manera absoluta la práctica de la FIVET no cumple con este punto y, por lo tanto, constituyó una interferencia arbitraria y una restricción incompatible con la CADH en el ejercicio de los derechos a la vida privada y familiar y a fundar una familia consagrados en los artículos 11 y 17 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento.

Para las víctimas cuya infertilidad hacía realizable otro método de reproducción asistida, la prohibición legal de practicar la FIVET significó una eliminación de la identidad personal y de la autonomía individual para decidir tener hijos biológicos y controlar su propia capacidad reproductiva y, en suma, la posibilidad de desarrollar su proyecto de vida, la Comisión considera que los derechos involucrados no fueron afectados de manera moderada, sino que la restricción fue rigurosa.

En virtud de todas las anteriores consideraciones, la Comisión concluye que el Estado de Costa Rica violó los derechos consagrados en los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones generales establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de Grettel Artavia Murillo, y otros. 2. Derecho a la igualdad ante la ley e igual protección de la ley (artículo 24 de la CADH).

La Comisión y la CIDH reconocen el derecho a la igualdad y no discriminación como eje central y fundamental del sistema interamericano de derechos humanos. Ha establecido que *“acarrea obligaciones erga omnes de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares”*(<http://www.cidh.oas.org>).

La CIDH destaca sobre el principio de igualdad que: *“la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es*

inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza”(http://www.cidh.oas.org).

Sobre el concepto de “discriminación” si bien la CADH y el PIDC (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) no contienen una definición de este término, la Comisión, la Corte y el CDHNU (Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas) han tomado como base las definiciones contenidas en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer para sostener que la discriminación constituye: “[...] *toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas*” (http://www.cidh.oas.org).

Respecto del vínculo entre el principio de igualdad y la no discriminación, la Corte ha establecido que el “*elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación*”, y que existe: un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. Los Estados están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad

internacional.

La Comisión se encuentra ante una prohibición de acceder a un procedimiento que hubiera podido contribuir a que las víctimas del caso tuvieran hijos biológicos, como era su deseo. La Comisión considera que esta prohibición tuvo dos efectos que se encuentran bajo el alcance del derecho a la igualdad: i) impidió a las víctimas superar la situación de desventaja. Al impedir el acceso a este medio, el Estado no sólo intervino en un aspecto fundamental de la vida privada y familiar de las víctimas – en los términos expuestos a lo largo del informe – sino en la posibilidad de superar una situación de desventaja para tener hijos biológicos como consecuencia de su infertilidad.

La prohibición completa de un medio que permitiría alcanzar una situación de igualdad, exacerba las diferencias de las víctimas del caso frente a las personas y/o parejas fértiles e incluso frente a las parejas y/o personas infértiles que contaban con otros medios para procrear biológicamente. Ello equivale a perpetuar una distinción que sólo deberá considerarse compatible con la Convención Americana si es razonable y objetiva.

En virtud de las anteriores consideraciones, la Comisión concluye que el Estado de Costa Rica violó el derecho a la igualdad y el principio de no discriminación consagrados en los artículos 24 y 1.1 de la CADH, en relación con las obligaciones establecidas en el artículo 2 del mismo instrumento, en perjuicio de Gretel Artavia Murillo, y otros.

5.- Conclusiones de la Comisión

La Comisión considera que la medida de prohibir de manera absoluta la práctica de la FIVET constituyó:

- ❖ Una interferencia arbitraria y una restricción incompatible con la CADH en el ejercicio de los derechos a la vida privada y familiar y a fundar una familia

consagrados en los artículos 11 y 17 de la CADH, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento.

- ❖ Para las víctimas cuya infertilidad hacía inviable otro método de reproducción asistida, la prohibición legal de practicar la FIVET significó: supresión de la identidad personal y de la autonomía individual para decidir tener hijos biológicos y controlar su propia capacidad reproductiva y, en suma, la posibilidad de desarrollar su proyecto de vida.
- ❖ La Comisión considera que los derechos involucrados fueron afectados con una restricción severa. La restricción llegó a convertir en nugatoria la posibilidad de tomar decisiones sobre un aspecto propio de la vida privada y familiar y de especial relevancia en el ejercicio del derecho a fundar una familia según sus propios deseos y aspiraciones.
- ❖ La Comisión observa que la decisión de crear e implantar embriones humanos tiene una dimensión social y no puede ser considerada como un asunto meramente privado. El Estado puede adoptar medidas proporcionales para proteger los embriones humanos para que no haya tratamientos incompatibles con la CADH.
- ❖ La Comisión concluye tomando en cuenta lo citado que el Estado de Costa Rica violó los derechos consagrados en los artículos 11.2 y 17.2 de la CADH, en relación con las obligaciones generales establecidas en los artículo 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de Gretel Artavia Murillo, y otros.
- ❖ De la misma manera la CIDH considero que el Estado costarricense violó el derecho a la igualdad y el principio de no discriminación consagrados en los artículo 24 y 1.1 de la CADH, en relación con las obligaciones establecidas en el artículo 2 del mismo instrumento, en perjuicio de Gretel Artavia Murillo, y otros, por lo siguiente: 1.- Al impedir la FIVET intervino en la posibilidad de superar una situación de desventaja para tener hijos biológicos como consecuencia de su infertilidad. Puso a las parejas a buscar alternativas en el exterior, con el impacto económico, personal, familiar y emocional que ello implica.
- ❖ La Comisión concluyó que existían alternativas menos restrictivas que la

prohibición de la FIVET, y por lo tanto, tampoco es compatible con lo establecido en el artículo 24 de la Convención.

- La prohibición absoluta perjudica en mayor grado a las mujeres con problemas de infertilidad y desean procrear hijos e hijas propias recurriendo a la FIVET (<http://www.cidh.oas.org>).

5.1 RECOMENDACIONES

Con fundamento en el análisis y las conclusiones del presente caso, la CIDH recomienda al Estado de Costa Rica:

1. Levantar la prohibición de la FIVET en el país a través de los procedimientos legales correspondientes.
2. Asegurar que la regulación que se otorgue a la práctica de la FIVET a partir del levantamiento de la prohibición, sea compatible con las obligaciones estatales respecto de los derechos consagrados en los artículos 11.2, 17.2 y 24, según lo establecido a lo largo del presente informe. En particular, que las personas y/o parejas que lo requieran y así lo deseen, puedan acceder a las técnicas de la FIVET de forma que dicho tratamiento contribuya efectivamente a su finalidad.
3. Reparar integralmente a las víctimas del presente caso tanto en el aspecto material como moral, incluyendo medidas de satisfacción por los daños ocasionados.

SECCION SEGUNDA

1.- SENTENCIA CASO 13.361 CONTRA EL ESTADO DE COSTA RICA RELACIONADO CON EL TRABAJO DE CAMPO DE LA PRESENTE INVESTIGACION

El contenido del presente apartado es un extracto o resumen de la propia sentencia de la Corte, la investigadora considera de suma importancia y señala la relación con los resultados obtenidos en el trabajo de campo de la investigación, que como se sabe consistió en una entrevista semiestructurada a varias personas relacionadas con las técnicas de la FIVET y las consecuencias de su prohibición por parte de la Sala IV.

1.1 Causa y controversia

El 29 de julio de 2011 la CADH sometió a la jurisdicción de la CIDH de conformidad con los artículos 51 y 61 de la CADH, el caso 12.361 contra el Estado de Costa Rica. La petición inicial fue presentada ante la Comisión el 19 de enero de 2001 por el señor Gerardo Trejos Salas. El 11 de marzo de 2004 la Comisión aprobó el Informe de Admisibilidad No. 25/043 y el 14 de julio de 2010 aprobó el Informe de Fondo 85/10, de conformidad con el artículo 50 de la CADH.

Luego de conceder la Comisión tres prórrogas al Estado costarricense para el cumplimiento de las recomendaciones, Costa Rica hizo caso omiso por lo que la Comisión decidió someter el caso a la Corte. La Comisión designó como delegados al Comisionado Rodrigo Escobar Gil y al entonces Secretario Ejecutivo Santiago A. Canton, y designó como asesores legales a las señoras Elizabeth Abi-Mershed, Secretaria Ejecutiva Adjunta, y Silvia Serrano Guzmán, Isabel Madariaga, Fiorella Melzi y Rosa Celorio.

1.2 Relación del caso

La Comisión indicó que el caso se relaciona con alegadas violaciones de derechos humanos que habrían ocurrido como consecuencia de la presunta prohibición general de practicar las técnicas de la FIVET que había estado vigente en Costa Rica desde el año 2000, tras una decisión emitida por la Sala IV. Entre otros aspectos, se alegó:

- La prohibición absoluta constituyó una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada y familiar y a formar una familia.
- Violación del derecho a la igualdad de las víctimas, en tanto que el Estado les impidió el acceso a un tratamiento que les hubiera permitido superar su situación de desventaja respecto de la posibilidad de tener hijas o hijos biológicos.
- El impedimento habría tenido un impacto desproporcionado en las mujeres.

1.3 Normas sometidas a consideración

La Comisión solicitó a la CIDH que declarara 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, en perjuicio de Grettel Artavia Murillo, y otros. En dicho Informe la Comisión declaró admisible la petición en relación con la presunta violación de los artículos 11, 17 y 24 de la CADH, en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado.

1.4 Notificación a las partes

El 19 de diciembre de 2011 los intervinientes comunes presentaron ante la Corte sus respectivos escritos de solicitudes, argumentos y pruebas. El 30 de abril de 2012 Costa Rica presentó ante la Corte su escrito de excepciones preliminares, contestación al escrito de sometimiento del caso y de observaciones al escrito de solicitudes y argumentos. En dicho escrito el Estado presentó dos excepciones

preliminares y alegó la inexistencia de violaciones de derechos humanos en el presente caso. El Estado designó como Agente a Ana Lorena Brenes Esquivel, Procuradora General de la República, y como coagente a Magda Inés Rojas Chaves, Procuradora General Adjunta de la República.

Mediante Resolución de 6 de agosto de 2012 el Presidente de la Corte ordenó recibir declaraciones rendidas ante fedatario público dos declarantes a título de representantes de las presuntas víctimas y peritos, las cuales fueron presentadas el 24 de agosto de 2012. Asimismo, mediante dicha Resolución el Presidente convocó a las partes a una audiencia pública celebrada los días 5 y 6 de septiembre de 2012 durante el 96 Período Ordinario de Sesiones de la Corte, llevado a cabo en la sede del Tribunal en San José.

En la audiencia se recibieron las declaraciones de dos presuntas víctimas y cuatro peritos, así como las observaciones y alegatos finales orales de la Comisión, los representantes y el Estado, respectivamente. Durante la referida audiencia el Tribunal requirió a las partes y a la Comisión que presentaran determinada documentación y prueba para mejor resolver.

El 4, 5 y 6 de octubre de 2012 los representantes y el Estado remitieron sus alegatos finales escritos y la Comisión presentó sus observaciones finales escritas al presente caso, respectivamente. Tales escritos fueron transmitidos a las partes, a quienes se dio oportunidad hasta el 17 de octubre de 2012 para que presentaran las observaciones que estimaran pertinentes respecto a la información suministrada como respuesta a las preguntas de la Corte. Dichas observaciones fueron remitidas por el representante Boris Molina Acevedo de 12 de las víctimas. El representante Hubert May de 6 de las víctimas, el Estado no presentó observaciones.

1.5 Presentación de excepciones preliminares

El Estado presentó tres “excepciones preliminares”: la falta de agotamiento de

recursos internos, la extemporaneidad de la petición presentada por Karen Espinoza y Héctor Jiménez, y la incompetencia de la Corte Interamericana para conocer de hechos sobrevinientes a la presentación de la petición.

1.5.1 Falta de agotamiento de recursos internos

El artículo 46.1.a) de la CADH dispone que para determinar la admisibilidad de una petición o comunicación presentada ante la Comisión de conformidad con los artículos 44 o 45 de la Convención, es necesario que se hayan interpuesto y agotado los recursos de la jurisdicción interna, según los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos. La Corte desestima la excepción preliminar interpuesta por el Estado, al considerar que las víctimas habían agotado todos los recursos de la jurisdicción interna.

1.5.2 Extemporaneidad de la petición presentada por Karen Espinoza y Héctor Jiménez Acuña

El artículo 46.1.b de la Convención señala lo siguiente: Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 ó 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá: [...] b. que sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva.

La Corte no encontró elementos para apartarse de la decisión de admisibilidad adoptada por la Comisión, ya que: a) sigue en vigor la Sentencia emitida por la más alta instancia de la jurisdicción constitucional, b) las víctimas no tenían por qué tener conocimiento de su situación de infertilidad al momento en que se emitió dicha Sentencia, y c) se interpuso la petición en el año siguiente al momento de conocer que dicha Sentencia impediría el acceso a la FIV, la Corte desestima la excepción preliminar interpuesta por el Estado.

1.5.3 Incompetencia de la Corte para conocer "hechos nuevos no incluidos" en los "hechos de la demanda"

La Corte señaló: las excepciones preliminares son actos que buscan impedir el análisis del fondo de un asunto cuestionado, mediante la objeción de la admisibilidad de un caso o la competencia del Tribunal para conocer de un determinado caso o de alguno de sus aspectos, ya sea en razón de la persona, materia, tiempo o lugar, siempre y cuando dichos planteamientos tengan el carácter de preliminares. Si estos planteamientos no pudieran ser revisados sin entrar a analizar previamente el fondo de un caso, no pueden ser analizados mediante una excepción preliminar. La Corte desestima la excepción preliminar interpuesta por el Estado.

2.- Competencia de la Corte para conocer del caso contra Costa Rica

La CIDH es competente para conocer el presente caso, en los términos del artículo 62.3 de la CADH, ya que Costa Rica es Estado Parte de la Convención desde el 8 de abril de 1970 y reconoció la competencia contenciosa del Tribunal el 2 de julio de 1980.

3.- Pruebas

Con base en lo establecido en los artículos 46, 47, 50, 51 y 57 del Reglamento, así como en su jurisprudencia respecto de la prueba y su apreciación, la Corte examinará y valorará los elementos probatorios documentales remitidos por la Comisión y las partes en diversas oportunidades procesales, las declaraciones de las presuntas víctimas y testigos y los dictámenes periciales rendidos mediante declaración jurada ante fedatario público y en la audiencia pública ante la Corte, así como las pruebas para mejor resolver solicitadas por el Tribunal. Para ello el Tribunal se atenderá a los principios de la sana crítica, dentro del marco normativo correspondiente.

3.1 Admisión de la prueba documental

El Tribunal decide admitir aquellos documentos que se encuentren completos o que, por lo menos, permitan constatar su fuente y fecha de publicación, y los valorará tomando en cuenta el conjunto del acervo probatorio, los alegatos del Estado y las reglas de la sana crítica.

Por otra parte, en consideración de que los representantes remitieron con sus alegatos finales escritos, comprobantes de gastos de litigio relacionados con este caso, sólo considerará aquellos que se refieran a solicitudes de costas y gastos en que hubiesen incurrido con ocasión del procedimiento ante esta Corte, con posterioridad a la fecha de presentación del escrito de solicitudes y argumentos.

3.1.2 Admisión de las declaraciones de presuntas víctimas, y de la prueba testimonial y pericial

En cuanto a las declaraciones de las presuntas víctimas, los testigos y los dictámenes rendidos en la audiencia pública y mediante declaraciones juradas, la Corte los estima pertinentes sólo en lo que se ajusten al objeto que fue definido por el Presidente del Tribunal en la Resolución mediante la cual se ordenó recibirlos.

Conforme a la jurisprudencia de esta Corte, las declaraciones de las presuntas víctimas no pueden ser valoradas aisladamente sino dentro del conjunto de las pruebas del proceso, ya que son útiles en la medida en que pueden proporcionar mayor información sobre las alegadas violaciones y sus consecuencias.

4. Hechos

4.1 Técnicas de Reproducción Asistida y Fecundación in Vitro

La infertilidad puede ser definida como la imposibilidad de alcanzar un embarazo clínico luego de haber mantenido relaciones sexuales sin protección durante doce

meses o más. Las causas más comunes de infertilidad son, entre otras, daños en las trompas de Falopio, adherencias tubo-ováricas, factores masculinos (por ejemplo, bajo nivel de esperma), endometriosis, factores inmunológicos o pobre reserva ovárica. Se estima que la incidencia de la infertilidad asciende a un aproximadamente 10% de las mujeres en edad reproductiva.

Por su parte, la FIV es *“un procedimiento en el cual los óvulos de una mujer son removidos de sus ovarios, ellos son entonces fertilizados con esperma en un procedimiento de laboratorio, una vez concluido esto el óvulo fertilizado (embrión) es devuelto al útero de la mujer”*. Esta técnica se aplica cuando la infertilidad se debe a la ausencia o bloqueo de las trompas de Falopio de la mujer.

De la prueba que obra en el expediente, Costa Rica es el único Estado en el mundo que prohíbe de manera expresa la FIV.

4.1.2 El Decreto ejecutivo

En Costa Rica, el Decreto Ejecutivo No. 24029-S de 3 de febrero de 1995, emitido por el Ministerio de Salud, autorizaba la práctica de la FIV para parejas conyugales y regulaba su ejecución.

La FIV fue practicada en Costa Rica entre 1995 y 2000 por la entidad privada denominada “Instituto Costarricense de Infertilidad”. En ese lapso nacieron 15 costarricenses. La técnica fue declarada inconstitucional por la Sala Constitucional de Costa Rica mediante de 15 de marzo de 2000.

4.1.3 Sentencia de la Sala IV de 15 de marzo de 2000

De conformidad con el artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, cualquier ciudadano puede interponer la acción de inconstitucionalidad en contra de una norma *“cuando por la naturaleza del asunto no exista lesión individual y directa, o se trate de la defensa de intereses difusos o que atañen a la colectividad en su conjunto”*. Basándose dicha norma, el 7 de abril de 1995 el señor Hermes

Navarro del Valle presentó una acción de inconstitucionalidad contra el Decreto Ejecutivo que regulaba la FIV en Costa Rica, utilizando diversos alegatos sobre violación del derecho a la vida. El solicitante requirió que: i) se declarara el Decreto inconstitucional por violar el derecho a la vida; ii) se declarara inconstitucional la práctica de la fecundación in vitro, y iii) “se instruya a las autoridades públicas a mantener un control minucioso de la práctica médica, para que dichos actos no se vuelvan a producir”.

La Sala IV al considerar que era aplicable el artículo 4.1 de la Convención Americana, señaló lo siguiente: la pregunta ¿cuándo comienza la vida humana? La Sala IV consideró, en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico. El embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación, y lo que es fundamental para la Sala, no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte.

Los magistrados Arguedas Ramírez y Calzada Miranda presentaron conjuntamente su salvamento de voto a la sentencia. En dicho voto, los magistrados consideraron que la FIV *“no es incompatible con el derecho a la vida ni a la dignidad humana, sino por el contrario, constituye un instrumento que la ciencia y la técnica han concebido al ser humano para favorecerla, ya que la infertilidad debe ser vista como la consecuencia de un estado genuino de enfermedad”*.

