

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

FACULTAD DE DERECHO

***DERECHOS REPRODUCTIVOS EN EL CONTEXTO DE LOS DERECHOS
HUMANOS: FECUNDACION IN VITRO EN COSTA RICA***

Tesis para optar al grado académico de Licenciatura en Derecho

**Ana Lorena Rojas Vargas
Francella Navarro Moya**

Ciudad Universitaria Rodrigo Facio

2013



16 de julio del 2013
FD-AI-0899-13

Doctor
Daniel Gadea Nieto
Decano
Facultad de Derecho

Estimado Decano:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), del (la) estudiante (s): **Francella Navarro Moya**, carné **942519** y **Ana Lorena Rojas Vargas**, carné **812553**, denominado: **"Derechos Reproductivos en el contexto de los Derechos Humanos: Fecundación In Vitro en Costa Rica"**, fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

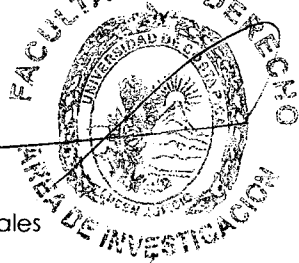
Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuse de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que: **"EL O LA ESTUDIANTE DEBERA ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU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

Tribunal Examinador

Informante	Lic. Hernán Esquivel Salas
Presidente	Lic. Oscar Hernández Cedeño
Secretaria	Lic. Francis Mora Ballesteros
Miembro	Lic. Federico Torrealba Navas
Miembro	MSc. Alfonso Gairaud Brenes

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **29 de julio del 2013**, a las **06:00 pm**, en la Sala de Réplicas, ubicada en el 5^o piso de la Facultad de Derecho, **Sede de Rodrigo Facio**.


Andrés Montejo Morales
DIRECTOR



11 de julio de 2013

Licenciado
Andrés Montejo Morales
Director
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado señor

Por este medio le informo que he leído el trabajo final de graduación de las egresadas Lorena Rojas Vargas y Francella Navarro Moya titulado "Derechos reproductivos en el contexto de los Derechos Humanos: Fecundación In Vitro en Costa Rica".

En dicha investigación se aprecia un aporte respecto de los Derechos Humanos y los Derechos Reproductivos a nivel internacional y nacional no solo en países europeos sino a nivel latinoamericano y su aplicación en relación con las técnicas de reproducción humana asistida, específicamente la técnica de Fertilización In Vitro.

Sumado a lo anterior se aprecia un estudio muy valioso en cuanto a la aplicación de los Derechos Humanos y sus repercusiones en la aplicación de la técnica de Fertilización In Vitro en Costa Rica.

En virtud de lo anterior, tengo el agrado de comunicarle que le doy mi aprobación, pues el mismo cumple ampliamente con todos los requisitos de fondo y forma exigibles a este tipo de trabajos.

Con toda consideración,

Lic. Hernán Esquivel Salas
DIRECTOR

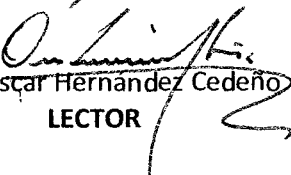
San José, 11 de julio de 2013

Licenciado
Andrés Montejo Morales
Director
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado señor:

Me permito hacer de su conocimiento que he leído el trabajo final de graduación de las egresadas Lorena Rojas Vargas y Francella Navarro Moya, titulado "Derechos reproductivos en el contexto de los Derechos Humanos: Fecundación In Vitro en Costa Rica", respecto del cual tengo el agrado de comunicarle que el doy mi aprobación, pues el mismo cumple ampliamente con todos los requisitos de fondo y forma exigibles a este tipo de trabajos.

Con toda consideración,


Lic: Oscar Hernandez Cedeño
LECTOR

San José, 11 de julio de 2013

Licenciado
Andrés Montejo Morales
Director
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado señor:

Me permito hacer de su conocimiento que he leído el trabajo final de graduación de las egresadas Lorena Rojas Vargas y Francella Navarro Moya, titulado "Derechos reproductivos en el contexto de los Derechos Humanos: Fecundación In Vitro en Costa Rica", respecto del cual tengo el agrado de comunicarle que el doy mi aprobación, pues el mismo cumple ampliamente con todos los requisitos de fondo y forma exigibles a este tipo de trabajos.

Con toda consideración,

Máster Alfonso Gajraud Brenes

LECTOR





M. L. Vilma Isabel Sánchez Castro
Bachiller y Licenciada en Filología Española. U. C. R.
Inscripción tributaria #4631004631477

A QUIEN INTERESE

Yo, Vilma Isabel Sánchez Castro, Máster en Literatura Latinoamericana, Bachiller y Licenciada en Filología Española, de la Universidad de Costa Rica; con cédula de identidad 6-054-080; inscrita en el Colegio de Licenciados y Profesores, con el carné N° 003671, hago constar que he revisado el trabajo de investigación, con conclusiones y con su bibliografía. Y he corregido en él los errores encontrados en ortografía, redacción, gramática y sintaxis. El cual se intitula

DERECHOS REPRODUCTIVOS EN EL CONTEXTO DE LOS DERECHOS HUMANOS: FECUNDACION IN VITRO EN COSTA RICA

**ANA LORENA ROJAS VARGAS
FRANCELLA NAVARRO MOYA**

**LICENCIATURA EN DERECHO
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA**

FACULTAD DE DERECHO

Se extiende la presente certificación a solicitud de las interesadas, en la ciudad de San José a los catorce días del mes de julio de dos mil trece. La filóloga no se hace responsable de los cambios que se le introduzcan al trabajo posterior a su revisión. Y que no estén contemplados en el CD de respaldo.

Vilma Sánchez Castro

AGRADECIMIENTOS

Nuestro más sincero agradecimiento a quienes inspirados en un auténtico ánimo de colaboración y solidaridad, nos han brindado su ayuda con ideas, puntos de vista, aclaraciones y valiosa información

Sonia Patricia Villegas Grijalba
William Vega Murillo
T. Mangel León
José Agustín Ureña Álvarez
Herman Víquez
Edwin Zúñiga Rojas

“Dar valor a nuestras palabras, a nuestras ideas, a nuestros deseos, es cuestión de voluntad, es cuestión de integridad, es permitirse ser consecuentes y no dejar las cosas en una mera posibilidad”

Lorena Rojas Vargas.

“Cuando lo que pensamos no coincide con lo que decimos, cuando lo que decimos no coincide con lo que hacemos, estamos frente a una doble moral”

Francella Navarro Moya.

INDICE

INDICE	iv
RESUMEN	x
FICHA BIBLIOGRÁFICA	xiii
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	7
LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS EN EL MARCO DE LOS DERECHOS HUMANOS	7
1. DERECHOS HUMANOS	7
1.1. CONCEPTO.....	7
1.2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS DERECHOS HUMANOS	11
2. DERECHOS REPRODUCTIVOS.....	15
2.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS	15
2.2. DERECHOS REPRODUCTIVOS COMO DERECHOS HUMANOS.....	18
2.3. CONCEPTO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS	21
2.4. CONTENIDO DE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS	25
2.5. DERECHOS REPRODUCTIVOS COMO DERECHOS HUMANOS DE PRIMERA GENERACIÓN	35
3. CONSIDERACIONES FINALES	36
CAPÍTULO II	38
FECUNDACIÓN IN VITRO COMO TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA: DESCRIPCIÓN E IMPLICACIONES JURÍDICAS	38
1. INTRODUCCIÓN	38
2. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA: ASPECTOS CIENTÍFICOS.....	41
2.1. CONCEPTO DE LAS TRHA.....	42
2.2. FINALIDAD DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.....	43
2.2.1. CAUSAS DE INFERTILIDAD	47
2.2.2. ACERCA DE LA INFECUNDIDAD	49
2.3. PROCEDIMIENTOS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.....	50

2.4.	TÉCNICAS CONEXAS A LA FECUNDACIÓN IN VITRO	62
3.	TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA: ASPECTOS JURÍDICOS	69
3.1.	DERECHO A PROCREAR O DERECHO A LA ASISTENCIA EN EL PROCESO DE PROCREACION	70
3.2.	PERSONAS BENEFICIARIAS DE LA TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA	80
3.3.	ESTATUTO JURÍDICO DEL EMBRIÓN	85
3.3.1.	ENFOQUE DOCTRINARIO	85
3.3.2.	ENFOQUES JURÍDICOS	92
4.	CONSIDERACIONES FINALES	105
CAPÍTULO III.....		113
TÉCNICAS DE FECUNDACION HUMANA ASISTIDA: EN EL DERECHO COMPARADO		113
1.	MARCO EUROPEO: LEGISLACION ESPAÑOLA, PORTUGUESA, ITALIANA Y ALGUNOS OTROS PAÍSES EUROPEOS.....	113
1.1.	OBJETO DE LAS LEYES Y ÁMBITO DE AMPLICACIÓN.....	121
1.2.	SOBRE LOS BENEFICIARIOS Y EL ACCESO A LAS TRHA.....	124
1.3.	SOBRE EL ESTATUTO JURÍDICO DEL EMBRIÓN	128
1.4.	OTRAS LEGISLACIONES EUROPEAS.....	149
1.5.	JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y TEMAS AFINES	157
2.	MARCO LATINOAMERICANO: ARGENTINA, COLOMBIA, CHILE Y ALGUNOS OTROS PAÍSES LATINOAMERICANOS	167
2.1.	JURISPRUDENCIA SOBRE LAS TRHA Y DERECHOS ASOCIADOS: ARGENTINA, CHILE Y COLOMBIA.....	176
2.1.1.	DERECHO A LA SALUD. ARGENTINA	176
2.1.2.	DERECHO A LA VIDA. ARGENTINA	182
2.1.3.	SOBRE EL ACCESO A LA PROCREACIÓN ASISTIDA Y LA POSIBLE VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA VIDA DE LOS NO NACIDOS. ARGENTINA	182
2.1.4.	VALOR JURÍDICO DEL EMBRIÓN Y SU PROTECCIÓN JURÍDICA. ARGENTINA	184

2.1.5.	DERECHOS REPRODUCTIVOS Y EL DERECHO A LA SALUD. COLOMBIA.....	192
2.1.6.	EL DERECHO A LA VIDA Y EL NASCITURUS. COLOMBIA.....	199
2.1.7.	EL ESTATUTO JURÍDICO DEL EMBRIÓN AL AMPARO DEL DERECHO A LA VIDA. CHILE.....	205
2.1.8.	OTROS PAÍSES LATINOAMERICANOS.....	209
3.	CONSIDERACIONES FINALES.....	210
CAPÍTULO IV.....		217
DERECHOS REPRODUCTIVOS: MECANISMOS INTERNOS DE RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE Y SU RELACIÓN CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....		217
1.	RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL AMBITO NACIONAL DE LOS ESTADOS.....	217
1.1.	GENERALIDADES.....	217
1.2.	NATURALEZA JURÍDICA DE LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS COMO FUENTE DE OBLIGACIONES PARA LOS ESTADOS.....	219
2.	OBLIGACIONES CORRELATIVAS DE LOS ESTADOS, EN LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS.....	224
2.1.	PREÁMBULO.....	224
2.2.	OBLIGACIONES INTERNACIONALES Y NACIONALES DE LOS ESTADOS PARTE DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS.....	229
2.2.1	OBLIGACIÓN DE RESPETO Y PROMOCIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	231
2.2.2	OBLIGACIÓN DE ADOPTAR MEDIDAS PARA HACER EFECTIVOS LOS DERECHOS HUMANOS.....	241
2.2.3	LA OBLIGACIÓN DE GARANTÍA DE GOCE Y PLENO EJERCICIO DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	245
3	INCORPORACIÓN, JERARQUÍA Y VALOR NORMATIVO, DE LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS EN LA LEGISLACIÓN INTERNA DE LOS ESTADOS.....	258
3.1	LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS, EN LOS ESTADOS NACIONALES: SU JERARQUÍA.....	263

4	INTRODUCCIÓN, RECONOCIMIENTO Y APLICACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE, DE LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS.....	269
4.1	ACERCA DEL VALOR JURÍDICO DE LAS DECISIONES DE LA SALA CONSTITUCIONAL EN TORNO A LOS DERECHOS HUMANOS.....	278
5	DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE.....	284
5.1	ACERCA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: SU CONCEPTO Y RELACIÓN CON LOS DERECHOS HUMANOS.....	290
5.2	LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE.....	293
5.3	TUTELA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y FUNDAMENTALES.....	294
5.3.1	LA TUTELA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN COSTA RICA.....	295
6	CONSTITUCIÓN Y DERECHOS REPRODUCTIVOS EN COSTA RICA..	297
6.1	DERECHOS REPRODUCTIVOS EN COSTA RICA.....	297
7	DERECHOS FUNDAMENTALES, DERECHOS REPRODUCTIVOS Y SU RELACIÓN CON EL ACCESO A LA FIV	302
7.1	ACERCA DEL DERECHO A FUNDAR UNA FAMILIA.....	302
7.2	DERECHO A LA REPRODUCCIÓN.....	309
7.3	DERECHO A LA VIDA	310
7.4	DERECHO A LA SALUD	317
7.5	ACERCA DEL DERECHO A LA SALUD REPRODUCTIVA	319
7.6	DERECHO A LA LIBRE AUTODETERMINACIÓN	320
7.7	DERECHO A LA INTIMIDAD O PRIVACIDAD.....	323
7.8	PRINCIPIO DE IGUALDAD Y EL DERECHO A NO SER DISCRIMINADO	324
7.9	ADELANTOS CIENTÍFICOS	325
8	APLICACIÓN Y CUMPLIMIENTO DE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS.....	325
9	CHOQUE DE DERECHOS FUNDAMENTALES.....	329
10	TEST DE RAZONABILIDAD CONSTITUCIONAL	332
10.1	COMPONENTES DE LA RAZONABILIDAD.....	333

11	CONSIDERACIONES FINALES	333
	CAPÍTULO V	342
	LA TÉCNICA DE FERTILIZACIÓN IN VITRO EN COSTA RICA.....	342
1.	ANTECEDENTES DE LA FERTILIZACIÓN IN VITRO (FIV) EN COSTA RICA	342
1.1.	PRIMEROS PASOS DE LA FIV EN COSTA RICA.....	342
1.2.	LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS ANTE LA PRESUNTA VIOLACIÓN DE DERECHOS.....	349
1.2.1.	INFORME DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.....	353
1.2.2.	ACCIONES DEL ESTADO COSTARRICENSE PARA DAR CUMPLIMIENTO A LAS RECOMENDACIONES DE LA CIDH. PROYECTOS DE LEY SOBRE FIV	362
1.2.3.	ACCIONES JUDICIALES A LO INTERNO DE COSTA RICA EN EL ÍTERIN DE LA RESOLUCIÓN DEL CASO POR PARTE DE LA CIDH.....	373
1.3.	EL ESTADO COSTARRICENSE ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.....	374
1.3.1.	SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	376
1.3.2.	CONCLUSIONES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL CASO CONCRETO	379
1.4.	EFFECTOS DE LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN COSTA RICA	388
2.	CRITERIOS DE LOS ACTORES MÁS RELEVANTES SOBRE LA TÉCNICA DE FERTILIZACIÓN IN VITRO EN COSTA RICA.....	398
2.1.	SECTOR PÚBLICO.....	400
2.2.	AGRUPACIONES PRIVADAS DE INTERÉS PÚBLICO Y OTRAS ASOCIACIONES PROFESIONALES Y SOCIALES.....	416
2.3.	IGLESIA CATÓLICA.....	422
3.	CONSIDERACIONES FINALES	428
	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	431
	BIBLIOGRAFÍA CITADA Y CONSULTADA.....	451

RESUMEN

Esta investigación pretende ofrecer un análisis descriptivo de los derechos reproductivos en el marco del derecho internacional de los derechos humanos y su estado en la legislación interna.

A fin de lograr el objetivo señalado antes, se buscó caracterizar los derechos reproductivos a partir de la naturaleza de los tratados de derechos humanos, cuya jerarquía y valor jurídico, viene definida desde la Constitución de los diferentes Estados.

En lo que respecta al ordenamiento jurídico costarricense, algunos derechos humanos ya se encuentran consagrados como derechos fundamentales en la Constitución Política y, desde allí adquieren reconocimiento y protección especial. Otros derechos humanos, por el contrario, ingresan al bloque de constitucionalidad en virtud del principio de expansibilidad de los derechos, que para Costa Rica viene definido desde el artículo 48 de la Constitución, algunos otros se internalizan a través de los tratados relativos a los derechos humanos.

Es precisamente desde tal enfoque que se caracteriza a los derechos reproductivos, que si bien cuentan con características que le son propias, estos tienen su fundamento primario en otros derechos previamente reconocidos y consagrados en el ordenamiento jurídico internacional de los derechos humanos. En Costa Rica, algunos de los derechos base o fundamento de los derechos reproductivos, ya se encuentran explícitamente consagrados en la Constitución Política; algunos otros, ingresan al bloque de constitucionalidad en virtud del artículo 48 de la Constitución Política y, otros ingresan en virtud de los tratados suscritos por Costa Rica sobre derechos humanos.

Importa señalar que los derechos reproductivos toman vida en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos y los tratados que en él han suscrito los diferentes Estados, entre ellos Costa Rica.

Estos son definidos como aquellos derechos relacionados con el derecho básico a la reproducción, vistos desde sus funciones y procesos y el libre ejercicio de la procreación, tal que toda persona tenga libertad de decidir procrear o no hacerlo, convenir cuántos hijos tener, qué espacio dejar entre los nacimientos y los medios para lograrlo.

Desde el enfoque antes señalado, se trató de determinar el grado de reconocimiento, respeto y aplicación que gozan los mencionados derechos en el ordenamiento jurídico interno. Para ello se tomó como parámetro de análisis las técnicas de reproducción humana asistida.

Para tal fin, se consideró importante describir las técnicas de reproducción humana asistida, como parte de los derechos reproductivos; los mismos que son aplicados en gran número de países de la región.

La descripción que se ofrece de las técnicas de reproducción humana asistida, que incluye la Fecundación In Vitro (FIV) encierra los objetivos de cada una de ellas y cómo se insertan en el ámbito de la salud reproductiva y cómo ellas son interpretadas a la vera de los derechos reproductivos.

Es en el contexto señalado, que se aborda todo lo relativo a la denominada prohibición de la FIV en Costa Rica y la sentencia emitida por la Corte IDH, que ha conducido a que Costa Rica inicie una serie de acciones destinadas a reconocer el acceso a la FIV.

A fin de conseguir el objetivo propuesto en la presente investigación se realizó un análisis documental, de normativa y jurisprudencia, tanto nacional como internacional, se asistió a cursos y seminarios sobre temas de derechos humanos y derechos reproductivos desde los cuales se aportaron elementos de análisis a la investigación.

Con respecto de dicha información, se realizó la recolección y análisis correspondiente y con ello se fundamentó el trabajo final de graduación y se sustentaron las conclusiones y recomendaciones correspondientes.

Así las cosas, se llegaron a las siguientes conclusiones: a) Los derechos reproductivos se inscriben en el marco de los derechos humanos de primera generación. Estos se definen como aquellos derechos asociados al ejercicio de la procreación, sus funciones y procesos, así como al derecho a decidir el número de hijos, el esparcimiento entre ellos y los medios para lograrlo; b) al interior de los derechos reproductivos se encuentran las TRHA, incluyendo claro está la FIV, como un derecho asociado tanto a la salud sexual y reproductiva como al acceso al avance científico; c) las TRHA han sido enfocadas a la luz del derecho básico a la reproducción, siendo que estas son vistas como un derecho a la asistencia médica para hacer posible la procreación; todo ello enfocado desde el marco del derecho comparado; la diferencia entre una y otra forma de enfocarlo está asociado a la ideología que ostenta cada país; d) en el caso de Costa Rica algunos de los derechos reproductivos se encuentran consagrados en la Constitución Política, como lo son el derecho a la intimidad y a la no discriminación; e) Costa Rica a pesar de que ha hecho algunos esfuerzos encaminados a reconocer y aplicar los derechos reproductivos; sin embargo, estos no han sido suficientes, prueba de ello es la reciente atribución de responsabilidad internacional por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, motivada en la imposibilidad que hasta ahora ha existido en el territorio costarricense para acceder a la FIV, como una técnica que permite coadyuvar en el problema de infertilidad. Técnicas aceptadas y de amplia aplicación en gran número de países.

FICHA BIBLIOGRÁFICA

Rojas Vargas, Ana Lorena y Navarro Moya, Francella. Derechos Reproductivos en el contexto de los Derechos Humanos: Fecundación In Vitro en Costa Rica. Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2013. IV, 434

Director: Lic. Hernán Esquivel Salas

Palabras claves: Derechos humanos, derechos reproductivos, derechos fundamentales, fecundación in vitro, procreación, fertilidad, infertilidad, técnicas de reproducción humana asistida, jerarquía de los tratados, naturaleza jurídica de los tratados, mecanismos internos de protección, obligaciones internacionales, tratados sobre derechos humanos.

INTRODUCCIÓN

Los adelantos científico-tecnológicos, así como las nuevas y complejas relaciones sociales, han conducido a los diferentes sectores humanos a reconocer y clamar por nuevos derechos; o bien, a reconceptualizar los existentes. Algunos de ellos son reclamados dentro del marco de los Derechos Humanos, por considerarlos inherentes al ser humano como tal.

No obstante, los diferentes grupos sociales persiguen, no sólo el reconocimiento de ciertos derechos como derechos humanos; sino que, también se pretende la promoción y protección efectiva de estos, al interior de los Estados.

Tarea que no resulta fácil, ya que, el reconocimiento de algunos de estos derechos, deben enfrentar verdaderas dificultades para ser aplicados, como tales. Continúa siendo un reto sobrepasar ciertas controversias sociales, jurídicas, ideológicas, culturales e incluso religiosas que, de alguna manera, tornan compleja la labor.

Dentro de dicho contexto se encuentran los derechos reproductivos, conceptualizados por primera vez en la Conferencia Mundial sobre la Población y el Desarrollo, celebrada en el Cairo en el año 1994, como aquellos derechos que poseen las personas a decidir de manera libre, el número de hijos, el intervalo entre estos y los medios para lograrlo.

No obstante, a pesar de la definición esbozada, los derechos reproductivos, se enmarcan dentro del contexto de los derechos humanos ya reconocidos a través de convenios y tratados internacionales, los cuales son re conceptualizados y replanteados y vienen a servir de fundamento de aquellos. En este sentido, se pueden citar entre otros derechos, los siguientes: el derecho a conformar una familia, el derecho a la salud en general, el derecho a la salud sexual y reproductiva, el derecho a la intimidad y privacidad.

Dado lo anterior, es primordial determinar la forma en que los diferentes derechos hacen su ingreso en el ordenamiento interno de los Estados, así como el valor jurídico que les es atribuido; es de suma importancia, pues ello conlleva a examinar el grado de cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados, al suscribir los diferentes instrumentos de derecho internacional relativos a los derechos humanos. Reconocer, promover y garantizar los derechos humanos es parte de las obligaciones asumidas por los diferentes Estados. Determinar el efectivo reconocimiento, aplicación y garantía de los derechos, debe constituirse en una tarea, que permita a los Estados a replantear su tarea y, dirigirse a enmendar aquellas acciones que obstaculizan la consecución de los compromisos internacionales adquiridos y el ejercicio pleno de los derechos.

A partir de lo planteado anteriormente, es importante determinar de qué manera son reconocidos los derechos reproductivos en Costa Rica, qué valor jurídico se les atribuye, cuáles son las acciones tomadas por el Estado costarricense para hacer efectivos los derechos citados, cuál es el grado de garantía y reconocimiento de los mismos. En especial, tomando como punto de referencia que Costa Rica ha estado inmersa en una discusión relativa a un posible derecho a la asistencia médica, que tienen las personas infértiles para acceder la Técnica de Fecundación In Vitro (FIV), como forma de evadir los problemas de esterilidad. Problema que en lo fundamental, ha sido trazado desde un enfoque de los derechos reproductivos.

A partir de lo señalado es que en esta investigación se establece como objetivo principal analizar los derechos reproductivos en el marco de los derechos humanos y específicamente, determinar la dimensión de reconocimiento de los derechos reproductivos contenidos en el ordenamiento jurídico costarricense, en el caso específico de la FIV como forma de reproducción humana asistida.

El objetivo en mención se alcanza a través del análisis, en primer término, de los derechos reproductivos como derechos humanos de primera generación; lo anterior en tanto no es posible referirse a los derechos reproductivos, sin hacer alusión a los derechos humanos, debido a que los primeros sientan su origen y reconocimiento en los segundos.

En virtud de lo anterior, en esta investigación se desarrollan aquellos aspectos esenciales como son: el concepto de derechos humanos y su evolución histórica, el concepto de derechos reproductivos y sus antecedentes históricos, así como el contenido de los derechos reproductivos.

Todo lo anterior lleva a contextualizar a los derechos reproductivos en el marco de los derechos humanos de primera generación.

En segundo lugar, esta investigación ofrece una síntesis sobre la FIV como una técnica de reproducción humana asistida, en este sentido, se ofrece una descripción de los aspectos científicos de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) y, el problema que dichas técnicas pretenden resolver con respecto de la esterilidad, así como un breve desarrollo de las técnicas conexas a la FIV.

Posterior a la descripción científica y doctrinaria con respecto de los temas antes señalados, se hace un análisis de las TRHA y específicamente de la FIV a partir de un enfoque jurídico, desarrollando aspectos esenciales como: el derecho a procrear, personas beneficiarias de las TRHA y el estatuto jurídico del embrión. Discusión que en lo esencial, se enmarca en los derechos reproductivos.

En tercer término y como complemento a los aspectos antes señalados, se hace un análisis del derecho comparado sobre las TRHA y en particular sobre la FIV, tanto desde el punto de vista de la regulación sobre el tema, como a nivel jurisprudencial, aspecto que dependerá de cada país en estudio. Cabe señalar en este punto, que con el fin de cumplir con lo propuesto, se optó por elegir países de dos distintos continentes: España, Portugal e Italia, del continente europeo y; Argentina, Colombia y Chile, del continente americano.

En el marco europeo, se analiza la legislación española, portuguesa e italiana, con respecto de ella se consideran aspectos puntuales como el objeto de las leyes y ámbito de aplicación, los beneficiarios y la regulación sobre el estatuto jurídico del embrión.

En el marco latinoamericano se analiza la jurisprudencia de Argentina, Colombia y Chile sobre el derecho a la salud, el derecho a la vida y el acceso a la procreación asistida y la posible vulneración del derecho a la vida de los no nacidos, así como el valor jurídico del embrión. Sin demérito del estudio que se realiza, de la reciente Ley argentina sobre la reproducción asistida.

Lo anterior permite además, tener un espectro de análisis amplio e integral con respecto de lo señalado por el Tribunal europeo de Derechos Humanos (Corte Europea) sobre las TRHA y temas asociados.

En cuarto lugar, se realiza una descripción de los mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos y, en específico, de los derechos reproductivos, así como un análisis de los derechos reproductivos al interior del ordenamiento jurídico costarricense.

A fin de alcanzar dicho objetivo, esta investigación se detiene a realizar un análisis sobre la naturaleza jurídica de los tratados sobre derechos humanos como fuente de obligaciones para los Estados.

En virtud de lo anterior, se ofrece una síntesis de las obligaciones internacionales y nacionales de los Estados en los tratados sobre derechos humanos, obligaciones de respeto y promoción universal de los derechos humanos, así como obligaciones de adoptar medidas para hacer efectivos dichos derechos y de garantía de goce y pleno ejercicio de los derechos humanos.

Asimismo, se hace un análisis con respecto de la introducción, reconocimiento y aplicación en el ordenamiento jurídico costarricense, de los tratados sobre derechos humanos.

Sumado a lo anterior y por resultar de especial relevancia para esta investigación, se hace un análisis sobre los derechos humanos y los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico costarricense y, finalmente, se desarrollan aquellos derechos reproductivos en Costa Rica vinculados con el acceso a la FIV y, su

relación con los derechos fundamentales, tomando en consideración la aplicación y el cumplimiento de los derechos reproductivos involucrados.

Finalmente y como un quinto aspecto desarrollado en la presente investigación, se hace un análisis descriptivo de la situación de la FIV en Costa Rica; para lo cual, se describen los antecedentes de la aplicación de la técnica de FIV, que incluye los primeros pasos de la FIV, la petición realizada ante la Comisión Interamericana por la violación de Derechos Humanos por parte del Estado costarricense; así como, lo relativo al procedimiento realizado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Todo lo anterior en virtud de la resolución 2000-02306 de la Sala Constitucional, mediante la cual se prohibió en el año 2000, la práctica de la FIV en Costa Rica.

Cabe indicar que, en dicho capítulo, se hace una síntesis de lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con respecto de dicha prohibición y, de los efectos e implicaciones que tuvo en la práctica, así como lo resuelto por dicho Tribunal Internacional, con respecto de dicha prohibición.

Como último aspecto, se hace una breve descripción de los diferentes criterios relevantes sobre la técnica de FIV en Costa Rica, tanto en el Sector Público como con respecto de los criterios externados por agrupaciones privadas de interés público y otras asociaciones profesionales y sociales, así como lo señalado por la Iglesia Católica, como un actor relevante en la sociedad costarricense.

Sobre todo lo anterior, se emite una serie de conclusiones y recomendaciones con respecto de la temática tratada a lo largo del presente trabajo de investigación.

A fin de conseguir los objetivos propuestos en la presente investigación, se realizó un análisis documental exhaustivo sobre temas de derechos humanos, derechos reproductivos, fertilización in vitro y aspectos asociados; así como, derecho internacional público y derecho constitucional; sobre lo cual, se realizó la recolección, revisión y clasificación documental.

El análisis documental consistió, en la consulta de textos, artículos, investigaciones y, trabajos finales de graduación, entre otros; en la definición; y en la delimitación de los aspectos relevantes y asociados con cada uno de los temas desarrollados en cada capítulo. Así como, en el análisis y desarrollo de dichos temas, en cada capítulo.

Se llevaron a cabo cursos y, se asistió a congresos y seminarios relacionados con derechos humanos, derechos reproductivos y fertilización in vitro, sobre los cuales se tomó en consideración la información brindada en cada una de las actividades y se incorporó la información relevante al trabajo de investigación.

Además, se realizó investigación en línea, tanto de documentos relacionados con la materia, como de legislación europea y latinoamericana sobre los aspectos desarrollados.

El presente trabajo final de graduación, requirió además, el análisis de jurisprudencia, tanto nacional como internacional, sobre aspectos como el derecho a la vida, el estatuto jurídico del embrión, los derechos reproductivos, el derecho a procrear, las técnicas de reproducción humana asistida, entre otros.

Aunado a lo anterior, se dio seguimiento a lo sucedido en Costa Rica sobre la FIV, incluyendo, la audiencia celebrada por la Corte IDH en el caso concreto de Costa Rica y, el seguimiento exhaustivo de los proyectos de ley, que se encontraban en la Asamblea Legislativa sobre la técnica de FIV y temas asociados.

Sobre cada tema y con la información recopilada y analizada se fundamentó el trabajo final de graduación y, se sustentaron las conclusiones y recomendaciones correspondientes.

CAPÍTULO I

LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS EN EL MARCO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Referirse a los derechos reproductivos, sin hacer alusión a los derechos humanos, no es posible; debido a dos consideraciones fundamentales. Primero, en cuanto los derechos reproductivos sientan su origen y reconocimiento en los derechos humanos.

Segundo, porque ellos por sí mismos, se constituyen en verdaderos derechos humanos que gozan de características propias, reconocidas por los Estados.

Así, este capítulo pretende sustentar las premisas antes señaladas, mediante la exposición de aquellos aspectos esenciales que llevan a contextualizar a los derechos reproductivos en el marco de los derechos humanos.

1. DERECHOS HUMANOS

1.1. CONCEPTO

Concretar un concepto único y definitivo sobre derechos humanos, no es tarea fácil. Sin embargo, para efectos de esta investigación, el concepto en cuestión se entenderá como aquel conjunto de derechos y libertades que cada persona tiene por el solo hecho de ser humano; en otras palabras, son derechos connaturales o inherentes a toda persona humana, que tienen su origen y fundamento en los principios de libertad, igualdad y dignidad humana. Asimismo, estos derechos evolucionan históricamente y han sido reconocidos y positivizados, tanto en el ámbito internacional, como al interior de cada uno de los Estados; siendo que estos, deben respetar, garantizar y organizar su acción, para el pleno ejercicio de los mencionados derechos.

La definición antes esbozada trata de concertar los conceptos esgrimidos por autores como Peces-Barba (1979) y Fernández (1982).

El primero, concibe los derechos humanos como aquella:

“Facultad que la norma atribuye de protección a la persona en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación política y social, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte a su desarrollo integral como persona, en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto de los demás hombres, de los grupos sociales y del Estado y con posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo del Estado en caso de infracción”¹

Fernández (1982), por su parte, usando el vocablo derechos morales en lugar de derechos humanos, sostiene: “estos deben ser reconocidos y garantizados por la sociedad, el derecho y el poder político, sin ningún tipo de discriminación social, económica, jurídica, política, ideológica, cultural o sexual.”² Son derechos fundamentales, estrechamente relacionados con la idea de dignidad humana y sus condiciones de desarrollo.

En otras palabras, los derechos humanos se relacionan con ámbitos esenciales del desarrollo de las personas y, se aparecen como una exigencia de respeto y reconocimiento frente a todo congénere y, de cara al Estado mismo, siendo este último su garante.

Como dice Pérez Luño (1984):

“[...] los Derechos Humanos aparecen como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales

¹PECES-BARBA, Gregorio. *Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Latina Universitaria, 1979 p. 27

²FERNÁNDEZ, Eusebio. *El Problema del Fundamento de los Derechos Humanos*. En Anuario del Instituto de Derechos Humanos. Madrid: Editorial Universidad Complutense de Madrid, 1982 p. 76.

deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.”³

Haba (2004), por su parte, señala que los derechos humanos son:

“[...] determinados “derechos”-y también obligaciones- de los individuos, que a estos les corresponden indeclinablemente; [...] más allá de que los reconozca o no una autoridad política”⁴

En virtud de lo anterior, es posible hacer referencia a cuatro aspectos fundamentales contenidos en la definición inicial de este apartado, compartidos por las restantes definiciones. En primer lugar se encuentra la idea de que los derechos humanos son inherentes a toda persona humana, con independencia del sexo, nacionalidad, lugar de residencia, religión, origen, o cualquier otra condición equivalente.

Esta percepción de los derechos humanos, de acuerdo con los distintos autores, suele encontrar su antecedente en el derecho natural, ya que, remite a valores e ideas de naturaleza absoluta que anteceden al hombre y existen por sí mismos y se aparecen para ser reconocidos.

Sobre el carácter inherente de los derechos humanos se construye, además, la visión de universalidad e inmutabilidad que también le son propias. Son universales, en cuanto toda persona humana es su titular; más allá de toda consideración relativa a los diferentes regímenes políticos, sociales o culturales que puedan existir. Se consideran inmutables, en tanto no cambian y son compartidos en igual sentido por toda persona humana.

³PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Editorial Tecnos, 1984, p. 48.

⁴HABA, Pedro Enrique. *Axiología Jurídico Fundamental (Axiología II): Bases de valoración en el discurso jurídico*. San José, C.R.: Editorial de la Universidad de Costa Rica, 2004, p. 111.

No obstante, los derechos humanos no se agotan en lo señalado, antes bien, existe otra cualidad que los define y, en este sentido, debe mencionarse su característica de inviolabilidad, siendo que, ninguna persona o autoridad pública puede actuar legítimamente en contra de los derechos en mención; salvo, limitaciones relacionadas con el bien común.

La inviolabilidad de los derechos humanos, deviene al igual que la universalidad e inmutabilidad, del carácter inherente a la persona humana y dignidad que a esta cubre. Los derechos humanos en este sentido, se imponen para ser protegidos y garantizados, siendo que el Estado se constituye en su garante.

Un segundo aspecto a considerar, toma fundamento, en tres ejes esenciales del ser humano, como son: la libertad, la igualdad y dignidad. La libertad, entendida como principio aglutinante de la lucha de los derechos humanos, reconocida como único derecho natural. La igualdad, como el derecho humano más importante, en tanto postulado que fundamenta los derechos sociales; y, finalmente, la dignidad debe entenderse como el reconocimiento y afirmación de la dimensión moral de la persona.

Un tercer aspecto que define los derechos humanos, es la progresividad. Característica que se evidencia, en la constante evolución de los derechos humanos, al extenderse en el futuro, a otros derechos antes no reconocidos, de manera expresa.