4.1.4 Recursos interpuestos por Ileana Henchoz y Karen Espinoza

El 30 de mayo de 2008, la señora Henchoz interpuso una acción de inconstitucionalidad contra la sentencia de la Sala Constitucional de 15 de marzo de 2000, la cual fue rechazada de plano. En dicha decisión la Sala consideró que

su jurisprudencia es vinculante *“erga omnes salvo para sí misma, de manera que el criterio vertido en ella puede ser modificada cuando existan motivos para ello o razones de orden público”*.

Posteriormente, la señora Henchoz interpuso una demanda judicial contra la CCSS con la finalidad de que se le permitiera practicarse la FIV. La Caja adujo la imposibilidad de practicar dicho procedimiento debido a la Sentencia de 15 de marzo de 2000. Mediante sentencia de 14 de octubre de 2008, el TSCA concluyó que la FIV como mecanismo de reproducción asistida no estaba prohibida en Costa Rica, en tanto no se incurra en los vicios señalados por la Sala Constitucional, *“máxime que el desarrollo actual de este procedimiento médico posibilita, en un ciclo reproductivo femenino, la fecundación de un solo óvulo para su posterior transferencia al útero de la madre”*.

El TSCA ordenó a la CCSS elaborar un diagnóstico y realizar los exámenes médicos correspondientes a fin de determinar la viabilidad para practicar los métodos reproducción asistida, incluida la FIV, a la señora Henchoz.

La CSSS apeló la sentencia emitida por el TSCA el 7 de mayo de 2009 los magistrados de la SPCJ anularon dicho fallo y declararon sin lugar la demanda. La Sala I indicó que *“ha quedado demostrado [...] que la técnica de la fertilización in vitro estaría contraindicada para la demandante en razón de su edad, pues a sus 48 años ha perdido ya su capacidad reproductiva con sus propios óvulos, lo que hace extraordinariamente improbable y remoto un embarazo de manera asistida”* aunado al hecho que la demandante *“luego de la sentencia impugnada manifestó a través de distintos medios de comunicación colectiva que no se sometería a la técnica de la fertilización in vitro, en razón de su edad”*.

4.1.5 Proyectos de ley

La Corte observa que, en el marco de un intento por cumplir con las recomendaciones efectuadas por la Comisión, en la Asamblea Legislativa en el

año 2010 fue presentado un proyecto de ley tratando de regular la FIV. Entre otros elementos, el proyecto partía de la protección de todos los derechos de la persona humana a partir de la fecundación y establecía que podía practicarse la FIV “a condición de que todos los óvulos fertilizados en un ciclo de tratamiento sean transferidos a la misma mujer que los produjo”. Además, se prohibía “la reducción o destrucción de embriones”. Propuso sanciones de prisión de uno a seis años a quienes destruyere o redujere o de cualquier modo diere muerte a uno o más embriones humanos. El proyecto no fue aprobado.

5. Situación de algunas de las víctimas

Las víctimas presentan dificultades para procrear hijos e hijas propios por lo que tuvieron o tienen que recurrir a la FIVET para lograr formar una familia.

5.1 Consideraciones previas sobre el objeto del caso

El representante de 12 de las parejas lic. Boris Molina, alegó que en el presente caso:

- 1.- Hubo una política consistente y sostenida por más de 11 años que se mantiene continuada en el Estado costarricense respecto de la prohibición de la FIVET y de cualquier otro método de reproducción asistida que impregnó no sólo las acciones y omisiones de todos los poderes del Estado.
- 2.- Propició en la sociedad civil un repudio frente a personas que sufren este tipo de discapacidad reproductiva.
- 3.- Por otra parte, argumentó que “luego del fallo, las víctimas experimentaron una estigmatización social que minó su honra y reputación social.
- 4.- Algunos medios, en sus campañas en contra de la FIV emitieron mensajes ofensivos y denigrantes hacia los demandantes en general, provocando daños en su salud mental”.

Agregó que las presuntas *“víctimas del caso fueron juzgados por la sociedad civil en virtud de la falta de información existente sobre el tema, por lo que constantemente surgían en diversos medios de comunicación ciertos juicios de*

valor que iban dirigidos a menoscaba la lucha que desarrollaban las parejas con una amplia gama de descalificativos”.

En cuanto a la exposición pública de las presuntas víctimas, el representante May argumentó que *“se mantiene [...] el daño moral que se deriva de la exposición pública y al público y a los medios de comunicación, de la vida íntima de las víctimas, pues es claro que en última instancia ello viene provocado como una consecuencia cuya causal última y decisiva lo es la sentencia de Sala Constitucional”.*

5.2 Consideraciones de la Corte

La Corte estableció que el marco fáctico del proceso se encuentra constituido por los hechos descritos en el Informe de Fondo de la Comisión.

La Corte destaca que el Estado presentó argumentos generales relacionados con los presuntos efectos o problemas que podría producir la FIV con relación a: i) los posibles riesgos que la práctica podría producir en la mujer; ii) alegadas afectaciones psicológicas en las parejas que acudan a la técnica; iii) presuntos riesgos genéticos que se podrían producir en los embriones y en los niños nacidos por el tratamiento; iv) los alegados riesgos de embarazos múltiples; v) los supuestos problemas que implicaría la crioconservación de embriones, y vi) los posibles dilemas y problemas legales que podrían generarse por la aplicación de la técnica.

Al respecto, la Corte considera que si bien el Estado generó prueba y argumentos sobre lo anteriormente reseñado, el Tribunal sólo tomará en cuenta, para el análisis de fondo en el presente caso, aquellas pruebas y alegatos relacionados con los argumentos explícitamente utilizados en la motivación de la sentencia de la Sala Constitucional. En este sentido, y en razón del carácter subsidiario del Sistema Interamericano, la Corte no es competente para resolver controversias que no fueron tenidas en cuenta por la Sala IV para sustentar la sentencia que

declaró inconstitucional el Decreto Ejecutivo No. 24029-S.

6.- Derecho a la vida privada y familiar y 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 y tecnológico y el principio de no discriminación

La Corte en su sentencia dio el siguiente alcance a los derechos a la integridad personal, libertad personal y vida privada y familiar en el presente caso.

Argumentos de la Comisión y alegatos de las partes

- La Comisión observó que *“la decisión [...] de tener hijos biológicos [...] pertenece a la esfera más íntima de [la] vida privada y familiar[, y ...] la forma como se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja”*. Señaló que *“la vida en común y la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia”*. Consideró que *“[l]a utilización de la [FIV] para combatir la infertilidad también está estrechamente vinculada con el goce de los beneficios del progreso científico”*.
- El representante Molina alegó que *“si la pareja quiere o no tener descendencia se da en el ámbito privado”*, y calificó la infertilidad de las presuntas víctimas como *“discapacidad por la cual se les había discriminado para tener una familia”*.
- El representante May alegó que la reglamentación [de la FIV] debe *“desarrollar y posibilitar el contenido de los derechos a la salud, al acceso al progreso científico, al respeto a la intimidad y autonomía de la voluntad en el ámbito familiar, al derecho a fundar una familia, y al ejercicio pleno de los derechos reproductivos de las personas.”*
- El Estado alegó que *“la posibilidad de procrear a través de las técnicas de fecundación in vitro [...] no constituy[e] un derecho reconocido dentro del ámbito de [la] libertad personal”*, y que *“[a]un cuando el derecho a fundar una familia incluye la posibilidad de procrear, no es a cualquier costo que el*

Estado debe permitir tal posibilidad". Además, alegó que "[l]a vida y dignidad humanas no debe dar pruebas de su naturaleza frente a los reclamos del progreso científico o médico".

6.1 Consideraciones de la Corte

La Corte tal y como fue señalado por la Comisión consideró que la prohibición de la FIV vulneraba los artículos 11.2, 17.2 y 24, en relación con el artículo 1.1 de la CADH, en perjuicio de las presuntas víctimas. Los intervinientes comunes agregaron la presunta violación de los artículos 4.1, 5.1, y 7 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma. El Estado rechazó la violación de todos estos derechos. Al respecto, la Corte observa que existe controversia entre las partes sobre los derechos que presuntamente se habrían violado en el presente caso. A continuación, el Tribunal interpretará la CADH en orden a determinar el alcance de los derechos a la integridad personal y a la vida privada y familiar, en lo relevante para resolver la controversia.

El artículo 11 de la CADH requiere la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada y familiar. Prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias. En ese sentido, la Corte ha sostenido que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. Además, esta Corte ha interpretado en forma amplia el artículo 7 de la CADH al señalar que éste incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido.

En resumen constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la CADH. Asimismo, la Corte ha resaltado el

concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones.

La Corte considera que el presente caso trata de una combinación particular de diferentes aspectos de la vida privada, que se relacionan con el derecho a fundar una familia, el derecho a la integridad física y mental, y específicamente los derechos reproductivos de las personas.

En segundo lugar, el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho a la autonomía reproductiva está reconocido también en el artículo 16 (e) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, según el cual las mujeres gozan del derecho “a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”. Este derecho es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad. Así, la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos.

En tercer lugar, la Corte resalta que, en el marco del derecho a la integridad personal, ha analizado algunas situaciones de particular angustia y ansiedad que afectan a las personas, así como algunos impactos graves por la falta de atención médica o los problemas de accesibilidad a ciertos procedimientos en salud.

La Corte ha señalado que los Estados son responsables de regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud para lograr una efectiva protección de los derechos a la vida y a la integridad personal. La salud constituye un estado de

completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.

En relación con el derecho a la integridad personal, cabe resaltar que para el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la salud genésica significa que “la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección, así como el derecho de acceso a los pertinentes servicios de atención de la salud”.

Adoptando un concepto amplio e integral de salud sexual y reproductiva, se señaló que: *“La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos”.*

Finalmente, el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho al goce de los beneficios del progreso científico ha sido reconocido internacionalmente y, en el ámbito interamericano, se encuentra contemplado en el artículo XIII de la Declaración Americana y en el artículo 14.1 b) del Protocolo de San Salvador.

Conforme al artículo 29 b) de la CADH, el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los artículos 11.2 y 17.2 de la CADH, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones. Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona.

6.2 Efectos de la prohibición absoluta de la FIV

El Tribunal constata que la Sala IV anuló por inconstitucional el Decreto Ejecutivo por medio del cual se autorizaba la práctica de la FIVET, tanto los dos representantes como la Comisión han caracterizado la decisión como “prohibición absoluta”, que no permite la realización de dicha técnica bajo ningún motivo, mientras que el Estado ha alegado que sería una “prohibición relativa”, por cuanto la posibilidad de practicar y regular la FIV se podrá realizar cuando la técnica logre cumplir con los requisitos establecidos por la Sala IV en su sentencia, es decir, cuando, en palabras del Estado, la FIV no atente contra “el derecho a la vida desde la concepción”.

Al respecto, la Corte observa que en la sentencia de la Sala IV se incluyó un concepto de protección absoluta de la vida del embrión, por cuanto manifestó que “como el derecho se declara a favor de todos, sin excepción, debe protegerse tanto en el ser ya nacido como en el por nacer”.

El Tribunal constata que la Sala IV consideró que si la técnica de la FIVET podía realizarse respetando un concepto de protección absoluta de la vida del embrión,

ésta podría ser practicada en el país. Sin embargo, la Corte considera que si bien en la sentencia de la Sala IV se utilizaron palabras condicionantes para admitir la práctica de la FIVET en el país, lo cierto es que doce años después de emitida la sentencia dicha técnica no se realiza en Costa Rica. Por ello, el Tribunal estima que la “condición suspensiva” establecida en la sentencia, hasta el momento, no ha producido efectos prácticos reales, la Sala IV ocasionó como hecho no controvertido que la FIV no se practique en el territorio costarricense y que, por tanto, las parejas que deseen acudir a dicha técnica no pueden llevarla a cabo en dicho país.

Al comprobarse que existió una injerencia tanto por el efecto prohibitivo que en general causó la sentencia de la Sala IV, así como el impacto que lo anterior produjo en las presuntas víctimas en el presente caso, la Corte considera necesario entrar a analizar si dicha injerencia o restricción se encuentra justificada. Interpretación del artículo 4.1 de la Convención Americana en lo relevante para el presente caso.

La Corte ha señalado que el objeto del presente caso se centra en establecer si la sentencia de la Sala IV generó una restricción desproporcionada de los derechos de las presuntas víctimas. La decisión de la Sala Constitucional consideró que la Convención Americana exigía prohibir la FIV tal como se encontraba regulada en el Decreto Ejecutivo del 2000. Para ello, la Sala interpretó el artículo 4.1 de la Convención en el entendido de que dicho artículo exigía una protección absoluta del embrión.

6.4 Interpretación conforme al sentido corriente de los términos

El artículo 1 de la Convención Americana establece: “1. *Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen*

nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

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

El artículo 4.1 de la Convención Americana señala:

“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”.

En el presente caso, la Corte observa que el concepto de *“persona”* es un término jurídico que se analiza en muchos de los sistemas jurídicos internos de los Estados Parte. Sin embargo, para efectos de la interpretación del artículo 4.1, la definición de persona está anclada a las menciones que se hacen en el tratado respecto a la *“concepción”* y al *“ser humano”*, términos cuyo alcance debe valorarse a partir de la literatura científica.

El Tribunal constata que la Sala IV optó por una de las posturas científicas sobre este tema para definir desde cuando se consideraba que empieza la vida. A partir de ello, la Sala IV entendió que la concepción sería el momento en que se fecunda el ovulo y asumió que a partir de ese momento existía una persona titular del derecho a la vida.

Respecto a la controversia de cuándo empieza la vida humana, la Corte considera que se trata de una cuestión valorada de diversas formas desde una perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa, y coincide con tribunales internacionales y nacionales, en el sentido que no existe una definición consensuada.

6.4.1 Terminó concepción adoptado por la CIDH

La Corte considera que es procedente definir, de acuerdo con la CADH, cómo debe interpretarse el término “*concepción*”. Al respecto, la Corte resalta que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constata 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 desarrollo.

En este sentido, la Corte entiende que el término “*concepción*” no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede. Prueba de lo anterior, es que sólo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada “*Gonodotropina Coriónica*”, que sólo es detectable en la mujer que tiene un embrión unido a ella. Antes de esto es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide y si esta unión se perdió antes de la implantación.

El Tribunal entiende el término “*concepción*” desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual considera que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana. Asimismo, la expresión “*en general*” permite inferir excepciones a una regla, pero la interpretación según el sentido corriente no permite precisar el alcance de dichas excepciones.

En este punto los y las participantes de la entrevista toman como sinónimo

concepción y fecundación, no hacen una diferencia, consideran que la vida humana nace desde el momento de la unión de óvulo y el espermatozoide, se tuvo con esta línea de pensamiento a: E01, E02, E03, E04, E06, E07, E08, E09, E10, E11, E19, E12 E13, E15. Los y las entrevistadas no reparan en considerar lo sostenido por la Corte en relación al término concepción, para la Corte esta se da a partir de la implantación de embrión en el útero de la mujer, la fase de la anidación es considerada la más importante dado que es precisamente este momento cuando el embrión se posa en su ambiente natural y propicio para desarrollarse (Lacadena:2002;67).

6.4.2 Conclusión sobre la interpretación sistemática

La Corte concluye que la Sala IV se basó en el artículo 4 de la CADH, el artículo 3 de la DUDH, el artículo 6 del PIDCP, la CDN y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. No obstante, de ninguno de estos artículos o tratados es posible sustentar que el embrión pueda ser considerado persona en los términos del artículo 4 de la Convención. Tampoco es posible desprender dicha conclusión de los trabajos preparatorios o de una interpretación sistemática de los derechos consagrados en la CADH o en la DADH.

6.4.3 El estatus legal del embrión

La Corte observa que las tendencias de regulación en el derecho internacional no llevan a la conclusión que el embrión sea tratado de manera igual a una persona o que tenga un derecho a la vida.

La Corte considera que, a pesar de que no existen muchas regulaciones normativas específicas sobre la FIV en la mayoría de los Estados de la región, éstos permiten que la FIV se practique dentro de sus territorios.

Ello significa que, en el marco de la práctica de la mayoría de los Estados Parte en la Convención, se ha interpretado que la Convención permite la práctica de la FIV. El Tribunal considerará que estas prácticas de los Estados se relacionan con la

manera en que interpretan los alcances del artículo 4 de la Convención, pues ninguno de dichos Estados ha considerado que la protección al embrión deba ser de tal magnitud que no se permitan las técnicas de reproducción asistida o, particularmente, la FIV. En ese sentido, dicha práctica generalizada está asociada al principio de protección gradual e incremental -y no absoluta- de la vida prenatal y a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona.

E15, opina que no existen derechos establecidos, considera que es del resorte puramente moral y religioso, se agrega por parte de la investigadora, que la protección del embrión viene a ser una cuestión de derecho natural, calado de conceptos morales, religiosos y políticos a conveniencia, por los entes que ostentan el poder y su deseo de conservarlo. Por ejemplo la Iglesia Católica es de la opinión que el embrión debe ser protegido desde el momento de la concepción, (misma que no es aceptada por medio de la FIVET), la anterior opinión descarga toda responsabilidad de los posibles derechos del embrión desde la concepción desde ese momento es sujeto de derechos, independiente de la etapa en que se encuentre o si nace vivo o muerto.

De los y las participantes, son muy pocos los que coinciden con el criterio de la Corte, en cuanto que el embrión es sujeto de derechos a partir del 14 día de la concepción o fecundación, E11, considera que el embrión antes del día 15 es un pre-embrión, y este es un grupo de células, en las que no existe individualidad, agrega que estadísticamente se tiene que varios estudios sustentan que de cien embriones en ciclos naturales no in vitro, 80 se bloquean temprano y no se implantan en el útero, por apoptosis genética, 20 siguen hasta los cinco días y de esos cuatro no se implantan por apoptosis por condiciones adversas del útero, 16 se implantan en el útero cinco abortan, once llegan a las 20 semanas y tal vez nacen.

El objeto y fin del artículo 4.1 de la Convención es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la

negación total de otros derechos. La Corte concluye que el objeto y fin de la clausula *"en general"* del artículo 4.1 de la Convención es la de permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto. En el caso que ocupa la atención de la Corte, basta señalar que dicho objeto y fin implica que no pueda alegarse la protección absoluta del embrión anulando otros derechos.

7. Proporcionalidad de la medida de prohibición

Argumentos de la Comisión y alegatos de las partes

La Comisión indicó que se cumplían los requisitos de legalidad, finalidad e idoneidad. Sin embargo, la Comisión consideró que en el análisis de idoneidad *"puede tener incidencia" la evidencia científica de "que la técnica de reproducción asistida de la [FIV] impone un riesgo de pérdida de los embriones [... que] es comparable al proceso natural de reproducción"*.

El representante Molina, respecto a la legalidad de la medida que la Sala IV considera que la misma se excedió en sus facultades, limitando al Poder Legislativo sus funciones, entre otras cosas. Negó la idoneidad de la medida por considerar la sentencia *"un medio discriminatorio" y "arbitraria"* que *"no ponderó ni dimensionó entre los diferentes derechos convencionales"*. Argumentó que el Estado escogió la medida más lesiva de todas.

El representante May alegó que *"la infertilidad es una enfermedad, una incapacidad y, por ende, una discapacidad del ser humano para fecundar o para concebir, la prohibición absoluta produce un impacto desproporcionado en aquellos que son infértiles, negándoles la oportunidad de superar su condición física y concebir de una forma biológica"*.

El Estado argumentó que *"el fin buscado por el Estado costarricense al prohibir la FIV es legítimo, pues pretende proteger el derecho a la vida de los embriones"*. Aseveró que *"ha quedado demostrado que en el estado actual de la*

ciencia, no existe evidencia de que la FIV ofrezca garantías de protección a la vida del non nato fecundado in vitro”.

Respecto a la proporcionalidad de la medida, el Estado alegó que al protegerse el valor más fundamental de la sociedad que es el derecho a la vida, el Estado debe necesariamente inclinar la balanza hacia proteger este.

7.1 Consideraciones de la Corte

La Corte ha señalado que la decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a técnicas de reproducción asistida forma parte del ámbito de los derechos a la integridad personal, libertad personal y a la vida privada y familiar. Además, la forma como se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja. A continuación se analizará la presunta justificación de la interferencia que ha efectuado el Estado en relación con el ejercicio de estos derechos.

La restricción tendría que lograr una importante satisfacción de la protección de la vida prenatal, sin hacer nugatorio los derechos a la vida privada y a fundar una familia. Para efectuar esta ponderación se debe analizar: i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro.

7.1.1 Severidad de la limitación de los derechos involucrados en el presente caso

El alcance del derecho a la vida privada y familiar ostenta una estrecha relación con la autonomía personal y los derechos reproductivos. La sentencia de la Sala IV tuvo el efecto de interferir en el ejercicio de estos derechos de las presuntas víctimas, toda vez que las parejas tuvieron que modificar su curso de acción respecto a la decisión de intentar tener hijos por medio de la FIV. En efecto, la Corte considera que una de las injerencias directas en la vida privada se relaciona

con el hecho de que la decisión de la Sala IV impidió que fueran las parejas quienes decidieran sobre si deseaban o no someterse en Costa Rica a este tratamiento para tener hijos. La injerencia se hace más evidente si se tiene en cuenta que la FIV es, en la mayoría de los casos, la técnica a la que recurren las personas o parejas después de haber intentado otros tratamientos para enfrentar la infertilidad es la única opción con la que cuenta la persona para poder tener hijos biológicos.

En primer lugar, la prohibición de la FIV impactó en la intimidad de las personas, toda vez que, en algunos casos, uno de los efectos indirectos de la prohibición ha sido que, al no ser posible practicar esta técnica en Costa Rica, los procedimientos que se impulsaron para acudir a un tratamiento médico en el extranjero exigían exponer aspectos que hacían parte de la vida privada.

En segundo lugar, respecto a la afectación de la autonomía personal y del proyecto de vida de las parejas, la Corte observa que la FIV suele practicarse como último recurso para superar graves dificultades reproductivas. Su prohibición afectó con mayor impacto los planes de vida de las parejas cuya única opción de procrear es la FIV.

En tercer lugar, se vio afectada la integridad psicológica de las personas al negarles la posibilidad de acceder a un procedimiento que hace posible desplegar la libertad reproductiva deseada. De manera que, por las razones señaladas, las parejas sufrieron una interferencia severa en relación con la toma de decisiones respecto a los métodos o prácticas que deseaban intentar con el fin de procrear un hijo o hija biológicos. Pero también existieron impactos diferenciados en relación con la situación de discapacidad, el género y la situación económica, aspectos relacionados con lo alegado por las partes respecto a la posible discriminación indirecta en el presente caso.

7.1.2 Severidad de la interferencia como consecuencia de la discriminación indirecta por el impacto desproporcionado respecto a discapacidad, género y situación económica

La CIDH ha señalado reiteradamente que la CADH no prohíbe todas las distinciones de trato. La Corte ha marcado la diferencia entre “*distinciones*” y “*discriminaciones*”, de forma que las primeras constituyen diferencias compatibles con la CADH por ser razonables y objetivas, mientras que las segundas constituyen diferencias arbitrarias que redundan en detrimento de los derechos humanos. En el presente caso, los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad se relacionan con la protección del derecho a la vida privada y familiar, y el derecho de fundar una familia, y no de la aplicación o interpretación de una determinada ley interna que regule la FIV.

Sobre el concepto de “*discriminación*”, si bien la CADH y el PIDCP no contienen una definición de este término, la Corte y el CDHNU han tomado como base las definiciones contenidas en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer para sostener que la discriminación constituye “*toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas*”.

El artículo 1.1 de la CADH (Obligación de Respetar los Derechos) dispone que:

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole,

origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

La Corte ha afirmado que si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, violaría el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión.

La Corte considera que el concepto de impacto desproporcionado está ligado al de discriminación indirecta, razón por la cual se entra a analizar si en el presente caso existió un impacto desproporcionado respecto a discapacidad, género y situación económica.

7.1.3 Discriminación indirecta en relación con la condición de discapacidad

La Corte toma nota que la OMS ha definido la infertilidad como *“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”*.

Teniendo en cuenta la definición desarrollada por la OMS según la cual la infertilidad es una enfermedad del sistema reproductivo, 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 IV, 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.

7.1.4 Discriminación indirecta en relación con el género

La Corte considera que la prohibición de la FIV puede afectar tanto a hombres como a mujeres y les puede producir impactos desproporcionados diferenciados por la existencia de estereotipos y prejuicios en la sociedad.

La Corte resalta que estos estereotipos de género son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos y se deben tomar medidas para erradicarlos. El Tribunal no está validando dichos estereotipos y tan sólo los reconoce y visibiliza para precisar el impacto desproporcionado de la interferencia generada por la sentencia de la Sala IV.

7.1.5 Discriminación indirecta en relación con la situación económica

Finalmente, la prohibición de la FIV tuvo un impacto desproporcionado en las parejas infértiles que no contaban con los recursos económicos para practicarse la FIVET.

La Corte encuentra desproporcionado pretender una protección absoluta del embrión respecto a un riesgo que resulta común e inherente incluso en procesos donde no interviene la técnica de la FIV.

7.1.6 Conclusión sobre el balance entre la severidad de la interferencia y el impacto en la finalidad pretendida

Una ponderación entre la severidad de la limitación de los derechos involucrados en el presente caso y la importancia de la protección del embrión, permite afirmar que la afectación del derecho a la integridad personal, libertad personal, vida privada, la intimidad, la autonomía reproductiva, el acceso a servicios de salud reproductiva y a fundar una familia es severa y supone una violación de dichos derechos, pues dichos derechos son anulados en la práctica para aquellas personas cuyo único tratamiento posible de la infertilidad era la FIV. Asimismo, la interferencia tuvo un impacto diferenciado en las presuntas víctimas por su situación de discapacidad, los estereotipos de género y, frente a algunas de las presuntas víctimas, por su situación económica.

La Corte resalta que el embrión, antes de la implantación no está comprendido en

los términos del artículo 4 de la Convención y recuerda el principio de protección gradual e incremental de la vida prenatal.

Por tanto, la Corte concluye que la Sala IV partió de una protección absoluta del embrión que, al no ponderar ni tener en cuenta los otros derechos en conflicto, implicó una arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar que hizo desproporcionada la interferencia.

Asimismo, la interferencia tuvo efectos discriminatorios. Además, teniendo en cuenta estas conclusiones sobre la ponderación y lo ya señalado respecto al artículo 4.1 de la Convención, la Corte no considera pertinente pronunciarse sobre los alegatos del Estado respecto a que contaría con un margen de apreciación para establecer prohibiciones como la efectuada por la Sala IV.

7.2 Reparaciones (Aplicación del artículo 63.1 de la CADH)

Sobre la base de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la CADH, la Corte ha indicado que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente y que esa disposición recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado.

Por tanto, la Corte ha considerado la necesidad de otorgar diversas medidas de reparación, a fin de resarcir los daños de manera integral, por lo que además de las compensaciones pecuniarias, las medidas de restitución, satisfacción y garantías de no repetición tienen especial relevancia por los daños ocasionados.

De acuerdo con las consideraciones expuestas sobre el fondo y las violaciones a la CADH declaradas en el capítulo anterior, el Tribunal procederá a analizar los argumentos y recomendaciones presentados por la Comisión y las pretensiones de los representantes, así como los argumentos del Estado, a la luz de los criterios

fijados en la jurisprudencia de la Corte en relación con la naturaleza y el alcance de la obligación de reparar⁴⁹², con el objeto de disponer las medidas dirigidas a reparar los daños ocasionados a las víctimas.

8.- Parte Lesionada

El Tribunal reitera que se considera parte lesionada, en los términos del artículo 63.1 de la CADH, a quien ha sido declarado víctima de la violación de algún derecho reconocido en la misma. Por lo tanto, esta Corte considera como “*parte lesionada*” a Grettel Artavia Murillo, y otros, quienes en su carácter de víctimas de las violaciones declaradas en el Capítulo VII, serán considerados beneficiarios de las reparaciones que ordene el Tribunal.

El Tribunal determinará medidas que busquen reparar el daño inmaterial y que no tienen naturaleza pecuniaria, y dispondrá medidas de alcance o repercusión pública, la Corte estima pertinente fijar medidas de rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

8.1 Medidas de rehabilitación psicológica

Por lo tanto, habiendo constatado la CIDH las violaciones y los daños sufridos por las víctimas en el presente caso, el Tribunal dispone la obligación a cargo del Estado de brindarles gratuitamente y de forma inmediata, hasta por cuatro años, el tratamiento psicológico que requieran. En particular, el tratamiento psicológico debe brindarse por personal e instituciones estatales especializadas en la atención a víctimas de hechos como los ocurridos en el presente caso. Al proveer dicho tratamiento se deben considerar, además, las circunstancias y necesidades particulares de cada víctima, de manera que se les brinden tratamientos familiares e individuales, según lo que se acuerde con cada una de ellas, después de una evaluación individual. Los tratamientos deben incluir la provisión de medicamentos y, en su caso, transporte y otros gastos que estén directamente relacionados y

sean estrictamente necesarios.

8.2 Medidas de satisfacción: publicación de la Sentencia

8.2.1 Consideraciones de la Corte

La Corte ordena que el Estado publique, en el plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia: a) el resumen oficial de la presente Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez en el Diario Oficial; b) el resumen oficial de la presente Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en un diario de amplia circulación nacional, y c) la presente Sentencia en su integridad, disponible por un período de un año, en un sitio web oficial de la rama judicial. Con la garantía de no repetir la misma situación.

8.2.3 Medidas estatales que no impidan la práctica de la FIV

La Corte recuerda que el Estado debe:

- Prevenir la recurrencia de violaciones a los derechos humanos como las ocurridas.
- Adoptar todas las medidas legales, administrativas y de otra índole que sean necesarias para evitar que hechos similares vuelvan a ocurrir en el futuro.
- Cumplimiento del Estado de sus deberes de prevención y garantía de los derechos fundamentales reconocidos por la CADH.
- Conforme al artículo 2 de la CADDH, el Estado tiene el deber de adoptar las medidas necesarias para hacer efectivo el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención.
- Los Estados tienen la obligación positiva de adoptar las medidas legislativas necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos en ella consagrados.

- Los Estados, deben evitar promulgar aquellas leyes que impidan el libre ejercicio de estos derechos, y evitar que se supriman o modifiquen las leyes que los protegen.
- El Estado deberá adoptar las medidas apropiadas para que quede sin efecto con la mayor celeridad posible la prohibición de practicar la FIV y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos que fueron encontrados vulnerados en la presente Sentencia.
- El Estado deberá informar en seis meses sobre las medidas adoptadas al respecto.

En segundo lugar:

- El Estado deberá regular, a la brevedad, los aspectos que considere necesarios para la implementación de la FIV, teniendo en cuenta los principios establecidos en la presente Sentencia.
- El Estado debe establecer sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen este tipo de técnica de reproducción asistida. El Estado deberá informar anualmente sobre la puesta en vigencia gradual de estos sistemas.

En tercer lugar:

- En el marco de las consideraciones desarrolladas en el presente Fallo, la CCSS deberá incluir la disponibilidad de la FIV dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación.
- El Estado deberá informar cada seis meses sobre las medidas adoptadas para poner gradualmente estos servicios a disposición de quienes lo requieran y de los planes diseñados para este efecto.

- Realizar campañas sobre derechos de las personas con discapacidad reproductiva

8.2.5 Consideraciones de la Corte

La Corte observa que el Estado no precisó los mecanismos de divulgación en salud reproductiva existentes. Por tanto, ordena que el Estado implemente programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos, derechos reproductivos y no discriminación, dirigidos a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial. Dentro de dichos programas y cursos de capacitación deberá hacerse una especial mención a la presente Sentencia y a los diversos precedentes del corpus iuris de los derechos humanos relativos a los derechos reproductivos y el principio de no discriminación.

La Corte considera que las reparaciones ordenadas resultan suficientes y adecuadas para remediar las violaciones sufridas por las víctimas y estima necesario la indemnización compensatoria por daño material e inmaterial. El daño material la Corte fija, en la suma de US\$ 5.000 (cinco mil dólares de los Estados Unidos de América) a favor de cada una de las personas que se tuvieron como víctimas partiendo con la señora Ileana Henchoz.

Asimismo, la Corte reitera el carácter compensatorio de las indemnizaciones, cuya naturaleza y monto dependen del daño ocasionado, por lo que no pueden significar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para las víctimas o sus sucesores.

En el presente caso, el Tribunal recuerda que el daño en el presente caso no depende de si las parejas pudieron o no tener hijos, sino que corresponde al impacto desproporcionado que tuvo en sus vidas el no poder ejercer de manera autónoma sus derechos, en atención a los sufrimientos ocasionados a las víctimas, así como el cambio en las condiciones de vida y las restantes consecuencias de orden inmaterial que sufrieron la Corte estima pertinente fijar, en equidad, la cantidad de US\$20.000 (veinte mil dólares de los Estados Unidos

de América) para cada una de las víctimas por concepto de indemnización por daño inmaterial.

8.2.6 Costas y gastos

Como ya lo ha señalado la Corte en oportunidades anteriores, las costas y gastos están comprendidos dentro del concepto de reparación consagrado en el artículo 63.1 de la CADH.

El Tribunal ha manifestado que las pretensiones de las víctimas o sus representantes en materia de costas y gastos, y las pruebas que las sustentan, deben presentarse a la Corte en el primer momento procesal que se les concede, la Corte fija en equidad la cantidad de US\$ 10.000 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América) por concepto de costas y gastos a favor del representante Gerardo Trejos, la cual deberá ser pagado directamente a sus derechohabientes, conforme al derecho interno aplicable.

Asimismo, la Corte establece en equidad la cantidad de US\$2.000 (dos mil dólares de los Estados Unidos de América) por concepto de costas y gastos a favor del representante May y la cantidad de US\$ 3.000 (tres mil dólares de los Estados Unidos de América) por concepto de costas y gastos a favor del representante Molina.

8.2.7 Modalidad de cumplimiento de los pagos ordenados

El Estado deberá efectuar el pago de las indemnizaciones por concepto de daño material e inmaterial y el reintegro de costas y gastos establecidos en la presente Sentencia directamente a las personas indicadas en la misma, dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación del presente Fallo, en los términos de los siguientes párrafos. En caso de que los beneficiarios hayan fallecido o fallezcan antes de que les sea entregada la indemnización respectiva, ésta se efectuará directamente a sus derechohabientes, conforme al derecho interno aplicable.

El Estado deberá cumplir con las obligaciones monetarias mediante el pago en dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en moneda nacional, utilizando para el cálculo respectivo el tipo de cambio que se encuentre vigente en la bolsa de Nueva York, Estados Unidos de América, el día anterior al pago.

Las cantidades asignadas en la Sentencia como indemnización por daño material e inmaterial, y como reintegro de costas y gastos deberán ser entregadas a las personas y organizaciones indicadas en forma íntegra, conforme a lo establecido en esta Sentencia, sin reducciones derivadas de eventuales cargas fiscales, en el plazo de un año, contado a partir de la notificación de la Sentencia.

En caso de que el Estado incurriera en mora, deberá pagar un interés sobre la cantidad adeudada correspondiente al interés bancario moratorio en Costa Rica, la Corte se reserva la facultad inherente a sus atribuciones y derivada, asimismo, del artículo 65 de la CADH, de supervisar el cumplimiento íntegro de la presente Sentencia. El caso se dará por concluido una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en el presente fallo.

Dentro de los plazos de seis meses y un año, contados a partir de la notificación de esta Sentencia, el Estado deberá rendir a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para cumplirla.

9.- Puntos resolutivos

Por tanto, La Corte decide, por unanimidad:

1. Desestimar las excepciones preliminares interpuestas por el Estado, en los términos de los párrafos 17 a 40 de la Sentencia.

DECLARA, por cinco votos a favor y uno en contra, que:

1. El Estado es responsable por la vulneración de los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Grettel Artavia Murillo, y otros. Y dispone por cinco votos a favor y uno en contra, que:

1. Esta Sentencia constituye per se una forma de reparación.

2. El Estado debe adoptar, con la mayor celeridad posible:

- Medidas apropiadas para que quede sin efecto la prohibición de practicar la FIV y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos que fueron encontrados vulnerados en la Sentencia.
- Informar en seis meses sobre las medidas adoptadas al respecto, de conformidad con el párrafo 336 de la presente Sentencia.
- Regular, a la brevedad, los aspectos que considere necesarios para la implementación de la FIV, teniendo en cuenta los principios establecidos en la presente Sentencia.
- Establecer sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen este tipo de técnica de reproducción asistida.
- Informar anualmente sobre la puesta en vigencia gradual de estos sistemas, de conformidad con el párrafo 337 de la presente Sentencia.
- Incluir la disponibilidad de la FIV dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación.
- Informar cada seis meses sobre las medidas adoptadas para poner gradualmente estos servicios a disposición de quienes lo requieran y de los planes diseñados para este efecto, de conformidad con el párrafo 338 de la presente Sentencia.
- Brindar a las víctimas atención psicológica gratuita y de forma inmediata, hasta por cuatro años, a través de sus instituciones estatales de salud especializadas, de conformidad con lo establecido en el párrafo 326 de la presente Sentencia.
- Realizar las publicaciones indicadas en el párrafo 329 de la presente

Sentencia, en el plazo de seis meses contado a partir de la notificación de la misma.