Bajo el enfoque de progresividad, lo fundamental es considerar que, si bien, los derechos humanos se concretan en su origen al momento histórico y se perciben, en ese sentido, como inmutables e inherentes (bajo el fundamento iusnaturalista racionalista de los Derechos Humanos), ellos evolucionan en el tiempo.

Así las cosas, derechos humanos, hoy relevantes, como los derechos reproductivos, no fueron así considerados en las primeras declaraciones. No obstante, son producto de la evolución de principios tan fundamentales, como: el derecho a la libertad, la igualdad, la no discriminación y el derecho básico a la salud. Principios, todos ellos, propios de las más tempranas expresiones de los derechos humanos.

Como dirá Facio (2008), los derechos humanos, son dinámicos y se encuentran en permanente expansión a fin de responder a “demandas de grupo de seres humanos excluidos de su protección o debido a los avances en el conocimiento humano [...] que

progresivamente, tanto desde su teoría como en su práctica, se ha ido profundizando y ampliando el contenido de cada derecho humano, al tiempo que se sumaban nuevos derechos como parte integral e indivisible de los derechos humanos reconocidos.”⁵

Ahora bien, no se puede omitir decir que, la progresividad de los derechos humanos se encuentra aparejada a una imposibilidad de regresividad. En otras palabras, no es posible ni aceptable involucionar en los logros obtenidos en el avance de esos derechos.

Finalmente, en cuanto a la positivización de los derechos humanos, no solo se alude a la inclusión de estos en los instrumentos normativos a nivel nacional e internacional y las obligaciones (positivas o negativas) exigibles por los particulares frente al Estado; sino que, también, se contemplan las estrategias de la implementación para proteger y garantizar, así como satisfacer tales derechos⁶.

1.2.EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Aún cuando es posible llamar la atención sobre eventos históricos⁷ a partir de los cuales se configura el contenido de lo que luego se conocerá como “derechos humanos”; lo cierto es que, temporal y formalmente, el surgimiento de tales derechos se ubica desde mediados de la década de los 40, como resultado de la violación de derechos suscitada a causa de las dos guerras mundiales. Circunstancia que llevó a la comunidad internacional, al convencimiento de la necesidad de generar un sistema de protección internacional de los derechos humanos.

Los primeros documentos emitidos en el sentido de lo dicho son: la Carta de las Naciones Unidas⁸ (en adelante CNU) y la Declaración Universal de Derechos Humanos⁹ (en adelante DUNH ó Declaración Universal).

⁵ FACIO, Alda. Los derechos reproductivos son derechos humanos. En: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Los derechos reproductivos son derechos humanos* (1); San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), 2008.

⁶UPRIMNY YEPES, R., UPRIMNY YEPES, I. y PARRA VERA, O. *Derechos humanos y derecho internacional humanitario*. Módulo de autoformación. Fundación Social, Consejo Superior de la Judicatura. Bogotá: Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” 2005.

⁷ Históricamente, los derechos de naturaleza individual y social, se perfilan como derechos humanos, desde antes de su formal reconocimiento. Documentos como la Carta Inglesa de Derechos de 1689, la Carta Americana de Derechos de 1791 y la Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, sirven como evidencia de lo antes señalado.

⁸ Carta de Naciones Unidas, firmada el 26 de junio de 1945, en San Francisco (USA).

No obstante, los derechos humanos suelen ser comprendidos a partir de diferentes generaciones¹⁰, que actúan como criterio funcional de clasificación, que se relaciona con la naturaleza de los derechos y los deberes que ellos implican.

Las generaciones de derechos humanos se contextualizan en tiempos, circunstancias y espacios históricos determinados y van aparejados a un paulatino reconocimiento en los ordenamientos jurídicos, respondiendo así a una progresiva cobertura de los derechos señalados; que vienen a involucrar en cada caso, obligaciones diversas para los Estados.

La primera generación de derechos, históricamente se ubica a finales del siglo XVIII y está relacionada con el constitucionalismo clásico. Son derechos que surgen en respuesta a los regímenes absolutistas (como resultado de los movimientos revolucionarios de la época). Denominados comúnmente “libertades clásicas” y, más específicamente, reconocidos como derechos civiles y políticos. Son derechos dirigidos a proteger al individuo de los excesos del Estado y a garantizar la participación política de los ciudadanos. Estos derechos son los primeros que se consagran en los ordenamientos jurídicos internos y en el sistema internacional de derechos humanos.

Los derechos humanos de primera generación están vinculados con el principio de libertad y, se concretan en: las llamadas libertades individuales (v. gr. libertad religiosa, libertad de pensamiento, libertad de expresión), en las garantías procesales (v. gr. debido proceso, presunción de inocencia, derecho de defensa), en algunas dimensiones de la igualdad formal (v. gr. igualdad ante la ley), así como también en el derecho de propiedad visto como garantía de la autonomía individual¹¹ y en el derecho político al sufragio.

Frente a los derechos de esta generación, el Estado debe abstenerse de interferir en el ejercicio y goce de los mismos. Son derechos de exigibilidad inmediata de cara al

⁹ Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en 1948.

¹⁰ La división de los derechos humanos en generaciones fue concebida por primera vez por Karel Vasak en 1979, inspirado en los ideales de la revolución francesa: libertad, igualdad y fraternidad.

¹¹ PECES-BARBA, Gregorio. Op. cit. p. 275.

Estado y, solo bajo circunstancias específicas de emergencia, algunos de ellos pueden ser limitados.

Los derechos de primera generación se positivizan en la normativa internacional, en la edad contemporánea, nombre con el que se designa el período histórico que inicia con la Revolución Francesa (1789) y llega hasta la actualidad (tal que se incluyen tanto el siglo XIX, como los siglos XX y XXI). Será en este mismo periodo histórico que se gestan los derechos humanos de segunda y tercera generación.

Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se reconocen como derechos de segunda generación y son incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948. Estos derechos se resumen en el derecho a la seguridad social, al trabajo, en condiciones equitativas y satisfactorias, a formar sindicatos, a un nivel de vida adecuado, a la salud física y mental, a la asistencia especial durante la maternidad y lactancia, a la educación, a la cultura y a participar del progreso científico y de los beneficios que de él resulten. Son derechos que pretenden garantizar las condiciones de vida digna para las personas y, vienen a responder a la idea de igualdad universal (con fundamento en el pensamiento humanista y socialista del Siglo XIX). Ellos se contextualizan, en el paso del Estado Liberal hacia un Estado Social de Derecho (o constitucionalismo social).

Se caracterizan como derechos de segunda generación, en tanto su reconocimiento es posterior a la de los derechos civiles y políticos. Los derechos económicos, sociales y culturales, se consideran derechos de naturaleza progresiva, cuya realización exige la actividad positiva del Estado. Los derechos de segunda generación son exigibles a los Estados en virtud de sus recursos, siendo que estos deben encaminarse a solventarlos, según su disponibilidad de recursos y, no será posible evadir con sus obligaciones si existen los medios para ello.

Tanto los derechos de primera como los de segunda generación, son derechos que surgen como respuesta a una crisis política, social y económica, a diferencia de los derechos humanos de tercera generación que surgen como producto de acuerdos de la comunidad internacional y cuya base esencial es el principio de solidaridad, al expresar

una clase de derecho comunitario o derecho de los pueblos. De ahí que se les atribuye el nombre de Derechos de Solidaridad.

Esta tercera generación de derechos tiene su origen en la segunda postguerra -a finales del siglo XX e inicios del siglo XXI-; y tienen como principio unificador la incidencia, a escala universal, en la vida de todos los seres humanos, por lo que, su realización precisa la cooperación y esfuerzo conjunto de todos los países a nivel planetario y universal.

Dentro de los derechos humanos de tercera generación se encuentran derechos como: el derecho a un medio ambiente sano y equilibrado ecológicamente¹², al desarrollo, a la autodeterminación de los pueblos¹³, el derecho a la paz¹⁴ y a la calidad de vida, las garantías frente a la manipulación genética, a la protección de datos personales¹⁵ y al patrimonio común de la humanidad¹⁶.

Los derechos humanos de tercera generación, relacionados con los avances de ciencia y tecnología, en especial los producidos en materia de ingeniería genética, obligan a los Estados a enfrentar retos importantes, en temas como la reproducción asistida o fecundación artificial, así como en temas de las terapias genéticas y clonación.

También hay quienes¹⁷ hacen alusión a una cuarta generación de derechos humanos, tal que esta incluye todos aquellos derechos no contenidos en la tercera generación (v. gr. la manipulación genética) o, que persiguen la reivindicación de

¹²Positivizado en documentos originados en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, conocida como la Cumbre de la Tierra -1992- como: La Agenda 21, La Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo y la Declaración de principios sobre los bosques y convenciones sobre el cambio climático, la diversidad biológica y la desertificación.

¹³ Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales de 1960, e incluido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)

¹⁴ Implícito en la Declaración Universal de Derechos Humanos, pero no recogido en su articulado. La Declaración sobre una Cultura de Paz aprobada por la UNESCO en 1999 establece que la paz no es sólo la ausencia de conflictos, sino que también requiere un proceso positivo, dinámico y participativo en que se promueva el diálogo y se solucionen los conflictos en un espíritu de entendimiento y cooperación mutuos.

¹⁵Al respecto, en 1990, las Naciones Unidas aprobaron los Principios Rectores para la Reglamentación de los Ficheros Computadorizados de Datos Personales.

¹⁶Regulado en la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de la UNESCO de 1972.

¹⁷ Entre ellos: Pérez Luño. En: PÉREZ LUÑO, Antonio. *La Evolución del Estado Social y la Transformación de los Derechos Fundamentales*. Madrid, España: Editorial Tecnos, 1991.

nuevos derechos. Son derechos, que no ha sido posible ubicar de manera expresa en la primera, segunda o tercera generación. Antes bien, se perciben como resultantes de la manifestación conjunta de derechos de las generaciones anteriores (ya sea todas en su conjunto, dos o una sola de esas generaciones).

Tal es el caso del derecho relacionado con la manipulación genética, derecho que viene a concebirse como una amenaza a derechos como la libertad personal, el derecho a la vida, a la integridad personal y otros derechos.

En relación con la evolución histórica de los derechos humanos antes descrita, es posible concluir, que estos derechos están íntimamente relacionados con la historia de la humanidad y surgen, en general, como una reacción a eventos que ponen en peligro la existencia humana y la vida en sociedad.

2. DERECHOS REPRODUCTIVOS

2.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Los derechos reproductivos, en el marco de desarrollo y progresividad que caracteriza los derechos humanos, como particular categoría de estos, hacen su aparición, tal y como hoy son conocidos en los años noventa; ningún pacto o convenio internacional, de naturaleza universal o regional, hace referencia expresa a ellos en su conjunto, en fecha previa a la señalada. No obstante, el concepto “derechos reproductivos”, se estima fue previamente utilizado en el año 1979, en los Estados Unidos, con la Fundación de la Red Nacional de Derechos Reproductivos.¹⁸

A pesar de lo dicho, lo anterior no significa que los derechos reproductivos estuvieran absolutamente desprovistos de resguardo en el ámbito internacional, en fechas previas a la década anotada; ya que, los antecedentes de los mencionados derechos, descansan en diversas conferencias internacionales relativas a los derechos

¹⁸ VILLANUEVA GARCÍA, Rocío. Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos. En: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos (2)*, San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), 2008, p. 17.

humanos y de población, convocadas por la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU).

Entre las conferencias a citar se encuentran: la Conferencia Internacional de Derechos Humanos, realizada en Teherán (Irán), 1968¹⁹; la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, Bucarest (Rumania), 1974; la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, Ciudad de México (México), 1984²⁰ y; finalmente, la Conferencia Internacional para mejorar la salud de las Mujeres y los Niños (Conferencia sobre la Maternidad sin Riesgo), realizada en Nairobi (Kenia), 1987²¹.

En 1968, la Conferencia Internacional de Derechos Humanos en Teherán, se pronunciaba, sobre lo que se denominó el “derecho reproductivo básico”. Considerado, en adelante, un derecho humano fundamental, según el cual los padres libremente determinan el número de hijos, así como el intervalo entre el nacimiento de los mismos. Derecho que, posteriormente, fue redefinido en 1974, en el marco de la Conferencia Mundial de Población. Para ese momento, el concepto “padres” contenido en la definición del “derecho reproductivo básico” viene a ser sustituido conjuntamente por dos términos, a saber: “parejas” e “individuos”. Así las cosas, el derecho a decidir libre y responsablemente, el número y espaciamiento entre los hijos, es atribuido en adelante a “todas las parejas y los individuos”.

También, será en esta segunda conferencia que por vez primera, se llame la atención por la necesidad de disponer de información, educación y medios necesarios para ejercer el derecho antes citado y, también será en esta ocasión que, se establezca la familia como unidad básica de la sociedad.

Años más tarde, en la Conferencia Internacional de Población en la Ciudad de México (1984), se replantea la necesidad de declarar la responsabilidad que conlleva el ejercicio del derecho reproductivo básico, con los hijos existentes y los futuros; tal que

¹⁹ Conferencia Internacional de Derechos Humanos en Teherán del 13 de mayo de 1968. Recuperado el 30 de julio de 2012 de www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD.../A.3.1.doc?..

²⁰ Naciones Unidas. *Resultados sobre la población*. Recuperado de <http://www.un.org/es/development/devagenda/population.shtml>

²¹ SHANKAR SINGH, Jyoti. *Un nuevo consenso sobre población. Balance y propuestas en el umbral del siglo XXI*. Barcelona: Icaria Editorial S.A, 2001.

sean consideradas las necesidades de estos e incluso las de la comunidad. Asimismo, en esta oportunidad, se hace referencia al derecho a los servicios de planificación familiar, que debe cubrir a quienes ostentan el derecho básico reproductivo.

Finalmente, la Conferencia Internacional para mejorar la salud de las Mujeres y los Niños (1987), por vez primera, relaciona los derechos reproductivos ya propuestos, con el derecho a la salud reproductiva.

Sin embargo, no se puede dejar de señalar que los derechos en mención han sido también considerados en conferencias internacionales asociadas a los derechos de las mujeres. Entre ellas: la Conferencia Internacional celebrada en la Ciudad de México (1975), la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres, celebrada en Nueva York (1979) y la Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre las mujeres, celebrada en Nairobi (1985). En su orden, retoman asuntos ya contenidos en las Conferencias sobre población previamente citadas: como lo son el derecho de autodeterminación de cada persona en relación a la reproducción; al ejercicio autónomo, responsable e igualitario para hombres y mujeres del derecho básico a la reproducción; y, por último, la opción libre y consciente, así como la elección de los medios para llevar adelante la reproducción.

A pesar de lo previamente expuesto, la primera definición y declaración explícita que surge en el ámbito internacional, del concepto “derechos reproductivos”, se da específicamente en 1994, en el marco del análisis de los desafíos existentes en relación con el crecimiento poblacional y de desarrollo sustentable, llevado a cabo durante la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (en adelante Conferencia del Cairo), celebrada en El Cairo²².

Por último, no se puede dejar de mencionar que, los derechos reproductivos no aparecen aún, explícitamente, en su totalidad en la Conferencia del Cairo; sino que estos continúan siendo replanteados y desarrollados posteriormente, tarea que no se puede dar por concluida hasta el momento.

²² Informe de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (1994) El Cairo, Egipto: Naciones Unidas, p.37. Recuperado de http://www.unfpa.org/webdav/site/global/shared/documents/publications/2004/icpd_spa.pdf

Es importante añadir, que la definición contenida en la Conferencia del Cairo es expuesta en iguales términos, en Plataforma de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing (China) en 1995²³.

2.2.DERECHOS REPRODUCTIVOS COMO DERECHOS HUMANOS

Los derechos reproductivos –según se plasma en la Conferencia del Cairo 1994- “*abarcan ciertos derechos humanos*” ya “*reconocidos*” en leyes nacionales y documentos internacionales sobre los derechos humanos, así como también, otros documentos aprobados en consenso.

En otras palabras, los derechos reproductivos, no tienen como antecedente único, las conferencias internacionales que en el marco de la Organización de las Naciones Unidas, han sido citadas en el apartado anterior; antes bien, será necesario, hacer mención, tal y como se señala al inicio del tema que ahora se desarrolla, a ese conjunto de “*ciertos derechos humanos*” previamente reconocidos, en diferentes instrumentos o documentos internacionales; que en su contenido hacen alusión, a lo que, se conocerá en su conjunto como derechos reproductivos; que en adelante, resultan jurídicamente vinculantes, en virtud de aquellos otros que los abarcan.

Entre esos “*ciertos*” derechos previamente reconocidos y asociados a los derechos reproductivos, se encuentran derechos como: la dignidad personal; el derecho a la vida; a la integridad personal; al libre desarrollo y bienestar; a no ser discriminado; a la libertad de conciencia y religión; a la intimidad personal (o derecho a la privacidad); al derecho a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes (o derecho a una vida sin violencia); al derecho a la salud; a formar una familia; y al derecho a la identidad étnica y cultural.

Todos estos derechos emergen de principios básicos dispuestos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Declaración de Viena; la Declaración de Naciones Unidas sobre el Progreso y el Desarrollo Social; el Pacto

²³ Recuperado de <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20S.pdf>.

Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁴; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁵; la Convención Sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW)²⁶; la Convención Contra la Tortura y Tratos o Penas Cruelles o Degradantes²⁷; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial²⁸ y la Convención Sobre los Derechos del Niño²⁹, en tanto documentos relacionados al interior del régimen universal de derecho internacional.

Desde el punto de vista regional, los derechos reproductivos se asocian con documentos tales como: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre³⁰, la Convención Americana sobre Derechos Humanos³¹ (en adelante CADH ó Convención Americana) y su Protocolo Adicional en materia de derechos económicos, sociales y culturales o Protocolo de San Salvador³²; y, finalmente, la Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Belén Do Pará)³³.

Al tomar como referencia lo antes expuesto, es claro que los derechos reproductivos, no constituyen, derechos humanos nuevos; antes bien, son derechos cuyos principios básicos existen desde 1948 y, cuya proclama actual, obedece a la evolución de principios contenidos en normativa anterior. Son derechos re conceptualizados, replanteados y proclamados en términos más amplios en

²⁴ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Vigencia internacional a partir del 23 de marzo de 1976. En Costa Rica, aprobado mediante Ley 4229 del 11 de diciembre 1968.

²⁵ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Vigencia internacional a partir del 23 de marzo de 1976. En Costa Rica, aprobado mediante Ley 4229 del 11 de diciembre de 1968.

²⁶ Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 y entra en vigor como tratado internacional el 3 de setiembre de 1981.

²⁷ Convención contra la Tortura y tratos o penas crueles o degradantes. Vigencia internacional a partir del 26 de junio de 1987. En Costa Rica aprobada, mediante Ley 7351 de 21 del 7 de 1995.

²⁸ Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial. Vigencia internacional a partir del 04 de enero de 1969.

²⁹ Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. En Costa Rica aprobada mediante Ley 7148 del 18 de julio de 1990.

³⁰ Aprobada en la novena conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948.

³¹ Aprobada en Costa Rica mediante Ley 4534 de 23 de febrero de 1970, entra a regir internacionalmente en fecha 18 de julio de 1970

³² Aprobado en Costa Rica mediante Ley 7907 de 3 de setiembre de 1999, rige internacionalmente a partir de 16 de noviembre de 1999.

³³ Aprobada por la Organización de Estados Americanos, en fecha 9 de junio de 1994, pero entra en vigor en marzo de 1995. Costa Rica la ratifica en 28 de junio de 1995, mediante Ley 7499. Este documento si bien, se aprobó en fecha previa a la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo, entra en vigor en fecha posterior. Sin embargo, sus contenidos ya estaban definidos.

convenciones y conferencias internacionales posteriores, obedeciendo a nuevos asuntos e intereses.

Es importante señalar que la anterior normativa, pasa a ser parte constitutiva del ordenamiento jurídico de los diferentes países. Ello sin mencionar que muchas constituciones ya han hecho suyos (al constitucionalizar) algunos derechos que conforman los derechos reproductivos; sea de manera incidental o explícita. Algunos países lo hacen desde períodos previos a la Conferencia del Cairo, algunas otras, en el marco continuo de desarrollo de los derechos reproductivos.

Cabe mencionar que, en relación con los Estados y su legislación interna, entre las constituciones latinoamericanas que se ocupan en algún sentido de los derechos reproductivos de manera más particular, se encuentra la Constitución de Colombia (1991), que en el artículo 42, párrafo 7 dice:

“La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos.”

La actual Constitución del Ecuador (2012), más que referirse a los derechos reproductivos en un sentido expreso, lo hace a través de diversos artículos, tal que resulta de interés referirse al artículo 32, que se relaciona con el derecho a la salud en general y, muy particularmente, a la salud sexual y reproductiva, y dice:

“La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos [...] El Estado garantizará este derecho, mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad,

universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional”.

La Constitución Política de Costa Rica, a diferencia de las supra citadas, adolece de un artículo explícito que se refiera a los derechos reproductivos. Sin embargo, el Estado costarricense incluye en sus normas constitucionales derechos abarcados por la definición de derechos reproductivos y ha suscrito los principales instrumentos internacionales asociados a tales derechos.

2.3. CONCEPTO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS

Los Derechos Reproductivos, tal y como su nombre lo dice, se relacionan con la función reproductiva de hombres y mujeres. Estos derechos como particular categoría de los derechos humanos, incumben en la vida privada de las personas; sin que por ello pueda negarse la incidencia social, que los mismos puedan tener. Sin embargo, los derechos reproductivos tienen particular importancia y vinculación, con los derechos de las mujeres en el ámbito reproductivo, de allí su especial enfoque en este sentido.

El concepto de “Derechos Reproductivos”, tal como se ha expresado en el apartado 2.2 del presente capítulo, se utiliza por vez primera en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, en el Cairo (1994), cuya definición reza así:

“Los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en leyes nacionales, documentos internacionales sobre derechos humanos y otros documentos aprobados por consenso. Estos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y a disponer de la información y de los medios para ello, así como el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye el derecho de adoptar decisiones

relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacción o violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos.”³⁴

El término “derechos reproductivos”, hace referencia a un conjunto de derechos humanos relacionados con el derecho básico a la reproducción, a la salud reproductiva; a todos aquellos derechos humanos que incidan sobre la reproducción humana y, afecten el binomio población – desarrollo sostenible.

Los derechos reproductivos se asocian, tal como se aprecia en la definición antes citada, con la libertad de decidir en temas de procreación, bajo los principios de igualdad, no discriminación y, el ejercicio de la libre voluntad.

Asimismo los derechos reproductivos, se relacionan con derechos tales, como el derecho a la información y el acceso a medios que posibiliten un servicio de salud reproductiva de calidad; y la posibilidad de contar con todos los elementos requeridos para planificar la familia libre y responsablemente.

Los derechos reproductivos, aparecen por tanto, como derechos de naturaleza interdependiente, tal que el ejercicio de unos, está estrechamente interrelacionado con el ejercicio y desarrollo de los otros.

Durante la Conferencia del Cairo (1994), no solo se define el concepto de “Derechos Reproductivos”, en los términos ya expuestos, sino que, igualmente, se abordan dos importantes temas relativos a ellos, como lo son: la “salud reproductiva” y la “atención de salud reproductiva”. Ambos aspectos, estrechamente ligados a los derechos reproductivos, en sí mismos.

La “salud reproductiva”, según el documento internacional que nos ocupa, se entiende como “un estado general de bienestar físico, mental y social y no [la] mera ausencia de enfermedades o dolencias”; siendo evidente, por tanto, que dicho concepto

³⁴ Informe de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (1994) El Cairo, Egipto: Naciones Unidas, Recuperado de http://www.unfpa.org/webdav/site/global/shared/documents/publications/2004/icpd_spa.pdf, p.37

se relaciona con el sistema reproductivo, sus funciones y procesos. La salud reproductiva, se dirá, entraña la capacidad de procrear.

No obstante, la procreación, también implica para las personas la libertad de decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia; pero, serán los Estados, los que en cumplimiento de sus obligaciones den lugar a servicios de salud reproductiva de calidad, en sus respectivos países.

La salud reproductiva, de acuerdo con los términos en que es planteada, lleva implícito el derecho a la información y a la planificación familiar, así como del derecho a elegir los métodos para regular la fecundidad, siempre que estos sean: permitidos, seguros, eficaces, asequibles y aceptables; pues no es posible que una vida sexual sin riesgos o el ejercicio de la procreación, puedan ejercerse responsablemente, sin conocer la mejor forma de lograrlo.

En consideración a los parámetros propuestos, la información es fundamental en la toma de una decisión libre y voluntaria, en todo lo relativo a la reproducción.

La salud reproductiva, se percibe entonces, como la vía para lograr embarazos y partos sin riesgo; maximizando, a la vez, la posibilidad para que las parejas tengan hijos sanos.

Por otra parte, “la atención de la salud reproductiva” es definida como: “el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivos”. En otras palabras es, a través de ellos, que se pretende resolver aquellos problemas asociados con la salud reproductiva.

Así las cosas, según la Conferencia del Cairo (1994) los derechos reproductivos, involucran en lo fundamental derechos como: el derecho a la atención y protección de la salud de la más alta calidad; el derecho a decidir tener o no hijos, cuándo y cuántos tener; el derecho a la información y educación sexual y reproductiva; el derecho a la igualdad, a la no discriminación, a la privacidad y a la libertad de pensamiento.³⁵

³⁵ *Ibíd.*

Los derechos antes mencionados, se constituyen en fundamento de toda política y programa de acción de los Estados en lo relativo a la salud sexual y reproductiva, incluyendo la planificación familiar.

Entre las acciones esenciales y objetivos que se pretenden asegurar, en torno a los derechos reproductivos, se encuentran por lo general: 1) el acceso a la información en temas de salud reproductiva y planificación familiar que propicien decisiones responsables y voluntarias relacionadas con la procreación y métodos de planificación de la familia y; 2) asegurar el acceso a la información, educación y medios necesarios, según las necesidades cambiantes en materia de salud reproductiva.

Por otra parte, las medidas a desplegar en temas de salud reproductiva, se asocian con: 1) el asesoramiento, información adecuada y educación relativos al tema; 2) servicios de planificación familiar, atención prenatal, embarazo y parto; 3) salud materno infantil; 4) prevención y tratamiento adecuado de la infertilidad, 5) la interrupción del embarazo o prevención y tratamiento de las consecuencias del aborto; 6) el tratamiento de infecciones del aparato reproductor, enfermedades de transmisión sexual y otras afecciones; 7) sexualidad humana y paternidad responsable. Asimismo, se consideran otros temas como: cáncer de mama y del aparato reproductor, enfermedades de transmisión sexual y el VIH/SIDA.

El concepto de derechos reproductivos, de salud reproductiva y de atención a la salud reproductiva, dados en el Cairo en 1994, son retomadas con iguales contenidos por la Plataforma de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (en Pekín, 1995) e, igualmente, son incluidos en los planes de acción de dicha conferencia.

Algunos autores se refieren a los derechos reproductivos como “aquellos derechos que buscan proteger la libertad y autonomía de todas las personas para decidir con responsabilidad, si tener hijos o no, cuántos, en qué momento y con quién”³⁶; es decir, dichos derechos otorgan la capacidad de autodeterminación de la vida reproductiva de cada persona.

³⁶SHANKAR SINGH, Jyoti. Op. cit.

En el contexto de todo lo antes dicho, las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante TRHA), hacen su aparición como un tema a considerar, a la luz de las medidas que en el ámbito de la salud reproductiva deben tomar los Estados, en lo relativo a la infertilidad. Sobre el particular, Zegers (2012), dice lo siguiente: “La ausencia de tratamientos de infertilidad es una barrera relevante al acceso universal de la salud reproductiva y constituye una fuente de desigualdad en el acceso a los beneficios que aporta la ciencia y la tecnología.”³⁷

2.4. CONTENIDO DE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS³⁸

Los derechos reproductivos, son reconocidos como derechos humanos en tanto incluyen derechos básicos ya reconocidos, en los diversos instrumentos internacionales.

Entre los derechos constitutivos de los derechos reproductivos, suelen ser citados los siguientes: el derecho a la vida; el derecho a la salud reproductiva; el derecho a la libertad seguridad e integridad personales; el derecho a decidir el número e intervalo de hijos; el derecho a la intimidad; el derecho a la igualdad y no discriminación; el derecho a fundar una familia; el derecho a la seguridad social; el derecho a la educación sexual y reproductiva; el derecho a la información adecuada y oportuna; el derecho a modificar costumbres discriminatorias contra la mujer y; el derecho a disfrutar del progreso científico y a dar su consentimiento para ser objeto de experimentación.

a. Derecho a la vida.

El derecho a la vida, en el contexto de los derechos reproductivos debe ser entendido como aquella obligación positiva que tienen los Estados de crear y garantizar las condiciones necesarias para que los seres humanos y, especialmente, las mujeres no mueran por causas evitables.

³⁷ZEGERS HOCHISCHILD, Fernando. *Descripción y Análisis de las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) como tratamiento de la Infertilidad*. Documento preparado para la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Costa Rica, setiembre, 2012. (Inédito), 2012. Apartado II.

³⁸Acápito basado en la obra denominada “Los derechos reproductivos son derechos humanos” (1). Instituto Interamericano de Derechos Humanos. IIDH. San José, Costa Rica. 2008.

Este derecho a la vida incluye, de manera particular, el derecho que tienen todas las mujeres a no morir por causas evitables relacionadas con el parto y el embarazo. Esto por supuesto, partiendo de un hecho fundamental; cual es, que la reproducción está inevitablemente ligada al cuerpo de las mujeres.

Desde este enfoque, el derecho a la vida incluye todo lo relativo a la prevención y reducción de toda causa de mortalidad materna, por falta de acceso a los respectivos servicios de salud sexual y reproductiva.

Así lo ha afirmado el Comité de Derechos Humanos y el Comité encargado de vigilar el cumplimiento de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (en adelante CEDAW), al señalar que el derecho a la vida no puede entenderse de manera restrictiva y que la protección de este derecho exige que los Estados adopten medidas positivas³⁹

Este derecho se encuentra reconocido en el artículo 3 de la DUDH; así como también, el artículo 6.1 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (en adelante PIDCP), en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre (art. 1), la Convención Americana sobre derechos humanos (art. 4.1) y la Conferencia del Cairo (1994).

b. Derecho a la salud reproductiva.

Este derecho se definió en el Programa de Acción del Cairo como: “un estado general de bienestar físico, mental y social y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos”. Este derecho ha sido entendido, como un derecho para acceder a los servicios de salud, de naturaleza integral y de la más alta calidad posible.

Se considera que el derecho a la salud reproductiva, implica el acceso a métodos de regulación de la fertilidad, a tener acceso al aborto seguro, al diagnóstico y

³⁹Observación General N° 6 del Comité de Derechos Humanos y la Recomendación General N° 19 de la CEDAW. Recuperados de <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom6.html> y http://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CEDAW/00_4_obs_grales_CEDAW.html, en su orden respectivamente.

tratamiento de enfermedades de transmisión sexual y el VIH. Asimismo, se contempla todo lo relacionado con el embarazo, parto y atención postnatal; así como también, a temas de infertilidad y el acceso a la más amplia y posible variedad de servicios.

El derecho a la salud reproductiva, es visto como una extensión del derecho a la salud en general, dispuesto en varios instrumentos internacionales, entre ellos: la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XI); la CEDAW (art. 14.b), el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como Protocolo de San Salvador (art. 10) y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (art. 25).⁴⁰

El derecho al nivel más alto de salud, se encuentra dispuesto en documentos como la Declaración de Naciones Unidas sobre el Progreso y El Desarrollo Social (1969) y la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (El Cairo)- principio 8.

Asimismo, el artículo 25, de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, establece la obligación estatal de asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud, que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud.

Según el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Estados, se deben crear condiciones que aseguren la atención y servicios médicos para todos en caso de enfermedad. Esta disposición ha sido interpretada y desarrollada en el Comentario General 14, emitido por el Comité de la derechos económicos sociales y culturales, en el que se destaca el deber de los Estados de ofrecer una amplia gama de servicios de salud económicos y de calidad, que incluyan servicios de salud sexual y reproductiva.

⁴⁰ Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, se aprobó el 13 de diciembre de 2006 en la Sede de Naciones Unidas en Nueva York. Se abrió a la firma el 30 de marzo de 2007 y entró en vigor el 3 de mayo de 2008. Aprobada por Costa Rica, por Ley 8661 de 2008.

La CEDAW, incluyó en el artículo 12 inciso 1, la obligación de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, en la esfera de la atención médica, a fin de asegurar condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, en el acceso a servicios de atención médica, incluyendo los referidos a la planificación de la familia.

c. **Derecho a la libertad, seguridad e integridad personal**

Este derecho se relaciona con la libertad de decidir responsablemente sobre la sexualidad y la reproducción y, controlar todo lo relativo a ellas. Además, incluye el derecho a decidir sobre los servicios y tratamientos médicos, que de manera libre e informada, sean consentidos. El derecho a la libertad, seguridad e integridad personal, incluye el derecho a no sufrir esterilizaciones arbitrarias, abortos o embarazos forzados; así como el derecho a no sufrir abusos sexuales. Este derecho también conlleva el acceso a métodos anticonceptivos seguros y eficaces.

El derecho citado, implica no solo la libertad para el disfrute de la sexualidad y la libertad de procrear, sino que también la seguridad de que la integridad personal será respetada en ambos casos.

En relación con las mujeres, la violencia sexual se percibe como violatoria de los derechos reproductivos de estas, en particular, el derecho a la integridad corporal, el control de su sexualidad y capacidad reproductiva y, pone en grave riesgo su salud física, psicológica, reproductiva y sexual. En la Convención de Belém do Pará, se afirma que la violencia contra las mujeres, constituye una violación de sus derechos humanos y de sus libertades fundamentales

El derecho a la libertad y la seguridad, se proclaman en el artículo 3, de la Declaración Universal de Derechos Humanos; igualmente, en el artículo 9, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En otro sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 5, se pronuncia sobre el derecho a la integridad personal. En el artículo 7 hace alusión al derecho a la libertad y la seguridad personales.

d. **Derecho a decidir el número e intervalo de hijos o derecho**

Este derecho, conocido como el derecho a la autonomía reproductiva, está explícitamente reconocido en el inciso e, del artículo 16 de la CEDAW. Este asegura el derecho mujeres y hombres, a decidir libre y responsablemente sobre “el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos”. Asimismo, el derecho contempla la posibilidad de que las personas cuenten con la información y medios necesarios, seguros y eficaces para el ejercicio del derecho.

El Derecho a la Planificación familiar, radica en la autónoma toma de decisiones sobre el ejercicio de la procreación y conformación de la familia.

El comité de la CEDAW, en la Recomendación General N° 24, determinó que este derecho es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad.

Con respecto de este derecho, la resolución de la Organización Mundial de la Salud estableció que “la autonomía reproductiva no sólo incluye el derecho a decidir el número y esparcimiento de los hijos, sino que también incluye el derecho a realizar un plan de procreación con asistencia médica o de la partera reconocida, en un hospital o en un ambiente alternativo [...]”⁴¹

Entre otros documentos que también es posible citar, que aluden al derecho que nos ocupa, están: la Proclamación de la Conferencia de Derechos Humanos Teherán (art. 16); el Programa de Acción de El Cairo (Principio 8); la Convención para la Eliminación de toda forma de discriminación a la Mujer (art. 16); y la Plataforma de Beijing (párrafo 22).

El derecho a la autonomía reproductiva, está igualmente consagrado en el artículo 11 inciso 2, de la CADH, tal que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas, en lo que a su familia y vida privada respecta.

⁴¹Cita: resolución de la OMS en inglés en Global Advisory Group on Nursing and Midwifery 2000, Report of the Sixth Meeting, Geneva 19-22 November.

e. **Derecho a la intimidad**

El Derecho a la intimidad se encuentra protegido en diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como: la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 12, dispone: “[...] nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia [...]”. En iguales términos se pronuncia la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 16); mientras que, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 17, establece, que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada”.

Por su parte, la Convención Americana, en el artículo 11, protege el derecho a la intimidad; al estipular que toda persona tiene derecho a que se respete su honra y se reconozca su dignidad. Asimismo, que su vida privada y familiar no sea objeto de injerencias, ni ataques arbitrarios que atenten contra su honra y su reputación; y sea protegida legalmente contra estos ataques. El derecho a la intimidad o derecho a la privacidad, no solo está relacionado con decisiones autónomas en temas de salud reproductiva, sino que abarca, a la vez, la protección de todo tipo de información de quienes accedan los servicios de salud.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), ha señalado al respecto que existe una estrecha relación entre el derecho a la integridad y el derecho a la intimidad, declarando que la protección a la intimidad cobija “la protección a la integridad física y moral de la persona y garantiza una esfera que nadie puede invadir, un campo de actividad que es absolutamente propio de cada individuo”⁴².

El Comité de Derechos Humanos, en su observación General N° 28, ha establecido la conexión entre este derecho y el derecho a la igualdad, estableciendo que el derecho a la igualdad puede verse seriamente afectado cuando los Estados no respetan el ejercicio del derecho a la intimidad de la mujer y cuando se imponen

⁴² FACIO, Alda, Op. cit. Cita Caso X y Y c. Argentina, informe núm.38/96, caso 10.506, set., 15 de octubre de 1996, en Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1996, p. 47.

obstáculos que limitan la toma de decisiones de las mujeres con respecto a sus funciones reproductivas.

f. **Derecho a la igualdad y a la no discriminación.**

Este derecho es uno de los pilares fundamentales de los derechos humanos. Está recogido en el artículo 2, de la Declaración Universal; los artículos 2 y 3, del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y; el artículo 1, de la Convención Americana.

El derecho a la igualdad y la no discriminación, es fundamento de protección de los restantes derechos, en el tanto y en el cuanto, protege los derechos de toda persona humana, sin distinción de raza, color, sexo, orientación sexual, estado civil, edad, religión, opiniones políticas, idioma, nacionalidad o, cualquier otra condición semejante, tal que en igualdad puedan tener acceso a los derechos protegidos. En el caso que nos ocupa, el derecho se concreta a través de un acceso igualitario y no discriminatorio, a la salud sexual y reproductiva y, los servicios de atención que a ella correspondan.

La CEDAW, en su artículo 1, hace especial hincapié, con respecto de la discriminación por sexo y establece la obligación de los Estados de garantizar la igualdad ante la ley. Para el caso de las mujeres, llama la atención sobre distinción, exclusión o restricción que basada en el sexo, tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de derechos humanos y las libertades fundamentales que le deben cubrir.

En cuanto a la discriminación con respecto de la salud, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha establecido la necesidad de eliminar todo tipo de discriminación en el área de la salud y, de manera particular, en el acceso a servicios.

g. **Derecho a fundar una familia.**

Sobre este derecho en la recomendación N° 21 de la CEDAW, más allá de decidir sobre el número de hijos y el tiempo entre sus nacimientos, se establece como necesario llamar la atención sobre el derecho de hombres y mujeres a conformar una

familia. En el caso de la Mujer, la procreación implica especiales y determinantes responsabilidades en relación con el cuidado y educación de los hijos, incidiendo de manera directa sobre todo el plan de vida de esta. De ahí que este derecho incluye el derecho de las mujeres a decidir sobre cuestiones relativas a su función reproductora en igualdad y sin discriminación, aspecto contemplado tanto la Declaración Universal (art. 16), como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (art.16).

No obstante, en el marco del derecho a fundar una familia, se perfila como obligación de los Estados, velar porque ambos padres, más allá de su condición civil, comportan derechos y obligaciones con respecto de los hijos en condiciones de igualdad.

Por otra parte, en lo que a la reproducción y procreación compete y en relación con la mujer, debe considerarse el derecho de esta a decidir tener o no hijos. Decisión que, si bien, de preferencia debe adoptarse en consulta con el cónyuge y el compañero, no debe, sin embargo, estar limitada por el cónyuge, el compañero, el padre o el gobierno, si para los efectos media coacción, violencia o razones injustificadas, según sea el caso.

Desde el ámbito de la salud reproductiva se estima que, en relación con el derecho a conformar una familia, toda persona ha de tener acceso a los servicios de atención a la salud reproductiva, incluso las infértiles o de fecundidad comprometida o amenazada, a causa enfermedades de transmisión sexual.

h. **Derecho a la seguridad social**

Incluye el derecho a la protección legal de la maternidad en materia laboral, a trabajar en un ambiente libre de acoso sexual y el derecho a no ser discriminada o despedida por embarazo.

i. **Derecho a la educación sexual y reproductiva.**

Este derecho incluye el derecho a la educación sexual y reproductiva, así como el derecho a la no discriminación en el ejercicio y disfrute de este.

El derecho a la educación sexual y reproductiva, ha sido reconocido en documentos internacionales como la Declaración Universal (art. 26), el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y culturales (arts. 13 y 14) y, la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 28).

En el mismo sentido, el Comité de Derechos Sociales y Culturales, ha establecido que la educación es un derecho humano en sí mismo y, a su vez, es indispensable para el disfrute de otros derechos humanos y, de manera particular, desempeña un papel esencial en el empoderamiento de la mujer dentro de una sociedad.⁴³

El derecho a la educación y su relación con otros derechos reproductivos, puede ser analizado en diferentes niveles: 1) el derecho a la educación básica esencial en el contexto de los derechos reproductivos; 2) la educación sexual y reproductiva propiamente dicha, que debe incluir información sobre factores de riesgo y, una reproducción sana, segura y responsable, entre otras; 3) educación sexual y reproductiva, en especial, dirigida a la mujer a fin de que ejerza su derecho a decidir el número y espaciamiento de sus hijos de manera libre y responsable.

j. **Derecho a la información adecuada y oportuna y libertad de pensamiento**

Este derecho incluye el derecho de toda persona a que se le dé información clara sobre su estado de salud, sus derechos y responsabilidades en materia de sexualidad y reproducción y, acerca de los beneficios, riesgos y efectividad de los métodos de regulación de la fecundidad y las implicaciones del embarazo en cada caso particular.

Asimismo, toda persona tiene derecho al acceso a la información relativa a la salud reproductiva, que por motivos de pensamiento, creencias o religión puedan sufrir cualquier tipo de restricción. Toda persona tiene derecho al libre pensamiento en relación con su vida reproductiva.

⁴³Comité DESC, Observación general sobre educación, párrafos. 1 y 31-32.

El derecho que nos convoca, se encuentra regulado, entre otros documentos internacionales en el artículo 19, del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

En sentido semejante, en el capítulo VII, del Programa de Acción del Cairo, al establecerse una serie de medidas a ser tomadas en cuenta por los Estados Parte, en relación con este derecho, como son: la elaboración de programas innovadores para que todos los adolescentes y hombres adultos tengan acceso a información, asesoramiento y servicios de salud reproductiva que incluyan la educación para el hombre sobre su obligación de compartir las responsabilidades de la planificación familiar y las labores domésticas y de crianza de los hijos y para que acepte la responsabilidad de prevenir las enfermedades de transmisión sexual.

k. **Derecho a modificar las costumbres discriminatorias contra la mujer**

Este derecho se encuentra dispuesto en la CEDAW, el artículo 2 incisos f y g y, el artículo 5 inciso. Igualmente en el artículo 24 inciso 3, de la Convención sobre los Derechos del Niño. Está referido específicamente al derecho a modificar las costumbres que perjudican la salud reproductiva de las mujeres y las niñas.

l. **Derecho a disfrutar del progreso científico**

Este derecho está consagrado en el artículo 15.b, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y, en la Declaración de la ONU sobre la utilización del progreso científico y tecnológico en interés de la paz y en beneficio de la humanidad⁴⁴. La Declaración y Programa de Acción de Viena: Conferencia Mundial sobre derechos humanos (párrafo 11)⁴⁵, que se pronuncia sobre adelantos en ciencia y sus aplicaciones. Incluye el derecho a disfrutar del progreso científico⁴⁶ en el área de la

⁴⁴ Proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas (resolución 3384) de 10 de noviembre de 1975.

⁴⁵ Realizada en Viena, Austria (julio 1993). En: www.fcm.unr.edu.ar/.../1993-ConferenciaMundialSobreDDHHViena.do. Recuperado: diciembre 2012.

⁴⁶ El derecho a disfrutar de los beneficios del avance científico se encuentra en la Declaración de Viena (1993) Párrafo 11, que dice: “Todos Tienen derecho a disfrutar del progreso científico y de sus aplicaciones”. También la Plataforma de Acción de Beijing (1995) Párrafo 109 (h), se pronuncia sobre el tema. Los gobiernos deberán prestar apoyo financiero e institucional a la “investigación sobre métodos y tecnologías seguros, eficaces, asequibles y aceptables para la salud reproductiva y sexual de las mujeres y

reproducción humana (métodos y tecnologías seguros, eficaces, asequibles y aceptables para la regulación de la fecundidad y planificación familiar) así como el derecho a no ser objeto de experimentación en esta área, de acuerdo con el artículo 7, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

2.5.DERECHOS REPRODUCTIVOS COMO DERECHOS HUMANOS DE PRIMERA GENERACIÓN

Los derechos reproductivos, en el proceso de permanente construcción que caracteriza a los derechos humanos, aparecen y remiten a principios tan esenciales como: la igualdad, libertad y la no discriminación.

Asimismo, los derechos reproductivos, representan la evolución del ejercicio del derecho humano básico y fundamental a la reproducción humana, implica la autodeterminación o libertad reproductiva; y se ampara en derechos como: el derecho a la intimidad, el derecho a la integridad física, el derecho a planificar la propia familia y el derecho a estar libre de todas las formas de violencia y coerción que afectan la vida reproductiva.

Todos los derechos antes mencionados, se insertan en el ámbito de la vida privada de las personas y del ejercicio de libertad. Derechos de naturaleza individual o bien derechos de la personalidad, que vienen replanteados desde nuevos enfoques, esta vez asociados a la función reproductiva de la persona humana; inscribiéndose de tal forma, en el marco de la primera generación de derechos humanos reconocidos.

los hombres, incluidos métodos más seguros, eficaces, asequibles y aceptables para la regulación de la fecundidad incluida la planificación natural de la familia para ambos sexos, métodos para la protección contra el VIH/SIDA y otras enfermedades de transmisión sexual y métodos sencillos y baratos para el diagnóstico de tales enfermedades, entre otras cosas. Estas investigaciones deben guiarse en todas las etapas por los usuarios y han de llevarse a cabo desde la perspectiva de la distinta condición entre varones y mujeres, en particular desde la perspectiva de género, y realizarse en estricta conformidad con normas de investigación biomédica, jurídicas, éticas, médicas y científicas internacionalmente aceptadas". Asimismo dicho derecho se encuentra en el artículo 15 inciso b) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que dispone que los Estados Partes en dicho pacto reconocen el derecho de toda persona a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones

3. CONSIDERACIONES FINALES

Existen dos puntos de vista con respecto de los cuales es posible ubicar los derechos reproductivos; el primero como derechos que tienen su antecedente inmediato en los derechos humanos claramente reconocidos mediante tratados y convenios internacionales, como son: la dignidad, la vida, la integridad personal, el derecho a la salud, el derecho a fundar una familia, el derecho al progreso científico y tecnológico, entre otros.

En tal sentido que, es posible decir, que los derechos reproductivos comparten principios fundamentales con los derechos humanos; y vienen a compartir características propias a estos, como son: la inherencia, universalidad, inmutabilidad e inviolabilidad, así como su naturaleza progresiva.

En virtud de lo anterior, es posible concluir que los derechos reproductivos son derechos humanos claramente reconocidos en el marco de la normativa internacional, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tal como se ha señalado en el transcurso de este capítulo. Asimismo, los derechos en mención se clasifican como derechos humanos de primera generación, en tanto se encuentran constituidos y conformados por derechos individuales de carácter subjetivo.

El otro punto de vista se orienta a ubicar los derechos reproductivos, como reconocidos en las conferencias internacionales sobre derechos humanos, relacionadas directamente con la procreación, la planificación familiar y el reconocimiento expreso de libertad de las parejas a decidir el número de hijos, el intervalo entre ellos y a disponer de la información y los medios para hacerlo.

Bajo esta tesitura, los derechos reproductivos se conciben como derechos humanos re conceptualizados, replanteados y proclamados en conferencias y convenciones internacionales y con ello vienen a responder al progreso y evolución no solo de la ciencia, sino de la sociedad en su conjunto; por lo que es posible concluir que los derechos reproductivos como tales son derechos humanos claramente reconocidos mediante declaraciones convencionales.

CAPÍTULO II

FECUNDACIÓN IN VITRO COMO TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA: DESCRIPCIÓN E IMPLICACIONES JURÍDICAS

1. INTRODUCCIÓN

Un hecho fundamental, naturalmente establecido, es la posibilidad de procrear que tiene el ser humano. Desde un punto de vista biológico, implica la permanencia de la especie y la transmisión de información genética a la descendencia o progenie. Socialmente, la reproducción es vista como el medio generativo de un nuevo miembro de la comunidad humana o sociedad; esto más allá de las diversas connotaciones o visiones que puedan aportarse desde la antropología y/o la sociología. Finalmente, desde un enfoque jurídico, la procreación se inscribe en el marco del ejercicio de las libertades personales, entre ellas, el derecho de toda persona adulta a procrearse.

Hasta iniciada la segunda mitad del siglo XX, la reproducción de la especie humana, era un evento que, en su generalidad⁴⁷, requería de la cópula y la capacidad de procrear de los individuos involucrados en el proceso. No obstante, los avances en el campo de la biomedicina⁴⁸ hacen posible separar dos hechos usualmente coexistentes como lo son la sexualidad y la reproducción, siendo que en adelante la procreación viene a ser posible apelando a un nuevo recurso; a saber, las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA).

Técnicas con las que se pretende favorecer, en principio, a quienes tienen severas complicaciones en su aparato reproductor, que comprometen su fertilidad y les impide tener hijos de su propia estirpe.

Así las cosas, quienes en un momento dado percibían como imposible llegar a ser padres y tener naturalmente su propia prole; ante los adelantos en el campo de la

⁴⁷ Se hace esta salvedad, pues la inseminación artificial era aplicada exitosamente antes del periodo citado.

⁴⁸ Biomedicina: medicina clínica basada en los principios de las ciencias naturales, como la biología, la biofísica, la bioquímica, etc. En. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario esencial de la lengua española*. Madrid: Espasa Calpe S. A, 2006.

biomedicina, empiezan a considerar las técnicas de reproducción asistida de alta complejidad y, muy particularmente, la Fecundación In Vitro (FIV), como una verdadera alternativa para vencer la esterilidad y permitir el ejercicio de la libertad de procrear⁴⁹. Es así como, poco a poco, la sociedad afectada con problemas de infecundidad involuntaria, reclama el derecho de acceso a las mencionadas técnicas; a la vez que otros sectores de la sociedad contemporánea, visualiza las técnicas en cuestión como una posibilidad de favorecer a quienes las requieren, a fin de concretar su proyecto de formar una familia, que involucre descendientes con su carga genética.

No obstante, no es posible obviar que, existen sectores sociales opuestos a la práctica de las TRHA y, muy enfáticamente, a la FIV, argumentando que a fin de experimentar el ejercicio de la paternidad o maternidad, basta con recurrir a la figura de la adopción.

Aquellos sectores de la sociedad que reclaman el derecho de acceso a las técnicas referidas y, de manera especial, a la FIV, circunscriben su reclamo a la luz de los derechos humanos, en especial aquellos que se asientan en el marco, de los derechos reproductivos y, muy particularmente, al derecho a la salud sexual y reproductiva⁵⁰.

De acuerdo con Luna (2008), el concepto de salud reproductiva remite, por lo usual, a los apropiados “servicios de anticoncepción y procreación responsable”, a la atención de servicios prenatales o relativos al parto, a la prevención de enfermedades de transmisión sexual y atención del VIH. Sin embargo, de acuerdo con la citada autora, a partir de una definición más amplia del concepto señalado, es posible también considerar:

“[...] métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud reproductiva, así como [...] el acceso a los métodos reproductivos médicamente asistidos incluyendo las tecnologías [...] para tratar la

⁴⁹ MASSAGLIA DE BACIGALUPO, María Valeria. *Nuevas formas de procreación y el derecho penal: Protección jurídica de la entidad humana en desarrollo. Distintos enfoques sobre la procreación asistida. Ingeniería y manipulación genética. Encuadre jurídico*, Buenos Aires, Argentina: AD-HOC S. R. L; 2001. p. 52.

⁵⁰ Vista la salud desde una visión integral, que involucra aspectos físicos, mentales y sociales.

infertilidad y permitir a las parejas infértiles tener hijos”⁵¹.

No obstante, es necesario mencionar que, generalmente, los derechos reproductivos suelen generar controversia⁵², aún cuando se les ha reconocido como parte del elenco de los derechos humanos. De manera tal que, la reproducción asistida no escapa a las usuales discusiones que existen en relación con determinados derechos reproductivos (por ejemplo, el aborto terapéutico, la pastilla del día después, entre otros); sino que, esta, a su vez genera sus propias controversias.

Las discusiones generadas alrededor de la reproducción asistida, suelen ser variadas. Algunas de ellas están relacionadas con ciertas disciplinas del derecho, tales como: los derechos humanos, el derecho de familia, el derecho civil, el derecho administrativo y el derecho penal. Adicionalmente, TRHA vienen a incidir sobre concepciones morales, éticas, religiosas y político-jurídicas.

Así, al interior del derecho de familia, dichas técnicas, plantean nuevas formas de “paternidad y maternidad”, rebasando a su vez el concepto mismo de familia hasta ahora conocido, así como las posibles relaciones de filiación y derechos sucesorios.

Igualmente, la FIV abre la posibilidad de manipular e intervenir directamente y desde sus inicios, sobre el material genético humano. Sobre el particular, no puede obviarse la discusión que surge en torno al estatuto jurídico del embrión. En el sentido de lo dicho, el derecho penal y derecho administrativo cobran especial importancia.

Por otra parte, los servicios médicos llevan a reconsiderar las relaciones que civilmente se pueden generar entre los proveedores del servicio y aquellos que lo reclaman.

⁵¹ LUNA, Florencia. Reproducción asistida, Género y Derechos Humanos en América Latina En: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Reproducción asistida, Género y Derechos Humanos en América Latina (4)* San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) Reproducción asistida, Género y Derechos Humanos en América Latina. San José, C.R: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008. p.13.

⁵² Temas como la anticoncepción en general, anticoncepción oral de emergencia, el aborto terapéutico y voluntario, la esterilización humana, son temas polémicos que están asociados a los derechos reproductivos.

En consideración a lo antes dicho, en el presente capítulo se hace referencia a los aspectos científicos de las TRHA, que las caracteriza y el problema que las mismas pretenden resolver con respecto de la esterilidad. Asimismo, se hace referencia a temas que se encuentran relacionados con la condición de infertilidad y esterilidad.

No se pasa por alto, abordar en este capítulo los enfoques que, desde el ámbito jurídico, se alegan para acceder a las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) a la luz de los derechos reproductivos.

Igualmente, se hace mención a las teorías biológicas existentes relativas al inicio de la vida humana, (pero no en cuanto especie). Asimismo se hará referencia a los enfoques doctrinarios y jurídicos existentes, a las teorías antes citadas y su relación con el estatuto jurídico del embrión, tomando en consideración, que este es uno de los temas sobre los que se sienta la posibilidad de acceder a las técnicas de reproducción asistida de alta complejidad y técnicas conexas.

2. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA: ASPECTOS CIENTÍFICOS

Previo a la descripción detallada de los aspectos científicos de la técnica de reproducción humana asistida y en virtud de la importancia que esto conlleva, resulta apropiado referirse al concepto de fecundación.

De acuerdo con el Diccionario Esencial de la Lengua Española (2006), fecundar significa “unir la célula reproductora masculina a la femenina para dar origen a un nuevo ser”.

En su condición natural la fecundación humana se produce cuando el óvulo maduro, en su avance hacia el útero, es penetrado por el espermatozoide, para dar lugar al cigoto. Este encuentro entre el gameto femenino y masculino, generalmente, se

realiza en las Trompas de Falopio⁵³. Fecundado el óvulo, este continúa su recorrido hacia el útero a fin de implantarse en el Endometrio.

El concepto fecundación o reproducción asistida, involucra diferentes técnicas y procedimientos desarrollados en el campo de la biomedicina que vienen a “reemplazar o colaborar con uno o más pasos naturales del proceso de reproducción”⁵⁴. Allí, donde debería darse naturalmente el proceso de fecundación⁵⁵, interviene un tercero que la facilita, debido a que la misma no se produce espontáneamente a causa de la esterilidad o infertilidad que sufre uno o ambos participantes de la pareja sexual.

2.1. CONCEPTO DE LAS TRHA

Las TRHA se definen, de acuerdo con Zegers (2012)⁵⁶ como “todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación, tanto de ovocitos como de espermatozoides, o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo”.

Junquera de Estéfani (1999) percibe la reproducción humana asistida, como el conjunto de técnicas que convergen en facilitar la fecundación del óvulo por un espermatozoide, con asistencia biomédica.⁵⁷

Por su parte Suarez Parada, sostiene que “la reproducción humana asistida comprende todo un conjunto de procedimientos técnicos-médicos que actúan como coadyuvantes en el proceso de la fecundación, pero desde una perspectiva y manejo científico y tecnológico, cuando para las parejas, de manera natural, es imposible procrear”⁵⁸.

⁵³ En casos extraordinariamente raros, se produce la poli penetración del óvulo (lo penetra más de un espermatozoide) y, con ella, la división irregular de pro núcleos (tres, y no dos como es lo normal), lo que da como resultado abortos tempranos o el embrión no evoluciona.

⁵⁴ LUNA, Florencia, Op Cit. p. 11.

⁵⁵ Remite tanto a la fecundación sin intervención médica alguna, así como también cuando se recurre a tratamientos hormonales, quirúrgicos o psicológicos.

⁵⁶ ZEGERS, Op. cit. Apartado III.

⁵⁷ JUNQUERA DE ESTEFANI, Rafael. Los Derechos Humanos en la era de la Biotecnología. En *Utopía y realidad de los Derechos Humanos en el cincuenta aniversario de su Declaración*, Coordinado por Narciso Martínez Morán, Madrid, España: UNED, 1999. p. 89

⁵⁸ SUAREZ PARADA, Ana Lucía. Reproducción Humana Asistida y Filiación en el Derecho de Familia Colombiano. *Revista Virtual: Via Inveniendi et iudicandi “Camino del Hallazgo y del Juicio”*.

Las TRHA, son por tanto aquellos procedimientos biomédicos a través de los cuales se pretende un embarazo, favoreciendo la unión del óvulo y el espermatozoide extracorpóreamente, debido a que la pareja que aporta los gametos se ven imposibilitados de procrear naturalmente.

2.2.FINALIDAD DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

Ante la incapacidad de procrear, por efectos de esterilidad e infertilidad, las TRHA se concretan como la alternativa biomédica viable para eludir esa condición, así como facilitar y concretar un embarazo. Lo anterior, cuando las terapias hormonales e intervenciones quirúrgicas correctivas no han tenido éxito. Por tanto, el objetivo fundamental a perseguir con la aplicación de las TRHA, es la procreación.⁵⁹

Aún cuando se han propiciado disputas sobre si las TRHA tienen una finalidad terapéutica o no, por considerarse que ellas no propician una curación, lo cierto es que partiendo de que la esterilidad y la infertilidad afectan la salud de las personas desde otros puntos de vista y, pueden incluso concebirse como una discapacidad, dichas técnicas se presentan como un remedio a la esterilidad, de modo que, como dice Celly (2001), se consideran en sentido amplio con una finalidad terapéutica de valoración equivalente a cualquier otra terapia o intervención biomédica que solucione un problema patológico aunque no lo sane directamente.⁶⁰

Sin embargo, con ánimo de esclarecer esta finalidad, se considera necesario hacer referencia a determinados conceptos que permitan comprender que se pretende con exactitud a través del uso de las TRHA. Conceptos tales como: fértil, fertilidad, subfertilidad, esterilidad, infertilidad, fecundabilidad y fecundidad arrojan luz en ese sentido.

Recuperado de http://www.usta.edu.co/programasderecho/derecho/revista_iniendi/revista/imgs/HTML/revistavirtual/ Apartado 1.1.1

⁵⁹ Es importante, tener en cuenta que el objetivo arriba planteado no es el único, pues actualmente se contemplan también como objetivos, la posibilidad de tener un hijo sano, beneficiar a terceros o, permitir a la mujer sola ser madre. Asimismo, algún sector doctrinario sostiene que se realiza con el fin de obtener material para la investigación científica. Suarez, llama la atención sobre este último punto. Ibid.

⁶⁰ CELLY GALINDO, G. *Donde la vida y la ética se articulan*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Instituto de Bioética, 2001, pp. 89-91.

Brugo-Olmedo, Chillik y Kopelman (2003), señalan que la población fértil es aquella que logra un embarazo "después de un tiempo razonable de relaciones sexuales regulares"⁶¹ sin protección. Este tiempo razonable suele oscilar entre 12 y 24 meses de relaciones sexuales no protegidas. No obstante, desde la práctica médica, de acuerdo con los autores arriba citados, si transcurrido un año no se produce el embarazo, suelen iniciarse los estudios médicos requeridos que en ocasiones se llevan a cabo antes (de los seis meses) en consideración a la edad de la mujer (mayor de 35)⁶² y/ o a los deseos que manifieste la pareja en procrear. El tratamiento temprano también se recomienda cuando existen antecedentes de alteraciones⁶³ que comprometan la fertilidad. Entendiendo este concepto como la "capacidad de parir un recién nacido vivo".⁶⁴

Por otra parte, la subfertilidad es entendida como la "probabilidad disminuida de concebir y conseguir un hijo vivo"⁶⁵. En otras palabras, es una condición de fertilidad reducida. De acuerdo con los autores señalados, esta condición suele ser una de las principales causas para recurrir a los servicios médicos. Sin embargo, es una condición que suele ser superable después de un tiempo de relaciones sexuales continuas sin protección y sin recurrir a terapia alguna. No obstante, la subfertilidad de uno de los miembros de la pareja sexual combinada a la esterilidad del otro, siempre da como resultado una pareja infértil.

Asimismo, como lo señalan los autores citados, es posible que la subfertilidad de ambos miembros de la pareja sexual genere infertilidad; pero, la subfertilidad de alguno de los componentes de la pareja, puede o no dar lugar a una pareja infértil (ello depende del grado de fertilidad de la pareja tomada en su conjunto).

⁶¹ BRUGO-OLMEDO, Santiago; CHILLIK, Claudio; KOPELMAN, Susana. Definición y Causas de la Infertilidad. [versión electrónica]. *Revista Colombiana de Ginecología y Obstetricia*. Vol. 54 (4),2003 p.229. Recuperado de http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S003474342003000400003&script=sci_arctext

⁶² A los 35 años la fertilidad de la mujer ya ha empezado a declinar y el proceso aumenta a los 40. ZEGERS HOCHISCHILD, Fernando, Op.cit.

⁶³ Por ejemplo: endometriosis diagnosticada o inflamaciones pélvicas.

⁶⁴ BRUGO-OLMEDO & otros, Op. cit.

⁶⁵ SANTOJA LUCAS, José J. Tema 15: Esterilidad I: Curso 2007-2008. *Esterilidad e Infertilidad I* (s.f.) Recuperado de <http://www.losmedicamentos.net/articulo/tema-15-esterilidad-e-infertilidad-i>

Desde el punto de vista del lenguaje común, los conceptos de esterilidad e infertilidad suelen ser utilizados como sinónimos; sin embargo, cuando se trata de TRHA, los conceptos suelen tener connotaciones distintas. Así se encuentra que la esterilidad debe ser entendida como la incapacidad absoluta de concebir.

La infertilidad se define como la incapacidad de una pareja sexual de concretar o completar un embarazo clínico después de doce meses de mantener relaciones sexuales con efectos reproductivos y sin medidas anticonceptivas⁶⁶, tal que culmine con el nacimiento de un niño sano. De acuerdo con Zegers (2012), en concordancia con la Organización Mundial de la Salud (OMS), sostiene que la infertilidad es “una enfermedad del sistema reproductivo”⁶⁷.

Brugo-Olmedo, Chillik y Kopelman (2003), consideran importante señalar, que el concepto infertilidad en ocasiones suele ser equiparado al concepto de esterilidad y, en otras, suele referirse a poblaciones fundamentalmente distintas⁶⁸.

La causa para esa distinción, de acuerdo con los autores mencionados, radica en el uso distinto que de ambos términos se da en la literatura existente sobre el tema, según sea esta de origen hispano o inglés. En la literatura hispana, la esterilidad se concibe como la dificultad de lograr el embarazo. Siendo posible distinguir entre esterilidad primaria y secundaria. Siendo que esterilidad primaria se usa para designar cuando la mujer nunca ha gestado (o incapacidad para concebir) y; secundaria, cuando se ha logrado gestar al menos una vez, que puede o no culminar con el nacimiento de un niño; pero en definitiva, no se dan posteriores gestaciones.

Por otra parte, según los mismos autores, la infertilidad se asocia con aquellos casos en que se logra el embarazo, pero este es interrumpido. En estos casos también se distingue entre infertilidad primaria y secundaria.

⁶⁶ Autores como Brugo-Olmedo, Chillik y Kopelman (2003), sostienen que aún cuando las indagaciones médicas puedan darse al año, e incluso antes, se recomienda un plazo de 2 años, estimando la posibilidad de que el embarazo no se concrete por causas de subfertilidad superable. Zegers (2012) considera que puede ser de 12 meses o más. La American Fertility Society, considera que la pareja es estéril, si tras un año de coitos normales no se consigue un embarazo, sin hacer uso ningún método anticonceptivo. La Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia, considera que el tiempo a transcurrir debe ser de dos años. En: ZEGERS HOCHSCHILD, Fernando, Op. cit.

⁶⁷ Ídem.

⁶⁸ BRUGO-OLMEDO & OTROS/ Op Cit.; p. 228.

Se reconoce como infertilidad primaria, cuando se logra el embarazo, pero se producen uno o más abortos. Mientras que la infertilidad secundaria, se identifica con la incapacidad para sostener o llevar a término el embarazo, aún cuando ya se ha producido previamente el nacimiento de un hijo sano. Esta resulta de abortos espontáneos o por infertilidad sobrevenida, a causa de infecciones de transmisión sexual, ligaduras tubarias muy tempranas, enfermedades, traumatismos o abortos inseguros.

El enfoque inglés del concepto de infertilidad, involucra tanto la imposibilidad de lograr un embarazo por los medios naturales –esterilidad-, como aquellos casos en que existiendo la posibilidad de embarazo, este no ocurre (por subfertilidad). No obstante, también se habla de infertilidad cuando logrado el embarazo, este no culmina con el nacimiento de un niño vivo. En otras palabras, no se hace una distinción entre esterilidad e infertilidad.

Fecundabilidad se denomina a la probabilidad de lograr un embarazo por ciclo menstrual, cuyo porcentaje normal es de un 25% y, en el mejor de los casos del 27%⁶⁹ mensual, para mujeres sanas y jóvenes, porcentaje que aumenta al 50% a los tres meses y al año al 84%, porcentajes que decaen con la edad⁷⁰.

De acuerdo con Zegers (2012), “si la mujer lleva un año expuesta al embarazo, la probabilidad de concebir luego de tres meses de exposición es sólo un 20%”⁷¹. Este porcentaje suele ir disminuyendo según aumenta el período de exposición a un embarazo sin protección. El mismo autor, sostiene que las mujeres que recurren a la TRHA, suelen tener un promedio de cinco años de infertilidad; siendo que su probabilidad de concepción espontánea es bajísima, ameritándose optimizar cada ciclo reproductivo.

⁶⁹ La eficiencia reproductiva de la especie humana no es muy alta, en relación a otras especies animales como conejos y ratones cuya tasa de fecundabilidad asciende al 90%.

⁷⁰ ZEGERS, Fernando, Op. cit.

⁷¹ Ídem.

Finalmente, el concepto “fecundidad”, remite a la capacidad de concretar el nacimiento de un hijo vivo por ciclo reproductivo⁷².

2.2.1. CAUSAS DE INFERTILIDAD

La esterilidad e infertilidad pueden ser de origen femenino, masculino o mixto. Pueden resultar de alteraciones en la producción de gametos o problemas asociados al encuentro de estos; por dificultad en el transporte del cigoto o, bien, por complicaciones en la implantación del *preembrión* ú óvulo fecundado en el endometrio.

El porcentaje de infertilidad mundial, en su generalidad, ronda entre el 15 % y 20 %, por lo que se considera se convierte en un problema de salud pública, que resulta más evidente en aquellos países en que el porcentaje de natalidad disminuye dramáticamente (por ejemplo, los europeos).⁷³

Entre los autores que refieren sobre el tema, las causas de esterilidad o infertilidad femenina más frecuentes, se encuentran: 1) las lesiones en las trompas con obstrucción por infecciones, por efectos de enfermedades de transmisión sexual o, por infecciones en la cavidad abdominal (como peritonitis y apendicitis), obstrucciones producto de intervenciones quirúrgicas o adherencias fibrosas; 2) por tumores uterinos y lesiones en el cuello uterino; 3) por alteraciones en el moco cervical que dificultan el paso de los espermatozoides, endometriosis, trastornos hormonales y de la ovulación⁷⁴. Así como también, por anomalías o ausencias en el aparato reproductor (trompas, ovarios), causas de tipo inmunológico y factores genéticos.

Se estima además, que factores ambientales, alimentarios, el estrés, la exposición a cierto tipo de tratamientos (por ejemplo, la quimioterapia), la mayor edad para tener el primer embarazo, las infecciones en el aparato reproductor, el consumo excesivo de tabaco, alcohol y drogas, también contribuyen a la esterilidad.

⁷² *Ibidem*

⁷³ LUNA, Florencia/ Op Cit. p.14. Estos porcentajes también son señalados por Brugo-Olmedo & otros (2003). Zegers (2012) considera que el porcentaje de infertilidad ronda el 10%. Entre otros tantos autores que se refieren al tema. La infertilidad, tiene mayor incidencia en los países con más desarrollo.

⁷⁴ Impiden la salida de ovocitos o gametos femeninos.

Como causas de esterilidad o infertilidad masculina se señalan: la incapacidad de realizar el coito fecundante (cuyas causas pueden ser hormonales, psíquicas o físicas), eyaculación precoz, disfunción eréctil; las alteraciones del semen o la capacidad disminuida o nula para fecundar (por bajo conteo de espermatozoides o su total ausencia), las anomalías morfológicas en los espermatozoides e inmadurez de estos (por factores genéticos u otras causas), la falta de movilidad o baja capacidad de penetración en la pared externa del óvulo por parte de los espermatozoides; por malformaciones de los espermatozoides o causas genéticas. También por problemas hormonales, de orden inmunológico, por tumores en los testículos; asimismo, a causa de infecciones prostáticas, vasectomías, alteraciones de los conductos testiculares o; por malformación, atrofia o falta de testículos, entre algunas otras circunstancias posibles de enumerar.

La infertilidad mixta resulta de reacciones inmunológicas que se producen entre los fluidos femeninos y los gametos masculinos.

Por otra parte, la infertilidad es inexplicable, cuando una pareja sexual a pesar de mostrar estudios de fertilidad normales, revelan incapacidad para concebir; por lo que se estima que puede existir una causa sutil, tal que la capacidad reproductiva se vea disminuida y no puede ser identificada medicamente, a través de los procedimientos diagnósticos existentes. Por tanto, las parejas se consideran con capacidad reproductiva limitada.

Vale finalmente recordar, que aún cuando la infertilidad y esterilidad resulten evidentes cuando la pareja sexual persigue la reproducción, lo cierto es que, tampoco es posible obviar que en no pocas ocasiones las causas que originan la infertilidad o esterilidad están asociadas a problemas propios del sistema reproductor de sus componentes en forma individual. En otras palabras, los problemas reproductivos son tanto de individuos, como de parejas.

2.2.2. ACERCA DE LA INFECUNDIDAD

Es importante, a fin de no generar confusiones, hacer referencia al concepto de infecundidad, que aún cuando estrictamente hablando es opuesto al de fecundidad y diferente a los conceptos de esterilidad e infertilidad, se encuentra íntimamente relacionado con ellos y con las TRHA, por lo menos en una de sus caracterizaciones.

Diniz y Gomes (2005) identifican el concepto de infecundidad con la ausencia de hijos⁷⁵. López de Lera (2001)⁷⁶, considera que esa ausencia de hijos puede ser temporal o definitiva y, siendo que esta última es asimilable a la esterilidad secundaria.

Diniz y Gomes (2005), por su parte, caracterizan la infecundidad desde otro punto de vista y señalan que la infecundidad puede ser voluntaria o involuntaria; e indican que esta última, suele identificarse médicamente con la infertilidad.

De acuerdo con las autoras previamente citadas, la infecundidad voluntaria, carece de efectos directos sobre las TRA, ya que, para el caso, la infertilidad responde a una decisión personal de no procrear. En otras palabras aunque se tenga la capacidad de procrear se decide no hacerlo. La infecundidad voluntaria, se asocia a un proyecto personal de vida que no involucra la procreación y, en ese sentido, no es considerada en sí misma un problema biomédico.