- Implementar programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos, derechos reproductivos y no discriminación, dirigidos a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial, de conformidad con lo establecido en el párrafo 341 de la presente Sentencia.
- El Estado debe pagar las cantidades fijadas en los párrafos 355 y 363 de la presente Sentencia, por concepto de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales, y por el reintegro de costas y gastos, en los términos del párrafo 373 del Fallo.
- El Estado debe, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia, rendir al Tribunal un informe general sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma.

La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la CADH, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

SECCION TERCERA

1.- Voto disidente del Juez Eduardo Vio Grossi

El Juez Eduardo Vio Grossi se aparta del Tribunal al considerar que la sentencia del 28 de noviembre de 2012 contra el Estado costarricense, en lo referente al artículo 4.1 de la CADH, fue dictada complaciendo al intérprete dejando de lado lo que expresa el Derecho, y de la voluntad de los estados contenida en la Convención.

El voto disidente del Juez Vio Grossio gira en dos temas: el primero se refiere al análisis del artículo 4.1 de la CADH por considerar que es su violación la que se

alega en autos y el segundo tema: relación con la inflexión jurisprudencial experimentada por la Sentencia en cuanto a la interpretación del citado artículo.

1.1 El artículo 4.1 DE LA CADH

El Juez analiza el artículo 4.1 de la Convención desde tres aspectos. 1.- El referente a la perspectiva con que la Sentencia aborda el caso 12.361 contra el Estado costarricense. 2.- El concerniente a la interpretación del mismo y 3.- La jurisprudencia de la Corte sobre el particular.

1.2 Perspectiva con que aborda el caso

Vio Grossio, considera que el Tribunal en la manera que abordó el caso contra Costa Rica influyó en la conclusión a la que arriba. Alega, que la sentencia señala como primer asunto de fondo, determinar el alcance de los derechos a la integridad personal y a la vida privada y familiar.

La Comisión y las víctimas consideraron que la prohibición violó los artículos 11.2 (*“Respeto de la Honra y de la Dignidad”*), 17.2 (*“Protección a la Familia”*) y 24 (*“Igualdad ante la Ley”*), en relación con los artículos 1.1 (*“Obligación de Respetar los Derechos”*) y 2 (*“Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno”*), todos de la Convención. Pero, uno de los representantes invocó, además, los artículos 4.1 (*Derecho a la vida*), 5.1 (*“Derecho a la Integridad Personal”*) y 7 (*“Derecho a la Libertad Personal”*) y que la citada Resolución expresamente se sustenta en el citado artículo 4.1.

Por lo anterior considera Vio Grossio, que la sentencia no planteó el caso como debía hacerlo sino que hizo lo contrario, la Sentencia en su criterio, debió haber entendido y analizado el caso contra como una posible violación del artículo 4.1 y no como lo hace, ya que de este modo, empequeñece o subordina todo lo referente al *“derecho a la vida”* ante los otros mencionados derechos, teniendo como resultado tendencia a privilegiar los citados derechos por sobre el *“derecho*

a la vida”.

1.3 Interpretación del artículo 4.1 CADH

El Juez disidente dice que el principal asunto planteado en el caso es determinar si el Estado, al ordenar la prohibición de la FIVET, incurrió en responsabilidad internacional por violar, de esa forma, el artículo 4.1 de la CADH, que dice:

“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.”

Vio Grossi, considera que la anterior norma es la expresión de la voluntad de los Estados Partes de la Convención, por consiguiente se debe interpretar conforme lo dispone la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, por lo que para poder acometer la interpretación del mencionado artículo 4.1, parece menester referirse a los aspectos básicos que plantea en este caso, esto es, el Titular del derecho; la protección de ese derecho y la privación arbitraria del mismo.

El Juez, alega: *“que visto el artículo 31.1 de la Convención de Viena, es evidente que el derecho que consagra el antes citado artículo 4.1 consiste en que “se respete (la) vida” de su titular. Ese es el “objeto y fin” de dicha norma, lo que significa que ella fue establecida para que realmente alcanzara lo por ella perseguida y no para que quedara sin contenido”.*

En su criterio el titular del derecho consistente cuya vida debe respetarse, preexiste en tanto tal, dicha norma establece que el titular de ese derecho es *“toda persona”*, sin distinción, ese artículo no hace distinción alguna entre los titulares del aludido derecho, por lo que 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 que prescribe:

“Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”

Destaca el Juez, que el artículo 21 de la CPR de 1949, ya establecía que *“la vida humana es inviolable”* y que la Resolución que motiva esta causa expresamente concluye que *“el reglamento cuestionado (Decreto Ejecutivo No. 24029-S de 3 de febrero de 1995, emitido por el Ministerio de Salud) es inconstitucional por infracción al artículo 21 de la Constitución Política y 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”*, de manera que podría entenderse que de esa forma el Estado estaba dando cumplimiento a lo ordenado por el artículo 4.1 de proteger por ley el derecho de *“toda persona ... a que se respete su vida”*.

En consecuencia, 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.

En síntesis, dice el Juez Vio Grossio: *“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”*.

Una interpretación distinta a la expuesta, considera Vio Grossio dejaría sin su sentido natural y obvio las expresiones *“a partir de la concepción”* que emplea el citado artículo 4.1 y especialmente, no le asignaría sujeto a esta última, y es de toda evidencia que de lo que se trata es de *“la concepción”* de *“toda persona”*.

1.4 Privación arbitraria del derecho

Dice Vio Grossio que al establecer que nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente, está implícitamente señalando que el derecho de *“toda persona ...a que se respete su vida”*, no es absoluto, pues admite una restricción, siempre y cuando ella no sea arbitraria, es decir, de conformidad a lo que se entendía por arbitrariedad en la fecha de la Convención y a lo se entiende aún ahora, es decir, que no sea un *“acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho”*.

Como se colige del expediente, esta faceta más bien no ha estado en discusión en este proceso.

2.- La jurisprudencia de la Corte

Continúa el Juez disidente: Ha sido la jurisprudencia de la Corte la que, de manera constante y uniforme, ha precisado la naturaleza del derecho de *“toda persona... a que se respete su vida”*. Lo ha manifestado en los siguientes términos:

“El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito 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”

y que

“los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho inalienable”.

Esta ha sido la jurisprudencia constante y uniforme de la Corte sobre el particular. Se ha expresado en más de doce casos. Incluso, en el año en curso ha sido reiterada en dos ocasiones.

A criterio del Juez, en razón de la gran importancia que la jurisprudencia de la Corte le ha reconocido al derecho de la vida previsto en el artículo 4.1 de la Convención, es que, consecuentemente, a éste se le aplica con mayor énfasis, por una parte, el principio rector del Derecho de los Tratados, cual es el de la “buena fe”, que importa suponer que lo convenido lo fue para que efectivamente tuviese aplicación, y por la otra parte, el principio *pro homine o pro persona*, contemplado en la Convención, en virtud del cual las normas sobre derechos humanos deben ser interpretadas en los términos más favorables para sus titulares.

2.1 La inflexión jurisprudencial

Con la Sentencia se produce, según el criterio de Vio Grossio, un notable cambio o quiebre con la recién indicada jurisprudencia y ello en tres sentidos. Uno, en cuanto a limitar el alcance de lo que hasta ahora había ella señalado, el otro en relación con la aplicación del artículo 4.1 en cuestión al presente caso y el tercero en cuanto a las interrogantes que no resuelve o responde.

2.2 Limitación del alcance de la jurisprudencia

Según el Juez disidente, la Sentencia parece restringir lo que hasta ahora, en esta materia, venía, de manera constante y uniforme, señalando la jurisprudencia de la Corte. Y así esta vez omite la frase “*en razón (del)... carácter fundamental (del derecho a la vida)..., no son admisibles enfoques restrictivos del mismo*”.

La Sentencia estaría insinuando que lo sostenido hasta ahora por la jurisprudencia de la Corte respecto al derecho a la vida, no tendría aplicación sino solo en atinente a las “*ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y muertes imputables a la falta de adopción de medidas por parte de los Estados*” y, en consecuencia y en todo caso, no sería aplicable a la presente causa, ya que ésta versaría sobre algo distinto. De esa forma, la Sentencia estaría acotando muy severamente lo que, hasta ahora, venía sosteniendo la jurisprudencia de la Corte en esta materia.

2.3 Inaplicabilidad del artículo 4.1 al presente caso

Y lo que señala ahora la Sentencia, resulta funcional a las afirmaciones que hace posteriormente en orden a que:

“la “concepción” en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención”;

“no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión”; y

“el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana”;

Para el Juez, en la Sentencia se recurre a la interpretación de los términos “concepción” y “en general”, por entender que *“para efectos de la interpretación del artículo 4.1, la definición de persona está anclada a las menciones que se hacen en el tratado respecto a la “concepción” y al “ser humano” y al hacerlo recurre a la interpretación conforme al sentido corriente de los términos, a la interpretación sistémica e histórica y a la interpretación evolutiva, métodos que se encuentran previstos en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena.*

El presente voto disiente de la Sentencia, en mérito de que ésta procede sobre la base de que el “alcance” de los términos “concepción” y “ser humano” que utiliza la Convención, *“debe valorarse a partir de la literatura científica” darle “un sentido especial” en que constara “que tal fue la intención de las partes” de la misma ni habiendo tampoco hecho remisión, para estos efectos, a la ciencia médica, lo que corresponde es atenerse al “sentido corriente” que se le atribuye a tales términos, que no es otro que el sentido natural y obvio expresado en el fijo el diccionario, el que, entiende por concepción la unión del óvulo con el espermatozoide, considera Vio Grossio que la citada situación, no acontece en el presente caso.*

La posición que en definitiva asume la Sentencia, mientras reprocha que la Resolución del Estado que motivó esta causa haya optado *“por una de las posturas científicas sobre este tema para definir desde cuando se consideraba que empezaba la vida”* y que *“... entendiera “que la concepción sería el momento en que se fecunda el ovulo y asumió que a partir de ese momento existía una persona titular del derecho a la vida”* ella opta por otra de las posturas, a saber, aquella que diferencia *“dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación”* y que consecuentemente sostiene que *“sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción”*.

Para sustentar lo anterior, la Sentencia acude a dos razones. Una, de orden científico, esto es, *“que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede”*. Y la otra *“que, al momento de redactarse el artículo 4 de la Convención Americana, el diccionario de la Real Academia diferenciaba entre el momento de la fecundación y el momento de la concepción, entendiendo concepción como implantación”*, por lo que, *“al establecerse lo pertinente en la Convención Americana no se hizo mención al momento de la fecundación”*.

En cuanto al primer argumento, es del caso considerar que, existiendo varias posturas científicas tanto en lo atinente a lo relativo al *“comienzo de la vida”* cuanto al concepto de *“concepción”*, como la misma Sentencia lo reconoce, se inclina empero, 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, particularmente, de aquella que considera que *“[!]a vida humana inicia en la fusión espermatozoide-ovulo, un ‘momento de concepción’ observable”*, descartándola sin más.

“la definición de “concepción” que tenían los redactores de la Convención Americana ha cambiado”, ya que “antes de la FIV no se contemplaba científicamente la posibilidad de realizar fertilizaciones fuera del cuerpo de la

mujer".

En 1969, no se podía saber la posibilidad que "*concepción*" y "*fecundación*" eran dos fenómenos distintos, absolutamente diferenciables. Y de allí, por lo tanto, que no es compartible la aseveración de que "*la definición de "concepción" que tenían los redactores de la Convención Americana ha cambiado*". Puede que lo sea para algunos científicos en medicina, pero la definición de los redactores al respecto sigue manteniéndose en el Derecho aplicable.

El Juez Vio Grossi no comparte lo dictado por la sentencia de mayoría en su criterio desde una perspectiva metodológica, de acuerdo a lo dispuesto en el citado artículo 31.4, "*la intención de las partes*" sobre el "*sentido especial*" de un término debe constar sea en algunos de los acuerdos, instrumentos o prácticas a que el artículo 31 alude en sus numerales 2 y 3, y que se distinguen por estar íntimamente vinculados con el tratado correspondiente o por dar cuenta de un acuerdo sobre la interpretación del mismo, sea en una norma de derecho internacional aplicable en las relaciones entre tales Estados Partes.

El Juez alega que la regla del contexto y del desarrollo progresivo o evolutivo, la Sentencia alude a la DUDH, el PIDCP, la CEDAW y la CDN y lo que se dispone en los Sistemas Universal, Europeo y Africano de Derechos Humanos, así como lo que señala en la jurisprudencia del TEDH y de siete tribunales constitucionales nacionales. Y lo hace en el marco de la interpretación sistemática e histórica, aunque respecto de algunos lo debería hacer en el de la *regla del contexto*, prevista en el artículo 31.2 de la Convención de Viena y, en cuanto a otros, en la regla del *desarrollo progresivo del derecho*, contemplada en el artículo 31.3 de la misma.

Empero, 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, tales acuerdos e instrumentos no son procedentes en este caso no solo porque algunos de ellos no vinculan a los Estados Partes de la Convención, sino también porque lo único que demuestran o que lo que más bien se desprende de ellos, con una gran nitidez por lo demás, es que no contemplan la situación del no nacido aún o concebido precisamente para permitir o no prohibir el aborto.

Para Vio Grossio, la regla sobre prevalencia de ley especial sobre ley general, el artículo 4.1 de la Convención, constituye una peculiaridad del sistema interamericano de derechos humanos, circunstancia que, sin embargo, la Sentencia no considera al interpretarlo, al omitir la regla de interpretación del Derecho en general y no solo del Derecho Internacional, incluido el Derecho de los Tratados, a saber, "*ley especial prevalece sobre ley general*", para el Juez disidente dicha norma convencional forma parte del conjunto de normas internacionales que, aunque no alcanzan para ser calificadas como Derecho Internacional Americano, regional, especial o particular, son, con todo, particulares o especiales a los Estados Partes de la Convención. Por lo tanto, tal norma no puede ser interpretada acorde a normas del Derecho Internacional general o de de otros Sistemas de Derechos Humanos que no lo contemplen, haciendo, de ese modo, que éstas prevalezcan sobre aquella o que, en última instancia y en la práctica, la modifiquen.

El Juez Vio Grossio en relación a la incapacidad. No comparte la conclusión a la que arriba la Sentencia en lo atinente a la interpretación sistemática de la Convención y de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, cuando señala que "*no es factible sostener que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados en cada uno*" de los artículos de esos textos, puesto que olvida lo que implican los conceptos de incapacidad absoluta y relativa de las personas que contemplan los distintos ordenamientos jurídicos y que impiden o limitan el goce de sus derechos, sin que por ello dejen de ser personas.

Pero, menos se puede coincidir aún con lo expresado en la Sentencia en orden a que:

“teniendo en cuenta lo ya señalado en el sentido que la concepción solo ocurre dentro del cuerpo de la mujer (infra...), se puede concluir respecto al artículo 4.1 de la Convención que el objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada, dado que la protección del no nacido se realiza fundamentalmente a través de la protección de la mujer...”

No comparte el Juez disidente, que si se hubiese querido señalar que la protección del derecho del no nacido *“a que se respete su vida”* se realizaría a través de la protección de la mujer embarazada, así expresamente se hubiese dispuesto, lo que no acontece. No coincide con lo afirmado en la Sentencia, ya que considera que el artículo 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, la mujer embarazada es sujeto de derechos humanos y no objeto o instrumentos de los mismos.

Discrepa de lo dicho en la sentencia considera Vio Grossio que conduce a estimar que el concebido o no nacido y no solo el embrión hasta antes de su implantación, no tiene, *per se*, el derecho *“a que se respete su vida”*, sino que ello dependería no solo de que se respete ese derecho de la mujer embarazada sino también que ésta quiera respetar el que le correspondería a aquél, eventualidad ésta que se aleja en demasía de la letra y el espíritu del artículo 4.1 de la Convención y que, como es evidente, se relacionan con temas como el del régimen jurídico del aborto.

Para el Juez disidente la Sentencia recurre también, para interpretar el mencionado artículo 4.1 de la Convención, al método interpretación evolutiva de los tratados, sobre la base de que *“los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”* y que dicha interpretación *“es*

consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.”

Cita el artículo 29 de la Convención, que dispone que ninguna norma de la Convención puede ser interpretada suprimiendo, excluyendo o limitando, el goce de los derechos en ella o en leyes de los Estados Partes establecidos o que sea inherentes al ser humano o deriven de la forma democrática representativa de gobierno sea los efectos de la Declaración Americanas de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Por su parte, el artículo 31.3 de la Convención de Viena contempla la interpretación evolutiva de los tratados, centrándola en todo acuerdo o práctica ulterior de los Estados Partes del tratado pertinente acerca de la interpretación del mismo o en que conste el acuerdo entre ellos sobre el particular y en toda norma pertinente del Derecho Internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

Empero, resulta que los antecedentes que la Sentencia aporta sobre el particular no reúnen las condiciones establecidas en el artículo 29 citado, habida cuenta que, en definitiva, ellos no apuntan sino a limitar a tal punto lo prescrito en el artículo 4.1 de la Convención que lo hacen inaplicable al caso y, más aún, lo despojan de contenido o efecto útil en lo que se refiere a la frase *“y, en general, a partir de la concepción”*.

De manera, en consecuencia, que no resulta consistente la conclusión a que llega la Sentencia en cuanto a que *“ello significa que, en el marco de la práctica de la mayoría de los Estados Parte en la Convención, se ha interpretado que la Convención permite la práctica de la FIV”*. Y eso porque no solo no se da esa mayoría sino también porque no consta en autos antecedente alguno que demuestre que los once Estados Partes de la Convención que permiten la reproducción asistida, lo han hecho en aplicación o consideración de lo previsto en el artículo 4.1 de la Convención.

Como último punto concluye el Juez Vio Grossio que la Sentencia acude a la *regla del objeto y fin del tratado* a los efectos de demostrar que el derecho a la vida desde la concepción no es absoluto. Al respecto afirma que *“el objeto y fin del artículo 4.1 es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos.”*

El Juez disidente esta en total desacuerdo con la anterior apreciación ya que en su criterio el objeto y fin del artículo 4.1., visto conforme al principio de buena fe, a los términos del tratado y en el contexto de éstos, no puede ser otro que efectivamente la ley proteja el derecho de *“toda persona ... a que se respete su vida y, en general, a partir de la concepción”*, vale decir, que efectivamente se proteja ese derecho de toda persona, incluido, por tanto, el del concebido o no nacido aún.

A este respecto, para Vio Grossio, la Sentencia incurre, por otra parte, en una contradicción, a saber, que mientras antes señaló que el artículo 4.1 de la Convención no era aplicable en este caso, en esta oportunidad, empero, lo invoca para sostener que entre los derechos e intereses en conflicto debe existir *“un adecuado balance”*. No se percibe cómo puede darse tal balance si se ha afirmado que el *“el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana”*, esto es, no tendría derecho *“a que se proteja su vida”*, por lo que no habría derechos que balancear, armonizar o compatibilizar.