Por otra parte, la infecundidad involuntaria, se asocia a causas de infertilidad o esterilidad humana, que para el caso resultan evidentes únicamente cuando se ha tomado la decisión de procrear y cuando la conducta de quienes desean hacerlo se ha encaminado en ese sentido, sin lograr un embarazo y el subsecuentemente el nacimiento de un niño. Es precisamente en circunstancias como estas, cuando la aplicación de las TRA surge como opción médica para superar la infecundidad involuntaria, ante la falla de los métodos convencionales. En otras palabras, en este caso, el proyecto de vida de

⁷⁵ DINIZ, Débora y GOMES COSTA, Rosely. Infertilidad e Infecundidad: Acceso a las Nuevas Tecnologías Conceptivas. En *Seminario Regional Salud Sexualidad y Diversidad en América Latina*. Lima, Perú, 2005. Loyarte, también reconoce esta distinción. Ver: LOYARTE, Dolores. Fecundación Asistida. En: *Bioética en medicina*. Coordinado por Oscar Ernesto Garay. -Buenos Aires; Ad-Hoc, 2008, p. 25

⁷⁶ LÓPEZ DE LERA, Diego. Estudio de la información estadística sobre reproducción humana asistida en España (1993-1998). *Reproducción Asistida: promesas, normas y realidad*. España: Madrid, Editorial Trotta, 2001, p. 93.

las personas involucra la procreación, la cual se ve imposibilitada por razones ajenas al deseo de quienes pretenden procrear.

2.3.PROCEDIMIENTOS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA⁷⁷

Entre los procedimientos o técnicas de reproducción humana asistida frecuentemente citados, se encuentran: 1) la inseminación artificial homóloga (IA) y heteróloga o con donación de gametos (IAD)⁷⁸; 2) la transferencia intratubaria de gametos (TIG o GIFT); 3) la transferencia intratubaria de embriones 4) la fecundación in vitro (FIV) o fecundación in vitro con transferencia de embriones (FIVTE) 5) la transferencia intra-tubárica de embriones; 6) la técnica inyección intracitosplasmática del espermatozoide (ICSI o IICE), como una variante de la FIV; 7) la donación de esperma y Bancos de Esperma; 8) la donación de óvulos; 9) la donación de embriones; 10) la criopreservación de ovocitos y embriones y, por último, 11) la subrogación de útero. La lista de técnicas aquí citadas no es exhaustiva, tan solo se citan las más frecuentemente aludidas.

2.3.1. Inseminación Artificial (IA)⁷⁹

La inseminación artificial (IA) es considerada la de menor complejidad, de las técnicas existentes de reproducción humana asistida, se estima que el éxito de la misma, depende en buena parte de un buen diagnóstico médico sobre las causas de infertilidad de aquellos a quienes se pretende aplicar dicha técnica. La IA se inscribe como una técnica de fecundación intra-corpórea.

La inseminación artificial es un procedimiento médico que consiste en depositar en forma artificial (sin que medie coito) el esperma masculino previamente recogido⁸⁰ y

⁷⁷ Este Acápito refiere a criterio de los autores consultados sobre el tema.

⁷⁸ Zegers, excluye de la lista de técnicas de reproducción asistida la inseminación artificial. ZEGERS, Fernando, Op.Cit

⁷⁹ Se incluye esta técnica en el estudio, ya que, si bien hay quienes, como Fernando Zegers, consideran la IA no corresponde a una TRHA, no obstante, gran número de autores si contemplan la IA en este sentido, de manera tal que, en atención a ello se incluirá en este estudio.

⁸⁰ El semen utilizado puede ser recogido a través de técnicas diversas, entre ellas: la electroeyaculación, la masturbación, por polución nocturna, por extracción de la vagina posterior al coito o por aspiración de espermatozoides del testículo (TESA, *testicular sperm aspiration*). También, encontramos que el semen utilizado puede provenir de bancos de esperma.

preparado⁸¹, en el cuerpo de la mujer durante la ovulación⁸² a fin de que se produzca la fecundación. En la IA, la fecundación se produce sin que se realice acercamiento sexual entre la mujer y el hombre.

De acuerdo con Loyarte (2008)⁸³, la IA presenta diversas variantes, determinadas por el lugar en que se deposita el semen en el cuerpo femenino, entre ellas: 1) la inseminación intravaginal; 2) la inseminación intra-cervical; 3) la inseminación intrauterina; y 4) la inseminación intraperitoneal. De tales variantes, la intrauterina es la que muestra mayor efectividad.

A través de la IA, se pretende producir la fecundación y la posterior implantación del óvulo fecundado, salvando los obstáculos que imposibilitan el embarazo. Es precisamente, en este sentido que la técnica obtiene su nombre.

Debe entenderse que el proceso de fecundación que se produce en la inseminación siempre es natural, al igual que en las otras las técnicas de reproducción asistida y que el uso del adjetivo “artificial”, en relación con la inseminación humana, remite específicamente a los procedimientos a través de los cuales se salvan las dificultades que imposibilitan la unión entre el gameto femenino y el masculino, lo que se produce es “sólo acercamiento de gametos masculinos a los gametos femeninos para que continúen ellos espontáneamente su proceso natural de fertilización”⁸⁴; tal como lo dice Loyarte, lo artificial de la técnica es “la forma como el semen es llevado al interior de la vagina o del útero de la mujer”⁸⁵.

⁸¹ Preparar el espermatozoos implica actividades tales como: separar los que tienen mayor movilidad, recurrir al centrifugado, lavado y filtrado del semen para lograr una alta concentración de espermatozoides aptos a inocular y así evitar infecciones bacterianas en la mujer, provocadas por el semen masculino por falta de filtrado natural a cargo de la secreción cervical,

⁸² Determinar el momento en el cual se produce la ovulación es tarea que recae en el equipo médico, a través de diferentes técnicas existentes, entre ellas: curvas de temperatura, apertura del cuello del útero, producción de moco cervical, control del periodo menstrual, entre otros.

⁸³ LOYARTE, Dolores, Op. cit. p. 150.

⁸⁴ Ídem. p. 151.

⁸⁵ SANZ ÁLVAREZ, Jaime Enrique. *Fecundación Asistida: Ideas estructurales para la regulación de los métodos de procreación asistida*. Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002, p. 38.

La IA es una técnica que responde a problemas leves de infertilidad.

Award y De Narváez (2001)⁸⁶ distinguen tres fases en el procedimiento de la IA:

a) La estimulación del ovario, b) la preparación del semen y c) la propia inseminación.

- a. *La estimulación ovárica*, supone el uso de ciertas sustancias que inducen la ovulación -de forma controlada-, a fin de obtener mejores resultados. Se trata así de asegurar las posibilidades de embarazo. Sin embargo, ello puede implicar el riesgo de embarazos múltiples⁸⁷. La incidencia de estos en la IA, tienden a ser mayores que en las restantes TRHA.⁸⁸
- b. *La preparación del semen*, consiste fundamentalmente en seleccionar y concentrar los espermatozoides móviles, con el fin de aumentar la posibilidad de que se produzca la fecundación. También puede implicar el lavado del esperma para liberarlo de todo aquello (bacterias o sustancias que inhiban la fecundación) que pueda comprometer el éxito de la técnica, por falta del filtrado natural a cargo de la secreción cervical.
- c. El último punto indicado, se refiere al depósito del semen en el cuerpo de la mujer, con lo que se busca acercar el gameto masculino al femenino. Esto queda a cargo del médico, haciendo uso de los instrumentos de laboratorio requeridos para ello.

En relación con la inseminación artificial, según la procedencia del semen, se distingue entre: la inseminación homóloga y la heteróloga⁸⁹. Será homóloga⁹⁰ la inseminación practicada con gametos de la pareja sexual establecida⁹¹ y heteróloga, cuando la inseminación se lleva a cabo con el esperma de un donador, que bien puede provenir de un banco de semen. En este sentido se habla de inseminación artificial con semen de un donante (IAD).

⁸⁶ AWAD CUCALON, María Inés; DE NARVAEZ CANO, Mónica. *Aspectos Jurídicos en las Técnicas de Reproducción Asistida Humana en Colombia* (Tesis de Grado). Pontificia Universidad Javeriana: Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, 2001.

⁸⁷ Los efectos de un embarazo múltiple en la madre pueden ser: pre-eclampsia, partos prematuros, diabetes gestacional; para los niños por nacer existe un riesgo mayor de mortalidad si nacen prematuros. Otros posibles efectos son: la reducción embrionaria o el aborto selectivo. Los embarazos múltiples requieren un seguimiento médico especial, a fin de evitar mayores riesgos.

⁸⁸ LUNA, Florencia/ Op Cit. P. 37.

⁸⁹ En ambos casos se requiere que la mujer tenga ovulación normal, las trompas de Falopio sin anomalías y en general la capacidad de gestar.

⁹⁰ Se aplica cuando el hombre posee un conteo adecuado de espermatozoides aptos para fecundar, pero el ascenso de los mismos se ve imposibilitado.

⁹¹ Entiéndase en este punto como pareja sexual permanente al cónyuge o compañero permanente.

La primera técnica arriba citada, procede en casos de: 1) disfunción eréctil, 2) eyaculación retrógrada (semen se va para la vejiga), 3) malformaciones en el órgano masculino que tornan imposible un coito fecundante, 4) también es aplicable si el número de espermatozoides contenido en el semen es insuficiente o, si carecen de la movilidad necesaria requerida para que se produzca la fecundación 5) El volumen excesivo o el escaso de semen, también es una condición masculina que puede propiciar el uso de la IA. 6) La eyaculación precoz incorregible y la hipospadia (apertura congénita de la uretra) son otras condiciones enumeradas para el uso de la IA. 7) Asimismo el factor inmunológico y la infertilidad inexplicable. Sin embargo, es importante señalar que para hacer uso de la IA, en todos los casos antes indicados, requiere que el semen posea suficientes espermatozoides aptos para fecundar.⁹²

En la mujer, la IA se utiliza si: 1) existen malformaciones en la vagina, 2) vaginismo (contracciones en la vagina que tornan doloroso el coito); 3) malformaciones del cuello uterino que hacen difícil la cópula o también si existen alteraciones en el cuello; 4) por falta o cantidad insuficiente de secreción cervical para recibir a los espermatozoides 5) por trastornos ovulatorios de difícil manejo, 6) endometriosis de bajo grado y, 7) algunos casos de orden inmunológico. La técnica de IA requiere que la mujer cuente con una ovulación normal, trompas de Falopio normales y, en general, la capacidad de gestar y óvulos de calidad.

La inseminación heteróloga (IAD), por el contrario, se aplica en casos de esterilidad masculina irreparable, como la azoospermia (completa ausencia de espermatozoides), alteración en la producción de espermatozoides por necrospermia o por necrozoospermia (muerte de los espermatozoides en el eyaculado), o en casos de hipofertilidad (por conteo de espermatozoides es inferior a un millón) el embarazo se produce excepcionalmente. La IAD también es recomendada si existen anomalías cromosómicas transmisibles, incompatibilidades en el Rh, o por riesgo de transmitir enfermedades o, a causa de ellas. Este procedimiento se caracteriza por la presencia de

⁹² La aptitud se asocia mayormente a su capacidad de atravesar la membrana externa del óvulo.

un tercero o donante, que será quien aporte los gametos masculinos. Hay quienes dicen que esta técnica ha perdido popularidad ante la creciente aplicación de la (ICSI).⁹³

2.3.2. Transferencia intratubárica de Gametos (TIG/GIFT)⁹⁴

La transferencia intratubárica o intratubaria de gametos, corresponde a una técnica de fecundación intra-corpórea, de complejidad media. Consiste en extraer el o los óvulos por aspiración folicular⁹⁵, e identificarlos previamente, para ser colocados junto a los espermatozoides en una cánula o catéter y, posteriormente, depositar ambos gametos en las trompas de Falopio.

La TIG o GIFT (Gameter Intrafallopium Transfer)⁹⁶, se aplica siempre que el encuentro natural de ambos gametos sea posible (no debe existir obstrucción tubaria bilateral). Lo anterior, porque es indispensable que al menos una de las trompas de Falopio se encuentre en buen estado, para llevar a cabo en ella el procedimiento que deviene de la TIG. Esta TRHA está indicada como alternativa primaria ante el fallo de la IA, en cualquiera de sus versiones. La posibilidad de embarazo múltiple, no es ajena a la TIG. Al inicio esta técnica era más efectiva que la FIV, pero debido a los avances científicos en el campo biomédico, hoy esto ha variado, siendo que esta técnica actualmente se use poco.

La fecundación homóloga y heteróloga, también se aplican en la TIG. No obstante, la fecundación heteróloga posee una variante más, esta se produce, en virtud de los gametos femeninos. En este caso pueden generarse tres posibilidades: 1) óvulo es de la mujer y el espermatozoide de un donante, debido a la esterilidad del cónyuge o compañero, 2) ante la esterilidad de la mujer, por carencia de gametos, anomalías genéticas o menopausia, se recurre a un óvulo donado, utilizándose el esperma de la pareja 3) ante la esterilidad de la pareja, tanto el óvulo como el espermatozoide provienen de donadores.

⁹³ La Dra. Soledad de los Ríos Osorio, mantiene esta posición en su artículo titulado: Aspectos Técnicos de la Reproducción Asistida. Recuperado de <http://derecho.udea.edu.co/descargas/Flia2/aspectosTecReproduccion.pdf> (s.l, s.f.)

⁹⁴ LOYARTE, Dolores (2008) considera la TIG es una variante de la FIV; AWAD y DE NARVÁEZ (2001), por el contrario, la clasifican como una variante de la IA. En nuestro caso preferimos ubicarla de manera independiente, por guardar algunos aspectos comunes con una u otra de las técnicas indicadas.

⁹⁵ En aspecto es compartido con la técnica de la Fertilización in Vitro.

⁹⁶ MASSAGLIA DE BACIGALUPO, Maria Valeria, Op. cit. p.59.

Loyarte (2008), sostiene que existen algunas otras técnicas que guardan semejanza en su aplicación a la GIFT o TIG; a las que no nos referiremos en esta oportunidad.

2.3.3. Fecundación in Vitro o Extracorpórea (FIV)

La expresión “Fecundación In Vitro” (FIV), es utilizada para designar diferentes técnicas de fecundación humana asistida de alta complejidad y de carácter extracorpóreo. La FIV se desarrolla con éxito⁹⁷ a mediados de la década de los 70, en el pasado siglo XX; tanto así, que el 25 de julio de 1978 nace⁹⁸, en el Reino Unido, la primera niña a través de esta técnica⁹⁹.

La FIV se concibe como una TRHA extracorpórea, dado que el proceso de fecundación no se realiza *in vivo* o al interior del cuerpo femenino; sino que, la unión entre el gameto femenino y masculino es extracorpórea. Esta se produce con ayuda de un equipo biomédico en un laboratorio. Se pretende así repetir in vitro la secuencia de eventos que se produce en el proceso de natural de fertilización, al emular las condiciones naturales en que se verifica dicho proceso. Posteriormente, el óvulo fecundado se deposita en el útero de la mujer a la espera de que se implante en el endometrio. Transferido e implantado el embrión en el órgano reproductor femenino y, verificado el embarazo (la presencia de una hormona llamada Gonadotropina Coriónica); el proceso de gestación continúa de manera usual, con ayuda de cuidados médicos especializados.

La FIV, incluye técnicas variadas, entre ellas: la inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI o IICE) y la transferencia de embriones (TE). Si la técnica incluye en un mismo ciclo, la fecundación extracorpórea y la transferencia de embriones a la cavidad uterina, la técnica se conoce como Fecundación *In Vitro* con transferencia de embriones (FIVTE).

⁹⁷ Los primeros intentos se producen en los años 40.

⁹⁸ LUNA, Florencia, Op Cit. p 41

⁹⁹ Los científicos encargados de este evento fueron Robert Edwards y Patrick Steptoe.

En relación con la FIV, parece existir acuerdo en que se debe recurrir a otras técnicas antes de acudir a ella.¹⁰⁰

El uso de esta técnica, inicialmente, surge con el fin de superar problemas de infertilidad asociados a trastornos de las trompas de Falopio (por falta o daño irreparable en ellas)¹⁰¹, como también por la ausencia de óvulos o, cuando en la mujer, el útero no es apto para la gestación. No obstante, la FIV se indica cada vez más para otras causas de infertilidad como: endometriosis (moderada o severa), el factor espermático (moderado o severo), por infertilidad inmunológica o infertilidad inexplicable o, a causa fallas en el uso de la IA y la TIG. La FIV está fundamentalmente indicada para esterilidades de origen femenino y mixto; sin embargo, ello no implica que las esterilidades masculinas sean del todo obviadas en su práctica.

Esta técnica supone diversas etapas. Los autores suelen identificarlas de manera distinta, Massaglia de Bacigalupo sostiene que el procedimiento desarrollado por Edwards (biólogo) y Steptoe (ginecólogo), científicos en quienes recayó la primera experiencia exitosa en la aplicación de la FIV, consiste de tres etapas: primero, la recuperación del óvulo madurado; segundo, la fertilización del óvulo madurado in vitro y el subsiguiente cultivo del embrión durante parte del desarrollo de pre implantación y, por último, el depósito del embrión en el útero de la paciente. En sentido semejante, Awad Cucalón y de Narváz Cano (2001), distinguen tres etapas: la obtención de gametos, la Fecundación In Vitro propiamente dicha y la transferencia embrionaria. Ascensión Cambrón Infante (2001), por su parte distingue primero la estimulación hormonal, luego la extracción de los ovocitos, seguidamente la fecundación de los ovocitos y, por último, el embarazo y el parto. Fernando Zegers (2012) distingue entre: Estimulación controlada de la ovulación, la aspiración de los óvulos contenidos en los ovarios, la inseminación de óvulos con espermatozoides de la pareja, la observación del proceso de fecundación y desarrollo embrionario y, por último, la transferencia embrionaria.

En relación con la FIVTE, en nuestro caso, se recurrirá a la más sencilla de las clasificaciones, que supone tres etapas, entre ellas:

¹⁰⁰ LOYARTE, Dolores, Op. cit. p.152. y; SANZ ÁLVAREZ, Jaime Enrique, Op. cit. p. 117.

¹⁰¹ En estos casos la FIV se convierte en el único tratamiento posible.

a. Obtención de Gametos

La aplicación de la FIV, en la mujer, supone determinar el ciclo de su ovulación, la accesibilidad a los ovarios y verificar que el útero es normal.

Con el fin de aumentar las posibilidades de obtener embriones que puedan ser implantados, se recurre a la estimulación ovárica¹⁰², favoreciendo la maduración de varios folículos, tal que se pueda obtener el mayor número de óvulos para seleccionar los más aptos para el proceso de reproducción. Este proceso es controlado a fin de determinar el número de óvulos, su velocidad de crecimiento y maduración, tal que se pueda determinar el mejor momento para realizar su extracción¹⁰³. El óvulo u óvulos a utilizar deben ser recolectados antes de que estos ingresen en las trompas de Falopio, ya que, una vez allí, su localización se hace prácticamente imposible.

Para la recolección del gameto femenino se recurre a la aspiración de los folículos¹⁰⁴; posteriormente, los óvulos deben ser identificados y depositados en un medio de cultivo que simula el de la trompa de Falopio, con condiciones de temperatura, humedad y concentración equivalentes.

En relación con los gametos masculinos, el esperma debe ser recolectado y capacitado¹⁰⁵ tal como el requerido para la IA o, simplemente, puede recurrirse al existente en los bancos de semen (según se esté ante una FIV de naturaleza homóloga o heteróloga).

¹⁰² SANZ ALVAREZ, Jaime Enrique, Op. cit. pp. 120-121, señala que cuando la FIV se practicó por primera vez, no se recurrió a la estimulación ovárica. En dicha oportunidad, los óvulos se obtuvieron a partir de un ciclo espontáneo. De ahí, algunos proponen de nuevo su práctica. Ya que se sostiene que, en el caso de las donantes, se les puede evitar la estimulación ovárica y sus molestias. Se sostiene que, a fin de superar las molestias que supone la recolección de óvulos inmaduros, se propone madurar éstos in vitro, lo cual también viene a reducir el costo económico que se suele generar con la hiperestimulación. No obstante, señala el mismo autor, que la opinión generalizada es utilizar inductores de la ovulación.

¹⁰³ Según Zegers (2012), un 3 a 6 % de las mujeres tratadas pueden experimentar un Síndrome de hiperestimulación moderada o severa, tal que requieren hospitalización.

¹⁰⁴ El líquido folicular contiene los ovocitos y son localizados con ayuda del microscopio y clasificados por su madurez y será hasta que alcancen el desarrollo deseado, que se incorpora el esperma.

¹⁰⁵ Capacitar los espermatozoides, implica eliminar aquellos que no son móviles, y estimular con sustancias para que posean mayor movimiento y sean capaces de penetrar el óvulo.

b. Fecundación In Vitro.

Una vez que óvulo se encuentra en condiciones óptimas para llevar a cabo la fertilización, se deposita el espermatozoide en espera de que se produzca la fertilización y la posterior división celular.

Los óvulos fecundados que no muestren degeneración, son susceptibles de ser implantados en la cavidad uterina (esto se produce cuando en la división se observan de 4 a 8 células). La calidad del cigoto¹⁰⁶ es determinable a través de distintos procedimientos de laboratorio con el cuidado respectivo.

Es posible constatar que se produjo la fecundación¹⁰⁷ cuando pasadas las 17-18 horas se pueden observar a través del microscopio dos pronúcleos en el centro del huevo. Verificado este hecho, se produce el traslado a un nuevo medio de cultivo con las condiciones de luz y temperatura requeridas; luego, transcurridas 48 horas ya es observable la división celular (células blastómeras).

Como un último aspecto importante a considerar, cabe indicar que el número de óvulos a fecundar estará determinado por: 1) el número de óvulos obtenidos, 2) la calidad del espermatozoide a utilizar (si es de mala calidad la tasa de fecundación disminuye) y 3) si la pareja desea congelar embriones (con ello se pretende elevar la tasa de éxito de la técnica, pues de no hacerse, los óvulos degeneran rápidamente y ello supone someter a la mujer de nuevo al proceso antes descrito)¹⁰⁸. No obstante, en relación con este último punto en mención, es importante señalar que si se decide no crio conservar; posteriormente, no será posible retroceder en el procedimiento. En especial porque el óvulo degenera rápidamente.

¹⁰⁶ El cigoto resulta de la unión del gameto femenino y masculino. Se habla de cigoto cuando el óvulo fertilizado (por haberse dado la penetración del espermatozoide en él) se ha subdividido y cuenta con cuatro u ocho células (lo que se produce 2 o 3 días después de que se produjo la unión de gametos).

¹⁰⁷ De acuerdo a Zegers (2012), cuando no hay evidencia de la capacidad fecundante o esta es muy baja se recurre a la ICSI.

¹⁰⁸ Según Fernando Zegers (2012), el 4% de las parejas decide no crio preservar los embriones, siendo que un 70% de quienes recurren a la fecundación in vitro son católicos.

c. Transferencia embrionaria.

La transferencia de embriones a la cavidad uterina (y excepcionalmente a las trompas de Falopio), según Zegers (2012), puede llevarse a cabo en el segundo día (hay 4 células), en el tercer día (8 células) o en el día 5 (Blastocito). Solo cuando el embrión ha llegado al estado de Blastocito es que penetra el endometrio e inicia el embarazo. Así las cosas, si el embrión se transfiere antes del mencionado estado, este no se implanta hasta que lo alcance. No obstante, deberán transcurrir 12 días más desde la transferencia, para determinar si se dio la concepción¹⁰⁹ y, si se produjo realmente el embarazo.

Es importante señalar, que previamente a que se realice la transferencia embrionaria, se produce la aspiración del pre-embrión, embrión preimplantatario o embrión, según se le denomine, de manera que, con ayuda de un catéter se introduce por la vagina en el cuello del útero, donde se deposita o depositan muy cerca de la cavidad uterina. La paciente debe reposar; no obstante, puede ser dada de alta el mismo día. Si el embrión se implanta exitosamente en el endometrio, hay embarazo. En relación con este, existe la posibilidad de que se suscite un embarazo múltiple. Sin embargo, dado el estado actual de la ciencia, existe consenso de que el número de embriones a transferir no debe ser superior a dos embriones en cada ciclo; pero, en ocasiones, se menciona que excepcionalmente, puede ser mayor¹¹⁰ (lo que siempre dependerá del caso concreto que se trate). Sin embargo, en países como Suecia y en general los países nórdicos, se transfiere solo un embrión por ciclo. Es usual, que se requiera más de un ciclo, antes de lograr un embarazo.

La FIV o FIVTE, aún cuando permite sortear los problemas que inciden sobre la infertilidad (involuntaria), según algunos, no es en sí misma un tratamiento médico a través del cual se corrija, cure o supere de manera permanente la causa de esterilidad o

¹⁰⁹ Desde el punto de vista médica se distingue entre fecundación y concepción. Tal que fecundación remite a la unión de gametos; mientras, concepción se refiere a la implantación del embrión en el endometrio. Zegers (2012) comparte dicho punto de vista.

¹¹⁰ Los índices de transferencia señalados, fundamentalmente se encuentran acordes con la práctica europea de la FIVTE. En Estados Unidos, por ejemplo, el número de embriones transferidos superan los números indicados, debido a que el servicio es privado y se privilegia el logro del embarazo. En Europa, en cambio, la práctica de la FIVTE, está ligada a un contexto de “*medicina socializada*”, a cargo del Estado, lo deviene en reglas más estrictas, ya que se consideran parámetros como: las posibles dificultades ante un eventual embarazo múltiple posible efectos para la mujer y el neonato. También se evalúan los costos económicos y sociales que pueden implicar la crianza de más de dos niños./ LUNA, Op. cit. pp. 44-45.

infertilidad,¹¹¹ , ya que, quienes manifiesten incapacidad para procrear, tal que involucre el uso de la FIV, deberán recurrir a su aplicación tantas veces como hijos desee tener (no obstante, la criopreservación, da la posibilidad de obtener un embarazo por la mera transferencia de embriones al cuerpo de la mujer).

El enfoque, antedicho sobre la FIV es refutado por otros¹¹², quienes consideran que, si bien la infertilidad no compromete la integridad física de los que la padecen; no obstante, identifican la infertilidad como causa de enfermedades de orden psicológico, que implican tratamiento médico y, es en este contexto, que la FIV es vista como terapia médica que pretende contribuir a superar la condición antes señalada. Asimismo, de acuerdo con Brugo-Olmedo, Chillik y Kopelman (2003), la infertilidad es una deficiencia que impacta negativamente en el desarrollo de los individuos debilitando la personalidad de quienes la sufren, por ser la procreación un objetivo de vida. La infertilidad es causa de aflicción y frustración para quienes desean procrear y; en ocasiones, aunque no justificable, pueden provocar ostracismo social y estigmatización.

También debe mencionarse, que para quienes se ocupan de estudiar las diferentes TRHA, la aplicación de la FIV, así como la de cualquier otra técnica de reproducción asistida, supone, por parte del equipo biomédico, determinar si las personas a quienes se pretende aplicar estas, se encuentran en condiciones óptimas para hacerlo. Por ello, es fundamental, informar a los involucrados todo lo relativo a la aplicación de las técnicas y las vicisitudes que pueden acarrear la aplicación de estas. En otras palabras, quien se someta a una TRHA, debe conocer las probabilidades de éxito a que enfrenta y, los posibles efectos conocidos a corto y largo plazo. Asimismo, deberá contar con información clara y suficiente sobre la naturaleza del procedimiento en cada una de las etapas, según la técnica aplicada. En el caso de la mujer, esto es fundamental, pues en cualquiera de los casos y cualquiera de las técnicas, ella siempre tendrá efectos

¹¹¹ La Asociación Médica Mundial sostiene que: “La concepción asistida es diferente del tratamiento de una enfermedad, ya que la imposibilidad de ser padres, sin intervención médica no siempre es considerada una enfermedad. Aunque puede tener profundas consecuencias psico-sociales y médicas no es en si limitante de la vida. Sin embargo, es una importante causa de una enfermedad psicológica y su tratamiento es evidentemente médico”. Esta declaración de la Asociación Médica Mundial, sin duda alguna remite a la salud psíquica. En: LUNA, Florencia, Op. cit., pp. 16-17.

¹¹² Brugo-Olmedo, Chillik y Kopelman, consideran que la FIV debe ser vista desde un punto de vista terapéutico. BRUGO-OLMEDO Y OTROS, Op.cit. Zegers (2012), comparte la opinión de los autores citados.

directos sobre su cuerpo. En resumen, las TRHA requieren el consentimiento informado, de quienes deban recurrir a ellas.

La FIV, al igual que la IA, puede ser homóloga, heteróloga o mixta. Es homóloga cuando el embrión transferido al útero de la mujer, se origina a partir del gameto femenino y masculino de la pareja sexual que solicita hacer uso de la FIV.

Es heteróloga, cuando el embrión implantado en el útero de la mujer, solo posee el aporte biológico de uno de los participantes de la pareja sexual que desea procrear, ya que, el otro gameto (el óvulo o el espermatozoide) será aportado por un donante.

También puede darse que la carga genética del embrión, provenga en su totalidad de terceros. En cuyo caso, se puede tratar de la donación de un embrión, como posibilidad más viable. Se habla que la FIV es mixta, en las mismas condiciones que se produce en la IA.

2.3.4. Inyección intracitoplasmática del espermatozoide (ICSI)

La inyección intracitoplasmática del espermatozoide (ICSI), es una técnica de fecundación extracorpórea como la FIV, pero de mayor complejidad y costo. En ella, el gameto femenino es fecundado por un único espermatozoide preseleccionado, que se introduce al interior del óvulo con ayuda de aguja especial. Una vez dada la fertilización, el procedimiento continúa de manera equivalente a la FIV. Si el óvulo se micro inyecta con más de un espermatozoide, la técnica se denomina (SUZI).

Esta técnica data de 1986 y se aplica en casos de esterilidad masculina severa, asociada a los espermatozoides (resultante de la azoospermia y la necrozoospermia¹¹³). En su aplicación, se suele recurrir a la obtención de espermatozoides vivos, pero inmaduros a través de una punción epididimaria o del testículo que deben ser preparados, también pueden ser producto de la eyaculación. La preselección de espermatozoides, en este caso, siempre está a cargo del equipo biomédico, condición

¹¹³ La ausencia y la muerte de espermatozoides, suele estar asociada a ciertas enfermedades genéticas, con alta probabilidad de ser transmitidas a los descendientes. En atención a ello, se suele recomendar el diagnóstico genético pre-implantatorio (DGI). Sin embargo, la información obtenida por tal diagnóstico, no siempre es completa, ya que existen enfermedades transmisibles sobre las cuales no arroja datos, pero puedan ser heredadas por el vástago.

que se encuentra ausente de las restantes técnicas. Esta condición, requerida en la aplicación de esta técnica, ha suscitado críticas, por considerarse que esta preselección de espermatozoides viola la barrera natural de óvulo en la selección de la calidad del espermatozoide. Sin embargo, a este enfoque se oponen quienes consideran que la verdadera selección se produce con la implantación, que impedirá el desarrollo del embrión genéticamente defectuoso¹¹⁴.

Esta técnica también se recomienda cuando se dan fallos con la FIV. Para aplicar esta técnica se recomienda realizar un análisis cromosómico de los miembros de la pareja. Su uso es cada vez más frecuente, debido a sus mejores resultados.

2.3.5. Transferencia de embriones (TE)

La transferencia de embriones, en su sentido convencional, corresponde a la etapa final de la FIV. No obstante, cuando se ha recurrido a la crio conservación de embriones, la transferencia se puede dar sin más, ya que, la FIV le precede en el tiempo. La transferencia de embriones puede responder a: 1) la falla en el ciclo anterior (de FIVTE o TE), 2) a la búsqueda de un nuevo hijo, 3) porque se recurre a un útero subrogado o; finalmente, 4) a causa de que el embrión es donado y este debe transferirse a su madre adoptiva.

Tanto la TE como la criopreservación pretenden liberar a la mujer de procesos completos de FIV, evitando a la mujer más efectos sobre su salud.

2.4. TÉCNICAS CONEXAS A LA FECUNDACIÓN IN VITRO

La Fertilización In Vitro, de igual forma que otras las técnicas de reproducción humana asistida, involucra una serie de procedimientos y técnicas adicionales que requieren ser considerados, ya que, las mismas tienen como fin facilitar su aplicación, entre ellas: la donación de espermatozoides y de óvulos, el diagnóstico genético de pre implantación (PGD), la criopreservación de embriones y, por último, la maternidad subrogada. Aspectos todos, ellos que han generado amplias discusiones de carácter

¹¹⁴ DE LOS RÍOS OSORIO, Soledad (s.l.s.f.). *Aspectos Técnicos de la Reproducción Asistida*. Recuperado <http://derecho.udea.edu.co/descargas/Flia2/aspectosTecReproduccion.pdf>

ético, moral, religioso y jurídico. En lo que toca a nuestra investigación, se hace referencia a ellas, no porque se pretenda de manera especial ampliar de manera posterior sobre todo lo relativo a ellas, lo cual superaría nuestros objetivos, sino porque en las discusiones relativas al acceso a la técnicas de reproducción asistida, se hace alusión sobre aspectos que se relacionan con ellas, por lo que se considera esencial al menos tener idea de lo que se pretende con las mismas.

2.4.1. Donación de gametos y embriones

Aquellos que desean procrear, pero por ausencia o mala calidad de los gametos de uno o ambos miembros de la pareja sexual no lo pueden hacer, recurren a la donación de gametos de un tercero o donante (mujer u hombre). Esto es igualmente aplicable para la mujer sola que desea ser madre.

Ahora bien, la donación de gametos supone el uso de protocolos obligatorios que permiten obtener información personal y sexual de los donantes, datos físicos (fenotipo como parámetro de clasificación), coeficiente intelectual, factor sanguíneo, así como también información relativa a los antecedentes hereditarios, historia familiar y médica. También involucra estudios relativos a la condición de salud y, otros aspectos del donante al momento de la donación (como la presencia de enfermedades transmisibles genéticamente o a través de los fluidos corporales).

La donación de gametos masculinos no impone grandes problemas para su obtención y tampoco para su conservación, la que se facilita enormemente, por la posibilidad que existe de congelar y descongelar el esperma sin que sufra alteraciones en su carga genética. Donaciones que son resguardadas en Bancos de esperma, que lleven registros sobre las donaciones y donantes.

En lo que respecta a los gametos femeninos, su donación es poco frecuente. Esta, implica costos económicos superiores a los requeridos en la obtención de gametos masculinos y, los inconvenientes físicos para la donadora son extraordinariamente mayores, ya que, esta debe someterse a procedimientos equivalentes a la mujer que desea practicarse la FIV, como la valoración del ciclo de ovulación, la estimulación

ovárica y las subsecuentes molestias y riesgos que pueda ocasionar la recolección de los óvulos a fecundar. Asimismo, el tiempo a disponer para todo el proceso de donación es, en gran medida, superior a los donantes de gametos masculinos. La donadora debe ser joven, a fin de asegurarse la integridad del material genético, (ya que, la edad es un aspecto que puede comprometer la fertilidad de la mujer). Ahora, bien, la donación de óvulos también puede proceder del excedente que resultante de un procedimiento de FIV, tal que la mujer de la cual provienen desea donar algunos de sus óvulos a otra que los requiera.

La donación de óvulos es requerida para subsanar la falla ovárica¹¹⁵ o la disminución de reserva ovárica (con la subsecuente declinación de la fertilidad femenina). Es fundamental que quien se beneficia con la donación de óvulos debe contar con el aparato reproductor en condiciones normales, siendo que su principal inconveniente radique en la falta de gametos o en su deficiente calidad. En estos casos el aporte de gametos masculinos puede provenir de la pareja sexual de la receptora del óvulo, o puede corresponder también a una donación.

La receptora del óvulo debe a su vez ser sometida a soporte hormonal exógeno que simule los efectos hormonales del ovario sobre el útero, de tal forma que se logre la implantación después de realizada la transferencia de los gametos.

En la donación de gametos una vez que esta se produce, la donadora pierde todo derecho sobre los óvulos donados.

Por último, más allá de la donación de gametos, las técnicas de reproducción de alta complejidad abren la posibilidad para la donación de embriones, ante la posibilidad de embriones supernumerarios (o sobrantes), resultantes de situaciones no previstas como la separación de la pareja, muerte o enfermedad sobreviniente de alguno de los miembros que hacen imposible completar el procedimiento de la TE (todo ello siempre que exista previo consentimiento de la pareja o, que en caso de existir la normativa así se disponga). La donación también puede resultar de la decisión de no tener más hijos,

¹¹⁵ Que es producto de algunas enfermedades como el cáncer, por efecto del tratamientos médicos como: la radioterapia o quimioterapia, o por efectos de la edad que también puede ser determinante en algunos casos, esto entre otros aspectos.

de aquellos que aportaron la carga genética embrionaria, quienes consienten en donar sus embriones a una pareja con problemas. En cualquiera de los casos, siempre debe existir consentimiento formal para la donación de embriones por parte de quienes aportaron los gametos que le dieron origen.

2.4.2. Diagnóstico genético de pre implantación (DIG/PGD) y diagnóstico genético preconcepcional (PcGD)

El diagnóstico genético de pre implantación (también denominado diagnóstico preimplantacional, diagnóstico génico preimplantacional o diagnóstico preimplantatorio) es un procedimiento técnico que tiene como fin detectar las posibles anomalías cromosómicas o estructurales y enfermedades de orden genético presentes en los embriones (cigotos, blastómeras y otros) como: la distrofia miotónica, la fibrosis quística, la hemofilia tipo A, entre otras enfermedades posibles de detectar. El diagnóstico se lleva a cabo de manera previa a la transferencia del embrión al útero. Primero se produce la Fecundación In Vitro, luego la extracción y análisis de células y, por último, la selección y transferencia del embrión al útero materno.

El DIG permite la transferencia de embriones genéticamente sanos, lo cual favorece un aumento en las tasas de embarazo en la TRHA y disminuye el riesgo de aborto (debido a que los embriones enfermos, por lo usual, no son capaces de implantarse y, en caso de lograrlo, suelen producirse abortos espontáneos en la mayoría de los casos) y evita la posibilidad de recurrir a un aborto terapéutico, a causa de las malformaciones o problemas genéticos presentes en el feto.

La Fertilización In Vitro, abre la posibilidad de procrear a parejas infértiles, así como de tener hijos biológicos sanos, a quienes sufren de enfermedades genéticamente transmisibles; esto claro está, si el diagnóstico preimplantacional, se practica como técnica conexas de aquella. Esto último es lo que ha sido denominado como “*concepción a prueba*” o procreación sin riesgos.

Finalmente, es importante indicar que el diagnóstico preimplantacional es parcial, ya que, no detecta un rango total de enfermedades. Debido a ello se recomienda informar a los interesados acerca de esta particularidad del diagnóstico y, la necesaria

práctica de otros diagnósticos, durante el periodo de gestación. Es importante indicar que el diagnóstico preimplantacional, se practica específicamente en la característica que se pretende evitar. El diagnóstico preimplantacional, se recomienda a mujeres de avanzada edad que persigan ser madres o con tendencia a los abortos naturales.

Ante las objeciones morales o religiosas que ha generado el uso del diagnóstico genético de pre implantación¹¹⁶, amparadas en el posible descarte de embriones anormales, la manipulación o elección, por parte del equipo biomédico, de determinadas características genéticas del embrión a desarrollarse¹¹⁷, se encuentra que la investigación en el campo de la genética humana y la embriología ha dirigido su interés al desarrollo y uso de una nueva técnica denominada: diagnóstico genético preconcepcional, con el cual se pretende realizar un análisis genético al óvulo, en específico a su corpúsculo polar, tal que permita detectar anomalías cromosómicas en él, de ser así, los óvulos con esas condiciones no serían utilizados, evitando el descarte de embriones con severos problemas.

2.4.3. Criopreservación de gametos y embriones

La criopreservación es una técnica que tiene como objetivo mantener la viabilidad y funcionabilidad de células u organismos, haciendo uso de bajas temperaturas (196°C bajo cero) para disminuir sus funciones vitales a una condición suspensiva. La criopreservación puede llevarse a cabo lenta o rápidamente. En la actualidad, el congelamiento rápido o vitrificación, es la técnica más usada por sus mejores resultados, ya que, impide la aparición de cristales de hielo intracelular. La criopreservación es utilizada en gametos y embriones.

La criopreservación de gametos (óvulos y esperma), está indicada para evitar los efectos que resulten de problemas oncológicos, que pueden comprometer la fertilidad. Del mismo modo, se recomienda para el hombre con esperma de muy mala calidad y, para la mujer con patologías del sistema reproductivo (como falla ovárica

¹¹⁶ En relación a este tipo de diagnóstico, se suscitan críticas que señalan que a través de ellos se da una suerte de práctica eugenésica, ya es se genera en ellos un tipo de selección. No obstante, según algunos este tipo de diagnóstico más que eugenésicos son de carácter terapéutico. LUNA, F., Op. cit. P. 45.

¹¹⁷ Se sostiene se produce así una selección eugenésica.

prematura, endometriosis, quistes, infecciones pélvicas) o que pretenda postergar la maternidad.

Con la criopreservación de embriones, se pretende, por un lado; incrementar las posibilidades de gestación al realizar varios ciclos de transferencia y, por otro, evitar a la mujer que se someta a un nuevo procedimiento de la FIV en su totalidad, ahorrándole los inconvenientes asociados con la estimulación hormonal y la recuperación de ovocitos. También hace posible, tener posteriormente un nuevo hijo (si de previo se logro un embarazo y el nacimiento de un niño).

Los cuestionamientos relativos a la criopreservación giran en torno a los embriones no utilizados o supernumerarios, para los que se proponen diversos destinos, entre ellos: generar un nuevo embarazo en la mujer que aportó los óvulos, donar a parejas infértiles, ser congelados en espera de un útero sustituto, destinar a la investigación o su descarte. Con el fin de evitar estas posibilidades, se recomienda producir el número de embriones que permitan el objetivo a perseguir (considerando los ciclos necesarios según el caso para lograr el embarazo, así como el número de hijos que se desea). Por otra parte, la investigación biomédica se ha encaminado a mejorar la criopreservación de gametos, en especial la del óvulo (cuya preservación ha mostrado mayores dificultades debido a su composición), cuya técnica está en proceso de experimentación y perfeccionamiento, ya que, lo que con ello se pretende es evitar la criopreservación de embriones.

No obstante, existen casos para los que la criopreservación embrionaria siempre es recomendada; especialmente, por estar ligada a mayores porcentajes de éxito, tal es el caso de mujeres con escasa cantidad de óvulos aptos para la procreación.

2.4.4. Útero subrogado o maternidad subrogada

El útero subrogado o maternidad subrogada, en relación con la FIV, debe entenderse como aquella técnica utilizada cuando el problema principal de infertilidad de la mujer consiste en carecer de útero, recurriéndose así a otra mujer que llevará adelante la gestación o embarazo del hijo biológico de la pareja interesada en procrear, siendo que al nacer el niño será entregado a sus padres genéticos. En casos como el

descrito necesariamente se debe recurrir a la FIV. La tasa de fertilidad y embarazo de esta técnica, suele ser alta.

Esta técnica ha generado gran controversia desde el punto de vista moral y cuestionamientos de orden jurídico, fundamentalmente, porque con ella se produce una disociación de la maternidad, entre madre gestante, la madre biológica y, la maternidad legal. En la mayoría de los países la maternidad legal viene definida por el parto (y puede darse el caso que la madre gestante, se niegue a entregar al menor a la madre biológica).

Actualmente se experimenta con el trasplante de útero, técnica que vendría a hacer posible la gestación de un niño haciendo uso del útero proveniente de otra mujer, de manera tal que la gestante, también puede ser la madre biológica y legal del menor que dé a luz.

Se ha inscrito también en el marco de la maternidad sustituta, la que se suscita cuando la madre gestante y la biológica coincidan, pero no la madre social. La maternidad social se predica de la mujer que acoge como propio, el hijo biológico de otra que ha llevado adelante el embarazo del hijo biológico de su cónyuge o pareja sexual, tal que la madre gestante acepta entregar su hijo al nacer para que este sea criado por la compañera del padre biológico del niño. En este caso no es preciso recurrir a la FIV, aunque sí a la inseminación artificial. En este sentido, queda legalmente a salvo el reconocimiento de paternidad por parte del padre biológico del menor y la adopción, por parte de quién será la madre social.

La maternidad subrogada, ha generado disputas desde el punto de vista jurídico, en relación con los acuerdos que se generan en torno a ella, aspecto que sin duda merece un amplio estudio; no obstante, debido a que nuestro interés va encausado en otro sentido, no se hará referencia a ellas.

3. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA: ASPECTOS JURÍDICOS

La práctica mundial de las técnicas de reproducción asistida, ha rebasado actualmente las tres décadas. Desde entonces los adelantos científicos generados en torno a ellas han ido en aumento; no obstante, aún hoy, se continúan discutiendo aspectos relativos a la accesión, esto a pesar de que la demanda social para el uso de tales técnicas, se encuentra ampliamente extendida en el mundo¹¹⁸. Cinco millones de personas, han nacido alrededor del mundo haciendo uso de las TRHA.¹¹⁹

Nadie puede negar que la reproducción sea un hecho connatural a nuestra especie. Asimismo, tampoco se cuestiona desde el punto de vista jurídico que toda persona adulta es libre de decidir procrear. Sin embargo, cuando parejas con problemas de esterilidad e infertilidad apelan a los servicios médicos con el fin de hacer posible la reproducción, se genera polémica sobre el particular, desde diferentes órdenes: religioso, moral y jurídico; en especial, cuando los servicios solicitados en medicina reproductiva están asociados a las TRHA de alta complejidad (fundamentalmente a la FIV). La discusiones suelen tener muy variadas aristas; sin embargo, considerando que el tema que nos convoca es de naturaleza jurídica, el enfoque a desarrollar pretende encaminarse en ese sentido.

Desde un punto de vista jurídico, los principales escollos han girado en torno a tres temas en particular: el primero, determinar si el acceso a la TRHA, se funda en el derecho a procrear o, si cuando de ellas se habla, se está frente a un derecho a la asistencia médica para hacer posible el derecho a la procreación. El segundo, aspecto a considerar, está relacionado con los sujetos que pueden acceder a las TRHA y bajo qué circunstancias. 3) Por último, debe considerarse el elemento más controversial que se asocia con el uso de las TRHA, el cual se relaciona con el estatuto jurídico del embrión. Temas a los que se pretende hacer alusión en las siguientes páginas. Poniendo especial énfasis en el primero y el último citado, por considerar que la investigación que nos ocupa guarda mayor relación con ellos.

¹¹⁸ Las TRA, son utilizadas en países de todos los continentes: América, Oceanía, Asia y África. En América Costa Rica, es el único país que se ha sustraído al uso de las mencionadas técnicas.

¹¹⁹ Dato proporcionado por Zegers, en: ZEGERS, F., Op. cit. Apartado 3.2.

3.1.DERECHO A PROCREAR O DERECHO A LA ASISTENCIA EN EL PROCESO DE PROCREACION

Desde el punto de vista jurídico, el acceso a las TRHA en general y, las de alta complejidad en particular, es percibido fundamentalmente desde dos diferentes perspectivas, ambas a la luz de los Derechos Humanos. El primero de ellos, se asocia a lo que algunos, entre ellos Gómez (2004), han denominado el derecho a la reproducción, otros en cambio le denominan el derecho a la procreación¹²⁰. Derecho que se visualiza a la luz de principios como: el principio de libertad, laicidad y pluralismo ideológico que, en principio, debe informar a todo Estado democrático. Aspectos contemplados al amparo de la dignidad humana¹²¹. El segundo enfoque, percibe el acceso a las TRHA, como resultante del ejercicio de la libertad de procrear y, ante todo, del derecho a la asistencia en la procreación a partir de los derechos reproductivos y de salud reproductiva.

El primer enfoque es sostenido por Gómez (2004), quien específicamente considera que “el derecho a la reproducción humana” responde a una opción libre, vital e individual, que se apoya en la dignidad de la persona y derechos que le son inherentes como son: el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad y el derecho a la intimidad. De acuerdo con Gómez “el derecho a la reproducción se fundamenta en la libertad individual y se manifiesta en la decisión del sujeto en orden a su propia reproducción” (apartado 1.1, párrafo 14). Siendo la libertad y la dignidad los principales elementos a considerar

La libertad, no se agota en las esferas que concretamente reconoce la normativa, sino que ella se ampara acciones, que sin estar contempladas tampoco están prohibidas.

¹²⁰ Andrew C. Varga, usa esta denominación. En: VARGA, Andrew C. *Bioética: Principales Problemas*. Bogotá, Colombia: Ediciones Paulinas, 1988, p. 53. El derecho a procrear en sentido lato como método alterno de procreación, se refiere a la posibilidad de hacer uso de las TRHA, sin que medien problemas de infertilidad.

¹²¹ Gómez Sánchez, Yolanda y Agustín Jorge Barreiro son algunos de los juristas que sostienen este enfoque. Ver en: GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda. *El Derecho a la Reproducción Humana: Fundamento y Nuevos Problemas. Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI: XIII Congreso Internacional de Derecho/* coord. por Carlos Lasarte Álvarez, Araceli Donado Vara, María Fernanda Moretón Sanz, Fátima Yáñez Vivero, España: Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España, 2004; BARREIRO, Agustín Jorge. *El derecho penal ante los avances de las nuevas técnicas genéticas, con especial referencia al código penal español*. En: *Derecho y Justicia Penal en el Siglo XXI: Liber Amicorum en Homenaje al profesor Antonio González-Cuellar García*, España: Editorial Constitución y Leyes, Colex, 2006. pp. 555-588

La dignidad, por otra parte, debe ser reconocida y, responde a una naturaleza merecedora de respeto y consideración y, por ende, no admite ciertas actuaciones del poder público. De acuerdo con Gómez (2004), “en una democracia no cabe una interpretación restrictiva de la libertad, sino que su extensión será tan amplia, como sea posible; ello, sin vulnerar el resto de los valores y principios del propio sistema democrático”. Según la autora, la reproducción es un problema del derecho a la libertad. Procrear corresponde a la opción vivencial. La libertad sostiene la autora es un derecho subjetivo, correspondiente a toda persona y exigible frente al Estado y, su contenido no puede delimitarse sino frente al valores, principios y demás derechos y libertades reconocidos constitucionalmente.

Señala además, la autora, que la dignidad y libertad son conceptos íntimamente relacionados, en la medida en que la primera, tiene su más firme fundamento en la dualidad libertad-autonomía humana.

De acuerdo con Gómez (2004), el sujeto se mueve, en determinados ámbitos en los que goza de autonomía, para hacer todo aquello que la ley expresamente no prohíbe. Espacios de libertad personal, en los cuales, se puede actuar sin injerencias por parte del Estado (se estaría en presencia de una libertad negativa). Ello viene a entrañar la autodeterminación personal y, por lo tanto, comprende la capacidad de adoptar y ejecutar decisiones propias. Gómez (2004) dirá: “el derecho a la reproducción humana puede [...] cobijarse y deducirse de esta interpretación de la libertad como derecho-autonomía” (apartado 1.3, párrafo 21). Así las cosas, en la reproducción asistida, la procreación responderá a un acto de autodeterminación y autonomía del sujeto.

Otro derecho al que atribuye la autora especial importancia en lo relativo a la procreación, es el derecho a la intimidad. Derecho que remite a la vida privada de las personas y que permite a todo individuo tomar, de manera autónoma y sin injerencias de terceros, decisiones que afecten su esfera personal y familiar, como lo es la decisión de reproducirse o no, cuándo y, que espaciamento debe existir entre los hijos. Sobre tal derecho, dice Gómez (2004), el Convenio Europeo¹²² (art. 8)¹²³, prohíbe injerencias del

¹²² Este convenio fue suscrito en Roma en 1950, al amparo de los miembros del Consejo de Europa.

¹²³ El artículo en cuestión dice: “1. Toda Persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No puede haber injerencia de la autoridad en el ejercicio de

poder público en la vida privada y familiar, a excepción de las expresamente contenidas en la Ley y que tutelen valores de convivencia. Contenidos, también recogidos en el mismo Convenio en su artículo 6.1, con ocasión del litigio. De modo que el derecho se impone como límite ante las intromisiones ilegítimas en la vida privada, incluso con respecto a la reproducción humana, sea esta por medios naturales o se logre por medios artificiales legalmente autorizados (apartado 1.4.1, párrafos 6, 7 y 8)¹²⁴.

Asimismo, Gómez (2004), hace alusión al derecho a fundar una familia, a partir de la cual, son consideradas las técnicas de reproducción asistida. La familia –de acuerdo con Gómez- existe a partir de la descendencia y en función de ella¹²⁵. De acuerdo con la autora, el derecho a procrearse corresponde al ser humano por sí, según su dignidad, con independencia de su estado civil, pues su relación está en función de la familia¹²⁶ y no del matrimonio (visto en su connotación de vínculo social, económico y jurídico).

Por todo lo anterior, Gómez (2004) termina concluyendo que existe un derecho a la reproducción, integrado, por el derecho fundamental a la libertad y en el valor libertad (que le sirve de fundamento), por la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad. Asimismo, protegido por el derecho a la intimidad personal y familiar, derecho que no puede ser restringido arbitrariamente. El derecho a la reproducción – se dirá- encuentra fundamento en el reconocimiento del derecho a fundar una familia recogido en los textos internacionales. Aspectos, todos ellos, inscritos en un sistema democrático, sobre la base de una construcción de equilibrios, de ponderación y de tolerancia. Así las cosas, si bien el derecho a la procreación no puede ser visto como absoluto, lo cierto es que tampoco puede ser arbitrariamente restringido sin justificación suficiente por parte de los poderes públicos. En otro sentido, debe entenderse que para

este derecho sino en tanto en cuanto esta interferencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y libertades de los demás”

¹²⁴ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y (2004), Op. cit.

¹²⁵ Para esta autora una pareja o matrimonio, sin descendencia no es familia. Aún cuando admite la existencia de unidades, en las que la reproducción aparece como un hecho lejano. No obstante, ello implica que no remita a la procreación (por ejemplo: familias compuesta por hermanos, sin padres, por haber fallecido éstos).

¹²⁶ Derecho que, de acuerdo a Gómez (1988), responde a la siguiente normativa: La Declaración Universal de Derechos Civiles y Políticos (art. 12); en el Convenio Europeo (art. 12); en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (art. 23.1); en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art.17).

Gómez (2004), cualquier límite que pueda y deba imponerse a la reproducción, incluso cuando que recurre al uso de las TRHA, debe ser claramente definido y sustentado.

Es importante recalcar, que la autora citada en párrafos anteriores, aboga por ver las técnicas de reproducción como una vía pertinente para hacer posible la reproducción. Estima la autora, que en relación con las TRHA, se debe optar por regularlas a favor de la libertad y dignidad de las personas. Ahora bien, no se puede pasar por alto, que la autora hace su enfoque desde el derecho a la reproducción sin más. Enfoque desde el cual, la autora, deja entrever que los sujetos beneficiarios de las TRHA, están definidos en cada Estado y sociedad, según la amplitud o restricción del concepto de familia que se posea, tanto social como jurídicamente hablando.

Por otra parte, Medina (2010)¹²⁷, cuando de acceder a las técnicas de reproducción asistida se trata, considera que el tema es posible abordarlo, tanto desde el derecho a la salud, enfocado desde el problema de la infertilidad; como también, a partir de los aquellos derechos humanos relacionados con el derecho a la procreación; tal que se pueda dirimir si acceder a las técnicas de reproducción asistida es un derecho humano (entendido como un derecho a la asistencia reproductiva).

Dar respuesta a lo anterior, de acuerdo con la autora, no solo exige remitirse a los derechos pertinentes a la reproducción humana en los diferentes tratados internacionales; sino que, considera es fundamental tomar en consideración la interpretación y criterios que de su alcance plasman los distintos órganos naturales de control de los pactos y convenciones¹²⁸ relativos a los derechos involucrados.

En ese sentido, la autora, se encamina a evaluar aquellos derechos que eventualmente pueden incidir en el tema de reproducción asistida, entre los que incluye: El derecho a constituir una familia, el derecho a no ser discriminado, el derecho a la salud y el derecho a beneficiarse del progreso científico.

¹²⁷ CÁMARA NACIONAL EN LO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL (argentina/ buenos aires), Sentencia de 2 de marzo de 2010. Causa N° 3440/08 “*Reyna Viviana Celeste y otros c/Galeno SA s/ sumarísimo*” Aclaración de Fallo Graciela Medina. La Jurisprudencia Argentina, suele usar el vocablo “fallo” como sinónimo de sentencia.

¹²⁸ Entiéndase, para el caso, instancias como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en relación al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y otros equivalentes a otros pactos o convenios; la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión la Comisión de Derechos Humanos y otras entidades pertinentes.

En relación con el primer derecho en mención, Medina (2010) señala que el artículo 17 de la Convención Americana protege el derecho del hombre y la mujer a fundar una familia. Artículo que desde su punto de vista constituye la base para garantizar el acceso a las técnicas de fecundación asistida, siendo que los derechos reproductivos deben siempre ser interpretados desde y a la luz del derecho a fundar una familia. En igual sentido, es preciso considerar el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 11 del Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y, el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; todas ellas normas de orden internacional que presentan la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad y, por ende, se considera se encuentra en ellas contenido el derecho a procrear.

Considera Medina (2010), que la falta de cobertura y acceso a las técnicas de fecundación asistida, atenta contra el derecho a constituir una familia y de tener hijos, que corresponde a una mujer, que por razones de salud no puede hacerlo naturalmente. Derecho que estima debe aplicarse a la luz del 5° párrafo de la Observación N° 19 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que dice: “El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos. Cuando los Estados Partes adopten políticas de planificación de la familia, estas han de ser compatibles con las disposiciones del Pacto y sobre todo no deben ser ni discriminatorias ni obligatorias.”¹²⁹ Interpretar las cosas en otro sentido, lleva a pensar que el ejercicio del derecho señalado, se dispone solo para aquellos que cuentan con los medios económicos y sociales que les permiten costear tales tratamientos.

Según lo expuesto, es claro, que la autora asume que existe un derecho a procrear que no cuestiona y, por tanto, de lo que se trata es de tener acceso a las TRHA. Por tanto, es posible interpretar que de acuerdo con la Medina (2010), el Estado tendría dos obligaciones a su cargo, una negativa, en tanto permite la procreación y, una positiva o prestacional, en cuanto deber facilitar el acceso a la medicina reproductiva a quienes no se encuentren en posibilidad encararla económicamente.

¹²⁹ CÁMARA NACIONAL EN LO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL (argentina/ buenos aires), Sentencia de 2 de marzo de 2010. Causa N° 3440/08 “*Reyna Viviana Celeste y otros c/Galeno SA s/sumarisimo*”

En el sentido de lo dicho, Medina (2010), acepta que ningún derecho puede ser admitido en forma absoluta y que todo derecho humano se encuentra sujeto a limitaciones. Sin embargo, también sostiene que “las limitaciones a los derechos humanos no pueden ser arbitrarias ni restringir el derecho a la vida familiar y a la procreación en razón de las condiciones económicas” o de otras posibles circunstancias, sin correr el riesgo de incurrir en discriminación.

Siendo que el derecho a la no discriminación, se encuentra plasmado en el artículo 24 de la Convención Americana, y el artículo 1° del mismo documento, en el cual se sostiene 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”. Artículo que, según Medina (2010), abarca la condición de aquellos que tienen problemas de infertilidad y, para quienes las técnicas de reproducción asistida, resultan la única opción para tener un hijo y concretar su planificación familiar.

Asimismo asegura, que dado que las técnicas de reproducción asistida, en todas sus formas, se realizan mayormente en el cuerpo de la mujer con problemas de procreación, por tanto, deben también considerarse aquellos artículos que remitan a la no discriminación de las mujeres, contenidos en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW), tal que se adopten las medidas para que las mujeres y hombres accedan en condiciones de igualdad los servicios de salud y de planificación familiar. Sostiene Medina (2010), que el Comité de la CEDAW ya ha recordado a los Estados su obligación de respetar el acceso de la mujer a los servicios médicos y abstenerse de “poner trabas a las medidas adoptadas por la mujer para conseguir sus objetivos en materia de salud” (recomendación 24). Igualmente, en recomendaciones posteriores, se ha manifestado la preocupación por el acceso limitado de la mujer, en lo relativo a la salud reproductiva, llamando la atención sobre aquellos aspectos que entorpecen la asistencia médica de las mujeres (consideraciones religiosas, privatización de la salud y restricciones presupuestarias).

Continuando con su exposición, Medina (2010) sostiene, que el derecho a formar una familia y a la no discriminación, deben ser conjuntamente contemplados con el derecho a la salud y, en específico, a la salud reproductiva. Siendo que el primer derecho citado, ha sido contemplado en diversos instrumentos del Derecho Internacional¹³⁰; entre ellos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), que en su artículo 12 párrafo 1º, reconoce el derecho a la salud más alto posible, tanto física como mentalmente y, en su párrafo 2, se indican las medidas que deberán adoptar los Estados para asegurar la plena efectividad del derecho. Por otra parte, en la observación 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párrafo 8, en relación con el contenido normativo del artículo citado, se sostiene que, el derecho a la salud no debe entenderse como “un derecho a estar sano”; sino que, a su vez, este entraña libertades y derechos. Entre las libertades, figura el derecho a controlar la salud y el cuerpo, incluida la libertad sexual y genésica y el derecho a no padecer injerencias. Igualmente, el derecho a una protección de la salud con iguales oportunidades para hombres y mujeres y disfrutar del más alto nivel posible de salud, enfatizando, en la libertad sexual y genésica. Así las cosas, en el mismo párrafo del citado documento, dirá Medina (2010), se incluye de manera explícita la salud sexual y reproductiva. La nota 12, relativa a la salud genésica, percibe las técnicas de reproducción asistida en el marco de la planificación familiar, siendo que el texto dice: “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[...]” (observación N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Nota 12, párrafo 14)¹³¹.

¹³⁰ Entre ellos: el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965), artículos 11 y 12 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), la Convención sobre los Derechos del Niño (1989). Entre los documentos regionales para América, se encuentran el protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1989); e instrumentos regionales para Europa y África.

¹³¹ Todo lo antes expuesto está contenido en: Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal (Argentina/ Buenos Aires), Sentencia de 2 de marzo de 2010. Causa N° 3440/08 “*Reyna Viviana Celeste y otros c/ Galeno SA s/ sumarísimo*” Aclaración de Fallo Graciela Medina.

De manera tal que, interpreta Medina (2010), siendo la infertilidad un problema de salud, las técnicas de reproducción asistida ayudan a evadirlo. Estas técnicas, de acuerdo con la autora, están relacionadas con el derecho a la salud y considera es el Estado el llamado proveer y garantizar progresivamente los tratamientos de fecundación asistida; en cuanto, estos se amparan en derechos reconocidos por los Estados.

Finalmente, sostiene Medina (2010) que, en relación con las técnicas de fecundación asistida, el derecho a beneficiarse del progreso científico está reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 15 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, inciso 1) que dice: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: b) Gozar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones”. Así viene a establecerse la posibilidad de acceder a novedades científicas, que permiten acrecentar el disfrute de los derechos contenidos en el Pacto (acápito 1.c). Derecho, de especial relevancia para la fecundación asistida; técnica que hace posible la gestación y abre la posibilidad de procrear haciendo uso de la ciencia.

Medina (2010) señala, que si bien, usualmente, la planificación familiar y el ejercicio de una paternidad responsable, es enfocada por los Estados desde políticas relativas a la contracepción, no por ello se debe obviar que también existe un interés relativo a procedimientos de concepción; de acuerdo con la autora, “una interpretación contraria llevaría a sostener que el Estado solo garantiza la imposibilidad de concebir, pero no la de concebir.”¹³²

En sentido semejante a lo expuesto por Medina (2010), Luna (2008), sostiene que las técnicas de reproducción asistida se encuentran fuertemente vinculadas a los derechos reproductivos y, en ese sentido, relacionadas con la salud sexual y reproductiva de las personas, en los términos en que se define en la Cuarta Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre la Mujer, realizada en Beijing (1994). En especial, en cuanto se opta por un concepto integral de salud sexual y reproductiva, que incluye todo lo relativo al sistema reproductor, sus funciones y procesos, incluida la procreación en todos sus enfoques.

¹³² Ídem.

Luna (2008), considera que si bien, la salud reproductiva puede asociarse por lo usual a temas relativos a la anticoncepción, la procreación responsable, la atención del embarazo y el parto, la prevención y atención de enfermedades de transmisión sexual y del VIH, lo cierto es que el concepto citado no se agota en los aspectos mencionados; sino que también “implica métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud reproductiva” y, en ese sentido, también cubre el acceso a métodos reproductivos médicamente asistidos, aún las tecnologías diseñadas para tratar la infertilidad y permitir a las parejas infértiles tener hijos¹³³. Sostiene Luna (2008), que temas relativos a la salud sexual y reproductiva, no suelen ser discutidos en el marco de las políticas públicas, sino que son tímidamente planteados, en cuanto que estos generan opiniones encontradas y son temas tabú.

De acuerdo con Luna (2008) el acceso a las técnicas de reproducción asistida en América Latina, debe responder, según su punto de vista, no solo a quienes sufren de infertilidad primaria, sino a quienes sufren de infertilidad secundaria (la cual sobreviene por causas variables y derivadas de complicaciones en la atención a la salud) condición que también puede requerir el uso la reproducción asistida, como única vía para lograr un embarazo, (ya que, son casos de infertilidad prevenibles), condición que se agrava por falta de recursos económicos. Así las cosas, las técnicas de reproducción asistida entran en el marco de los métodos de planificación, no en su carácter negativo como lo constituyen los anticonceptivos, sino en su enfoque positivo, que se refleja en la búsqueda de los medios para lograr un embarazo.

En continuación de lo previamente planteado la autora cita el apartado 7.17 del Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y el Desarrollo, que dice:

“Se insta a los gobierno, a todos los niveles, a que implanten sistemas de supervisión y evaluación de servicios orientados hacia el usuario, con miras a detectar, prevenir y controlar abusos por parte de los directores y proveedores de los servicios de planificación

¹³³ LUNA, Florencia, Op.cit. p. 64.

de la familia y a asegurar el mejoramiento constante de la calidad de los servicios. con este fin, los gobiernos deberían garantizar la conformidad con los derechos humanos y la observancia de las normas éticas y profesionales en la prestación de los servicios de planificación de la familia y otros servicios conexos de salud reproductiva con el fin de asegurar el consentimiento, responsable, voluntario e informado y también con respecto a la prestación de servicios. Deberían proporcionarse técnicas de Fecundación In Vitro de conformidad con directrices y normas médicas apropiadas.”

Luna (2008), en igual línea de pensamiento que lo hace Medina (2010), aborda los derechos humanos, pues considera ellos inciden en el acceso a las técnicas de reproducción asistida, tales como: el derecho a formar una familia, a no ser discriminado, derecho a la salud y a beneficiarse del progreso científico.

Para Barreiro (2006), con el uso de las TRHA entran en juego intereses diversos y fundamentales, que deben ser objeto de ponderación. Intereses como la libertad reproductiva, la protección de la salud, el “status” de las Mujeres, los derechos de los discapacitados, la libertad o intimidad personal, la investigación científica, la vida prenatal y la esencia misma de la dignidad humana, sin dejar de lado, intereses supraindividuales como la inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético del ser humano-dignos de tutela jurídica.

Massaglia de Bacigalupo (2001) si bien acepta la existencia de la libertad a procrear o engendrar un hijo, en relación con las TRHA sostiene que lo que existe es un verdadero derecho a la asistencia y al uso de ellas para vencer la esterilidad y permitir el ejercicio de la procreación.

Autores como Dworkin¹³⁴, sostienen que lo relativo a la reproducción humana se ubica en el marco del derecho a la privacidad, pues de tal derecho se deriva un derecho aún un derecho más específico como lo es la autonomía reproductiva, que permite decidir (en especial a la mujer) cuándo tener un hijo. Y, en tanto, decisiones personales deben encontrarse libres de la intervención estatal. Igualmente, considera el autor que dentro del ejercicio de la procreación, debe primar la libre convicción, tal que ciertos sectores doctrinarios no impongan a otros las creencias que le son propias.

Es interesante encontrar que, autores latinoamericanos como son: Barreiro (2006), Massaglia (2001), Medina (2010), entre otros estiman que la posibilidad de acceder a las TRHA, viene dada desde el derecho a la salud; autores, europeos, suelen decantarse por el mero derecho a la reproducción. Siendo que, en última instancia, las soluciones suelen variar según la perspectiva valorativa y concepción que se tenga de sociedad y el papel del derecho.

3.2.PERSONAS BENEFICIARIAS DE LA TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

Entre los temas que generan controversia en torno a las TRHA y la posibilidad de acceder a estas, se encuentra el relacionado, con los sujetos destinados a beneficiarse de ellas. Aspecto que remite, sin duda alguna a la finalidad que se persigue con el uso de las TRHA y las posibles consecuencias que de ellas devienen, que para el caso, suelen estar estrechamente relacionadas con el derecho sucesorio y el derecho de familia.

En lo que se relaciona con las técnicas de reproducción asistida y las personas que pueden beneficiarse con su aplicación; es preciso, en primer término, determinar si se está en presencia de una forma alternativa de procrear o, si por el contrario, estrictamente, se está ante un procedimiento médico destinado a sortear la condición de esterilidad o infertilidad.

¹³⁴ Sus opiniones están contenidas en documento preparado para el Congreso de la República de Colombia (2004), en el apartado VII en el que se presenta extracto de artículo denominado “Dworkin y el debate sobre el aborto”, a cargo de Julieta Monterol.

Sobre lo antes mencionado, la doctrina mayoritariamente ve las técnicas de reproducción asistida como un procedimiento alternativo para procrear cuando existen problemas médicos que no lo permiten; tal que, de no existir dicha condición no sería posible acceder a las TRHA, como forma alternativa de procreación. Estados Unidos, es uno de los pocos países, que permite la última modalidad citada. Los países europeos y latinoamericanos, se decantan por el primer enfoque.

Autores como Sanz Álvarez (2002)¹³⁵, llaman la atención por la necesidad de legislar sobre la finalidad y la titularidad en el uso de las TRHA; ya que, considera preciso definir quiénes pueden o no acceder a las mencionadas técnicas, convencido de que la normativa existente no siempre responde a todas las eventualidades que, por ejemplo, en términos de filiación, se puedan suscitar cuando se recurre a las TRHA.

Sobre quienes pueden acceder a las TRHA y en qué circunstancias, es un asunto que se debe definir en virtud de los derechos involucrados y que merecen protección¹³⁶. Desde tal punto de vista, asentir al uso y aplicación de las TRHA, por parte de parejas infértiles, unidas por el vínculo matrimonial o uniones de hecho permanentes con vocación semejante al matrimonio, es un tema sobre el que doctrinariamente, no existe gran discusión, más allá de determinar cuánto tiempo debe transcurrir para que una relación sin vínculo matrimonial sea considerada estable o permanente. Lo anterior, porque se estima que desde una noción amplia de familia no cabe discriminación en tal sentido, ya que, la protección constitucional igualmente cubre a la familia extramatrimonial.

Si se toma como punto de *referencia*, lo dicho en el anterior párrafo, los procesos de filiación, que se establecen en los casos señalados no se consideran problemáticos o ajenos a la normativa existente en la mayoría de los Estados. Esto claro está, siempre que las TRHA sean de naturaleza homóloga (o sea, utilizando los gametos de los componentes de las parejas citadas). En este sentido la filiación jurídica y biológica coincide; la primera, por el mero vínculo del matrimonio; la segunda, porque

¹³⁵ SANZ ÁLVAREZ, Jaime Enrique, Op. cit.

¹³⁶ No se hace referencia en este punto a las posiciones que insisten, que para efectos de experimentar la paternidad o maternidad basta con la adopción, pues es claro que este enfoque ha perdido un papel preponderante y es considerado por lo usual como una posición extrema y, en algún sentido no acorde con los derechos humanos.

es posible determinarla a través de marcados genéticos, según procesos de reconocimiento de paternidad establecidos.

No obstante, surgen discusiones sobre el tema, si, por contrario, lo que se plantea es la aplicación de TRHA de naturaleza heteróloga; las cuales implican la donación de material genético, entiéndase por ello: espermatozoides, óvulos; así como también, recurrir a la donación de embriones preimplantatorios.

La razón de lo anterior, según algunos autores se encuentra en la necesidad de tomar en consideración los derechos del futuro hijo, en todo lo relativo a su filiación e identidad. Sobre el particular, Moro (1988), señala que en “el empleo de las técnicas ha de atenerse al respeto de los principios jurídicos fundamentales en tema de protección a la familia, filiación y derechos del *nasciturus* a una válida inserción familiar.”¹³⁷

Aspecto en el cual no se ahondará, más allá de indicar que es posible distinguir tres posiciones: dos de corte extremo y una posición intermedia, con una variada gama de posibilidades. Entre las extremas, se encuentra quienes rechazan toda posible práctica de TRHA con presencia de donantes de gametos o embriones; en oposición a enfoques que las aceptan.