3.- Interrogantes sin resolver

En criterio del Juez Vio Grossio la Sentencia deja sin responder o resolver una serie de interrogantes tales como:

- ✓ El *“derecho absoluto a la vida del embrión como base para la restricción de (otros) derechos, no tiene sustento en la Convención Americana”*.
- ✓ La forma en que el sacrificio de los derechos involucrados en el presente

caso fue desmedido en relación con las ventajas que se aludían con la protección del embrión y con ello incurre, como se expresó, en una contradicción, en mérito de que, no confrontan dos derechos sino algunos con una técnica.

- ✓ La Sentencia llega a conclusiones muy parciales. Dado que no es en la mayoría de los Estados Partes de la Convención, sino únicamente en 11 de los 24, donde se practica la reproducción asistida, una de cuyas técnicas es la Fertilización in Vitro y que algunos de ellos se prohíben ciertos procedimientos vinculados a aquella.
- ✓ La Sentencia desvincula lo dispuesto en el artículo 4.1 de la Convención de la situación del embrión, al menos hasta el momento de su implantación en el útero de la mujer, ella formaría parte de la jurisdicción interna, doméstica o exclusiva de los Estados Partes.
- ✓ La sentencia sustrae el caso del artículo 4.1 de la Convención, no hace mención alguna, en su parte declarativa de sus puntos resolutivos, acerca de dicha disposición. No manifiesta, como lo ha hecho en otros casos, que no procede pronunciarse sobre el particular o que el Estado es responsable o que, por el contrario, no es responsable por la violación de la misma. Sencillamente no dice nada al respecto, no obstante que, como se señaló, uno de los representantes expresamente alegó la violación del citado artículo 4.1 de la Convención.

4.- Consideraciones finales

El Juez Vio Grossio no comparte la sentencia dictada por la CIDH, entre otras situaciones considera:

- Que se pone en la picota la discusión en donde está en juego lo que se entiende por “*derecho a la vida*” y cuando comienza esa vida.
- Se ponen en juego conceptos jurídicos, nociones filosóficas, aspectos morales, éticos, religiosas, ideológicas, científicas y de otros ordenanzas,

todas las cuales muy legítimamente concurren, en tanto fuentes materiales del Derecho Internacional, a la formación de normas jurídicas, las cuales en el futuro deben ser interpretadas estrictamente por los acuerdos tomados por el Derecho Internacional.

- La Corte debido dirimir la controversia planteada, lo que, no exime en lo más absoluto a los Estados de cumplir, ejercer la función normativa que les corresponde, regulándolo conforme lo consideren.

Para la investigadora resolver como lo apunta el Juez Vio Grossio significa darle la razón a la Sala IV, considerar como prioritario "*el derecho a la vida*" y dejando de lado a las personas con problemas de infertilidad que para resolverlos una de las pocas posibilidades es trasladarse al extranjero, lo que conlleva incurrir en grandes gastos económicos para tener la opción de convertirse en madres y padres de sus propios hijos e hijas biológicos.

SECCION CUARTA

1.- Principio de reserva de ley

Mediante sentencia 2000-02306 del 15 de marzo de 2000, dictada por la Sala IV se declaró la inconstitucionalidad del Decreto Presidencial número 24029-S del 3 de febrero de 1995, que regulaba la práctica de la FIVET. La Sala IV prohibió la FIVET, por haber sido creada mediante decreto presidencial, a pesar de regular derechos fundamentales, como es el derecho a la vida, al considerar que se dio una violación del principio constitucional de reserva de ley.

En resolución de la Sala IV N°003078, de las 15:01 del 09 de marzo de 2011, se declaró inconstitucional el reglamento que permitía la aplicación de tratamientos con células madre, este voto permite explicar el fundamento principal de la declaratoria de inconstitucionalidad de la práctica de la FIVET, por ser casualmente la misma situación o el mismo reclamo, la violación del principio de

reserva de ley.

La Sala IV, aduce que ha tutelado ampliamente el derecho a la salud, destaca entre otras situaciones, haberse pronunciado en asuntos tales como: el problema de las listas de espera, el retardo en la atención médica, la prestación de un tratamiento o fármaco, el desabastecimiento de medicamentos, la implementación de programas de trasplante de órganos y de campañas de vacunación masivas, ha defendido el citado derecho, vinculándolo al derecho a la vida, ambos como derechos fundamentales (Sala IV, Res. N°003078, 15:01, 09/03/2011).

Para la Sala IV la autonomía de la voluntad y el derecho a la salud, están estrechamente vinculadas, sin embargo también considera que esta debe ser limitada, en el sentido que el médico y paciente no pueden, irrestrictamente, acordar cualquier procedimiento que consideren beneficioso para la salud de un ser humano, lo que lleva a considerar que es, jurídicamente erróneo subsumir ese concepto en la esfera de lo estrictamente particular e infranqueable para el poder público. El MSP, conjuntamente con el respectivo Colegio Profesional, tiene dentro de sus obligaciones la necesaria fiscalización de la actividad médica, respetando los límites, evitar poner en riesgo la salud de los pacientes, con la aplicación de tratamientos que no hay sido plenamente aprobados por la comunidad científica.

Otro aspecto que toma en cuenta la Sala IV es el respeto a la dignidad humana, como valor, principio y derecho fundamental. La Sala reconoce la importancia de la libertad de la investigación científica y los posibles beneficios a obtener, sin embargo, no deja de lado que las investigaciones y los consiguientes adelantos, deben realizarse dentro de un marco con respeto a principios éticos.

La Sala IV frente al principio de la dignidad y su ponderación con el principio de la autonomía de la voluntad, destaca el primero. Aduce, que solo profesionales en ciencias de la salud, especialmente calificados, son quienes deben asumir la absoluta responsabilidad de las investigaciones experimentales científicas que

tengan como sujeto a seres humanos, en igual situación se encuentra la FIVET, debe ser practicada por profesionales especializados en reproducción asistida, que se encuentren dichas técnicas inscritas en el Ministerio de Salud, y tenerse un control del número de embriones a utilizar y todos otros aspectos citados en este trabajo.

"De manera que no depende del libre albedrío del médico y su paciente optar por una terapia experimental, sino que se trata de una actividad legalmente limitada, con base en el propio derecho a la salud y el principio de dignidad humana." (Sala IV, 15:01, 09 de marzo de 2011).-

La Sala IV en resolución número 2010-001668 de las 15:12 horas del 27 de enero del 2010, declaró con lugar la acción de inconstitucionalidad, anuló el Decreto Ejecutivo N° 31078-S de 5 de marzo de 2003 que es "Reglamento para las Investigaciones en que participan seres humanos", el Reglamento para la Investigación Clínica en los servicios asistenciales de la CCSS, adoptado en la sesión de la Junta Directiva el 16 de enero del 2003. Con redacción del Magistrado Cruz Castro; se consideró dentro de interés para el presente trabajo de investigación lo siguiente: *"quedarían tres supuestos fácticos: a) Experimentaciones clínicas autorizados con anterioridad al 27 de mayo del 2003 no resultan afectadas con este pronunciamiento; b) Experimentaciones clínicas iniciadas con posterioridad al 27 de mayo del 2003, no tienen por qué suspenderse si se determina médicamente –mediante documento idóneo que conste dentro del expediente, con la firma responsable de un médico- que ello resulta más beneficioso para la preservación del derecho a la vida, el derecho a la salud o para el mejoramiento de la calidad de vida de las personas sometidas a ellos. A contrario sensu, sólo deben suspenderse aquellas experimentaciones que no cuenten con dicha certeza médica. El Ministerio de Salud y la Caja Costarricense de Seguro Social realizarán los controles necesarios a efectos de verificar la mencionada certeza médica." (Sala IV, 15:01, 09 de marzo de 2011).*

Al igual que el Reglamento para las Investigaciones en que participan seres humanos, la FIVET, se apoyaban en disposiciones, que no fueron parte de ordenamiento jurídico como ley, en franca violación del principio de reserva de ley.

En relación con las investigaciones científicas en seres humanos, o los tratamientos con células madre, la Ley que crea la CCSS no hay norma que autorice a su Junta Directiva para establecer regulaciones, tampoco se encuentra normas que regule las técnicas de reproducción asistida o FIVET.

Indica la Sala IV que la Administración Pública carece de legitimidad para regular el ejercicio de los derechos fundamentales, lo cual está recogido en la LGAP cuando indica que *“El régimen jurídico de los derechos fundamentales estará reservado a la Ley, sin perjuicio de los Reglamentos Ejecutivos correspondientes”*. Los que tienen claras sus potestades, *ligadas a determinada ley. “Su competencia en esta materia es secundaria, subordinada a la ley y en estricta ejecución de normas legislativas previamente aprobadas por la Asamblea Legislativa. Así los reglamentos no pueden regular de modo directo y primario el ejercicio de derechos fundamentales.”*(Sala IV, Res. N° 2010-001668, 15:12, 27/01/2010).

La Sala IV, en resolución N° 2010-001668, de las 15 horas 12 minutos del 27 de enero de 2010, indica que la dignidad del ser humano es un derecho fundamental susceptible de limitar otros derechos fundamentales. Tal es el caso de la libertad de investigación. La Ley General de Salud limita esa libertad con el fin de salvaguardar los valores protegidos por la dignidad humana. El fundamento constitucional de estas libertades se encuentra en el artículo 89 de la CPR, en cuanto obliga al Estado a apoyar la investigación científica y artística (Sala IV, Res. N° 2010-001668, 15:12, 27/01/2010).

Al tenerse la libertad de investigación y experimentación con ciertos límites, debe estar sometida a regulaciones, con el fin último de proteger derechos fundamentales, e imponer limitaciones a los objetos de experimentación.

Considera la Sala IV que el ordenamiento puede prohibir realizar determinadas investigaciones o poner límites a la expresión del pensamiento científico, o bien regular la investigación por el riesgo que pueda generar la utilización de sus resultados, pone la Sala como ejemplo el caso de la FIVET.

Es lógico que si la Ley General de Salud impone limitaciones a la investigación y experimentación en seres humanos es porque reconoce que éstas son posibles y lícitas. En segundo término, indica la Sala IV que si se tiene una norma de rango legal impone limitaciones a la libertad, y en el caso de la FIVET, no se puede dejar al libre albedrío, el destino de los embriones no utilizados, el número de embriones fecundados, evitar o tipificar posibles delitos con la posible comercialización e industrialización de los embriones o materia genética. Esas limitaciones tienden a asegurar los derechos a la dignidad de los embriones considerados como seres humanos a partir de la concepción, y de los posibles recursos como pueden ser venta de gametos, vientres de alquiler, como ejemplo. Es con base en esa dignidad y a fin de proteger el derecho a la vida en el caso de la FIVET que se deben establecer normas de rango legal, el deber de informar y exigir la adecuada práctica de las técnicas de reproducción asistida.

Inclusive debe existir el principio del consentimiento informado, en la FIVET por considerarse que se encuentran en juego no uno sino varios derechos fundamentales como son el derecho a la vida y el derecho a formar una familia, esto a partir del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según lo ya indicado. Debe de crearse regulación en resguardo de los derechos no solo de los embriones sino también de las personas que tengan problemas de fertilidad, y deseen procrear hijos e hijas propios, (Sala IV, Res. N° 2010-001668, 15:12, 27/01/2010).

Puntos a tomar en cuenta para una mayor protección de la dignidad humana sería conveniente que se emitiese una ley específica sobre la FIVET. Máxime si se considera la necesidad de introducir y desarrollar ciertos institutos, tales como la

familia, considerando no solo la familia tradicional, sino otra serie de familias que han surgido y siguen surgiendo en la sociedad costarricense, la independiente de ser la tradicional debe ser considerada célula fundamental de la sociedad (Sala IV, Res. N° 2010-001668, 15:12, 27/01/2010).-

El Reglamento obliga a tomar en consideración pautas éticas internacionales no está sino señalando el componente ético que debe guiar la práctica de la FIVET, ni tampoco puede venir a ejercer control sobre su práctica. *“Es de advertir, sin embargo, que en la medida en que el Reglamento crea un órgano al cual le da funciones que configuran potestades de imperio excede el ámbito reglamentario. En efecto, se está afectando directa y en forma sensible la esfera de los particulares y ello sin base en una ley.”* (Sala IV, Res. N° 2010-001668, 15:12, 27/01/2010).

Si bien es cierto por medio reglamentario, se puede crear la potestad sancionatoria, no le permite crear tipos penales, quedando abierta la posibilidad de conductas ilícitas sin impunes, como por ejemplo las citadas líneas atrás, comercialización, industrialización de materia genética, desecho de embriones y otros. La razonabilidad de la creación de tipos penales en la práctica de las técnicas de reproducción asistida obliga a la imposición no de sanciones sino de tipos penales y los respectivos castigos a su infracción. Empero, la determinación de los tipos penales, sólo puede ser realizada por la ley, en virtud del principio de reserva de ley en materia penal o sancionatoria.

La Caja puede, entonces, reglamentar su organización, los servicios que presta y el uso de los recursos humanos o físicos que le corresponden, con el fin de implementar y realizar las técnicas de la FIVET, y resolver el problema de salud de las personas con problemas de infertilidad, que tienen derecho a formar una familia con hijos propios. *“En cuanto a la autonomía: la CCSS se crea para administrar y "gobernar" los seguros sociales. Se le otorga un ámbito de autonomía mayor que al resto de los entes autónomos. Con base en esa*

autonomía, es la CCSS la autorizada para reglamentar no sólo su organización interna, sino también los servicios que presta. Ello implica establecer los elementos y requisitos necesarios para el acceso a los derechos de la seguridad social, entre ellos el derecho a la salud. Pero también es la competente para determinar, dentro del marco del ordenamiento que la rige, cómo emplea los recursos que le han sido asignados, lo que incluye el uso de las instalaciones” (Sala IV, Res. N° 2010-001668, 15:12, 27/01/2010).

El Reglamento adopta principios éticos que guiarán las técnicas de reproducción asistida como lo hace con la investigación clínica que en la CCSS se realicen, lo mismo que por otra parte, en ejercicio de la potestad de autoorganización, se regula la organización interna llamada a asegurar el respeto de la materia genética. El ámbito de la organización interna de la CCSS competente en materia de regulación y fiscalización de la práctica de la FIVET al igual que la investigación en seres humanos:

“Forma parte de la potestad de autoorganización del Ente la reglamentación de sus órganos internos y de su competencia. Por lo que en dichos ámbitos no puede considerarse sino que el reglamento emitido se funda en lo dispuesto en los artículos 73 y 188 de la Carta Política” (Sala IV, Res. N° 2010-001668, 15:12, 27/01/2010).

Redacta el Magistrado Cruz Castro: *“El accionante impugna dos reglamentos, uno emitido por el Poder Ejecutivo y otro por la Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, ambos referidos a la experimentación en seres humanos, por considerar que violentan el principio de reserva de ley en materia de derechos fundamentales, y los artículos 73 y 21 de la Constitución Política. En concreto estima el accionante: A) Sobre el Decreto Ejecutivo N° 31078-S de 5 de marzo de 2003 que es “Reglamento para las Investigaciones en que participan seres humanos”: viola el principio de reserva legal, pues la regulación de los derechos fundamentales (como lo es el derecho de disponer libremente del propio*

cuerpo y de no tolerar intervenciones en él sin una autorización precisa, limitada, razonada, informada y consiente) es reserva del legislador, siendo que no es cierto que en la Ley General de Salud o la Ley Orgánica del Ministerio de Salud esté regulada la investigación científica en la que participan seres humanos(Sala IV, Res. N° 2010-001668, 15:12, 27/01/2010).

Continua la Sala IV con redacción del Magistrado Cruz Castro: *“Lo anterior viola además el artículo 21 Constitucional pues dicho artículo protege la vida y todas sus manifestaciones (disposición de la persona humana de su propio cuerpo, a su integridad corporal y a impedir cualquier intervención que no sea autorizado previamente en una ley) y el artículo 5 inciso primero de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. B) Sobre el Reglamento para la Investigación Clínica en los servicios asistenciales de la Caja Costarricense de Seguro Social, emitido por la Caja Costarricense de Seguro Social el 16 de enero de 2003: además de violar igualmente el principio de reserva legal y el derecho a la vida, viola el artículo 73 Constitucional pues la ley que crea la CCSS no la autoriza a establecer regulaciones para la investigación clínica en seres humanos, siendo que su potestad reglamentaria se circunscribe a reglamentos de organización y servicio, pero no a reglamentos que afecten los derechos fundamentales de los usuarios de los servicios públicos de la salud (Sala IV, Res. N° 2010-001668, 15:12, 27/01/2010).*

“Sobre la protección constitucional del Derecho a la vida y la dignidad humana.- Esta Sala en anterior oportunidad tuvo la ocasión de referirse a este tema, (ver al respecto la resolución número 2000-02306 de las quince horas con veintiuno minutos del quince de marzo del dos mil), ubicándose el derecho a la vida en su justa dimensión cuando se expresa que este es la esencia de los derechos humanos, pues sin vida no hay humanidad. 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. El ser humano es titular de un derecho a no ser privado de su vida ni a sufrir ataques ilegítimos por parte del Estado o de particulares, pero no sólo eso: el poder público y la sociedad civil deben ayudarlo a defenderse de los peligros para su vida (sean naturales o sociales), tales como la insalubridad y el hambre, sólo por poner dos ejemplos. Ahora bien, como todo derecho, lo es en tanto que es exigible ante terceros. El ser humano tiene derecho a que nadie atente contra su vida, a que no se le prive de ella —formulación negativa-, pero también a exigir de otros conductas positivas para conservarla.” (Sala IV, Res. N° 2010-001668, 15:12, 27/01/2010).

Lo anterior permite concluir que aunque el artículo 51 de la CPR considera a la familia célula fundamental de la sociedad y goza de la protección estatal, la regulación de las técnicas de reproducción asistida al referirse al derecho de la vida, derecho fundamental por excelencia, al tratarse de embriones humanos o materia genética, no puede quedar regulada o sancionada en un reglamento, pues este es un tipo de práctica totalmente “reservado en su totalidad a una regulación legal, ya que –según se dijo- involucra un derecho tan importante y trascendental como el derecho a la vida (su corolario el derecho a la salud) y la dignidad humana” (Sala IV, Res. N° 2010-001668, 15:12, 27/01/2010).

“El régimen jurídico de los derechos fundamentales estará reservado a la Ley, sin perjuicio de los Reglamentos Ejecutivos correspondientes.” El principio de reserva legal no sólo garantiza la libertad frente al resto de los ciudadanos, sino que constituye una garantía de control frente al poder público (ver voto 1635-90), que en el caso de la experimentación clínica con seres humanos, exige que su regulación, autorización, limitación y control, provenga de la cámara legislativa, que es a quien le corresponde proteger o intervenir los derechos fundamentales del ciudadano” (Sala IV, Res. N° 2010-001668, 15:12, 27/01/2010).

Hay principios muy importantes en la FIVET como lo hay en la experimentación con los seres humanos, que requieren un reconocimiento específico en el plano legislativo, destacándose, entre otros, los siguientes: 1- El respeto a los embriones, evitando su desecho. 2- Respeto a la dignidad de los embriones al menos desde el día catorce de su concepción. 2- Respetar el derecho de las personas con problemas de infertilidad, a recurrir a la FIVET para procrear hijos e hijas propios. 3- Evitar la selección de los embriones por condiciones de calidad. 4- Se requiere la supervisión de autoridades con garantías de independencia, para que valoren los temas de riesgos, beneficios de las futuras madres. 5- Diversos comités deben controlar y supervisar la práctica de la FIVET desde todo punto de vista. 3- Principio de respeto de la confidencialidad y protección de datos de las personas que recurren a la FIVET y de los niñas y niños que nazcan en utilización de estas técnicas. 4- Principio de previo y preceptivo informe favorable de un Comité de ética y control en el tratamiento previo para la autorización y aplicación de tratamientos previos a la utilización de la FIVET.

Al igual que en las investigaciones científicas en seres humanos en las técnicas de la FIVET deben existir: *“Los comités de ética deben tener una función de protección del sujeto sometido a investigación. En este sentido su actuación es determinante respecto de la información que se brinda a las personas sometidas a la investigación, evaluando la calidad de su consentimiento. Es trascendental que los comités no dependan de la institución en la que trabajan. 5- Principio de evaluación de la actividad investigadora. 6- Principio de gratuidad en las investigaciones biomédicas y sus excepciones. La gratuidad se vincula con el principio de no comercialización del cuerpo humano.”* (Sala IV, Res. N° 2010-001668, 15:12, 27/01/2010).

Todos los aspectos estudiados en el presente trabajo de investigación, no pueden quedar simplemente regulados por un reglamento emitido por el Poder Ejecutivo, por esta razón se concluye que todo lo relacionado con las técnicas de reproducción asistida o FIVET, debe ser regulado por una ley de lo contrario

resultaría inconstitucional por violar el principio de reserva legal. Todo lo relacionado con las técnicas de reproducción asistida al tratarse de derechos fundamentales como el derecho a la vida y el derecho a formar una familia con hijos propios, todas aquellas parejas que tienen problemas de infertilidad, debe ser regulado vía Asamblea Legislativa, como se indicó en respeto al principio de reserva legal.

Conclusiones

Las conclusiones se realizan acorde a los objetivos propuestos, considerando el cuadro teórico, la opinión de las y los participantes en la entrevista semi-estructurada, y esto complementado con el aporte de la investigadora.

Debemos primero recordar que la infertilidad, es una enfermedad del sistema reproductivo definida por la OMS como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas. Es un problema de salud que impide a las personas gozar plenamente de su derecho a la salud reproductiva.

Luego de una extensiva y vasta lectura con relación a los procedimientos de reproducción asistida, enfocándome principalmente en la FIVET, se concuerda con Ferraro (2012) quien considera que el estudio y abordaje del problema de la infertilidad debe ser integral y procurar el bienestar del mayor número de personas mediante la aplicación de un enfoque poblacional que contemple tanto la promoción de la fertilidad como la prevención de la infertilidad.

El rol del Estado es preponderante en el soporte de la práctica correcta de estas técnicas por lo que las mismas deben tener un sustento jurídico en la legislación nacional y este sustento debe garantizar el abordaje integral, racional, ético y legal, para garantizar el respeto a los derechos humanos de todos los costarricenses. Afirmación sustentada en el artículo 1.1 de la CIDH de donde se extrae que el Estado tiene la obligación de respetar los derechos humanos de

todos y todas las costarricenses sin limitantes y sin olvidar que los DDHH son superiores al poder estatal. En otras palabras; debe existir una legislación que permita la práctica de la FIVET en Costa Rica.

Más allá de lo jurídico la prohibición de la FIVET en Costa Rica, produce problemas socioeconómicos que actualmente marcan una fuerte brecha entre las parejas que pueden acceder a las opciones internacionales y las que solo les queda aceptar su condición y resignarse. No se puede limitar a mencionar únicamente a la paciente o candidatas a estos tratamientos, sino que también se deben considerar que los profesionales en el campo de la reproducción asistida también están siendo limitados en su ámbito laboral y las valiosas contribuciones que pueden hacer por la población afectada; y esto sin mencionar que el país está subutilizando la gran infraestructura médica, tanto privada como pública con la cuenta; y que en tiempos tan acelerados donde este tipo de padecimientos parecen ser más frecuentes, el país está mandando a su población a ser atendida por extranjeros, teniendo toda la capacidad local para afrontarlos y apoyarlos.

Es también importante mencionar que como en cualquier otro campo de la medicina donde lo que se tiene entre manos, es el ser humano, el tema genera grandes inquietudes e incertidumbres de muchas índoles, sociales, religiosas, políticas, y otra; realmente el tema puede ser tan complicado como se quiera hacer, ya que se pueden poner sobre la mesa temas desde derechos humanos hasta continuidad genética y generacional.

Regresando al tema del rol del Estado costarricense, la Sala IV en su resolución número 2000-2306 del 15 de marzo del 2000, teniendo esta efecto vinculante en toda la población costarricense, en la cual se prohibió la realización de las técnicas FIVET y en la cual no procede ningún recurso; da pie a que las personas afectadas ejerzan su derecho de recurrir a la CIDH a presentar su caso.

El Estado con esta resolución discrimina a una minoría que científicamente está demostrado que porcentualmente representa el 1.5% de la población

costarricense, y de ese porcentaje un 10% son candidatos a una FIVET como único método posible para poder procrear o fundar una familia.

El grupo que presento el caso ante la CIDH, recibió una sentencia positiva condenando al Estado costarricense (al final de este apartado se resume la condena de la CIDH contra el Estado). Pese a que este puede no estar de acuerdo en algunos aspectos con la sentencia; en fiel obediencia Costa Rica deberá adecuar la futura normativa sobre FIVET en respeto de los derechos de los todos los costarricenses, y definir aspectos tan complejos como cuando inicia la vida del ser humano y cuando surgen sus derechos; actualmente no hay consenso.

Con relación al tema del inicio de la “vida humana” la investigadora se inclina sobre el criterio que la misma inicia al catorceavo día de la concepción momento en el cual el embrión se implanta en el cuerpo de la mujer específicamente en el endometrio ya que antes de ello no es posible que el mismo tenga la mínima posibilidad de lograr formar una vida humana genéticamente individualizada.

Uno de los conceptos más complejos de análisis de esta investigación, y para el cual no hay una conclusión definitiva es lo que se puede interpretar hoy en día como “una familia” y menos si es como tal la célula fundamental de la sociedad; es un tema muy cuestionado y el cual ha evolucionado de la típica formación de papá, mamá e hijos/as a criterios muy personales de a quien considero yo como mi familia y no lo que un Estado puede decir que es “familia”, o lo que sus legislaciones permitan como tal o se califiquen como tal. Realmente este tema es tan vasto que da pie a nueva investigación.

Debido a la amplitud de los subtemas generados en esta investigación considera la doctorante pertinente enumerar las siguientes conclusiones de forma puntual:

- La infertilidad es una enfermedad que afecta tanto a hombres como a mujeres
- La infertilidad femenina produce en las mujeres que desean procrear hijos e hijas propios, sentimientos de autodescalificación, culpa, tristeza, frustración,

depresiones, al no permitírseles cumplir con el deseo de la maternidad

- Los efectos de la prohibición de la FIVET violaron la autonomía reproductiva y la libertad de decidir qué proyecto de vida quieren las personas
- El Estado costarricense discrimino a un grupo minoritario con problemas de infertilidad a procrear tratándolos con desigualdad
- La divulgación en los medios de la prohibición de la FIVET, de la forma que lo hizo y hace el Estado o lo permite por entes privados como la difusión radial es dirigida a la estigmatización de las víctimas y su entorno, con lo que se da una flagrante violación a sus derechos de vida íntima
- El daño causado a las personas con problemas de infertilidad en cuanto a su intensidad es diferente según las historias personales, los recursos internos disponibles, la situación socioeconómica y el género
- La negación del derecho a crear una familia y a ejercer la maternidad y la paternidad produjo un intenso daño al proyecto de vida de las personas con problemas de infertilidad
- La prohibición de la FIVET produce daños a escala social porque impide a miles de parejas que desean procrear y no pueden, el derecho a acceder a los procedimientos médicos actuales, que desde hace bastante tiempo se vienen implementando en la mayoría de países del mundo
- El poder legislativo no demostró durante más de una década interés en legislar sobre la FIVET, y no han sido capaces de poner en estudio algún proyecto viable
- La resolución de la Sala IV del 2000, discriminó a un grupo de personas con problemas de infertilidad en razón de su condición de salud, su género y su condición económica
- Con la prohibición de la FIVET en Costa Rica, se violentó el derecho a la salud de las personas víctimas de la enfermedad de infertilidad, derecho protegido en la CIDH a partir del análisis integral de los artículos 4, 5 y 24

- Las mujeres solas tienen derecho a tener un hijo porque ellas son dueñas de su cuerpo, tener un hijo no necesariamente obliga a un estado marital, conyugal, de casados ante la ley o ante la religión
- Corresponde a la Seguridad Social vigilar y controlar el destino de la materia genética y/o gametos y embriones, porque la salud es un problema social y es deber del Estado
- Es una función del Ministerio de Salud, como ente rector, la entidad que debe encargarse de dar autorización a los centros que ofrecerían procedimientos de reproducción asistida y el Colegio de Médicos, autorizando los médicos que practiquen la FIVET
- La manipulación genética es jurídica o éticamente lícita, sin embargo tiene que existir una tutela e imponerse límites y objetivos claros capaces de ser controlados
- El congelamiento o vitrificación de embriones es una técnica que permite no eliminar embriones para mantenerlos para una segunda transferencia sin que la paciente tenga que volver a incurrir ni en los gastos ni en los riesgos por el tratamiento y de esta forma simplificar el proceso y el costo de la FIVET, evita el tener que desechar embriones o acumular embriones
- El congelamiento de embriones es simplemente una técnica que le permite a las personas que están en proceso de una fecundación in vitro, de poder mantener la sobrevivencia de los gametos masculino y femenino o de embriones
- El padre y la madre tienen derecho a disponer sobre la vida de los embriones humanos producto de sus gametos, evitando se convierta en mercantilismo. Esos gametos son su prolongación biológica por lo tanto tendrían derecho del destino de ellos en el sentido constructivo significa transférame dos y preserve los otros dos para dentro de un año

- Las células fecundadas se deben crioconservar dependiendo del propósito, los óvulos y espermias por separado preferiblemente. Las personas que recurren a la FIVET pueden disponer de los embriones no implantados, para eso están los protocolos para marcar los límites y esto tendrá que ver con cada legislación
- El embrión no está protegido por el Código Penal, este posterga para una etapa ulterior del proceso de desarrollo humano el reconocimiento de personalidad jurídica, otorgando niveles de protección al embrión dependiendo de la etapa de desarrollo en que se encuentre, sin que ello sea considerado arbitrario
- El Código Penal de Costa Rica contradice por completo la tesis del Estado de que el embrión es una persona, al darle un tratamiento distinto a los delitos de aborto y de homicidio, así como los distintos niveles de protección que le da a la vida humana dependiendo de su nivel de desarrollo tratándose del aborto

Como se mencionó anteriormente se enumera a continuación un resumen de la condena de la CIDH, contra la República de Costa Rica señalándola como responsable de las siguientes situaciones:

- 1.- Violación del derecho a la protección a la familia, reconocido en el artículo 17.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en concordancia con el artículo 1.1.
- 2.- Violación del derecho a la privacidad y a la honra y dignidad reconocido en el artículo 11.2 en concordancia el artículo 1.1 de la Convención
- 3.- Violación del derecho a igualdad ante la ley reconocido en el artículo 24 en concordancia con el artículo 1.1 de la CADH

Ampliando con relación a algunos puntos; el Artículo 17 de la CIDH, de la protección a la familia, *“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado, se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio fundar una familia si tiene la edad y*

condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida que estas no afecten el principio de no discriminación, establecido en la Convención”.

No tiene que haber ningún tipo de discriminación a la hora de establecer la posibilidad de procrear o fundar una familia la razón es muy sencilla la posibilidad natural de poder tener un hijo o hija no está prohibida para ningún ser humano en razón de su preferencia sexual, de su nacionalidad, de su género o de cualquier otro factor externo a esa persona entonces no tiene ningún sentido lógico jurídico limitar la procreación si esta requiere de un método asistido.

El derecho de tener hijos no responde a condiciones de matrimonio, ni unión de hecho, para constituir una familia actualmente no se necesita estar casado, en unión estable, ni en relaciones del mismo sexo, todas las citadas condiciones pueden recurrir a la FIVET si cuentan con los medios económicos.

Ya está regulada la pareja heterosexual, la unión de hecho entre personas sin impedimento para casarse. Las parejas de homosexuales sin regulación pueden optar por las técnicas, al no haber prohibición, puede una mujer ir a Panamá fertilizarse y venir a crear a su hijo al lado de su compañera como pareja y como si fuera el hijo de las dos. También puede darse el alquiler de vientre por parte de un hombre homosexual con la compra de óvulos y esperma propio, es una situación que al no estar regulada en el país cualquier persona puede practicarla.

Cuando nos referimos al Estado costarricense, intrínsecamente está involucrada directamente la CCSS y el Ministerio de Salud; por lo que serian los entes responsables de aplicar y dar seguimiento al uso de FIVET como técnica de reproducción asistida.

La CCSS tiene la tecnología, tratamientos y procedimientos para poder ejecutar la técnica lo que se haría necesario es que contemplen un programa que forme a las personas que a nivel institucional darían el servicio a los usuarios/pacientes. Muchas contrapartes alegan el costo que implicaría la implementación de estos procesos sin embargo al Estado le es más oneroso las consecuencias físicas

psicológicas de las personas que no logran alcanzar fundar una familia por su incapacidad económica de recurrir a la FIVET o a cualquier otro método.

La prohibición de la FIVET no solamente afecta los derechos a la intimidad también se dan una violación a los derechos sexuales y reproductivos. El Estado costarricense debe reparar adecuada y proporcional a las víctimas por los daños materiales e inmateriales que les fueron ocasionados, con la prohibición de la FIVET durante más de dos décadas, y los y las posibles víctimas no tomadas en cuenta en la sentencia de la CIDH.

OBJETIVO PROPOSITIVO

- Proponer aspectos relevantes a tomar en cuenta en la elaboración de un proyecto de ley sobre las técnicas de la FIVET como respuesta a las políticas públicas y los diferentes grupos de presión social.

- 1.- Establecimiento de una Ley en materia de métodos de reproducción asistida y derechos de las personas con problemas de salud de infertilidad acorde a los derechos convencionales estipulados, que contemple ponderación de los derechos a la vida, y la posibilidad de formar una familia con hijos e hijas propios, con estricto respeto al principio de reserva de ley.
- 2.- Se debe regular la FIVET y otros medios de reproducción asistida mediante una ley por la materia que se trata, sin lugar a dudas se deben crear tipos penales que eviten el mal uso de la materia genética.
- 3.- La Implementación de la FIVET debe ser gratuita, controlada y asistida en el Sistema Nacional de Salud, bajo la vigilancia del Ministerio de Salud.
- 4.- En cuanto a proteger el desarrollo de los embriones, el Estado debe seguir las directrices aplicadas o las recomendaciones de las organizaciones líderes en salud reproductiva.
- 5.- Debe el Estado costarricense legislar en relación a la venta, comercialización y posibilidad de ejercer propiedad intelectual o industrial sobre los embriones.
- 6.- Determinar el número de embriones a transferir para lograr más efectividad de

la FIVET en términos de conseguir un embarazo exitoso, promoviendo la salud fetal y preservar la integridad y salud de las mujeres que recurren a la utilización de la técnica.

7.- Se debe revisar el concepto de familia contenido en la CPR, adaptarlo a la actualidad.

8.- Creación de tipos penales en referencia a los posibles delitos a raíz del manejo de la materia genética, tomar en cuenta la posible comercialización y/o industrialización de los embriones.

9.- Regular todo aspecto relacionado con los y las donantes de gametos femeninos y masculinos, en caso de ser utilizados en la FIVET.

10.- Regular todo aspecto relacionado en cuanto a derechos de filiación en el caso de gametos donados para ser utilizados en la FIVET.

11.- Regular las condiciones de las personas en el caso de los donantes de gametos, en relación al número de donaciones permitidas por donante.

12.- Regular aspectos de mal praxis en la realización de las técnicas de la FIVET.

13.- Regulación del derecho de las parejas homosexuales o lésbicas de recurrir a la FIVET para procrear hijos propios con gametos propios de uno de ellos/ellas o con gametos donados.

14.- Regular status de los hijos e hijas nacidos por medio de la FIVET en relación a derechos hereditarios, al darse la muerte de la madre o el padre durante el embarazo (en el caso de la madre a la hora del parto o por consecuencias diversas se tenga que adelantar el nacimiento del niño o niña).

15.- Hacer referencia a la adopción del hijo o hija del compañero o compañera (parejas de mismo sexo) procreada con la implementación de técnicas de reproducción asistida.-

16.- Regular el acceso a la FIVET en clínicas privadas, a las personas que cumplan con requisitos ineludibles tales como: adulto/a mayor de 18 años, hombre o mujer, que posean la capacidad cognitiva para tomar decisiones sobre su salud y sexualidad de manera libre.

17.- Regular la privacidad de la donación a través de un banco de semen, debe estar o no el anonimato del donante de esperma?

18.- Prohibir cualquier forma de retribución o remuneración a cambio de una donación de esperma por medio de la ley. Reconocer únicamente el reembolso de los costos ocasionados por el acto de donar semen en la FIVET u otra técnica de reproducción.

19.- Regular todos los aspectos relacionados con prácticas como el vientre de alquiler: no dejar la posibilidad de vacíos legales, respecto a la maternidad subrogada. Los contratos de alquiler de vientre, es preferible o aconsejable que la madre subrogada esté soltera y del bebé en adopción después del parto. Así el padre o la madre subrogante que tenga una relación biológica (por donación de semen u óvulo) con él debería poder adoptarlo, sea empleando a la FIVET u otra técnica de reproducción asistida.

20.- Regular en caso que se permita el alquiler de vientre comercial, indiferente si lo es para la FIVET o la utilización de otra técnica de reproducción asistida.

21.- Madres subrogadas para parejas homosexuales o lésbicas, si se permite reconocer a ambos compañeros como padres legales de la criatura, o en dado caso reconocer sólo él que haya donado su esperma para la concepción, es decir el padre biológico, podría llegar a reconocer el hijo(a) como suyo(a), tanto recurriendo a la FIVET como a otra técnica de reproducción asistida.