En posiciones intermedias, es posible encontrar quienes ven con buenos ojos la donación de espermatozoides y embriones, siempre que los receptores se comprometan libre y responsablemente a ser padres; pero, existe una amplia tendencia a no admitir la donación de óvulos. No obstante, en aquellos casos en que se contempla, se hace bajo determinados parámetros y siempre que la maternidad sea responsablemente asumida por la receptora.

En cualquiera de las opciones señaladas, el consentimiento informado es prioritario, no solo en relación con práctica médica, sino también como aspecto determinante a efectos de la filiación; en especial, para quienes no aportan material genético en el procedimiento, siendo que la maternidad o paternidad resultante será de

¹³⁷ MORO ALMARAZ, María Jesús. *Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación <<In Vitro>>*. Barcelona, España: Librería Bosch, 1988, p. 71.

naturaleza social y jurídica, más que biológica (para uno o ambos participantes de la pareja sexual).

Otro punto de discusión, a citar, es la posibilidad de que mujeres solas y probadamente estériles (por condición fisiológica), tengan acceso a la TRHA con el fin de ser madres. Sobre todo, si se considera que, cada vez más en la sociedad actual, buen número de mujeres, deciden deliberadamente ser madres en solitario; siendo que las mujeres con severos problemas en su aparato reproductor se encuentran en desventaja, con respecto de aquellas que no tienen problema alguno. Este enfoque, claro está suele responder básicamente, a la aceptación social que pueda existir o no, de las familias monoparentales, en relación con las biparentales.

Desde tal punto de vista, las reservas más comunes, para la mujer sola, suelen estar relacionadas con la condición de filiación del menor que nace con ayuda de las TRHA, ya que, la técnica aplicable para el caso deberá de ser de naturaleza heteróloga. De manera tal que, por lo usual, es posible encontrar dos puntos de vista. Aquella que no objeta que la mujer sola recurra a las TRHA, por considerar que cualquier dificultad que surja con ocasión de la filiación, puede salvarse a través de la normativa, al asegurar al menor que nace haciendo uso de las TRHA el acceso, bajo ciertas condiciones y circunstancias, a la información genética de su progenitor. Otros, incluso consideran posible el acceso a este, bien llegue a la mayoría de edad (sin que impliquen responsabilidades legales para el donador).

Una segunda posición, descarta que la mujer sola, pueda acceder a las TRHA, alegando que permitirlo implicaría un retroceso, con respecto a la normativa asociada a procesos de filiación; siendo que, se ha pretendido asegurar legalmente la paternidad al menor nacido¹³⁸. Así las cosas, se sostiene que el menor tiene derecho a nacer, crecer y desarrollarse dentro de una familia¹³⁹ (vista, esta, desde un enfoque por lo usual biparental). Asimismo, se alega que no existe un derecho absoluto a la maternidad.

¹³⁸ IÑIGO, Delia. Técnicas de reproducción asistida: consideraciones sobre su aplicación a mujeres solas. *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia* (2). Buenos Aires, Argentina: Artes Gráfica Candil S, R. L., 1989, pp. 53-63.

¹³⁹ Carmen Hernández Ibáñez es partidaria de este punto de vista. En: HERNÁNDEZ IBAÑEZ, Carmen. Los Aspectos Jurídicos de las Técnicas de Reproducción asistida: Ley Española y Marco Europeo. *Revista de derecho* (193). Mes: enero-Junio, Año LXI, pp.37-68. Chile, 1993.

Un caso especial de mujer sola, a considerar, es la mujer viuda, cuyo cónyuge fenece iniciados los procedimientos asociados a las TRHA. Un sector doctrinario acepta la posibilidad de continuar los procedimientos iniciados, siempre dentro de ciertos parámetros necesariamente definidos, relativos por lo general al tiempo permitido para concluir el proceso. Esto, con el fin de salvar derechos sucesorios dentro del marco jurídico existente.

Finalmente, la mayor controversia en temas de filiación se genera ante la posibilidad de la maternidad subrogada¹⁴⁰, con respecto de la cual se propician diversas formas de maternidad, que pueden o no coincidir entre sí, en relación con el menor. Se hace referencia en este punto, a la distinción que surge entre: la madre gestacional (como aquella que lleva adelante el embarazo), la madre biológica (que aporta el material biológico) y la madre jurídica (como aquella que socialmente asume la maternidad); siendo que, por lo usual, en tales casos, la mujer que desea ser madre no puede gestar. Tal que la mujer que gesta, entrega el menor a la mujer que aportó el óvulo que ha sido fecundado. No obstante, la maternidad subrogada, no suele ser aceptada, en especial, porque se argumenta que desde un punto de vista jurídico, usualmente, se reconoce como madre del menor, a la mujer que da lugar al alumbramiento.

Los argumentos esgrimidos por uno u otro enfoque, son diversos, pero no nos referiremos a ellos en nuestro estudio, más allá de lo aquí planteado.

No obstante, cabe señalar que se comparte aquella posición que abre la posibilidad a las mujeres solas de acceder a las TRHA, considerando para el efecto que es posible tutelar el derecho del menor que nace con las técnicas a tener acceso a la información genética de su progenitor.

¹⁴⁰ Se hace referencia en este apartado a la maternidad subrogada a la que proviene, de la incapacidad de la mujer de gestar. Ya que también se utiliza el término indicado, cuando otra mujer aporta el material genético, pero es inseminada con el esperma de la mujer que busca ser madre. No obstante, este caso no se encuentra relacionado con el uso de la FIV o técnicas de alta complejidad.

3.3. ESTATUTO JURÍDICO DEL EMBRIÓN

3.3.1. ENFOQUE DOCTRINARIO

Entre los aspectos debatidos en torno al acceso y aplicación de las TRHA y, muy particularmente, de la fecundación extracorpórea (FIV, ICSI) y técnicas conexas, se encuentra lo relativo al estatuto jurídico del embrión. Tema con respecto del cual se despliegan diferentes posiciones doctrinarias en el campo del derecho. Unas aceptan el acceso y aplicación a las técnicas de fecundación extracorpórea, con el fin de hacer posible la procreación y el nacimiento de un hijo sano. Otras orientaciones, por el contrario, limitan el acceso a la mera procreación. No obstante, también existen posiciones que niegan toda posibilidad de aplicación y acceso a las TRHA de alta complejidad, con independencia del fin a perseguir.

Sin embargo, las posiciones mayoritarias, se ubican en los dos primeros enfoques, siendo que una pequeña minoría se adscribe a la última posición señalada. Sobre el particular, Masiá Clavel (2006) sostiene que “hoy no parece justificado, ni científica, ni éticamente, el extremismo del rechazo total de esas tecnologías, ni tampoco el excesivo optimismo de creer que no plantean ningún problema técnico o ético”.¹⁴¹ Arroyo Gutiérrez (2012) sostiene por su parte que la prohibición absoluta a la práctica de una TRHA de alta complejidad como lo es la FIV, no es posible.¹⁴²

Empero, más allá de las divergencias antes propuestas, es preciso mencionar que, las posiciones doctrinarias que aceptan el acceso y aplicación a las técnicas de procreación médicamente asistida, manifiestan especial preocupación e interés por regular aspectos asociados a las TRHA, relativos al posible descarte y criopreservación de embriones; así como lo concerniente a la investigación y manipulación genética, con fines diagnósticos o terapéuticos que los involucre. Además, se muestra empeño por establecer límites al desarrollo de la biotecnología, la biomedicina e ingeniería genética y los posibles abusos que puedan propiciarse en relación con el manejo del material

¹⁴¹ MASIÁ CLAVEL, Juan. *Tertulias de Bioética: manejar la vida, cuidar a las personas*. 2a ed. Madrid, España: Editorial Trotta., 2006, p. 69

¹⁴² Citado por: MUÑOZ QUESADA, Carmen y MAXERA HERRERA, Rita. *Amicus Curiae: Caso Grettel Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica (Fecundación In Vitro)*. Documento presentado ante la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012. Contenido en dispositivo de memoria electrónica proporcionado por La Defensoría de los Habitantes y UNFPA, titulado: Proceso Caso FIV.

genético en sentido general (embriones, gametos, tejido ovárico, tejido fetal, células madre, entre algunos otros); sobre temas como: la comercialización de material genético, la clonación reproductiva del genoma humano, creación de quimeras, hibridación recombinada con animales, selección de características eugenésicas, selección del sexo y características genéticas por razones ajenas a superar enfermedades genéticas graves u otros aspectos atinentes.

Sobre lo antes planteado, es preciso decir que la inquietud por estos asuntos rebasa en buena parte lo concerniente a la esterilidad y la procreación asistida en sí misma y, se ubican en torno a una justificada preocupación sobre la “inalterabilidad e intangibilidad” del patrimonio genético humano. El interés o peso atribuido a uno u otro de los aspectos citados, depende fundamentalmente de cómo se conceptualice al embrión, y de si se le considera o no acreedor de protección jurídica y a partir de cuándo y en qué grado la merece. Aspecto que para muchos se resume, a determinar el momento a partir del cual se está en presencia de una vida humana, de un ser humano o una persona humana, tal que pueda determinarse qué conductas son jurídicamente aceptadas, y cuáles limitadas o prohibidas.

Es importante, señalar que sobre lo expresado en el párrafo anterior, en no pocas ocasiones, se admite que no corresponde al derecho determinar el momento a partir del cual surge la vida, pues esto compete a las ciencias biológicas y, considerar lo contrario llevaría a exceder el quehacer jurídico, ya que, no concierne al derecho definir lo relativo a la ontología de las cosas y los sujetos. Siendo que, la tarea principal del derecho va encaminada a regular la conducta humana en sociedad, pues su función es esencialmente “deontológica”. No obstante, se estima que el derecho no puede abstraerse totalmente del discurso científico. Sin embargo, el escollo fundamental, en relación con ello radica en que la ciencia misma no posee un enfoque único a partir del cual sea posible determinar propiamente y sin equivocación, el momento mismo en que da inicio la vida humana. Como resultado de lo anterior, es posible encontrar enfoques diversos sobre el tema.

La divergencia de posiciones suele estar amparada en visiones distintas del desarrollo humano en general y, del embrionario, en particular.

Es importante señalar que aún cuando mayoritariamente, el inicio de la vida humana se identifica con la concepción. No obstante, no existe un sentido unívoco del concepto. Hay quienes identifican el concepto “concepción” con el de “fecundación”. Tal que ambos términos se utilizan como sinónimos y se hacen corresponder, sin distinción alguna, a la fusión de núcleos del gameto femenino y masculino, para dar lugar al cigoto. Sin embargo, es necesario aclarar que, en ocasiones, tampoco existe acuerdo sobre el momento mismo en el cual se da la fecundación, siendo que esta se puede identificar con: 1) la mera unión de gametos (ingreso del espermatozoide a la membrana exterior del óvulo); 2) la absoluta y total fusión de núcleos de ambos gametos o 3) el proceso biológico que incluye los siguientes eventos: a) la penetración del gameto masculino al interior del gameto femenino, b) la formación de pronúcleos, c) el intercambio de información cromosómica y, por último, d) la formación de una nueva estructura genética o genotipo.

En sentido distinto al expuesto, se encuentra aquella posición ideológica que sostiene que la fecundación y la concepción corresponden a conceptos, que atañen a momentos distintos del desarrollo embrionario. Siendo que el concepto de fecundación, remite a un primer momento dentro del proceso embrionario de la especie humana, a saber la unión de gametos; mientras que, la concepción corresponde a la anidación del blastocito en el endometrio, hecho que viene a coincidir con la preñez de la mujer (solo en este punto es posible comprobar fehacientemente que la mujer está en proceso de gestación)¹⁴³.

El uso del lenguaje, no solo es dispar en lo que toca a los conceptos de fecundación y concepción, sino que también en relación con otros términos que, en principio parecen remitir a una realidad biológica equivalente, como lo son: óvulo fecundado, preembrión, embrión preimplantatorio o embrión; sin embargo, todos ellos conducen a interpretaciones distintas del mismo fenómeno, o a parte de él, al cual se hace referencia en las próximas páginas.

¹⁴³No existe discusión entre las diferentes posiciones, en relación con el momento a partir del cual es posible decir, siempre y sin duda alguna, que la mujer está encinta.

3.3.1.1. TEORÍAS SOBRE INICIO DE LA VIDA HUMANA

Aclarado lo anterior, es importante señalar que existen al menos tres corrientes, a la luz de las ciencias biológicas, que se pronuncian en relación con el momento a partir del cual inicia la vida humana, a saber: la teoría de la fecundación, de la implantación y de la aparición de la corteza cerebral. A las cuales se hace referencia a continuación:

1. Teoría de la Fecundación

La vida humana de acuerdo con esta teoría, inicia con la fusión de gametos¹⁴⁴, concretándose con ella la existencia de un nuevo ser único e irrepetible, con individualidad genética completa y autónoma (distinta de la de sus progenitores), tal que de no interrumpirse¹⁴⁵ el proceso vital generado da lugar a una vida independiente. En otras palabras, una vez formado el cigoto, este sigue un proceso coordinado, continuo y gradual, siendo que la información genética contenida en él, se mantiene a lo largo de todo el desarrollo embriológico que pasa paulatinamente a través de estadios cualitativamente más complejos, que responden a una suerte de programa de ejecución interna que coordina una especie de “red de comunicaciones” con el organismo materno que le hospeda. Se hace referencia así, a una autonomía intrínseca, pero no de completa autosuficiencia o autarquía, considerándose; no obstante, que los principios ontológicos persisten sin cambio alguno.

Sin embargo, al interior de este sector ideológico, hay quienes sostienen que solo cuando los gametos se encuentran unificados y no simplemente unidos, existe potencialidad para la vida humana, concretándose en una persona. Ello porque, es posible que la mera unión de gametos espontáneamente se detenga en su desarrollo; o

¹⁴⁴ Se considera que con la fusión de los pronúcleos (haploides) provenientes de los gametos femenino y masculino, se da lugar a un nuevo y único núcleo diploide (cigoto) con información genética distinta a la de sus antecesores (con 46 cromosomas, respecto de los sendos 23 cromosomas provenientes de los gametos del padre y de la madre).

¹⁴⁵ Con frecuencia se usa el concepto “interrumpir”; pero, según nuestro punto de vista, tal uso del lenguaje no es acertado, pues remite a una acción externa conducida para tal efecto. No obstante, sin importar la posición que se sustente, en cualquiera de los enfoques sostenidos, se acepta que el proceso embrionario puede detenerse por: mala calidad de los gametos, anomalías cromosómicas (o una suerte de falla interna en el programa, si es posible decirlo de tal manera), condiciones ambientales o, simplemente, porque las condiciones para el posterior desarrollo, no son óptimas.

bien, de lugar a una mola hidatídica¹⁴⁶ o, se produzca un teratoma¹⁴⁷. Según Blasi (2007)¹⁴⁸, también se plantea que, el mero empalme de células germinales no siempre da lugar a una realidad genéticamente individual y distinta de aquellas que la originan, siendo indispensable la fusión de la información genética del gameto femenino y masculino, para dar origen a una nueva entidad. De manera tal que, la vida humana no inicia con la fecundación, sino con la singamia, momento a partir del cual se consideraría, se está en presencia de una identidad genética, única, individual e irrepetible.

Considerando lo planteado, se argumenta que desde la concepción o fecundación (y para otros desde la singamia) existe vida humana y, por ende, se está ante un ser humano, pues no es posible identificar un momento preciso en que pueda decirse que no se está en presencia de una vida humana.

Desde tal enfoque, solo es posible hacer referencia al concepto de embrión¹⁴⁹.

2. Teoría de la Implantación

Esta teoría sostiene que el inicio del ser humano se produce con la anidación del óvulo fecundado en el útero materno (evento que se suscita alrededor del día 14, después de la fusión de gametos o singamia).

La teoría de la anidación, argumenta que la implantación coincide con un aspecto determinante en el desarrollo embrionario, a saber: la diferenciación de células

¹⁴⁶ Se produce por problemas en el proceso de fecundación. Mola hidatídica se le denomina a la masa carnosa que se desarrolla en el útero.

¹⁴⁷ Teratoma: Tumor originado en la inclusión de productos de desarrollo de células germinales aberrantes o independientes. Son verdaderos tumores que contienen diversos tejidos, incluso normalmente no presentes normalmente en ese sitio.

¹⁴⁸ BLASI, Gastón Federico. Análisis biológico, jurídico y filosófico sobre el status del nasciturus en el ordenamiento positivo argentino. En: *Revista de Investigación de Ciencias Jurídica y Sociales Ley Razón y Justicia*, VIII (n°11), (s.l.) 2007. Recuperado de <http://www.circulo.doxa.org/documentos>

¹⁴⁹ Para Antoine Suarez, con el concepto embrión se designa “[...] cada uno de los estadios tempranos [...] comprendidos entre la primera segmentación celular, que sigue a la unión de los gametos, y la aparición del eje de simetría embrionario (también llamado línea primitiva), del cual puede surgir en condiciones favorables de desarrollo un mamífero adulto (sin embargo, algunos emplean el vocablo “pre embrión” para designar tales estadios tempranos). Si no se dan las condiciones favorables de desarrollo para un estadio temprano, no es lícito, descartar por ello, que este estadio primerizo sea un embrión.” (apartado 2). En: SUAREZ, Antoine (2002). *El embrión Humano Es Una Persona. Una Prueba*, (s.l.), 2002. Recuperado de www.aebioetica.org/rtf/EI%20Embrión%20Humano.rtf

y tejidos. Es a partir de este momento que se inicia la existencia individualizada del ser humano. Se considera que previamente a la anidación, lo que existe es una serie de células indiferenciadas, que a pesar de tener vida, no se está ante un ser humano concreto, sino ante un conglomerado de células con potencialidad para serlo. Se argumenta que el cigoto corresponde a un programa genético con potencialidad de llegar a conformar un miembro de la especie humana.

Según este enfoque, la concepción inicia con la implantación y, solo será a partir de este evento que, es posible determinar la gravidez de la mujer (embarazo). Así las cosas, la implantación es determinante para el posterior desarrollo embrionario y, es con ella que se inicia propiamente, la formación del embrión. A partir de ahí, es factible decir que se está en presencia de un ser humano individualizado y singularizado, cuyas principales características son la unicidad (calidad de único e irrepetible) y la unidad (o entidad distinguible de otra), que no serían posibles en la etapa previa.

Se argumenta que el cigoto puede dar origen a gemelos monocigotos o gemelos idénticos (hecho que solo puede producirse cuando se está en presencia de células totipotentes¹⁵⁰, propias de etapas más tempranas del desarrollo embrionario), tal que de acuerdo con Massaglia (2001) sin individualización no hay personalización. Asimismo, es en la etapa previa a la anidación, que pueden generarse anomalías cromosómicas estructurales, recombinación de blastocitos y la existencia de quimeras humanas (fenómenos ajenos a la mera fusión del pronúcleo femenino y el masculino).

De acuerdo con Lino Barañao (1995), afirmar que “toda la información que corresponde a un ser humano está presente en el óvulo fecundado”, es objetable como verdadera, pues si bien esta es condición necesaria, no es suficiente. Barañao (1995), sostiene que la unidad materno-fetal, es la que realmente da origen al nuevo individuo, ya que, será la madre quien aporte los elementos que permitan el desarrollo del embrión. De no ser así el embrión moriría, siendo que esta etapa es indispensable para todo el desarrollo embrionario posterior.¹⁵¹

¹⁵⁰ Células totipotentes son aquellas que pueden dar origen a un organismo completo con órganos y tejidos diferenciados; por el contrario, las células pluripotentes, solo pueden dar origen tejidos variados, pero no a organismos completos. Las células que conforman del blastocito son de naturaleza pluripotente.

¹⁵¹ Barañao L. ¿Es el embrión un niño de microscópicas dimensiones?, en Becher D. y Mammini S (1995). Buscado: 200 respuestas sobre reproducción asistida, Buenos Aires: Editorial Tempo, pp. 121-

Un argumento adicional citado para hacer coincidir la ontogénesis de la persona humana con la implantación, se relaciona con la ineficiente capacidad reproductiva de la especie. Estudios realizados en mujeres jóvenes y fértiles, han permitido determinar que, naturalmente, solo la mitad de óvulos fecundados llega a Blastocito (estadio en que se inicia con la implantación en el útero materno)¹⁵²; principalmente, debido a que los óvulos fecundados pueden detener su desarrollo en la etapa previa. Asimismo se favorece la presencia de aneuploidias (o alteración en el número de cromosomas)¹⁵³. De manera que, teóricamente, solo un 25% de óvulos fecundados tienen posibilidad de llegar a convertirse en una persona. Así las cosas, la pérdida embrionaria que se suscita con el uso de la FIV, no resulta del uso de la técnica en sí, sino que es parte o expresión del proceso natural reproductivo de la especie.

Al interior de este enfoque doctrinal, es posible distinguir entre embrión y preembrión o embrión preimplantatorio, tal que estos últimos corresponden al periodo más temprano del desarrollo embrionario (primeros 14 días desde la fecundación), mientras el embrión se identifica con la aparición del surco neural y, con ello, el inicio de una vida humana, pues en este punto ya ha sido superada la posibilidad de escisión de un grupo de células para dar lugar gemelos monicigotos (tal que dé lugar a un nuevo embrión, con iguales características genéticas de aquel que proviene).

3. Teoría de la aparición de la corteza cerebral

La ontogénesis humana, para los que sustentan esta teoría, está relacionada con la aparición del sistema nervioso y la correspondiente actividad cerebral (hecho que no se produce, sino hasta la octava semana). Será con los primeros impulsos eléctricos que dé inicio la vida humana propiamente dicha.

Desde esta teoría se argumenta, que así como la muerte cerebral y propiamente la muerte misma, se relaciona en sentido general con el cese de la actividad cerebral de

122. En: LUNA/Op. cit., p. 31. Argumentación como la señalada la sostiene Lino Barañao, en 2009, en entrevista que se realizará, ver: <http://www.waltergoobar.com.ar/index.php/notices/view/476/estoy-contra-la-imposicion-de-las-creencias-religiosas.html> y <http://www.hazteoir.org/noticia/ministro-ciencia-argentino-niega-que-embriion-sea-vida-humana-18117>

¹⁵² ZEGERS, F, Op. cit. Apartado V.

¹⁵³ Esta es una condición que produce pérdidas embrionarias antes y después de la implantación.

un ser humano dotado con estructura corporal plena, tal que es posible disponer de sus órganos para favorecer la condición vital de otro; resulta absolutamente contradictorio, sostener que el origen del ser humano coincida con un “ser viviente” menos evolucionado y carente de sistema nervioso.

En resumen, cada una de las teorías citadas previamente, da especial valor a un determinado momento en el desarrollo embrionario o gestación.

3.3.2. ENFOQUES JURÍDICOS

Desde un punto de vista jurídico, pueden identificarse posiciones distintas sobre el valor a otorgar a la vida prenatal o *nasciturus*¹⁵⁴ y, a partir de qué momento, partiendo de elementos propuestos por las diferentes teorías citadas en el anterior apartado.

El valor atribuido al concebido y no nacido y el acceso a las TRHA de alta complejidad, en especial la FIV, están estrechamente relacionados desde un enfoque doctrinario. Este asunto suele ser percibido desde diferentes sentidos, ya que, por lo usual, de lo que se trata es de determinar si las garantías constitucionales cubren al embrión y permiten determinar si este es o no sujeto de derechos subjetivos y titular del derecho a la vida. Sin embargo, vale decir que, en última instancia, de lo que se trata es de determinar si el embrión, en sus primeras etapas de desarrollo (embrión, embrión preimplantatorio, preembrión u óvulo fecundado), se encuentra cubierto por una protección jurídica equivalente a la otorgada al embrión ya implantado e, incluso para algunos, a la persona ya nacida. El problema fundamental se relaciona, esencialmente, con el embrión fecundado extracorpóreamente; pues, es en torno a este que, en principio, se ha generado la discusión.

Un primer enfoque estima que desde la fecundación o, existe una persona dotada de identidad propia¹⁵⁵, única e irrepetible y, por ende, titular del derecho a la vida y,

¹⁵⁴ Proviene del latín *nascere*, que significa el que va a nacer. Remite al concebido y no nacido.

¹⁵⁵ María Dolores Díaz –Ambrona Bardají, sostiene que “es una persona humana en fase de formación”. En: DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, María Dolores. Genética y Filiación (Ponencia). El Derecho a la Reproducción Humana: Fundamento y Nuevos Problemas. *Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI: XIII Congreso Internacional de Derecho* / coord. por Carlos Lasarte Álvarez, Araceli Donado

acreedora de algunos otros derechos como si ya hubiese nacido; subjetividad atribuida incluso al embrión fecundado in vitro.

Según este enfoque, desde la concepción, o más bien desde la fecundación, la entidad resultante es humana y, no cabe duda que, el embrión y el feto lo sean. La idea fundamental tras tal afirmación viene a ser, que: todo ente poseedor del genoma de la especie *Homo sapiens* es por sí, humano y, por tanto, deberá entenderse, es persona humana¹⁵⁶. La titularidad que le es atribuida deriva de su naturaleza humana y, no está condicionada a ninguna etapa del desarrollo embrionario de manera particular, pues este es de un proceso continuo.

Marlasca (2002), sostiene que el anterior enfoque se funda en un criterio de corte biológico o natural al que él propiamente denomina “criterio biológico-vitalista”, tal que bastaría ser partícipe del genoma humano o pertenecer a la especie *Homo Sapiens*, para sin más, ser persona. De allí que sostenga que: “para los partidarios de esta postura, la persona es co-extensiva al organismo que la sustenta y dura mientras viva el organismo. El ser humano es una persona completa desde su concepción hasta su muerte.”¹⁵⁷ No obstante, de acuerdo con Marlasca, no es posible pasar por alto que la biología no se pronuncia, en sentido estricto, sobre el concepto de persona humana, ya que, dicho concepto no pertenece a dicha área del conocimiento, siendo que es un constructo filosófico-teológico jurídico.

Según el enfoque que nos ocupa, a partir de la fecundación existe un nuevo ser (con patrimonio cromosómico propio), diferente a sus progenitores, que se desarrolla por sí mismo y, con respecto del cual, ninguna información es agregada en posteriores

Vara, María Fernanda Moretón Sanz, Fátima Yáñez Vivero, España: Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España, 2004.

¹⁵⁶ Este punto de vista es sin duda cuestionable. Pues, se mezclan categorías provenientes de áreas muy distintas del conocimiento humano. Aspecto, que por lo usual no suele ser considerado por quienes lo plantean y, dando como resultado que el uso de las categorías se lleva a cabo, con la mayor indiferencia, como si tal cosa fuera posible. Así las cosas, encontramos que de ningún posible de concepto biológico de especie, se deriva el concepto persona como categoría biológica. La biología habla de individuos (sin importar la especie a la cual haga referencia) u organismos, como categoría de lenguaje que le son propios.

¹⁵⁷ De acuerdo a Marlasca, esta postura es sustentada fundamentalmente por quienes se inscriben en la tradición cristiana, y muy especialmente por la Iglesia Católica, que responde a una interpretación acerca de la animación inmediata del alma – o sea, desde la concepción (en oposición a la visión previamente sostenida por la misma Iglesia, sobre la animación retardada o progresiva del alma, que coincidía con el feto cuando tiene forma humana). MARLASCA, Antonio. *Introducción a la bioética*. Reimpresión-Heredia, Costa Rica: Facultad de Filosofía y Letras, Universidad Nacional, 2002, p. 73.

etapas del desarrollo embrionario. Todas las calidades y requisitos propios de un ser humano ya están en él, aún cuando existan factores ambientales que intervienen en su conformación. Así las cosas, establecer cualquier línea divisoria que defina el comienzo de una “humanidad integral”, viene a ser arbitrario y sujeto a discusión, (ya que, no cabe, establecer distingos en sus “progresivos y/o evolutivos estadios biológicos”).

El concebido, se dirá, no es una potencial existencialidad, sino una realidad biológica *in actu*, que en condiciones favorables de desarrollo, nacerá de no interrumpirse su proceso (aún cuando se acepta que, las razones para ello pueden ser muy variadas y, mayoritariamente, asociadas al propio desarrollo embrionario)¹⁵⁸.

De acuerdo con la posición precedente, desde la concepción existe un ser humano, digno por sí y titular del derecho a la vida; protección que incluso se extiende al embrión extracorpóreo no implantado. El argumento anterior, acepta que el concebido posee una relación de dependencia con respecto de la madre; sin embargo, ello no supone la inexistencia de un ser individualizado e independiente en su principio vital.

Desde el presente enfoque, no es válido distinguir entre pre-embrión y embrión. Hay quienes consideran, que las diferenciaciones no son válidas, ni aún con respecto de

¹⁵⁸ Es particularmente curioso como autores como Antoine Suarez (2002), en su artículo titulado: “El embrión humano es una persona. Una prueba”, sostiene esta posición más como probabilidad que como un aserto. Sin embargo, ello no evita que concluya que el embrión desde la fecundación es persona, como si fuera una realidad absoluta. El autor, no obstante, estima que la principal objeción contra la condición humana del embrión, se sustenta en aquella posición que afirma que el intercambio fisiológico con la madre es determinante para el embrión y que éstos necesitan alojamiento en una madre humana natural para llegar a ser individuos efectivos de la especie (apartado 9). La fortaleza de tal objeción, según el autor, radica en que, de momento, “no se la puede rebatir fácilmente. Pues de hecho no se desarrollan por completo embriones de mamíferos de una especie determinada en la madre natural de otra especie” (según otros autores, esto tampoco ha sido posible, hasta la fecha, en un laboratorio, a través de que hoy se denomina ectogénesis). Natalia López, por su parte cita cuatro objeciones a considerar: 1) Carencia de unicidad, como resultado de la gemelación monocigota, 2) la formación de quimeras, que pone en tela de juicio la unidad, 3) la viabilidad del embrión preimplantatorio, dado el alto porcentaje de pérdidas y 4) la carencia de autonomía respecto de la madre. Sin embargo, de acuerdo a la autora citada, la respuestas a dicha objeciones son: 1) Según la autora aunque se dé la división biológica, ello no implica que lo obtenido es un individuo. No obstante, sobre este punto es claro que la autora se ubica en un enfoque esencialmente biólogo, porque efectivamente, en la biología todo organismo estructuralmente organizado, se le define como individuo; pero según la autora ello, no desmerece que la individualización que, en adelante determine a esos individuos, como verdaderos entes individualizados susceptibles de cumplir con un rol social, no se consolida sino hasta en un momento posterior a la anidación. De acuerdo a nuestro punto de vista, la autora utiliza una caracterización de individuo que responde a la biología, no a la concepción de individuo aplicable desde un enfoque social o jurídico, concepto que por cierto suele y efectivamente tiene otra connotación. LÓPEZ-MORATALLA, Natalia. El estatuto del embrión humano en el contexto de la fecundación *in vitro*. *Acta Académica* (mayo 2007), pp. 171-196.

la persona adulta, siendo que los derechos personales que protegen a unos y otros son esencialmente idénticos. Algunos como Fernández Segado (1988), sostienen que los distinguos no son posibles, entre nacidos y no nacidos, “por lo menos en lo que a la titularidad del derecho a la vida se refiere”¹⁵⁹.

No obstante lo dicho y la argumentación que en general sustenta la posición doctrinal que nos ocupa, a saber: que el embrión merece protección desde el momento de la fecundación¹⁶⁰, es preciso mencionar que existen matices diversos al interior de tal enfoque. Hay quienes ante la imposibilidad de aceptar sin duda alguna el momento a partir del cual el embrión merece protección constitucional, se sostiene que ante la duda, debe otorgársele prudentemente, un trato equivalente a la persona; no porque exista seguridad de que lo sea; sino, por no poder decir con certidumbre lo contrario. Se concluye así que el embrión debe ser considerado ser humano, aún cuando la protección que se le brinde no sea tan intensa a lo largo de todo su desarrollo. Jurisprudencialmente, el principio “pro homini” y prudencia han sido utilizados en este sentido.

En su visión más extrema, se encuentra aquella que opta por la absoluta prohibición para acceder a las TRHA de alta complejidad y técnicas conexas, por cuanto el embrión es poseedor de un derecho absoluto a la vida y/o jerárquicamente superior frente a cualquier otro derecho y, por tanto resulta inaceptable cualquier posible acción que incida en su desarrollo. En ese sentido, se niega toda posibilidad de valorar o sopesar posibles conflictos con cualquier otro derecho y, de hacerse, ese otro derecho será pospuesto, por considerarse que el derecho a la vida del embrión es jerárquicamente superior y deberá prevalecer bajo cualquier circunstancia.

Por otra parte, existe un abanico de visiones; más o menos restrictivas, pero no prohibitivas en relación con el uso de la FIV y técnicas conexas. Lo común en ellas, será considerar imposible una absoluta prohibición de las TRHA, tal que con ello se traben rotundamente el acceso a las mismas. Ello porque las TRHA son vistas como una posible opción para responder al problema de esterilidad o infertilidad. Moro Almaraz (1998), en exposición de argumentos provenientes de Sancho Rebullida, dice:

¹⁵⁹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El derecho a la vida en la jurisprudencia constitucional. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. (6) 843, (s.l.) 1988.

¹⁶⁰ La Fecundación puede ser interpretada en diferentes formas, tal y como se indicó en páginas anteriores de esta investigación.

“No han de incluirse entre los actos que impiden la formación y el nacimiento, a nuestro modo de ver, los destinatarios a la creación de los mismos en laboratorio si son con finalidad de reproducción. La FIV [...] en esencia no contraria el principio informador de la vida [...] la pérdida la origina el propio proceso natural de implantación.”¹⁶¹

En igual sentido, se estima imposible el cierre total a los avances científicos en el campo de la biomedicina, pero se apuesta por estrechar sus alcances, en virtud del ejercicio del principio de libertad responsable y respeto a la persona humana.

Se encuentran así, posiciones que consideran total y absolutamente inaceptable la criopreservación; mientras otras, la ven como excepción o un mal necesario (en razón a favorecer la salud de la mujer). Algunas, consideran inadmisibles todo diagnóstico o manipulación sobre el embrión; otros, lo aceptan en tanto sea en beneficio del embrión mismo. El descarte de embriones, en general, no se considera viable en ninguna posición inscrita al interior del enfoque que nos ocupa. De igual forma, la manipulación de embriones y selección no es descartada por algunos, siempre que ella se produzca de acuerdo con ciertos parámetros; mientras para otros, no sería del todo aceptable. La clonación terapéutica, excepcionalmente, se contempla. Se descartan absolutamente la clonación reproductiva y la creación de quimeras.

Un distinto sector doctrinario niega que desde la fecundación, exista un ser humano en sentido pleno; aún, cuando claramente, no se discute que exista vida (humana) a partir del evento citado. Autoras como Massaglia de Bacigalupo (2001) dirá que “nadie discute que hay vida humana desde que se fusionan el óvulo y el espermatozoide para formar un nuevo ente humano. El nudo de la discusión se centra en determinar qué relevancia ética y jurídica atribuir a dicha vida en su proceso secuencial.”¹⁶²

¹⁶¹ MORO ALMARAZ, Op. cit. P. 128.

¹⁶² MASSAGLIA DE BACIGALUPO, María Valeria, Op. cit. P. 33. Juan Ramón Macadena, por su parte, también sostiene que a partir de la fecundación hay vida humana, en términos semejantes a los que

Desde este enfoque jurídico, se descartan posiciones radicales que limiten el acceso a las TRHA de alta complejidad (FIV, ICSI). No obstante, con respecto al uso de las técnicas conexas, suelen generarse variaciones, que se encuentran representadas por una gran mayoría de posiciones moderadas e intermedias y, una minoría más permisiva.

Quienes comparten este punto de vista, sostienen que es posible distinguir entre diversas fases en el desarrollo embrionario de la especie; siendo que estas son determinantes “para establecer un criterio diferenciador” en la protección jurídica a otorgar a la vida prenatal. Siendo dable distinguir entre cuatro estadios biológicos¹⁶³ del *nasciturus*, a saber: el precigoto, el preembrión (o embrión preimplantatorio), el embrión (o embrión postimplantatorio) y, finalmente, el feto. Cada uno de los conceptos citados, hace referencia a una fase distinta del desarrollo embrionario. El precigoto, corresponde a la primera fase en el desarrollo embrionario. Este comprende el conjunto de eventos dado desde la penetración del espermatozoide en el óvulo hasta la formación del cigoto (primero están presentes dos pronúcleos y, posteriormente, se fusionan).