22.- Regular la adopción por personas solteros/as y parejas del mismo sexo cónyuges. Especialmente hacer referencia a la adopción homoparental (conjuntamente por una pareja del mismo sexo) con la utilización de la FIVET o cualquier otra técnica de reproducción asistida.

23.- Mencionar sobre la prohibición o legalización de la práctica de la FIVET artesanal o casera

24.- En relación a las donaciones de esperma y óvulos que se haga mención de sus consecuencias sobre la filiación, y de las condiciones requeridas para ser receptor(a) de una donación de gametos.

25.- Creación de legislación y sus respectivos reglamentos relacionados y tomando en cuenta cada aspecto contenido en este trabajo de investigación.

BIBLIOGRAFIA

Libros:

Alvarez-Gayou Jurgenson, Juan Luis. (2003) **Como hacer investigación cualitativa, fundamentos y metodología**, Mexico, Paidós pags. 222

Alvarez Molina Marianella, Castro Padilla Fernando A. y otro. (2007). **La tutela de los Derechos Fundamentales en Costa Rica por medio del Recurso de Amparo**, San José, Costa Rica, IJSA, Investigaciones Jurídicas S.A.

Arberas, Claudia Liliana. (2000). **Ética y genética**, 11-18 Bergel Salvador Darío y José María Cantu **Bioética y genética**. II Encuentro Latinoamericano de Bioética y genética Cátedra UNESCO de Bioética (UBA). Argentina, Editorial de Ciencia y Cultura, pags. 403

Armijo Sancho, Gilbert. (1999). **La Tutela Constitucional del Interés difuso**. 2ª edición, San José, Costa Rica, IJSA Investigaciones Jurídicas, S.A.

Azpíri, Antonio. (2000). **Familia y derecho de Familia**, Editor Hammutabi, José Luis Depalma, Argentina.

Barra, Rodolfo Carlos. (1996). **La protección constitucional del derecho a la vida**. Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, pags.182

Bergel, Salvador Darío y Cantu José María. (2000). **Bioética y genética**. II Encuentro Latinoamericano de Bioética y genética Cátedra UNESCO de Bioética (UBA). Argentina, Editorial de Ciencia y Cultura, pags. 403

Bergel, Salvador Darío. (2000) **Libertad de investigación y responsabilidad de los científicos en el campo de la genética humana**. **Bioética y genética**. II Encuentro Latinoamericano de Bioética y genética Cátedra UNESCO de Bioética (UBA). Argentina, Editorial de Ciencia y Cultura, pags. 29-73

Bertollini, Anarella y otro. (1996). **La jurisdicción constitucional y su influencia en el Estado de Derecho**, Editorial UNED, San José, Costa Rica, pags. 481

Brenes Córdoba, Alberto. (1998). **Tratado de las personas**. Volumen I. Introducción y Derecho de familia 5º Edición, San José, Costa Rica, revisada y actualizada por Gerardo Trejos, Editorial Juricentro, pags. 294

Bourdieu, Pierre. (2000). **Poder, derecho y clases sociales**, España, 2ª Edición, Palimpsesto Derechos Humanos y Desarrollo, Desclée de Brouwer, pags. 232

Cambrón Infante, Ascensión (2001) **Reproducción asistida: promesas, normas y realidad. Fecundación in vitro y agresiones al cuerpo de la mujer: una aproximación desde la perspectiva de los derechos**. España; Madrid; editorial: Trotta; Pág.165-210

Cárdenas Quirós, Carlos. (2000). **El derecho de familia y los nuevos paradigmas. Fecundación extracorpórea, protección jurídica del embrión y reforma del Código Civil del Perú**. Tomo II; Argentina; Buenos Aires; editorial, Rubinzal Culzoni, pags 265-280

Castillo González, Francisco. (2008). **El bien jurídico penalmente protegido**, 1ª Edición San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental, pags.192

Chinchilla, José Carlos y Mora, Maynor Antonio. (2000). citado por José Carlos Chinchilla y Maynor Antonio Mora, **El debate costarricense sobre la fertilización in vitro, La disyuntiva deFrankenstein**, Costa Rica, Editorial ISA Investigaciones Jurídicas S.A. 2004,

González Flores, Enrique. (1958). **Manual de Derecho Constitucional**, Librería de Manuel Porrúa, México.

Goyenaga Capello, Roberto (2002). **Familia, Tecnología y Derecho**. Universidad Externado de Colombia, Bogota. pags. 391

Hernández, Sampieri, Roberto y otros. (2003). **Metodología de la investigación**, México, Editorial McGraw Hill.

Hernández, Sampieri, Roberto y otros. (2006). **Metodología de la investigación**, Tercera edición, México, Editorial McGraw Hill.

Hernández Valle, Rubén. (1994). **El derecho de la constitución**, Volumen II, Editorial Juricentro, San José.

Hess Herrera, Ingrid. (2009). **El Control Jurisdiccional de los límites de la constitución**, 1ª edición, San José, Costa Rica, IJSA

Foucault, Michel. (2009). **El poder de los cuerpos**. INTERNET

Iglesias País, Margarita. (2001). **Fundamentos jurídicos-constitucionales y contenido de los derechos de consentimiento información en la ley de técnicas de reproducción asistida**. Reproducción asistida: Promesas, normas y realidad, Edición Ascensión Cambrón Infante, Editorial Trotta, Madrid, pags 244

Kelsen, Hans. (1974). **Introducción a la Teoría Pura del Derecho**. Prólogo y Traducción Emilio O. Rabasa, Editora Nacional, México, D.F. pags 113

Kottow Miguel. (2000). **Intervenciones genéticas extraordinarias: perspectivas bioéticas**. Bergel Salvador Darío y José María Cantu (2000) **Bioética y genética**. II Encuentro Latinoamericano de Bioética y genética Cátedra UNESCO de Bioética (UBA). Argentina, Editorial de Ciencia y Cultura, pags. 177-190

Lacadena, Juan-Ramón (2002). **Familia, Tecnología y Derecho**. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. pags. 391

Ladron de Guevara, Laureano Gonzalo. (1988). **Metodología de la investigación científica. Problemas del método en las ciencias sociales**. Universidad de Santo Tomas; Centro de Enseñanza Desescolarizada. Colombia, Bogotá. Pags. 278

Lavalle, Gonzalo; Tobías y José W. (2004). **Derecho civil: parte general. Procreación asistida**. Edición 2a. edición actualizada y ampliada; Argentina; Buenos Aires; editorial: La Ley; 33-42

Loyarte, Dolores y Rotonda Adriana E. (1995). **Procreación Humana artificial: un desafío bioético**, Buenos Aires, Edición Depalma, pags. 528

Martínez Bullé, Víctor M. (2000). **Derechos humanos y genética en el contexto de la cooperación internacional**. Bergel Salvador Darío y Cantu José María. (2000). **Bioética y genética**. II Encuentro Latinoamericano de Bioética y genética Cátedra UNESCO de Bioética (UBA). Argentina, Editorial de Ciencia y Cultura, pags. 191-206

Mohs, Edgar. (1983) **La Salud en Costa Rica**. Edición 1a; UNED, San José Costa Rica. Pags.162

Mohs, Edgar. (1980) **Salud, medicina y democracia “El Surgimiento de una nueva era”**. San José Costa Rica. Universidad de Costa Rica, Escuela de Medicina. Pags.186

Miranda Luna, Eduardo. (2002). **Familia, tecnología y derecho. Bioética y derecho de familia: problemas actuales sobre filiación y responsabilidad**. Edición 1a; País: Colombia, Bogotá; editorial: Universidad Externado de Colombia; Pags. 285-309

Miranda Luna, Raúl E. y Rodríguez Meléndez Roberto E. (2002). **Familia Tecnología y Derecho** . Universidad Externado de Colombia, Bogota. pags. 391

Novellino, Norberto José. (2000) **Derecho de daños: daños en el derecho de familia: cuarta parte A. La procreación asistida y la responsabilidad por daños a la identidad**. Argentina, Buenos Aires; editorial: La Roca. Pags. artículo: 101-141

Orozco Solano, Víctor Eduardo. (2008). **La fuerza normativa de la constitución**, 1ª Edición, San José, Costa Rica, IJSA

Pérez Luño, Antonio Enrique. (2008). **Los derechos fundamentales en Gregorio Peces –Barba, Entre la ética, la política y el derecho, Estudios en**

homenaje al profesor Peces-Barba, Dykinson S.L., Santander, Madrid, pags.1093

Pérez Serrano, Gloria. (1998) **Investigación cualitativa retos e interrogantes I. Técnicas y análisis de datos**. Madrid, Editorial La Muralla, pags. 198

Pérez Serrano, Gloria. (1998) **Investigación cualitativa retos e interrogantes I. Métodos**. Madrid, Editorial La Muralla, pags. 230

Serna Pedro (2000). **La interpretación constitucional de los derechos fundamentales Una alternativa a los conflictos de derecho**, La ley, Pedro Serna – Fernando Toller, Argentina, pags.171

Soto Lamadrid, Miguel Angel (1990). **Biogenetica, filiación y delito**.Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Dipalma, Buenos Aires, pags.573

Piza Escalante, Rodolfo. (1996). **Los Valores en al interpretación constitucional**. La jurisdicción constitucional y su influencia en el Estado de Derecho, Editorial UNED, pags. 481

Rodríguez Palop, María Eugenia. (2002). **La nueva generación de derechos humanos origen y justificación**. Universidad Carlos III de Madrid, Instituto Universitario de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” Dykinson.

Solís Fallas, Alex. (2009). **La Constitución es lo que los jueces dicen: el problema en la interpretación constitucional**, 1ª Edición San José, Costa Rica, IJSA

Trejos Salas, Gerardo. (1999) **Derecho de Familia costarricense**, Gerardo Trejos Salas.- 1ª edición. San José, C.R. Editorial Juricentro.

Zannoni Eduardo, Eduardo A. (1981). **Derecho de Familia**, Tomo I, Buenos Aires,

Trabajos finales de graduación

Alfaro Cortés, Luis y Díaz Jiménez, Maureen. (1997) **Análisis de la normativa vigente e integral para la reproducción asistida**. Trabajo final para optar al

grado de licenciada en Derecho. Universidad Panamericana, Costa Rica San José, pags. 417

Elizondo Ugalde María Carolina. (1988). **Implicaciones éticas y jurídicas de la fecundación in vitro y transferencia embrionaria.** Trabajo final para optar al grado de licenciada en Derecho. Universidad de Costa Rica, San José, pags. 291

Guerrero Vargas, Olga y Solórzano Guillén, Giselle. (1992). **Técnicas de fecundación artificial y los delitos contra la vida.** Trabajo final para optar al grado de licenciadas en Derecho. Universidad de Costa Rica, San José, pags.418

Monterrosa Rojas, Hernán. (2005). **La Sala Constitucional: poder estructural, políticas públicas y decisión política.** Tesis sometida a la consideración de la Comisión del Programa de Estudios de Posgrado en Gobierno y Políticas Públicas, para optar al grado de Doctor, Universidad de Costa Rica, 185 págs.

Muñoz Ruíz, María de los Angeles. (2007). **Las mujeres actoras, en relación con el poder institucional y el cumplimiento de los principios de celeridad, informalidad, perentoriedad y oficiosidad de la Ley de Pensiones Alimentarias en el Juzgado de Desamparados.** Trabajo final de investigación para optar al grado de Master. en Estudio de la Violencia Social y Familiar. Sistema de Estudios de Posgrado Maestría UNED.

Núñez Martínez, José Mauricio (2011). **El aprendizaje experiencial.** Documento de la Candidatura Doctoral, Universidad Fidélitas. Programa de Doctorado en Ciencias Empresariales.

Ramírez Badilla, Carlos Luis. (1996). **Análisis de los Derechos y Garantías Individuales, de la Constitución Política, desde la Perspectiva del Derecho Natural y Derecho Positivo.** Trabajo final para optar al grado de licenciado en derecho. Universidad Panamericana, Colegio Justiniano. San José, pags.154

Schmidt Peralta, Ivannia. (1997). **El contrato de maternidad subrogada, su nulidad a la luz de la legislación costarricense. Análisis de los Derechos y Garantías Individuales, de la Constitución Política.** Trabajo final para optar al

grado de licenciada en Derecho. Universidad Panamericana, Colegio Justiniano. San José, pags.116

Artículos y documentos varios

Anneca Dolores, García Mérida María Cristina y Paula Jorgelina Lafourcade, (s/a) **Fecundación "in vitro"** Seminario II Dr. Manuel Cobas, <http://www.robertexto.com/archivo15/invitro1.htm>

Alarcón Flores Luis Alfredo, **Derecho Procesal Constitucional**, s/f

Camacho Masis, Mauricio. (2011) **Normativa y sentencias judiciales relacionadas con la fertilización in vitro en Costa Rica y Legislación extranjera referida a la fertilización in vitro en Alemania, Canadá, Colombia, Francia, Italia, México, Unión Europea, España, Estados Unidos, Reino Unido, Perú, y Taiwán.** Centro de Investigaciones Legislativa CEDIL, Costa Rica, 05 abril, Área de Orientación al Usuario, pag-19 y 29

Informativo Judicial, (2009) **Sala Constitucional cumplió dos décadas.** N°134, noviembre-diciembre

Jurado Fernández Julio. (2010). **La Sala IV vuelve por sus fueros.** La Nación, miércoles 7 de julio, pagina 34A *Página Quince.*

López Sánchez, Hiram, **Derecho**, Universidad de Potosí. ¿

Memetau G. **Informe Nacional de Francia ante el Coloquio Preparatorio de la Reunión de la A.I.D.P.,** 1987, pp.885-919, citado por Ivannia Schmith Peralta:1997;36

Nikken, Pedro. (1994). **El concepto de derechos humanos,** Publicado en: Estudios Básicos de Derechos Humanos, IIDH. San José, Costa Rica, pag 1

Núñez Martínez, José Mauricio. (2011). **Documento de la candidatura doctoral.** Universidad Fidélitas Programa de Doctorado en Ciencias Empresariales. 6 de febrero.

Sánchez Sánchez, Juan Diego. (2010) **Documento de la candidatura doctoral.** Universidad para la Cooperación Internacional. 6 de diciembre.

Pick, Susan y López Velasco, Ana Luisa. (1992). **Cómo investigar en ciencias sociales.** Editorial trillas, México. Lecturas posgrado en Ciencias penales, Sociología Criminológica, Universidad de Costa Rica. Pags. 29-47

Vanrell Díaz, Juan Antonio. (1999). **Reproducción humana asistida: aspectos médicos y jurídicos Bioética y justicia** (Actas del seminario conjunto sobre bioética y justicia celebrado en Madrid del 6 al 8 de octubre de 1999) Consejo General del Poder Judicial, España.

Romeo Casabona, Carlos María. (2003). **Genética y Derecho, Los llamados delitos relativos a la manipulación Genética,** Ponencia, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1edición, 09-2003, pags.238

Tratados Internacionales, Constituciones, Leyes y Códigos

Constitución Política de la República de Costa Rica, Investigaciones Jurídicas S.A., 1992, San José, Costa Rica.

Convención de los Derechos del Niño, ratificada mediante Ley N° 7184 a los doce días del mes de julio de 1990

Benavides Santos, Diego. (2000). **Código de Familia, concordado y comentado, con jurisprudencia constitucional y de casación,** Segunda Edición, Editorial Juritexto.

Código Penal, (2008), San José, Costa Rica, IJSA, pags. 266

Código Civil, (1999) Concordado por Olman Arguedas Salazar, 1ª Edición, Juritexto, pags.346

Revistas

Acevedo, Juan Francisco, (2005) **El poder y el empoderamiento entre la ciencia y la ideología.** Revista Sentido Común s/p

Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. **Derechos humanos y mujeres: teoría y práctica.** Sentencia No. 2000-2306. Chile; editorial: Universidad de Chile; Año de publicación: 2006, CD-ROM 306

Chirino Sánchez, Eric Alfredo. (2001). **El principio de proporcionalidad en el derecho de la protección de datos y su relación con el ADN.** Escuela Judicial, Poder Judicial, San José, Revista Latinoamericana Derecho Méd. Medic.Leg.5, Dic 2000-6, junio 2001:31-46

Chirino Sánchez, Eric Alfredo. (2000). **La teoría del delito en la jurisprudencia costarricense.** Cuaderno de estudio del Ministerio Público, No5 pp. 27-54

De la Cuesta, José Luis. (s/a) **Genética y política criminal.** Revue Internationale de Droit Penal Volumen 78, pags. 559

Elizondo, Carolina. (1989). **Aspectos médicos-legales de la fecundación in vitro y transferencia embrionaria (FIVET).** Revista Medicina Legal de Costa Rica, diciembre, volumen 6-número 3 y 4

Escobar Fornos, Iván. (2007). **Derecho a la reproducción humana**(inseminación y fecundación *in vitro*) Cuestiones Constitucionales revista Mexicana de Derechos Constitucionales Número 16

Ferrajoli, Luigi. (2007). **Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales.** Revista de Ciencias Penales No 7 [Http://www.cienciaspenales](http://www.cienciaspenales)

Forero Forero, Claudia Helena. Revista **Telemática de Filosofía del Derecho,** n° 6, 2002/2003, pp. 167-192.

Gallardo, Helio (julio/diciembre de 2003). **Nuevo Orden Internacional, derechos humanos y Estado de Derecho en América Latina,** Revista Crítica Jurídica. n.º 22. pp. 260

Lamm, Eleonora(2008). **La custodia de embriones en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos.** A propósito del caso Evans contra el Reino Unido. Revista Catalana de Derecho Público, Número 36, Junio 2008, paginas 197-217.

López Moratalla, Natalia. (2007) **Acta Académica. El estatuto del embrión humano en el contexto de la fecundación in vitro.** No. 40, Mayo; Páginas de revista: 171-196; Costa Rica, San José; editorial: Universidad Autónoma de Centro América.

Marín Gámez, José Angel. (1993). **Relatividad constitucional de las técnicas de reproducción asistida.** Revista del Consejo General del Poder Judicial, España, No32 diciembre

May, Roy. (2002). **Fe Cristiana y Fecundación in vitro.** No. 2, Setiembre; Medicina Legal de Costa Rica. Volumen 19: Páginas de revista: 13-21; Costa Rica; Heredia; editorial: Asociación Costarricense de Medicina Forense.

Mesa Peluffo, Sylvia. (2004). **Una cuestión de poder,** Boletín del INAMU, Número 6, stiembre-October

Montés Penades, Vicente Luis. (1994). **Los contratos instrumentales en las técnicas de reproducción asistida: las categorías negociales y la posibilidad de su adaptación.** Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de derecho judicial. El consentimiento en la fecundación humana asistida. No. 3, pags: 489-523; España; Madrid; editorial: Consejo General del Poder Judicial.