Seguidamente, tiene lugar el preembrión¹⁶⁴ (o embrión preimplantatorio) que comprende el proceso que inicia con el cigoto, continúa con la mórula y el blastocito, concluyendo con la anidación. Esta es la fase previa a la implantación, en ella el cigoto ya es una realidad, y se da inicio a la división celular, así como la diferenciación de los tejidos orgánicos (u preorganogénesis), se produce la anidación y, termina cuando aparece la primera línea primitiva¹⁶⁵ o cresta neuronal (o esbozo de sistema neuronal)¹⁶⁶. Hay autores¹⁶⁷, que al interior de la posición que nos ocupa, no admiten el uso del vocablo preembrión y prefieren usar en su lugar el concepto “embrión

lo hace Bacigalupo. Ver: LACADENA, Juan Ramón. *Reproducción Humana. El comienzo de la Vida. Genética y Bioética*. España: Centro Nacional de Información y Comunicación Educativa, 2001. Recuperado de <http://cerezo.pntic.mec.es/~jlacaden/reprohumana11.html>. Apartado 3.

¹⁶³ BARRIONUEVO, Daniel. *Bioética y Derecho: Cómo plantear y resolver algunos casos*. Córdoba: Advocatus, 2008, p. 164.

¹⁶⁴ Hay quienes refieren que la fase preembrionaria, está precedida por la formación del precigoto, que va desde que el óvulo es penetrado, hasta que se forma el cigoto de una sola célula diploide con dos pronúcleos. Ver: Massaglia, Valeria (2001) y Barrionuevo, Daniel (2008)

¹⁶⁵ Quienes sustentan esta posición consideran que existe un periodo previo que corresponde al precigoto, el cual remite a momentos previos a la conformación del cigoto (o completa fusión de material genético proveniente de ambos padres).

¹⁶⁶ Hay otros enfoques que identifican “preembrión”, con los eventos que se producen desde la fecundación hasta 14 días después. En otras palabras, no se habla de precigoto. El concepto preembrión no es aceptado por algunos científicos, quienes solo admiten el concepto de embrión, el cual se hace corresponder con los tres primeros meses de gestación, momento a partir del cual se habla de feto.

¹⁶⁷ Juan Ramón Lacadena, sostiene esta posición. Ver: LACADENA, Juan Ramón, Op. cit. Apartado 2.

preimplantatorio”. Fundamentalmente, bajo la premisa de que el cambio de palabras puede producir cambios de actitud.

Por su parte, el embrión, atañe a la fase que inicia con la anidación y llega hasta la séptima u octava semana de gestación, coincidiendo con la organogénesis (o formación de órganos humanos) cuya duración abarca de dos a dos meses y medio (desde la implantación). Al final de la octava semana concluye el proceso de diferenciación. Es en este periodo que se hace posible diagnosticar un embarazo clínico, de acuerdo con la Sociedad Alemana de Ginecología¹⁶⁸.

Finalmente, la fase más avanzada del desarrollo embrionario se identifica con el feto¹⁶⁹; en ella, el embrión tiene apariencia humana y los órganos formados maduran paulatinamente, asegurándose la viabilidad y autonomía del individuo en gestación, que concluye con el nacimiento, para dar lugar a una vida absolutamente independiente en sus funciones corporales (que va desde el tercer mes hasta el parto).

Según este enfoque, el cigoto se concibe como una célula con posibilidad de desarrollarse y llegar a constituirse en un ser humano y, por tanto como “material celular humano vivo”¹⁷⁰, es merecedor de reconocimiento y protección jurídica. No obstante, la protección a otorgar, no es de naturaleza equivalente a la atribuible a la persona humana como titular del derecho a la vida, sino que deviene de lo que llegará a ser. Sin embargo, el *nasciturus*, al encarnar un valor fundamental como lo es la vida humana, viene a constituir un bien jurídico “desde el momento de la concepción hasta el de su separación del claustro materno”¹⁷¹. La protección a conferir no es de igual naturaleza a lo largo de todo el desarrollo embrionario. El desarrollo embrionario es visto como un proceso constitutivo de un individuo humano que pasa por un proceso de diferenciación, de desarrollo y crecimiento. J. Mahoney, teólogo inglés dice:

¹⁶⁸ Este aspecto es citado por Juan Ramón Lacadena en su *artículo Reproducción Humana. El comienzo de la vida*. Ídem.

¹⁶⁹ De acuerdo a María Valeria Massaglia, desde un punto de vista legal y a la luz de la casuística, el feto se identifica con aquella etapa embrionaria que va desde que se produce la anidación, hasta que es posible tener certeza de que la mujer se encuentra gestando una nueva vida.

¹⁷⁰ Esta visión es sostenida por María Valeria Massaglia de Bacigalupo.

¹⁷¹ SILVA SILVA, H. (2012)- *Medicina Legal. Segunda Parte: obstetricia forense*. Editorial Jurídica de Chile. Recuperado de <http://doctrina.vlex.cl/vid/fecundacion-artificial-legales-penales-367247454>.

“Lo que existe desde el momento de fertilización es algo que contiene el potencial para desarrollarse como persona, pero que aún no lo es [...] para que haya vida personal se necesita ante todo un sustrato biológico característicamente humano.”

Diego Gracia por su parte señala lo siguiente:

“Un embrión de ser humano está vivo, pero no es un ser humano ya constituido; tiene la posibilidad de serlo, pero no lo es aún. La posibilidad es ya mucho, supone poseer muchos factores que resultan necesarios para la construcción del nuevo ser, pero no todos.”¹⁷²

De manera tal que, desde este enfoque, se favorece y acepta la existencia de grados escalonados de la protección de la vida humana. Tal que, en esa percepción creciente de resguardo, la implantación o anidación del blastocito en la mucosidad uterina, se convierte para muchos en un evento determinante en el inicio de la gestación y la individualización¹⁷³ del nuevo ser y, por ende, el comienzo de la vida humana o realidad personal¹⁷⁴. Así las cosas, la vida prenatal adquiere especial trascendencia conforme es susceptible de vida independiente y su creciente capacidad sensitiva y racional. Este enfoque ha sido denominado por algunos con el nombre de teoría gradualista, tal que el embrión merece ser protegido, según su avance en el grado de desarrollo embrionario. No obstante, es necesario aclarar, que al interior de la primera posición descrita, aún cuando se parte de otro enfoque, no por ello es excluida la idea de una protección creciente, pues la justificación parte desde otros puntos de vista jurídicos.

¹⁷² El profesor Diego Gracia es citado por Juan Masía en su libro *Tertulia de Bioética*. En MASÍA CLAVEL, Juan, *Op. cit.* p. 107.

¹⁷³ Caracterizado por la unicidad y la unidad. Entendida la unidad como calidad de único e irrepetible (no puede dar lugar a dos como en los gemelos monocigotos) y la unicidad como la imposibilidad de no ser otro (que de dos no se origine uno como en el caso de las quimeras)

¹⁷⁴ Los experimentos realizados en otras especies animales, parecen avalar la importancia de la anidación para el subsecuente desarrollo del individuo, pues hasta la fecha no ha sido posible desarrollar un embrión, fuera del útero de la hembra.

Autores como Masiá (2006), considera que la discusión en torno al embrión tiene sus raíz en una confusión entre los conceptos de: <<vida>>, <<vida humana>> y <<vida humana individual y personal>> y, sostiene que cada concepto remite a una realidad distinta. Los gametos o células corporales tienen vida y poseen la información genética de la especie, pero no por ello es un individuo humano. Por otra parte, el óvulo fecundado da inicio al proceso de diferenciación, que tras la anidación, da lugar a una nueva realidad humana individual y personal.

Massaglia (2001) dice: “Estimo, pues, que existen sin duda claras diferencias entre el “ser humano” de un óvulo fecundado, el de un embrión y el de un niño ya nacido. Por lo que correlativamente existe también una diferencia en la valoración de esta vida humana. Considero que difícilmente no exista consenso en pensar que la muerte de un niño ya nacido y la muerte de un embrión de menos de dos semanas de gestación, no se sienten de la misma forma como pérdida o como acontecimiento doloroso [...]. Esto de manera alguna quiere decir restarle protección, sino tan solo el entendimiento que la obligación ética de respetar la vida humana, recorre una línea fluctuante, línea que pesa cada vez más a medida que va acercándose a la plena realización del ser humano”¹⁷⁵. En resumen, se propone una protección gradual a la vida humana; que según Barreiro (2006), antes del nacimiento existe en forma anticipada, atenuada y escalonada, cuya intensidad de protección dependerá del grado de desarrollo embrionario.

Marlasca (2002), sobre el particular dice: “Nos encontramos, pues, ante una realidad dinámica, *in fieri*- el proceso embrionario-que fundamenta lo que podríamos llamar una *ontología progresiva* en perfecto acuerdo con la intuición común de que el embrión es un ser en desarrollo y que nuestras obligaciones morales y jurídicas, no pueden ser las mismas frente a una célula viva, un feto de seis meses o un recién nacido[...]Indudablemente, a medida que el embrión se desarrolla, también se desarrolla o crece en dimensión personal.”¹⁷⁶

De acuerdo con esta posición es la implantación y no la fecundación, el hecho embrionario determinante en el inicio de la vida humana en su carácter individual (no en

¹⁷⁵ MASSAGLIA DE BACIGALUPO, María Valeria/Op. cit., p. 38.

¹⁷⁶ MARLASCA, Antonio, Op. cit., p. 96.

su concepción general de principio vital), en otras palabras, como ser humano. Este enfoque doctrinario, hace énfasis en algunos eventos, que han de ser considerados, entre ellos: 1) que no siempre la unión de gametos da lugar a la fecundación (como hecho constitutivo de un cigoto); 2) que iniciado el proceso de segmentación o división celular, pueden producirse errores biológicos o anomalías genéticas, que comprometan la viabilidad del embrión, tal que la vida prenatal puede perderse aún antes de que se lleve a cabo la implantación o, bien, posteriormente, al suscitarse abortos; 3) que en la concepción, es básicamente la madre quien acoge al óvulo fecundado en su útero, al quedar preñada. Este punto se estima, podría venir a dar respuesta a procesos inmunes; 4) que la fusión de dos cigotos o embriones distintos para dar lugar a uno solo, denominado quimera, es un fenómeno que necesariamente se produce antes de que termine la anidación, siendo que, necesariamente la cualidad de unidad, o ser uno, solo es posible sin discusión alguna al terminar la anidación, por tanto, *“la unidad del nuevo ser no está fijada durante las primeras etapas embrionarias anteriores a la anidación”*¹⁷⁷ (cursiva es del autor) 5) que los gemelos monocigotos, como individuos que comparten igual carga genética, se forman por división embrionaria (un embrión se divide para dar lugar a dos embriones). Evento que se produce previo a que culmine la anidación¹⁷⁸; por ello, Juan Ramón Lacadena (2001), señala que la conclusión evidente

¹⁷⁷ LACADENA, J. R. , Op Cit. Apartado 3.

¹⁷⁸ Joaquín Ugarte Godoy, cita los argumentos de Ángel Serra, sobre lo que considera la objeción más fuerte a la teoría de la fecundación. Objeción que se funda en la imposibilidad de aceptar la existencia de una verdadera individualidad en el embrión de menos de 15 días. Siendo que la respuesta, a dicho argumento, se basa en: 1) sostener que la gemelación monocigota, es un fenómeno excepcional, 2) que corresponde a un error genético, 3) que cualquier causa del gemelismo monocigoto, tiene lugar en el desarrollo precoz de un embrión humano y, que tal error se produce para dar origen a otro embrión y, no a la generación de dos embriones a partir de un sistema carente de individualidad en cuanto organismo humano. UGARTE GODOY, José Joaquín. El derecho a la vida de la persona humana en la fase embrionaria y su protección constitucional. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo XCIX, (4), 2002. Recuperado de <http://doctrina.vlex.cl/vid/vida-persona-humana-fase-embionaria-233551765>. Natalia López-Moratalla, sostiene que la escisión que se produce en estos casos se debe a factores externos (falta de calcio) y no propiamente a la “organización intrínseca del embrión” 4) y, por último, que la reproducción del segundo embrión es de naturaleza asexual. No obstante, la justificación dada, no es del todo convincente, puesto que desde el punto de vista de la ciencia, la aparición de un nuevo embrión a partir del mismo material genético sólo es posible durante las primeras etapas del desarrollo embrionario, específicamente, durante aquella en que existan células totipotentes (presentes en la mórula –o fase intermedia entre el cigoto y el blastocito- que después de la blastulación – con la que inicia la diferenciación celular- que da lugar a células con diferentes funciones). De manera tal que, sin importar cuál es la explicación acerca del origen del error biológico que pueda generarse o de la naturaleza de la reproducción, lo cierto del caso es que, dichos eventos únicamente son posibles en etapas tempranas del desarrollo embrionario, que no son probables ni posibles después de la implantación. La objeción a la existencia de quimeras también se refuta con argumentos similares, que a resumidas cuentas es: existen dos individuos individuales que se fusionan, pero no es posible que antes cada uno de ellos no lo fuera. No obstante, hasta el momento, la posición que defiende tal enfoque, sostiene que al genoma original que da origen a un individuo, permanece a lo largo de todo el desarrollo y que nada puede ser agregado desde

es que: “la unicidad del nuevo ser no está fijada durante las etapas de desarrollo embrionario anteriores a la terminación de la anidación” (cursiva pertenece al autor)¹⁷⁹, 6) que cualquier célula somática, mantenida en cultivo es materia viva (con información genética de la especie), pero no es un individuo humano; 6) que si bien desde los primeros momentos del desarrollo embrionario, está presente la información de un nuevo genoma, lo cierto es que este no se activa sino hasta fases posteriores (primero se activan los genes provenientes de la madre y posteriormente los del padre). 7) por otra parte, se señala que la identidad o mismidad genética de un individuo se relaciona con eventos inmunológicos y hasta no estar definida esta, el individuo no es genéticamente capaz de distinguir lo propio de lo ajeno. Esta función aunque se encuentra presente en el genotipo, requiere ser actualizada para que se dé el reconocimiento de la identidad genética propia, evento que parece fijarse entre las ocho y doce semanas de gestación.

Desde la perspectiva que nos ocupa, la vida es vista como un devenir, que inicia con la gestación, a partir de la cual, de acuerdo con Barreiro (2006), se origina una serie de cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que se reflejan en el status jurídico del sujeto, tal que el nacimiento tiene especial relevancia, así como también aquellos momentos en que el *nasciturus* es susceptible de vida independiente con respecto de su madre y, se encuentre, en capacidad de adquirir plena individualidad (Barreiro 2006). Desde este punto de vista, se sostiene la imposibilidad de equiparar los derechos del feto, a los del niño recién nacido. El niño debe nacer vivo, para que le sean conferidos algunos de los derechos resguardados durante el proceso de gestación. Si bien, es posible hablar de vida humana desde el inicio del desarrollo embrionario; no es así con respecto de la persona, condición que se alcanza paulatinamente. La vida prenatal en sus diferentes formas es potencialmente¹⁸⁰ persona, que adquiere plenitud hasta que su configuración humana se actualice. De acuerdo con el ginecólogo F. Abel, el cigoto solo viene a constituirse en un programa genético con potencial teórico y estadístico para ser parte de la comunidad humana. Puede decirse, que el planteamiento de fondo es la distinción entre vida humana y el proceso de individualización como

su formación, argumento que es superado con mucho cuando se dice que de dos individuos con origen diverso, dan lugar a un nuevo organismo. LÓPEZ-MORATALLA, Op. cit.

¹⁷⁹ LACADENA, J.R./Op.Cit. Apartado 3.

¹⁸⁰ Según, MARLASCA, Antonio, Op. cit. P.101. potencia “no es mera negación o ausencia de actualidad, sino una aptitud real, positiva e intrínseca para llegar a ser lo que, si no surgen inconvenientes, será oportunamente.”

fenómeno determinante para aceptar que se está ante un ser humano individual, en su más pleno sentido.

Según Marlasca (2012), llamar persona al embrión, resulta inapropiado, en cuanto en él no están presentes los atributos propios de la persona, como lo son: la capacidad de pensar, sentir, tomar decisiones, establecer relaciones, entre otros elementos a citar. No obstante, desde sus genes se encuentra orientado a ello, pero no es concebido como un proceso instantáneo, es una realidad que se construye poco a poco. De acuerdo con Marlasca, los “hitos o umbrales más significativos serían la anidación (antes no habría propiamente individuación, puesto que el preembrión podría dar lugar a dos individuos por división gemelar), la aparición de la capacidad sensitiva en el embrión (lo que supone el esbozo de un sistema nervioso), el momento de viabilidad del feto (lo que implica que se ha convertido en un organismo capaz de vida relativamente independiente) y, finalmente, la aparición de la razón y de la conciencia”¹⁸¹. La persona resulta de un proceso vital ininterrumpido, pero también es un proceso de construcción.

Desde este sector doctrinario, afirman la importancia de regular las TRHA, aunque ello no siempre implica necesariamente establecer prohibiciones sobre el uso de las mismas. Según los objetivos en tutela y las posibles amenazas que puedan derivarse, puede recurrirse a mecanismos de protección escalonada o con vías de intervención intensiva y extensiva distintas, siendo posible establecer normas de orden civil, administrativo o penal, según sea necesario¹⁸². En continuidad de lo antes dicho, se aceptan prácticas como la crio-preservación (siendo esta posible por un periodo determinado) con el fin exclusivo de ser implantados posteriormente en el útero de la mujer (excepto que algún evento no previsto, lo haga imposible). Asimismo, se aceptan, prácticas como los diagnósticos terapéuticos o preventivos en beneficio del embrión, la investigación terapéutica en embriones (o aquella realizada en beneficio del embrión), la investigación sobre material genético no viable (siempre que no supere los 14 días de desarrollo embrionario). De igual manera, no se limita el número de óvulos a fecundar, pero si, el número transferencias embrionarias a realizar (sobre el fundamento de no dar lugar a embarazos múltiples que puedan afectar la salud de la mujer y los posibles niños por nacer). La donación de embriones es contemplada como posible y, en algunos

¹⁸¹ MARLASCA, Antonio, Op. cit. P.104.

¹⁸² Barreiro (2006) es participa de este punto de vista.

sectores doctrinarios más permisivos, se contempla el descarte embrionario como última opción posible. La clonación reproductiva no es aceptada, pero no así, la clonación terapéutica. La creación de quimeras tampoco es contemplada como práctica posible, si ella implica el uso de material germinal humano.

Autores como Masiá (2006), insisten en que no se trata de optar por extremos, tal que de un lado, se encuentran quienes idolatran el ADN, personificando al embrión, en relación, a aquellos otros que lo cosifican.

Desde el enfoque doctrinario que nos ocupa, hay quienes¹⁸³ llaman la atención sobre lo que han considerado un contrasentido, indicando que hay quienes reclaman personalidad jurídica anticipada para los embriones no implantados; sin embargo, esa condición se le ha negado al *nasciturus*. Se sostiene que el no atribuir personalidad jurídica a la vida prenatal, no implica bajo ninguna circunstancia negar la necesidad de establecer un régimen de protección específico para el *nasciturus*, el embrión y el *preembrión o embrio preimplantatorio* (que se encuentre dentro o fuera del claustro materno). Con respecto del primero, por lo usual, se acepta la existencia de diferentes regímenes de protección, que varían de país a país, proponiéndose otras formas de protección que contemplen la vida humana en sus diversas manifestaciones.

En relación con las otras realidades biológicas, se considera que, el resguardo jurídico a otorgar debe responder a los avances científicos sobre principios de libertad, dignidad e interés general; tal que con ello se establecen márgenes definidos para la actividad científica, tanto en lo relativo a la procreación asistida, como con respecto del manejo del manejo de embriones y preembriones, estableciéndose con ello las conductas permitidas y prohibidas.

Es importante señalar, que en especial, desde el último enfoque doctrinario citado, se llama la atención hacia posiciones intermedias, en las cuales se considere la protección de los derechos y bienes jurídicos que puedan verse involucrados, en lo relativo a las TRHA, sin que ello signifique una rotunda negación al acceso a ellas, o caer en el extremo opuesto de absoluta permisividad. Sobre el tema que nos ocupa, al

¹⁸³ Doctor Guillermo Montoya Pérez, profesor de Derecho Privado de la Universidad Eafit-Medellín.

respecto, existe el pleno convencimiento de que se ha de dar la oportunidad a parejas que se ven imposibilitadas de procrear de manera natural, tal que puedan tener acceso a la posibilidad que la ciencia ha abierto para ello.

Sobre la polémica TRHA-embrión-derecho a la vida, Zegers sostiene que desde un enfoque biomédico se debe distinguir entre *proteger* y *garantizar* el derecho a la “vida de estructuras celulares” cuya lógica trasciende cualesquier regulación social y jurídica, la tarea de los médicos consiste en proveer las condiciones para que la potencialidad de ser persona se exprese al nacer; pues garantizar la vida es una pretensión ilusoria, incluso para las personas que a diario viven los riesgos de enfermedades, accidentes u otros imprevistos¹⁸⁴

4. CONSIDERACIONES FINALES

Recapitulando lo expuesto, es preciso señalar que las técnicas de reproducción asistida hacen su aparición en el marco de las ciencias médicas, como una vía para dar respuesta a los problemas de infertilidad. Al interior de las indicadas técnicas se inscribe la FIV, como una técnica de alta complejidad; hoy aplicada en gran número de países para solventar dificultades en la procreación. Ha quedado claro que los problemas de infertilidad son un problema de parejas e individuos.

Sobre las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) puede decirse que, si bien, existe un proceso natural de reproducción humana, existen ocasiones en que esta tiene dificultades para que se dé naturalmente. No obstante, la ciencia o concretamente la biomedicina, vienen a colaborar con los pasos naturales de dicho proceso, cuando no es posible en su forma usual.

El avance científico en la materia, ha suscitado discusiones de muy diversa índole. Desde la ciencia misma, relativa a la determinación, en definitiva, del momento a partir del cual inicia la vida humana, aspecto sobre el cual, valga señalar, existen diversas teorías, sin que haya consenso científico sobre la materia. Mientras que desde el derecho, se discuten hoy, temas relativos a si dicho avance científico lesiona o no,

¹⁸⁴ Zegers (2012), Op. cit. Apartado 6, comentario 1.

derechos humanos fundamentales, como lo es el derecho a la vida humana; o bien, se plantea ampliamente la problemática relacionada con el estatuto jurídico del embrión.

En relación con las TRHA se ha generado gran controversia; no obstante, las mayores discusiones se han dado en torno a las técnicas asociadas a la Fertilización In Vitro (FIV), como lo son la donación de embriones, el diagnóstico pre implantación, la maternidad por sustitución, entre las que es posible mencionar.

En resumen, dicha técnica logra reproducir in vitro la secuencia de eventos que se produce en el proceso natural de fertilización o fecundación. Cabe advertir que la intervención de la técnica antes señalada en el proceso de procreación, se da únicamente para lograr la fecundación in vitro y la implantación del embrión –logrado in vitro- en el útero materno, de forma tal que, las etapas de desarrollo del embrión, posteriores a esta, se llevan a cabo de manera natural, limitándose, la intervención médica, al seguimiento de dicho proceso hasta el parto.

Sobre el particular, interesa señalar varios aspectos atinentes a la implementación de la técnica; uno de ellos, es la existencia de consenso científico con respecto del número de embriones a transferir, el cual no debe ser superior a dos en cada ciclo. No obstante, el número de embriones a transferir puede variar, de acuerdo con el caso concreto. Aspecto que según nuestro punto de vista debe ser considerado, ya que, no todos las personas son iguales, ni todos los problemas que padecen tampoco. De manera que, es posible suponer que será el equipo médico el que, en última instancia, se pronuncie sobre el tema.

Otro aspecto a mencionar, se relaciona con que la FIV, no siempre es vista como un tratamiento médico mediante el cual se cure o supere la esterilidad o infertilidad; sin embargo, si se plantea, que aún cuando la integridad física no se encuentre comprometida, las TRHA y, para el caso la FIV, son vistas como una terapia médica destinada a contribuir a los efectos que tiene la infertilidad sobre la salud integral de las personas. Lo que definitivamente es claro, es que quien se someta a la técnica debe conocer: sus efectos en el corto y mediano plazo, así como toda la información relacionada con el procedimiento y bajo cualquier circunstancia. De esta manera, el consentimiento informado viene a servir como vía para salvar responsabilidades para

quienes llevan adelante las técnicas y, contar con la información suficiente, para los que desean hacer uso de tales técnicas.

Importa señalar que la FIV puede ser homóloga –gametos de la misma pareja-, heteróloga –uno de los gametos es aportado por un donante- y mixta. La aplicación de una u otra técnica, está asociada a la valoración que se realice de los derechos en conflicto y el concepto de familia que se asuma.

Los temas asociados a la FIV y que generan más controversia alrededor de la práctica son: donación de gametos o embriones, diagnóstico genético de pre implantación –permite seleccionar embriones sanos- y preconcepcional-el diagnóstico se hace al óvulo no al embrión-, crío conservación de gametos y embriones y útero subrogado o maternidad subrogada; los cuales, interesa señalar, están relacionados con la protección del embrión humano y la disposición o no que la ciencia realice con respecto del mismo.

Es aquí donde entra el análisis jurídico, para definir la protección jurídica que ostenta el embrión y derechos que ostenta frente a los derechos humanos asociados a sus gestantes y que se han denominado –derechos reproductivos-.

Así las cosas, sobre los derechos asociados a la técnica existen dos enfoques jurídicos. El primer enfoque, establece el derecho a procrear como un derecho humano fundamental que se ejerce a partir del ámbito de libertad de cada persona y que faculta a toda persona humana a reproducirse, dicho derecho viene a asociarse a la libertad que las personas tienen de acceder a la FIV a fin de ejercer el derecho de procreación, en tanto, no les sea posible llevar a cabo la procreación de manera natural.

En virtud de lo anterior, el derecho de procreación, a través de la FIV, se encuentra asociado a principios y derechos humanos como: libertad, laicidad, pluralismo, dignidad de la persona, intimidad y autonomía reproductiva, igualdad y a formar una familia.

El segundo enfoque, establece que existe un derecho humano a la asistencia médica para procrear, a partir del enfoque del derecho a la salud. Este derecho está

asociado con: el derecho a constituir una familia, dispuesto en los artículos 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 11 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y, el artículo 23 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

Este segundo enfoque, está asociado, además, al derecho a no ser discriminado dispuesto en los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 10 y 12.1 de la CEDAW. Otro de los derechos asociados, es al derecho a la salud dispuesto en el artículo 12 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Finalmente, el derecho a la asistencia médica para procrear –derecho a la FIV para procrear- se encuentra directamente asociado al derecho de beneficiarse del progreso científico dispuesto en el artículo 15 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Interesa señalar que, ambos enfoques, lejos de ser excluyentes entre sí ofrecen una delimitación jurídica clara a fin de considerar la técnica de FIV como un medio a partir del cual se logra ejercer y concretar el derecho humano a procrear y, con ello, el ejercicio de otros derechos asociados como los derechos reproductivos, el derecho a la intimidad y autodeterminación, el derecho a la salud y salud reproductiva, entre otros.

Pero además, la FIV en sí misma se convierte –como avance científico- en un derecho humano y, a partir del ejercicio de este derecho, se concretan otros como el derecho a procrear, a constituir una familia y a disponer libremente sobre el ejercicio o no de dicho derecho; entre otros.

Otro de los temas jurídicos asociados directamente con la técnica de FIV, es la definición o determinación de los sujetos que pueden tener acceso a la técnica y las responsabilidades con los hijos nacidos, a través de dicha técnica. Aspecto que, depende, de si la FIV se concibe como una alternativa de procreación o como un procedimiento médico destinado a solventar la situación de infertilidad.

Interesa señalar, que este es un aspecto, que le corresponde al Estado regular, por medio del ordenamiento jurídico, a fin de determinar entre otras cosas los derechos de los futuros hijos, sobre todo en los casos en lo que existe la intermediación de un

donante en la aplicación de la técnica. Tal que se aseguren los derechos en conflicto y se establezca la normativa que permita, seguridad jurídica a las partes involucradas.

Un aspecto medular con respecto de la aplicación de la FIV, es la determinación del estatuto jurídico del embrión, a fin de definir a partir de qué momento se considera acreedor de protección jurídica. Para ello, se requiere determinar a partir de qué momento inicia la vida humana y a partir de qué momento se es persona humana, lo cual, se concluye, no corresponde definirlo al derecho, porque el derecho se ocupa de regular la conducta humana en sociedad; en este caso es la ciencia la que, en primera instancia, debe determinar a partir de qué momento da inicio la vida humana.

Al respecto, tal y como se señaló antes, no hay consenso científico sobre a partir de qué momento inicia la vida humana, sino que existen actualmente en discusión tres teorías sobre dicho tema: la teoría de la fecundación, la teoría de la implantación y, finalmente, la teoría de la aparición de la corteza cerebral. Pues, si bien, el derecho puede hacer referencia a tales aspectos, ciertamente debe estar determinado por ellas.

Jurídicamente existen también tres enfoques que le dan un estatuto jurídico al embrión y definen, con ello, a partir de qué momento se considera acreedor de protección jurídica.

El primer enfoque parte de la teoría de la fecundación y señala que es a partir de ese momento que una persona está dotada de identidad propia, única e irrepetible y por ende, titular del derecho a la vida y acreedora de algunos otros derechos como si ya hubiera nacido. Este enfoque señala que el embrión es un ser humano y que como tal es una realidad biológica –no potencial-.

Quienes predicán sobre este enfoque señalan que en la titularidad del derecho a la vida no es posible distinguir entre nacidos y no nacidos porque el derecho a la vida está en la base del ejercicio y disfrute de los derechos restantes, en virtud de ello defiende el hecho de que el embrión tiene un derecho absoluto a la vida.

Indican además, que a partir de la fecundación existe un nuevo ser diferente a sus progenitores, que se desarrolla por sí mismo y que en todo caso, ante la duda de si el

embrión merece o no protección constitucional, debe, en virtud del principio pro vida, otorgarse un trato equivalente a la persona ya nacida. Cabe destacar que bajo este enfoque no se acepta la división de pre embrión y embrión.

Quienes critican este enfoque señalan que se funda en un enfoque biológico – vitalista, ya que, sólo basta pertenecer al genoma humano para ser persona y que el mismo corresponde esencialmente a un punto de vista cristiano que responde a la interpretación acerca de la animación inmediata del alma.

Los detractores de este enfoque señalan que la biología no se pronuncia en sentido estricto a persona humana siendo que dicho término es un constructor filosófico-teológico-jurídico.

El segundo enfoque informa sobre la imposibilidad absoluta de prohibir la FIV porque es una opción para el problema de esterilidad y que la técnica no es contraria al principio de la vida.

Al respecto destaca el hecho de que la pérdida de embriones la origina el propio proceso natural de implantación y que resulta imposible el cierre a los avances científicos, reconoce además, que es posible limitar los alcances de la FIV en aspectos como la crío conservación o el diagnóstico preimplantacional.

Este enfoque está relacionado o adopta la teoría de la implantación, al sostener que, a partir de la fecundación no existe un ser humano en sentido pleno, aún cuando no se discuta que exista vida humana, lo relevante es definir la importancia jurídica que tiene esa vida humana sin negar que desde la unión del óvulo con el espermatozoide hay vida humana.

En este último enfoque se distinguen cuatro estadios biológicos: precigoto, pre embrión, embrión y feto y es en virtud de ello que se aceptan grados escalonados de protección de la vida humana bajo una teoría gradualista.

Indica que existe una imposibilidad de equiparar los derechos del feto al niño ya nacido y que es la implantación, el hecho determinante en el inicio de la vida humana y

que la unidad de un nuevo ser no está fijado durante las etapas de desarrollo embrionario anteriores a la anidación.

Finalmente se señala que, llamar persona al embrión no es propio, porque el embrión no ostenta los atributos de la persona como son: la capacidad de pensar, sentir, tomar decisiones, establecer relaciones, entre otras.

En virtud de ello, se debe establecer un régimen de protección específico para el nasciturus, el pre-embrión y el embrión.

En síntesis, si bien es a la ciencia la que, en principio, informa sobre el momento a partir del cual inicia la vida humana, con independencia de la teoría que se adopte, lo cierto es que es el derecho, a través del ordenamiento jurídico nacional e internacional, es el que debe garantizar que, en la aplicación de las TRHA no se lesionen principios y derechos humanos, tanto del embrión en sus diferentes etapas de desarrollo, como de los gestantes, en su derecho de procrear y derechos asociados que han sido descritos ampliamente en este capítulo.

Es así como, a través de la regulación jurídica de los derechos asociados a las TRHA que cada Estado garantiza, asegura y protege los principios y derechos humanos asociados, desde principios tales como el de integridad y dignidad humanas, el derecho a la vida hasta el derecho a beneficiarse del avance científico.

Finalmente, importa destacar que debe existir una línea clara que sirva de límite en el campo de la ciencia y el derecho, de manera tal que, el ordenamiento jurídico no intervenga en aspectos meramente científicos que no conoce ni le competen y que la ciencia no lesione o transgreda principios y derechos esenciales con una finalidad meramente experimental, de “avance” y a la vez “retroceso” para la humanidad.

CAPÍTULO III

TÉCNICAS DE FECUNDACION HUMANA ASISTIDA: EN EL DERECHO COMPARADO

Este capítulo va dirigido a exponer argumentos de derecho comparado relacionados con las TRHA. A tales efectos se eligieron varios países, algunos de ellos se inscriben en el marco europeo, que para el caso son: España, Portugal e Italia. Los tres países poseen legislación sobre el tema. Analizadas en lo fundamental en tres aspectos: ámbito de aplicación, beneficiarios y, lo relativo a estatuto jurídico del embrión. Asimismo, se citan otras legislaciones, en sus aspectos más interesantes.

Por otra parte, en el ámbito regional, se eligieron tres países: Argentina, Colombia y Chile. En lo esencial están, abordados desde la jurisprudencia, cuando ello es posible, desde el derecho a la salud, el derecho a la vida y estatuto jurídico del embrión.

1. MARCO EUROPEO: LEGISLACION ESPAÑOLA, PORTUGUESA, ITALIANA Y ALGUNOS OTROS PAÍSES EUROPEOS.

Al interior del continente europeo, la normativa existente en relación con las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) y, en particular, sobre la FIV; o temas asociados a ellas, es muy variada. Algunos Estados cuentan con leyes específicas sobre el tema o relativas a este¹⁸⁵; otros¹⁸⁶, en cambio, se encuentran dirigidos por la práctica clínica en el ramo, decretos reales, normas administrativas o, principios generales constitucionales.

Países como España, Portugal e Italia, han optado por legislar de manera expresa sobre dichas técnicas.

¹⁸⁵ Entre ellos: Austria, Azerbaijón, Bulgaria, Croacia, Dinamarca, Estonia, Francia, Georgia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, Italia, Letonia, Países Bajos, Noruega, Federación Rusa, Eslovenia, España, Suecia, Suiza, Turquía, Ucrania y Reino Unido. Ver: Corte Europea de Derechos Humanos. Estrasburgo. Sección Primera. Caso S.H. y otros contra Austria, sentencia de 1º de abril de 2010, demanda número: 57813/2000.

¹⁸⁶ Bélgica, República Checa, Finlandia, Irlanda, Malta, Polonia, Serbia y Eslovaquia. Ídem.

España lo hace a través de la Ley “Sobre técnicas de reproducción humana asistida”, Ley 14 de 26 de mayo de 2006 (Ley 14/2006 de 26 de mayo)¹⁸⁷. Portugal, por su parte, lo hace por medio de la Ley de procreación médicamente asistida¹⁸⁸ (“Procriação medicamente assistida”), Ley 32 del 26 de julio de 2006 (Ley 32/2006 de 26 de julio). Y, finalmente, Italia, regula las técnicas de procreación asistida a través de la Ley en materia de procreación médicamente asistida¹⁸⁹ (“Norme in materia di procreazioni medicalmente assistita”), Ley 40 de 19 de febrero de 2004 (Ley 40/2004 19 de febrero).

Las normas citadas abordan la FIV desde diferentes perspectivas. La legislación española e italiana, la incluyen como una técnica más en el marco general de las técnicas reproducción asistida; por el contrario, la ley portuguesa se refiere de manera expresa a la FIV.

Ahora bien, es importante señalar que las diferentes legislaciones han estado precedidas por años de práctica y desarrollo de las TRHA.

Lo anterior es dicho, en tanto, la Ley 32/2006 de 26 de julio de Portugal, es la primera ley en su género en ese país. Ella vino a llenar los vacíos legales generados en la resolución de los problemas de infertilidad.