Murillo Arias, Mauro. **El carácter vinculante de los criterios de la Sala Constitucional,** IVSTITIA, año19, N`217-218

Rodríguez Rodríguez, Geovanni. (2004) **Definición de ingeniería genética, fecundación invitro y clonación.** Costa Rica, San José; editorial: Asamblea Legislativa. CEDIL.

Sánchez Villalobos Ana Victoria y otros. (2004). **Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Derechos humanos y mujeres: teoría y práctica. Informe**

No. 25/04 Petición 12.361 Admisibilidad, Costa Rica 11 de marzo de 2004. Chile; editorial: Universidad de Chile; Año de publicación: 2006, Curso impartido a distancia. Se encuentra en la carpeta denominada Módulo 10.

Silva Ruíz, Pedro F. (1987). **La familia y los avances científicos: la inseminación artificial y la fecundación extrauterina**, Revista Judicial, Costa Rica, No 41 junio.

Rivera Sierra, Jairo. (2004). **Perspectivas del Derecho de Familia en el siglo XXI. Aspectos jurídicos de la transferencia de cigotos sanos, seleccionados como consecuencia de un diagnóstico genético preimplantatorio**. XIII Congreso internacional de derecho de familia (XIII. 2004 18-22 de octubre; Sevilla, España; editorial: Instituto de desarrollo y análisis del derecho de familia en España. Ponencia de la sección 5a.

Rivero Hernández, Francisco, (s/a) **La filiación: Su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación**. Las acciones de filiación y las técnicas de reproducción asistida Consejo General del Poder Judicial, España.

Romeo Casabona, Carlos María, (2003) **Genética y Derecho, Los llamados delitos relativos a la manipulación genética**, Consejo General del Poder Judicial, España.

Trejos Salas, Gerardo Alberto. (2002) **La fecundación in vitro y el derecho a la vida**. Revista Costarricense de Derecho Constitucional. Marzo; Tomo III: Páginas de revista: 23-47; Costa Rica; San José; editorial: IJSA.

Monografías y otros documentos

Cabrera Valverde, Jorge Mario. (2005) **Temas de bioética: del inicio al final de la vida humana**. Edición 1 a; País: Costa Rica; lugar de publicación: San José; editorial: Editorial Promesa, EUNED. 174.2 C13t

Chinchilla Coto, José Carlos y Mora Alvarado, Maynor Antonio. (2004) **El debate costarricense sobre la fertilización in vitro: la disyuntiva de Frankenstein.** Edición 1 a; Costa Rica; San José; editorial: IJSA. 346.21 CH56d

Dimarchi, Guadalupe. (2010). **Derechos Humanos**, Internet

Krasnow, Adriana Noemí, (2005). **Filiación: determinación de la maternidad y paternidad. Acciones de filiación. Procreación asistida.** Edición 1 a; Argentina; Buenos Aires; editorial: La Ley.

Lema Añon, Carlos. (1999). **Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico jurídico sobre la técnica de reproducción asistida.** España, Valladolid; editorial: Trotta.

Loyarte, Dolores Rotonda, Adriana. (1995) **Procreación humana artificial: un desafío bioético.** Argentina, Buenos Aires, editorial: Depalma.

Navarro del Valle, Hermes. (2001). **El derecho a la vida y la inconstitucionalidad de la fecundación in-vitro.** Costa Rica, San José; editorial: Ediciones Promesa.

Pérez Vargas, Víctor. (1998). **Los nuevos paradigmas, y los derechos del concebido como persona.** Ponencia presentada al X Congreso Internacional de Derecho de Familia, Mendoza, República de Argentina, 20 a 24 de setiembre.

Constitución y democracia costarricense. Costa Rica; San José; editorial: Juricentro / 343.286 T79c

Trejos Salas, Gerardo Alberto; May Cantillano, Huberth. (2001). **Constitución y democracia costarricense.** Costa Rica; San José; editorial: Juricentro / 343.286 T79c

Zamora, Castellanos, Fernando. (2012) **Defensa Constitucional de la vida en Costa Rica**, Revista Judicial N°105, setiembre 2012, pag. 5-10

Periódicos

Alfaro, Ximena y Vizcaíno, Irene. (2010). **El embajador ante la OEA, Enrique Castillo, elabora la respuesta que el país dará a la CIDH sobre el futuro aquí de la fecundación in vitro, “La posibilidad de ir a juicio esta en el horizonte”** La Nación, El País, 6 de octubre, p. 19 A

Díaz, Luis Eduardo (2012). **Juicio sobre FIV concluyó con fuertes increpaciones al Estado.** La Nación, El País, San José, Costa Rica, 4 de setiembre, pag. 16A

Díaz, Luis Eduardo (2012). **FIV enfrenta la país a su segundo juicio en Corte interamericana.** La Nación, El País, San José Costa Rica, 4 de setiembre, pag. 8A

Díaz, Luis Eduardo. (2010). **Ni un fallo ni diez años disiparon la ilusión de abrazar a un hijo,** La Nación, El País, 3 de octubre, p. 4^a

Díaz, Luis Eduardo. (2010). **Fecundación in vitro no tiene votos suficientes para aprobación.** La Nación, El País, 6 de octubre, p. 5 A

Díaz, Luis Eduardo. (2010). **Plan limita uso de embriones en fecundación in vitro.** La Nación, El País, 15 de octubre, p. 5 A

Díaz, Luis Eduardo. (2010). **Mujeres solteras podrán usar la técnica in vitro Fecundación.** La Nación, El País, 22 de octubre, p. 5 A

Díaz, Eduardo. (2010). **Comisión Interamericana pide reactivar fecundación in vitro.** La Nación, El País, 19 de agosto, p.4 A

Díaz, Luis Eduardo. (2010). **Falla arreglo con demandantes de fecundación in vitro.** La Nación, El País, 20 de octubre, p. 6 A

Díaz, Luis Eduardo. (2010). **Gobierno propone fecundación in vitro con dura regulación. Comisión de jurídicos del Congreso estudia plan de ley,** La Nación, El País, 22 de octubre, p. 4 A

Díaz, Luis Eduardo. (2011). **Solo la mitad de adultos sabe que es fecundación in vitro.** La Nación, El País, 26 de mayo, p. 4A

Díaz, Luis Eduardo. (2011). **Iglesia enfrenta críticas por instruir contra técnica in vitro.** La Nación, El País, 27 de junio, p. 8A

Díaz, Luis Eduardo. (2011). Estado busca indulgencia por atraso en proyecto de in

vitro. La Nación, El País, 31 de mayo, p.6A

Díaz, Luis Eduardo. (2011). **Jefe libertario emplaza a Chinchilla por in vitro**. La Nación, El País, 23 de junio, p. 4A

Díaz, Luis Eduardo. (2011). **Falla arreglo con afectados por prohibición de in vitro**. La Nación, El País, 02 de junio, p.27A

Díaz, Luis Eduardo. (2011). **FIV enfrenta al país a su segundo juicio en Corte Interamericana**. La Nación, El País, San José, Costa Rica, 1 de setiembre de, pag. 33 A

Díaz, Luis Eduardo. (2012). **Fjuicio sobre FIV concluyó con fuertes increpanciones al Estado**. La Nación, El País, San José Costa Rica, 04 de setiembre, pag. 8A

Escalante, López Gerardo. (2010). **Debate: Fertilización in vitro, El final de una injusticia**, La Nación, El País, 12 de octubre, p. 32 A

Ferraro Aymerich, Alberto. (2012) **El papel del Estado ante la problemática de la infertilidad**, La Nación, Foro, San José, Costa Rica, 1 de setiembre , pag. 33 A

Fournier, Alicia. (2011). **La fecundación in vitro y el respeto a la vida**. La Nación, FORO, 28 de junio, p. 30A

Hurtado, Oviedo Víctor. (2012) **No hay familia constitucional**. La Nación, Pagina Quince, 13 de julio, p. 35A

Leal, Alejandro. (2010). **Fertilización in vitro y presiones**. La Nación, Foro, 12 de octubre, p. 33 A

Mata, Esteban. (2011). **Diputados entierran plan que permitía fecundación in vitro**. La Nación, El País, 15 de junio, p. 4A

Maroto Vargas, Adriana. (2011). **Fertilizacion in vitro crónica de un proyecto sin futuro**. La Nación, FORO, 27 de junio, p. 35A

Monterrosa, María Estela (2012). **Cada vida tiene un propósito**. Eco Católico, 24 de junio, pag. 9

Mora Bermúdez, Felipe. (2010). **In útero, la tercera mitad**. La Nación, Pagina Quince, 15 de octubre, p. 37 A

Mora Bermúdez, Felipe. (2012). **El primer potencial humano**. La Nación, Foro, San José, 1 de setiembre, pag.35 A

Mora, Fanny. (2012). **Fertilización in vitro, acceso a un derecho humano fundamental.** La Nación, Foro, San José, Costa Rica, 13 de setiembre, San José, Costa Rica, pag. 31A

Murillo, Alvaro. (2010). **Benedicto XVI pide al país no legalizar la fecundación in vitro,** La Nación, El País, 04 de diciembre, p. 6A

Murillo, Alvaro. (2011). **Debate de Fertilización in vitro se torna en un rompecabezas político.** La Nación, El País, 2 de junio, p.10A

Murillo, Alvaro. (2010). **Chinchilla tira la toalla con fecundación in vitro.** La Nación, El País, 16 de junio, p. 5A

Nuestro País. (2008) **Tribunal abre posibilidad de fertilización in vitro, 15 de octubre.** www. Nuestropais.co.cr.

Ordoñez, Mauricio, (2010) **Fecundación in vitro: un problema político.** La Nación, FORO, 30 de octubre, p.36 A

Oviedo, Esteban, (2009) La Nación, El País, **Fecundación in vitro sufre nuevo revés en tribunales,** 19 de agosto

Pinedo, Emma. (2006). **El Congreso aprueba la nueva ley de Reproducción Asistida,** Madrid, Reuters, 16.02.2006 – 18:30h

Rodríguez, Irene. (2010). **Técnica que permitió 4 millones de nacimientos gana el Nobel,** La Nación, Aldea Global, 5 de octubre, p. 4A

Sáenz, Laurencia. (2010). **Hablemos de tolerancia.** La Nación, Pagina Quince, 25 de octubre, p.38 A

Trejos Salas, Gerardo. (2011). **El derecho a la vida del nasciturus,** La Nación, FORO, 23 de junio, p. 27A

Vizcaíno, Irene. (2010). **Plan intenta evitar juicio en Corte Interamericana,** Gobierno alista proyecto sobre fecundación in vitro. La Nación, El País, 11 de octubre, p.4 A

Vizcaíno, Irene. (2010). **País pide a la CIDH tiempo para aplicar técnica médica. Reactivación de la fecundación in vitro.** La Nación, El País, 23 de octubre, p. 8 A

Mora Bermúdez, Felipe. (2012) **El primer potencial humano,** La Nación, Foro, San José , Costa Rica, 1 de setiembre, pag. 35 A

Ferraro Aymerich, Alberto. (2012) El papel del Estado ante la problemática de la infertilidad, La Nación, Foro, San José Costa Rica, 1 de setiembre, pag. 33A

Resoluciones Judiciales

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 003078, a las quince horas y un minuto del nueve de marzo de dos mil once

Sala Constitucional a la Corte Suprema de Justicia, Resolución N°006524 , a las catorce horas y treinta y cinco minutos del catorce de abril de dos mil diez

Sala Constitucional a la Corte Suprema de Justicia, Resolución N°001668, a las quince horas y doce minutos del veintisiete de enero de dos mil diez

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia: 00465 Expediente: 08-000178-1027-CA, de las diez horas cuarenta y cinco minutos del siete de mayo de dos mil nueve

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San José, Resolución, N°2008-016063 a las nueve horas y diecisiete minutos del veintiocho de octubre del dos mil ocho.

Tribunal Contencioso Administrativo Civil de Hacienda. Sentencia 835, de las quince horas del catorce de octubre de dos mil ocho

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 2008-08760 a las diez horas veintisiete minutos del veintisiete de mayo de dos mil ocho

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N°2000-2306; de las quince horas veintiún minutos del quince de marzo de dos mil

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N°1994-1975

Documentos páginas de internet

Pinedo Emma, (2008) El Congreso aprueba la nueva ley de Reproducción Asistida, <http://blogjus.wordpress.com>

<http://www.cidh.oas.org>

<http://www.es.catholic.net/sexualidadybioetica/347/1649/articulo.php?id=9853>

http://europa.eu/pol/rights/index_es.htm<http://www.ilustrados.com/publicaciones/EFZukupplhLJUPZSs.php>

http://www.mujiresenred.net/iberoamericanas/article.php3?id_article=13

<http://www.ilanud.or.cr/justiciagenero/>

<http://www.choike.org/nuevo/informes/3842.html>

<http://www.portaldeabogados.com.ar/codigos/25593.htm>

<http://isonomia.uji.es/docs/spanish/investigacion/ciclo/discapacidades.pdf>

<http://www.geocities.com/seminarioy trabajo de grado/rosa2/html>

nawafk@cyberia.net.lb

<http://www.independentliving.org/docs1/iglesiasetal1998sp.html>

<http://www.dpitalia.org/donne/kit2sp.htm>

<http://www.rebelion.org/mujer/031113carcedo.htm>

[www.abogados.or.cr/revista _el foro/foro3/los derechos htm](http://www.abogados.or.cr/revista_el foro/foro3/los derechos htm)

<http://www.prociuk.com/Derecho%20Constitucional.pdf>

[http:// procesal-constitucional/procesal constitucional. shtml?monosearch](http://procesal-constitucional/procesal constitucional. shtml?monosearch), Derecho Procesal

<http://leyes.tv/categoria/derecho-constitucional/Poder constituyente> Escrito en Septiembre 10, 2008

<http://www.yosoymadresoltera.com>, La fecundación *in vitro* vuelve a quedar desautorizada en Costa Rica, 19 de agosto 2009.

Bibliografía de la presentación

<http://www.ameliarueda.com/contenido/images/aaafertilizacion.jpg>

http://www.feminis.com/assets/images/Estilo/fertilizacion_in_vitro.jpg
<http://speakingofresearch.files.wordpress.com/2010/06/mom-baby.jpg>
<http://www.bettermarriages.org/blog/wp-content/uploads/2011/02/Parents-and-Baby.jpg>
<http://www.problemasinfertilidad.org/wp-content/uploads/2010/11/infertility.jpg>
http://3.bp.blogspot.com/-22GW2uNqCJU/ThsJB1LyARI/AAAAAAAAADw/W_crQqBNCbw/s1600/FIV.jpg
<http://www.bris.ac.uk/bbrc/images/Microbe>
<http://www.studydiscussions.com/wp-content/uploads/2009/12/ImageBio.jpg>
http://3.bp.blogspot.com/_fGWNw_wtOIE/Svl6EOuztCI/AAAAAAAAAQg/C3pMJkFrF9k/s320/sexualidad-iniciacion-248x300.jpg
<http://www.definicionabc.com/wp-content/uploads/vida.jpg>
<http://www.cchcr.org/images/pages/ley.jpg>
http://www.nexiacostarica.com/wp-content/uploads/2012/03/sala-iv_12.jpg
<http://www.eldiariofenix.com/sites/default/files/entrevista.jpg>

ANEXOS

Cuestionario del a entrevista semiestructurada

- Indagar desde el punto de vista constitucional, filosófico y médico el concepto de vida y de embrión como base para la tutela jurídica de la vida, la familia y el libre desarrollo de la personalidad desde las técnicas de la FIVET.

Interrogantes:

1. Desde su percepción cuando considera que existe vida en los seres humanos?
2. Considera que el embrión es sujeto de derechos? O bien desde su concepto cuando surgen los derechos del embrión?
3. Considera la FIVET método para garantizar la existencia de la familia como célula fundamental de la sociedad?

- Analizar las distintas aproximaciones de los sectores sociales en relación con las agendas internacionales: sobre el inicio de la vida del ser humano, su tutela jurídica, el derecho a la salud y los derechos de las madres.

1.- Considera usted que: una mujer con algún padecimiento se le prohíba recurrir a las técnicas de la FIVET para procrear?

2.- Considera usted que: la CIDH tiene la potestad de obligar al Estado Costarricense a regular o permitir la FIVET?

3.- ¿Considera usted que la manipulación genética es jurídica o éticamente lícita?

4.- Considera usted que el congelamiento de embriones es reprochable?

5.- Considera que la madre y el padre tienen derecho de disponer sobre la vida de los embriones humanos, producto de sus gametos?

- Verificar la aplicabilidad del principio de protección a la vida desde la óptica

penal y su relación con la criminalidad económica.

1. Considera usted que: Se deben crioconservar las células fecundadas?
 2. Considera usted que: Pueden las personas que recurren a la FIVET disponer de los embriones no implantados?
 3. Corresponde a la seguridad social vigilar y controlar el destino de la materia genética y/o gametos y embriones?
 4. Se encuentra el Estado Costarricense en capacidad de soportar el costo económico de la implantación de las técnicas de reproducción asistida?
- Analizar la aplicabilidad del principio de protección especial a la familia del artículo 51 constitucional en las resoluciones dictadas por la Sala IV en materia de FIVET desde los derechos humanos a favor del elemento natural y fundamento de la sociedad y sus consecuencias en los derechos humanos de las parejas con problemas de infertilidad.
1. Cree usted que: la prohibición de la FIVET violenta los derechos humanos de las personas con problemas de infertilidad al evitarles formar una familia procreando hijos e hijas propias?
 2. Piensa usted que: El Estado está discriminando a una minoría de personas con problemas de infertilidad a formar una familia?
 3. Considera usted que: El acceso a estas técnicas debe estar limitado a parejas heterosexuales, casadas legalmente, o que mantengan una unión estable?

Conocimiento informado de los y las participantes en la entrevista semiestructurada.

San José, XX de XXX de 2012

Señor/a

XXXXXX

XXXXXX

Estimado don/doña xxx, la presente es con el propósito de solicitarle con todo respeto y consideración, su participación en una entrevista semiestructurada a llevarse a cabo en la fecha y lugar por usted escogido. Le pido solamente tener en consideración que soy Jueza de la República y mi horario de trabajo es de 7:30 a 4:30 de lunes a viernes.

El fin de la entrevista es la elaboración y culminación del trabajo de investigación de la suscrita para optar al grado de Doctora en Derecho en la Universidad Estatal a Distancia, el título de la investigación es: *"Fertilización en Vitro, familia y Constitución Política de Costa Rica. Sus implicaciones sociales y políticas de marzo de 1995 a setiembre de 2012."*

Se solicita su colaboración por considerar la doctorante que su persona debido al puesto que desempeña es de suma importancia para alcanzar los objetivos de la investigación.

De acuerdo con su decisión por favor marcar la casilla correspondiente y firmar al lado. Se le agradece su atención.

Mag. María de los Angeles Muñoz Ruíz

Si deseo participar

No deseo participar