De acuerdo con Raposo (2007), antes de regir la mencionada ley, “eran las clínicas especializadas las que reglamentaban estas materias, siguiendo sus propios criterios de evaluación”¹⁹⁰, respetando solo aquellas normas que dentro del ordenamiento jurídico resultaban aplicables. En especial, disposiciones legales asociadas a temas de filiación y, eventualmente, a materia contractual y penal.

¹⁸⁷ Ley N° 14 del 26 de mayo de 2006 “*Técnicas de reproducción humana asistida*”. Legislación Refundida. Normativa Estatal [versión electrónica].

¹⁸⁸ Ley N° 32 del 26 de julio de 2006. “*Procriação medicamente assistida*”. Lei n. ° 32/2006, de 26 de julho de 2006. (Diario da República núm. 143, 26 de Julho de 2006. Serie I. Assembleia da República) [versión electrónica]

¹⁸⁹ La Ley italiana fue aprobada por el Parlamento Italiano en fecha 19 de febrero de 2004, y publicada en la Gaceta Oficial, N° 45 el 24 de febrero de 2004. (Legge 19 febbraio 2004, n. 40 “*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*” pubblicata nella Gaceta Ufficiale n. 45 del 24 de febbraio 2004)

¹⁹⁰ RAPOSO, Versa Lucía. La nueva ley portuguesa sobre reproducción asistida. *Revista de Bioética y Derecho* (10) abril, 2007. Recuperado de <http://www.bioeticayderecho.ub.es>.

Por su parte, la Ley 40/2004 de 19 de febrero es la primera ley, relativa a las técnicas de procreación asistida, que se produce en Italia

Por el contrario, la Ley 14/2006, de 26 de mayo es la tercera ley que emite España sobre reproducción humana asistida; la cual es inmediatamente precedida por la Ley 45 del 21 de noviembre de 2003 (Ley 45/2003 de 21 de noviembre), que a su vez la antecede la que fuera una de las primeras normas europeas en la materia, a saber: la Ley 35 de 22 de noviembre¹⁹¹ de 1988 (Ley 35/1988 de 22 de noviembre).

La Ley 14/2006 de 26 de mayo, vino a ser el resultado de reiterados acomodos del derecho a los problemas prácticos resultantes de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida. Con esta Ley se buscó dar respuesta al acelerado desarrollo científico y biomédico, que por lo usual y de manera invariable, precede a la normativa.

El antecedente primario de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, viene a ser, como ya se ha dicho, la Ley 35/1988 de 22 de noviembre¹⁹²; que en su exposición de motivos, esbozaba las TRHA como una alternativa a la esterilidad de la pareja humana¹⁹³ (cuya finalidad era fundamentalmente terapéutica según el artículo 1.2 de la Ley), **cuando otras posibilidades médicas evaluadas no han tenido éxito**. Asimismo, técnicas como la FIV y la crio-conservación, eran consideradas en sus variadas posibilidades de aplicación.

Con la Ley 35/1988 de 22 de noviembre, se trató de abordar aquellos problemas concretos que devenían del uso de las técnicas de reproducción asistida, cuyas repercusiones jurídicas recaían sobre el derecho administrativo, civil, penal e incluso, el derecho de familia.

¹⁹¹ De acuerdo a Carmen Hernández, aún cuando la Ley 35/1988 de 22 de noviembre, se consideró controversial y con fallos jurídicos, ciertamente, con ella se concretó una iniciativa acertada encaminada a suplir un vacío legal en materia de reproducción asistida, cuyas prácticas eran ya un hecho. HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Carmen. Los Aspectos Jurídicos de las Técnicas de Reproducción asistida: Ley Española y Marco Europeo. *Revista de derecho* (193), mes: enero- junio, vol. Año LXI Chile, 1993. p.43, pp.: 37-68.

¹⁹² También titulada “*Sobre Reproducción Humana Asistida*”. Ver: Anexo N° 1, En: SANZ ÁLVAREZ, Op. cit.

¹⁹³ Vendría a ser en este sentido un método subsidiario a la procreación humana.

De acuerdo con Jünemann, la legislación española, al regular las TRHA, sigue la tendencia internacional, que “obedece a la intención de fijar los límites de las prácticas, no con miras a entorpecer la ejecución y desarrollo de las mismas, sino con el objeto de establecer el marco de protección de ciertos bienes jurídicos. Así, por medio de estas normas se determina la admisibilidad de las técnicas- qué es permitido realizar- los actos prohibidos- qué es lo que no se puede hacer- y las consecuencias con respecto del embrión, progenitores, familia y sociedad.”¹⁹⁴ Es importante aclarar que, por lo usual, los límites a imponer están, frecuentemente, relacionados con las técnicas conexas a la fecundación in vitro (técnicas tales como: la crío conservación, el diagnóstico preimplantacional y otras más).

Ahora bien, la Ley española 35/1988 de 22 de noviembre, en su parte introductoria, trazaba los ejes de interés de la normativa, enfocados al menos, en cuatro aspectos identificables, como lo son: 1) el acelerado desarrollo científico y tecnológico en relación con las técnicas de reproducción humana asistida, 2) el estatuto jurídico del desarrollo embrionario, 3) las incidencias de las TRHA, en el derecho de familia y el derecho sucesorio y, por último, 4) algunas consideraciones en torno al derecho a procrear.

En la primera parte de la exposición de motivos de la Ley 35/1988 de 22 de noviembre, el legislador admitía la importancia de la ciencia y la tecnología en el desarrollo y utilización de técnicas alternativas a la esterilidad y, sugería que cualquier límite que se impusiera a estas, debía provenir de “criterios fundados y razonables”; a fin de evitar la colisión con derechos existentes y así considerar, por un lado, la dignidad de los individuos y, por otro, la sociedad de la que son parte.

No obstante, en dicha ley, se aceptaba que “en estricto beneficio del ser humano no siempre va a ser posible ni debe hacerse lo que se puede hacer”¹⁹⁵, lo que implicaba

¹⁹⁴ JÜNEMANN, Francisca. Técnicas de reproducción asistida: Legislación española e italiana. Estudios Públicos. Recuperado de <http://www.cepchile.cl>.

¹⁹⁵ Esta consideración no se aleja de lo expuesto en el considerando 5 de la Recomendación 1046 de 1986 del Consejo de Europa que dice: “[...] los futuros beneficios del progreso de la ciencia y la tecnología médica deben ser cuidadosamente evaluados para decidir cuándo, cómo y sobre qué bases, deba restringirse la explotación de las posibilidades tecnológicas”. En otras palabras, debe valorarse cuando el

imponer límites allí donde fuera estrictamente necesario. Límites que, usualmente, son percibidos como ajenos a la reproducción misma y, normalmente, asociados al uso de las técnicas conexas o coadyuvantes. Asimismo, se consideraba que la normativa existente, podía ser ineficaz e incluso contradictoria en el abordaje de tales asuntos; de manera tal que, la nueva legislación era propuesta como un esfuerzo por superar el desfase percibido entre los avances científicos y el derecho, que por lo general, muestra rezago con respecto de las consecuencias de aquellos.

De igual forma, la Ley 35/1988 de 22 de noviembre, en la segunda parte de su fundamentación, dispuso que las TRHA, permitían el acceso al material biológico humano desde etapas muy tempranas de su desarrollo embrionario (a saber: desde la fecundación hasta el nacimiento), hecho que se estimó, debía ser considerado.

De lo inmediatamente dicho y, en atención a la recomendación 1046 de 1986 del Consejo de Europa¹⁹⁶, con respecto a definir el “status biológico embrionario”, la Ley 35/1988 de 22 de noviembre, reconocía distintas etapas en el desarrollo embrionario, entre ellas: 1) el “*preembrión*” o también denominado “*embrión preimplantatorio*”¹⁹⁷; 2) el “*embrión*” propiamente dicho o “*embrión posimplantatorio*”¹⁹⁸ y; 3) por último el “*feto*”. Fases consideradas embriológicamente diferenciables, por lo que se estimó, “su valoración desde la ética y su protección jurídica también deberían serlo”. Será en función de este marco planteado, desde el cual la Ley 35/1988 toma vida.

desarrollo científico contribuye a mejorar las posibilidades humanas y sus condiciones, y cuando va más allá de tal fin, restringiendo siempre estas últimas.

¹⁹⁶ Se hace referencia en este punto al considerando 8 y 9 de la Recomendación 1046 (1986) del Consejo de Europa, que aluden a la necesidad de establecer un status legal definido para el embrión y el feto.

¹⁹⁷ Se sostiene que dicha terminología (embrión preimplantatorio) ha sido adoptada por los Consejos Europeos de investigación médica de nueve naciones, entre ellas: Dinamarca, Finlandia, República Federal de Alemania, Italia, Suecia, Países Bajos, Reino Unido, Austria y Bélgica; en reunión realizada en Londres en junio de 1986 (Ley 35/1988).

¹⁹⁸ Este concepto se consideró tenía como referencia fundamental, el Informe de la Comisión del Parlamento de la República Federal de Alemania, relativa al estudio de las “Posibilidades y riesgos de la tecnología genética”, según documento 10/6.775 de 6 de enero de 1987 y otros documentos cuya tendencia era admitir “la implantación estable del óvulo fecundado como elemento delimitador en el desarrollo embriológico”. Enfoque que también se apoyó en diversas doctrinas constitucionales, entre ellas: la sentencia 25/2/75 del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania, que estableció que “según los conocimientos fisiológicos y biológicos la vida humana existe desde el día 14 que sigue a la fecundación”; y la sentencia 53/1985 del Tribunal Constitucional Español, entre cuyas consideraciones se establecía que “la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso del cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana que termina con la muerte”. No obstante, se acepta la implantación como elemento determinante, ya que con ella la gestación aparece como un hecho cierto y no incierto (Ley 35/1988 de 22 de noviembre).

Es importante señalar que en los fundamentos de la Ley 35/1988 de 22 de noviembre, también eran considerados asuntos relativos a la práctica de las técnicas heterólogas de reproducción asistida (sobre donadores, donaciones, receptores y aspectos de filiación concernientes a los hijos concebidos a través de dichas técnicas). Así pues, con la Ley 35/1988, se pretendió salvar cualquier inseguridad jurídica que pudiera afectar los derechos de los involucrados.

Por último, la Ley 35/1988 de 22 de noviembre, en la tercera parte de su fundamentación, establecía que en concordancia con los acuerdos y pactos internacionales que garantizan la igualdad de la mujer, respetaba el derecho de esta “a fundar su propia familia” y, que la ley, por tanto, debía “eliminar cualquier límite que socave su voluntad de procrear y constituir la forma de familia que considere libre y responsablemente”. De esta manera, quedaban enunciados razonablemente, todos aquellos aspectos a los que la normativa dirigía su interés para regular, desde el ámbito jurídico. Entre los aspectos más visibles a considerar en el uso de las técnicas de reproducción humana asistida, se señalan: 1) permitir el desarrollo científico estableciendo límites precisos, donde era requerido; 2) para proteger la vida humana y asegurar el derecho a procrear

Posteriormente, la Ley 45/2003¹⁹⁹ de 21 de noviembre, vino a derogar la Ley 35/1988 de 22 de noviembre. La Ley 45/2003 de 21 de noviembre, en lo fundamental, mantenía las pretensiones de su antecesora; con ella, el legislador, buscó ante todo reformar los artículos 4 y 11 de la anterior normativa. Artículos relacionados con la transferencia y crio conservación de preembriones. La reforma generó, en su momento, dos diferentes formas de protección para los preembriones; una, para aquellos existentes antes de su entrada en vigencia y; otra, para los creados con posterioridad a ella. Es precisamente tal disparidad en la protección de los preembriones la que lleva, posteriormente, a su derogación y reemplazo, para dar cabida a la Ley 14/2006 de 26 de mayo. En otras palabras, aquellos objetivos que llevaron a crear la Ley 45/2003 de 21 de noviembre, son los mismos que conducen a inhabilitarla.

¹⁹⁹ Contenida en documento del Congreso de la República de Colombia (2004)

Los asuntos que dieron lugar a la Ley 45/2003 de 21 de noviembre, fueron retomados y sustancialmente reformados en la Ley 14/2006 de 26 de mayo.

La Ley 14/2006 de 26 de mayo introduce, importantes novedades, entre ellas: definir el concepto de preembrión. Tal que, en adelante se entiende por preembrión “al embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde” (artículo 1.2). Esta Ley también viene a prohibir la clonación con fines reproductivos.

Con la pretensión de estar acorde con los adelantos científicos relativos a las técnicas de procreación asistida, el legislador, en lo relativo a la Ley 14/2006 de 26 de mayo, opta por no establecer una lista expresa de técnicas permitidas de reproducción asistida, sino que habilita a las autoridades sanitarias para incluir cualquier nueva técnica en la lista de las autorizadas (en anexo a la ley, existente para tal fin). De esta manera, se pretende evitar el rezago de la Ley, con respecto de los adelantos científicos.

Así se tiene que, la Ley española vigente sobre reproducción asistida (Ley 14/2006 de 26 de mayo), retoma los aspectos relativos a la esterilidad e infertilidad contenidos en las anteriores leyes. En la exposición de motivos de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, se argumenta una vez más, que las TRHA se constituyen en una alternativa para solucionar el “problema de la esterilidad para un amplio número de parejas aquejadas con esta patología” y, coadyuvar a “paliar los efectos de la esterilidad.”

A la vez la nueva Ley admite, que las TRHA abren nuevas posibilidades, relacionadas con la prevención de enfermedades hereditarias de descendientes o enfermedades que sufren terceros, aceptándose para ello el uso del diagnóstico genético pre-implantacional (art.12). Aspecto al cual no nos referiremos en esta oportunidad, por ubicarse fuera del ámbito de interés de esta investigación.

La nueva Ley 14/2006 de 26 de mayo, al igual que las anteriores, no busca entorpecer el uso de las técnicas de procreación humana asistida²⁰⁰ para la solución de problemas de infertilidad, sino que con ella se pretende regular, preferentemente, todas

²⁰⁰ La Ley 14/2006 de 26 de mayo, indica que las TRHA deben estar acreditadas científicamente y clínicamente indicadas.

aquellas otras posibilidades ajenas a la reproducción misma, que se abren con el uso de las técnicas en cuestión. No obstante, con la Ley 14/2006, de 26 de mayo también se pretende ante todo normar en términos tales que se logre el “mayor éxito con el menor riesgo posible para la salud de la mujer”.

Igualmente, en la exposición de motivos de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, por seguridad jurídica y para salvar la asimetría entre la información disponible entre quienes demandan el uso de las TRHA y aquellos que las aplican, se estima que el Estado debe garantizar “en lo posible el equilibrio de intereses entre unos y otros”²⁰¹.

Asimismo, dado que se asume que los servicios relacionados con las técnicas de procreación, pueden ser tanto de orden privado como público²⁰², se percibe como prioritario que los usuarios cuenten con amplia información tanto en lo relativo a los centros que ofrecen el servicio; así como, en todo lo referente a las técnicas disponibles, sus resultados y toda información necesaria para una sólida toma de decisión.

Por último, la Ley 14/2006 de 26 de mayo corrige la distinción en el trato dado a los embriones existentes antes y después de la vigencia de la Ley 45/2003 de 21 de noviembre; tal que viene a equiparar en general el destino de todos los embriones.

Asimismo, de acuerdo con experiencias anteriores, la nueva Ley determina que el número de ovocitos generados por ciclo reproductivo, dependerá en adelante de las “indicaciones clínicas que existan en cada caso”.

Como se ha dicho al inicio de este apartado, la legislación europea relacionada con la fecundación humana asistida, es dispar. Temas como: el uso de técnicas homólogas o heterólogas de fecundación in vitro, la determinación de las técnicas aceptadas o permitidas²⁰³; las personas beneficiarias de las técnicas de procreación; la protección que se otorga al embrión o al preembrión, son abordadas desde enfoques

²⁰¹ Ley 14/2006, de 26 de mayo, “Sobre técnicas de reproducción humana asistida”. Exposición de motivos.

²⁰² España ofrece el acceso a la técnicas de reproducción humana asistida, a través de la Seguridad Social, por demás está decir, que el acceso a ellas está sujeta a los parámetros que la legislación determina, en relación a los servicios, según se consideren prioritarias o no.

²⁰³ Técnicas homólogas o heterólogas y conexas (como la criopreservación o el diagnóstico genético preimplantacional), entre otras.

diversos. Asimismo, en lo relativo a otras posibles prácticas o técnicas asociadas a la fecundación in vitro, como lo son: la fecundación post mortem, la donación de gametos y embriones, la gestación por sustitución o maternidad subrogada, la experimentación e investigación con gametos o embriones, entre algunos otros aspectos a considerar.

Las leyes de España, Portugal e Italia, no son excepción con respecto a la disparidad en su legislación.

Sin embargo, todas ellas parten de un hecho común, cual es: la necesidad de legislar de manera especial, sobre la reproducción humana asistida. Asimismo, las mencionadas legislaciones están precedidas por una práctica ampliamente difundida de las técnicas de procreación asistida y, en general, aceptadas socialmente.

Debido a la naturaleza de la investigación que nos ocupa nos referiremos, en específico, a los aspectos determinantes en el acceso a las técnicas de procreación asistida, tal como lo son: el fin de la legislación, beneficiarios de las técnicas y la protección jurídica otorgada al embrión.

Aspectos por lo general asociados a temas como: la libertad de procrear, el derecho a beneficiarse de los adelantos científicos, la libertad de investigación científica, el derecho de los discapacitados, el derecho a la salud, la dignidad humana y la vida prenatal.

1.1.OBJETO DE LAS LEYES Y ÁMBITO DE AMPLICACIÓN

En España la Ley 14/2006 de 26 de mayo, de acuerdo con su artículo 1 inciso 1.a, tiene como parte de su objeto: “regular la aplicación de las TRHA”. La Ley, en sentido general, no establece parámetros que permitan pensar que esta va dirigida exclusivamente a enfrentar problemas de infertilidad o esterilidad, aunque estas sí se constituyen en la principal razón que impulsa a legislar (de acuerdo con la exposición de motivos). La Ley también pretende regular la aplicación de las técnicas “en la

prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético” (art. 1 inciso 1.b)²⁰⁴, dando cabida al diagnóstico preimplantacional.

Asimismo, la Ley pretende regular todo lo referente al uso de gametos y preembriones crio conservados y la clonación con fines reproductivos (art. 1 incisos 1.c y 3). De acuerdo con la Ley, se entenderá por preembrión “el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde” (art. 1 inciso 2). Esta definición determina, al interior de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, el grado de protección que se le otorgará al embrión en esta etapa de su desarrollo (aspecto que será retomado más adelante).

En resumen, la actual normativa española, no se limita exclusivamente a regular las técnicas en lo relativo a la procreación asistida; sino que abre la posibilidad “para fines ajenos a la reproducción”²⁰⁵ como lo es tratar enfermedades de orden genético del niño por nacer o, para favorecer a terceros (familiares).

La Ley española, es muy amplia en sus alcances, en lo relativo a las técnicas o prácticas de procreación asistida, siendo los contratos de maternidad subrogada la única prohibición de importancia a considerar.

Las técnicas de reproducción humana asistida, permitidas en la legislación española, no se encuentran señaladas en el cuerpo de la Ley, sino contenidas en un anexo a ella. La lista de técnicas puede ser actualizada, según los avances científicos y tecnológicos y cuando estas sean “acreditadas científicamente y clínicamente indicadas”, conforme los parámetros establecidos en (el artículo 2 de) la Ley. Entre las técnicas contenidas en el anexo a la Ley, figura la fecundación in vitro con transferencia de embriones.

²⁰⁴ La Ley 35/1988 de 22 de noviembre, prohibía el uso de las TRHA para propósitos ajenos a la procreación.

²⁰⁵ Aspecto que de acuerdo a Francisca Jünemann, perfila el segundo propósito de la ley. JÜNEMANN, Francisca, Op. cit.

En Portugal, la Ley 32/2006 de 26 de julio, de Portugal, en su artículo 1, prefigura como objetivo fundamental de la misma, regular las técnicas de procreación médicamente asistida. Técnicas que se enumeran expresamente en su artículo 2.

No obstante, la Ley reglamenta, únicamente, de manera explícita, la inseminación artificial y la FIV; tal que, lo aplicable a esta última, también lo será a las restantes técnicas médicas²⁰⁶ (art. 47).

La Ley portuguesa 32/2006 de 26 de julio, al contrario de la española 14/2006 de 26 de mayo, resulta más restrictiva, en su ámbito de aplicación. El artículo 4 inciso 1 de la Ley, sostiene que la procreación médicamente asistida, es un método alternativo o subsidiario de reproducción²⁰⁷ y, por tanto, no constituye una forma alternativa de procreación. En este sentido, deberá entenderse, que las técnicas de procreación asistida solo podrán ser utilizadas cuando no es posible procrear de forma natural. Lo anterior es reafirmado en el inciso 2, del artículo 4 del mismo cuerpo normativo, al indicar que, solo es posible, el uso de las técnicas de procreación médicamente asistida cuando existe diagnóstico de infertilidad.

No obstante, excepcionalmente, pueden acceder a las TRHA, quienes consigan procrear sin impedimento alguno²⁰⁸ (art. 4.2), si con ello se busca tratar una enfermedad grave (de un tercero), o se pretenda evitar el riesgo de transmitir alguna enfermedad genética, infecciosa o de otro tipo (a la descendencia). En otras palabras, bajo condiciones extraordinarias, la legislación portuguesa permite el uso del diagnóstico preimplantacional, aún cuando este no se constituye en el objetivo fundamental de la Ley, (ya que, prioritariamente se busca regular aspectos asociados a la reproducción asistida en sí misma).

La Ley italiana 40/2004 de 19 de febrero, al igual que la española y la portuguesa, está dirigida a regular, de manera expresa, las técnicas de procreación

²⁰⁶ Entre ellas: la inyección intracitoplasmática de espermatozoides; la transferencia de embriones, gametos y cigotos y, otras técnicas de laboratorio para la manipulación de embriones o técnicas subsidiarias.

²⁰⁷ De esta manera se elimina la posibilidad de que parejas del mismo sexo y sin problemas de infertilidad hagan uso de la FIV, como medio alterno de procreación.

²⁰⁸ Supondría que parejas sin problemas de infertilidad, puedan tener acceso a las técnicas de fecundación in vitro, a fin de tener un hijo sano o aliviar la enfermedad de un tercero.

médicamente asistida. La Ley 40/2004 de Italia, es la más conservadora de las leyes citadas.

Esta ley solo hace posible el acceso a la procreación asistida, cuando se comprueba de forma fehaciente²⁰⁹ que no es posible la reproducción en su forma natural y no existen otros métodos eficaces para eliminar la infertilidad.²¹⁰ En otras palabras, al igual que lo hace Portugal, las técnicas de procreación asistida se proponen como un método subsidiario de reproducción, pero no como una forma alterna de procrear. Por demás está decir, que dado lo expuesto, la ley presupone la existencia de una pareja heterosexual, ya que, la reproducción por la vía natural, implica irremediamente un componente masculino y otro femenino, ya que, no es posible en otro sentido. Esta ley no da acceso a la posibilidad de tener un hijo sano o permitir aliviar enfermedades de terceros (como es el caso de la Ley Española y Portuguesa.)²¹¹

La Ley 40/2004 de Italia, promueve acciones dirigidas a eliminar o reducir la esterilidad e infertilidad, reservando recursos económicos del Estado, para tal fin (art.2). De las leyes en estudio, es la única que destina explícitamente parte del presupuesto nacional para investigación, información y prevención de la esterilidad e infertilidad, siendo que estas son vistas como un problema de salud, al cual el Estado debe dar solución.

1.2.SOBRE LOS BENEFICIARIOS Y EL ACCESO A LAS TRHA

La Ley española es bastante liberal, en relación con quienes pueden hacer uso o tener acceso a las TRHA.

²⁰⁹ La ley en su artículo 4, señala que solo se accede a las técnicas de procreación asistida, cuando no ha sido posible remover sus causas; sin embargo, ello debe ser certificado médicamente.

²¹⁰ La Ley en su artículo 1, señala que: 1) que su propósito es “favorire la soluzione dei problema riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita” (en traducción libre: “facilitar la solución de los problemas derivados de la esterilidad reproductiva o infertilidad humana, y en ese sentido se permite el uso de la procreación médicamente asistida) y 2) que “Il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità. (en su traducción libre: “ el uso de la procreación médicamente asistida está permitida si no hay otros métodos de tratamiento eficaces para eliminar las causas de la esterilidad o infertilidad”)

²¹¹ Esta prohibición existente en la Ley 40/2004, ha sido cuestionada, el pasado año 2012, por la Corte Europea de Derechos Humano, al considerar que existe una inconsistencia en la normativa italiana, en tanto, por un lado, permite el aborto terapéutico y, por otro, prohíbe el diagnóstico genético preimplantacional, que permite la selección de embriones sanos (para el caso, seleccionar los embriones que no sean portadores de fibrosis quística, entre otras enfermedades genéticas a citar).

De acuerdo con el artículo 6 de la Ley española, puede ser usuaria, toda mujer mayor de 18 años, que goce de plena capacidad de obrar y preste su consentimiento informado de manera libre, consciente y expresa²¹²; sin importar el estado civil u orientación sexual de las mismas. En otras palabras, toda mujer tiene acceso a las TRHA, ya que, la ley no especifica más requisitos, que los mencionados²¹³, con excepción de lo dicho con respecto a las mujeres casadas (a lo cual nos referiremos posteriormente).

La ley no indica la edad máxima permitida, para hacer uso de las TRHA. No obstante, se estima que dicho parámetro puede verse limitado en virtud del artículo 3 inciso 1, de la ley en cuestión. Artículo relativo a las condiciones personales de la mujer, para tener acceso a las técnicas de procreación asistida, tales como: 1) que existan posibilidades razonables de éxito en el uso de las técnicas y 2) que no conlleven riesgo grave para la salud –física o psíquica- de la mujer o la posible descendencia o menor por nacer.

Como se ha mencionado previamente, la única salvedad, con respecto al acceso a las técnicas de procreación asistida, está relacionado con las mujeres casadas; las cuales, si bien tienen acceso a las mismas, la Ley les impone ciertos requisitos, a saber: 1) que exista consentimiento expreso del marido o; 2) que esté separada de hecho o judicialmente de su cónyuge y tal condición conste categóricamente.

El acceso y aplicación a las técnicas de procreación siempre está precedido por el consentimiento informado de aquellos que lo pretenden y puede ser retirado antes de la transferencia embrionaria (art. 3. 5). Existe otro régimen que aplica –según el artículo 11 (incisos 5 y 6)- para los *preembriones* crio conservados (al cual no nos referiremos en este momento, sino en el apartado siguiente).

²¹² El consentimiento informado requerido por Ley española, responde al derecho de autodeterminación de quienes pretenden hacer uso de las TRHA; de tal manera que puedan elegir en forma adecuada, según lo amerita su caso (riesgos, servicios disponibles y otros aspectos relacionados).

²¹³ No se señala en la Ley, que la mujer que pretenda hacer uso de las técnicas de procreación asistida, deba necesariamente ser infértil.

La Ley portuguesa 32/2006 de 26 de julio, sobre procreación médicamente asistida, a diferencia de la Ley española 14/2006, “sigue la línea más conservadora, pero también más común en los demás ordenamientos”²¹⁴ jurídicos europeos.

La Ley reserva el uso de las técnicas de fecundación asistida, exclusivamente, a parejas heterosexuales; que deberán estar casadas, no separadas judicialmente o de hecho; o, bien, para parejas en unión de hecho, con al menos dos años de convivencia continua (art. 6.1). Así las cosas, quedan excluidas como beneficiarias de las técnicas de procreación asistida, todas las mujeres solas, o parejas del mismo sexo.

Las beneficiarias o beneficiarios, deberán tener al menos 18 años de edad y absoluta capacidad mental (art. 6.2).

Es importante señalar que, ni España ni Portugal, establecen en sus leyes, una edad tope permitida para la práctica de las técnicas de procreación asistida, lo que lleva a presumir que este dato quedará sujeto a la información clínica de los participantes, previa valoración del equipo médico encargado del caso concreto.

La Ley portuguesa en sus artículos 12 y 13, establece respectivamente los derechos y obligaciones de los beneficiarios.

Entre los derechos de las beneficiarias y beneficiarios, está no ser objeto de las técnicas de procreación, sino existen perspectivas razonables de éxito y; ellas, no conlleven riesgos significativos para la salud de la madre y el niño (en este punto no se aleja de lo propuesto en la Ley española). También es un derecho, contar con la información debida sobre las consecuencias médicas, sociales y legales de las técnicas de procreación asistida. Así como, conocer las razones del rechazo para su aplicación y ser informados sobre los procesos de adopción.

Asimismo, los beneficiarios están obligados a proporcionar toda la información solicitada por el equipo médico, relevante para determinar su estado de salud y el

²¹⁴ RAPOSO, Vera Lucía, Op. cit., p.8.

posible éxito de las técnicas. Igualmente, están obligados a cumplir con las indicaciones médicas previstas según el caso.

A efectos de evaluar los resultados del uso de las técnicas, sus beneficiarios deberán proporcionar toda la información que les sea requerida sobre la salud y desarrollo de los niños nacidos haciendo uso de las TRHA.

Los beneficiarios de las técnicas deben dar su consentimiento informado de manera libre y expresa, para tener acceso a ellas. El consentimiento debe contener información sobre todos los riesgos conocidos y sobre los posibles beneficios. Dicho consentimiento, siempre podrá ser revocado antes de iniciar los procesos terapéuticos (art. 14). En otras palabras, de manera previa a que se produzca la fecundación in vitro o cualquiera de los otros procedimientos señalados por la ley (en el artículo 2).

En la legislación italiana, para tener acceso a las técnicas de procreación asistida, la pareja debe enfrentar problemas de infertilidad o esterilidad comprobada. Esto solo es posible cuando médicamente, el problema no ha podido ser subsanado de otra forma (art. 1.2, art. 4.1 y art. 5.1). De esta manera, se excluye a toda pareja que naturalmente esté en posibilidad de procrear, pero resulta portadora de enfermedades genéticas graves. En este sentido, la legislación italiana, es aún más conservadora que la portuguesa, la cual deja abierta esa posibilidad, a fin de evitarle a la mujer la necesidad de someterse a un posterior aborto de naturaleza terapéutica, con los consecuentes problemas físicos y psicológicos que de ello se deriven²¹⁵.

De acuerdo con la Ley italiana, las técnicas podrán ser ofrecidas tanto en forma privada como pública y de manera gradual desde las formas menos invasivas a las más complejas. No obstante, el médico tratante puede decidir no aplicar las técnicas por razones médico-sanitarias, las que deberá motivar por escrito.

²¹⁵ La sección segunda del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en polémica sentencia, emitida en fecha 28 de agosto de 2012, se pronuncia sobre la negativa contenida en la Ley italiana a permitir el diagnóstico preimplantacional, en Caso Costa y Pavan contra Italia. El TEDH, considera que tal prohibición es contradictoria, si se toma en consideración que el ordenamiento italiano permite tanto el diagnóstico prenatal como el aborto terapéutico para casos de enfermedades genéticas graves.

Al igual que en las legislaciones ya tratadas, la italiana, también exige el consentimiento²¹⁶ informado, como requisito imprescindible para hacer uso de las técnicas de procreación asistida. Tal consentimiento puede ser revocado antes de llevarse a cabo la fecundación (art. 4. inciso 2b y art. 6.3).

Acceder a las técnicas de procreación asistida, en Italia, de acuerdo con la Ley 40/2004, estará reservado a parejas heterosexuales, mayores, que se encuentren casadas o en unión de hecho (art. 5), vedando su uso a parejas del mismo sexo y mujeres solas. Esto queda más claro aún, cuando la ley prohíbe la práctica de las técnicas de reproducción de naturaleza heteróloga²¹⁷, técnicas usualmente aplicables a mujeres solas con problemas de fertilidad. De igual forma la Ley imposibilita llevar a cabo las técnicas heterólogas de reproducción, a parejas casadas o en unión de hecho, en las que uno o ambos componentes padecen alguna anomalía fisiológica que da como resultado la esterilidad definitiva, ya que, en dichos casos por lo usual se debe recurrir a la donación de gametos o embriones, según sea el caso.

También estipula la Ley en su artículo 5, que quienes pretendan acceder a las TRHA, deben encontrarse en edad fértil (aspecto que la Ley no define)²¹⁸.

1.3.SOBRE EL ESTATUTO JURÍDICO DEL EMBRIÓN

Las nuevas técnicas de procreación médicamente asistida y sus métodos complementarios (como: la crio conservación de embriones, el diagnóstico genético preimplantacional y otros) han permitido el acceso y manipulación del material genético de la especie, abriendo una serie de posibilidades anteriormente inimaginables. Algunas

²¹⁶ El artículo 6, contiene todo lo relativo a la naturaleza del consentimiento informado (riesgos, porcentajes de éxito, acerca de la posibilidad de adopción, la naturaleza de cada una de las técnicas, entre otros aspectos a informar).

²¹⁷ Aspecto que la ley hace explícito en su artículo 4 inciso 3 cuando dice “È vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo” (en su traducción libre: Está prohibido el uso de técnicas de procreación médicamente asistida de tipo heterólogo). En otras palabras, no existe la posibilidad de donación de ningún tipo (gametos, o embriones).

²¹⁸ No obstante, se considera que para el caso, la expresión “*edad fértil*”, puede remitir a dos aspectos en particular: 1) a que la mujer se encuentra apta para gestar y 2) que el material genético de ambos participantes no haya degenerado por efectos de la edad; ya que de lo contrario, no podría pensarse que tal estipulación pueda entenderse de otra manera, pues se puede estar en edad fértil y ser infértil. Pero lo que sí es claro es que los aspectos antes citados, pueden verse sensiblemente afectados con la edad y pueden coincidir con algunas condiciones médicas de infertilidad, pero hacen aceptable y posible la práctica de la fecundación asistida y la fecundación in vitro bajo ciertas circunstancias.

de estas en beneficio de la sociedad y los individuos; pero, asimismo, han traído consigo todo tipo de discusiones de orden moral, ético y jurídico y cuestionamientos de hasta dónde ha de llegar la actividad científica en estos asuntos. Las cuestiones expuestas, también han conducido a interrogantes jurídicas como: ¿cuál es el estatuto jurídico del embrión?, o ¿es el embrión titular del derecho a la vida?

Ahora bien, la forma en que estos asuntos han sido zanjados en los diferentes Estados y sus legislaciones, suelen variar en su enfoque.

En el contexto de los países europeos, la preocupación por legislar sobre lo relativo al embrión y determinar el valor y protección que se le atribuye jurídicamente a este, es evidente.

La Ley 14/2006 de España, no define que se entiende por embrión, sino aquello que concibe por *preembrión*. De acuerdo con el artículo 1 inciso 2, *preembrión* es “el embrión *in vitro* constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta los 14 días más tarde”. Ahora bien, si se parte de la definición prevista ya de suyo debe entenderse, que el “*preembrión*” es un embrión. Sin embargo, el concepto *preembrión* remite, de acuerdo con la legislación española, a una etapa determinada del desarrollo embrionario o embrión.

Desde el punto de vista de lo supra expuesto, la actual Ley española (14/2006) no se aleja del enfoque, propuesto en la derogada Ley 35/1988, sobre reproducción humana asistida. Debe recordarse que, la citada Ley (35/1988), en su exposición de motivos distinguía entre *preembrión*, embrión y feto. Cada concepto citado, hacía referencia a etapas distintas dentro del desarrollo embrionario.

Así se tiene que, el *preembrión* (o embrión preimplantatorio), corresponde a “la fase de preorganogénesis”. La derogada Ley 35/1988, definía en su momento, al *preembrión*, en los mismos términos que lo hace la actual Ley 14/2006. La fase que

atañe al *preembrión*, inicia con la fecundación y concluye con la anidación del óvulo fecundado en el útero de la mujer.²¹⁹

Por otra parte, la Ley 35/1988, al hacer referencia al denominado “embrión propiamente dicho” o “embrión posimplantatorio”²²⁰, equiparaba este con la etapa de desarrollo embrionario posterior a la anidación o implantación del óvulo fecundado, hecho que vendría a coincidir con “el origen e incremento de la organogénesis o formación de los órganos humanos” (que va desde los dos meses a los dos meses y medio de gestación).

En los términos de la Ley 35/1988, la distinción propuesta, acogía el criterio contenido en la Recomendación 1.046 del Consejo de Europa y otras instancias²²¹, de no mantener “el óvulo fecundado in vitro más allá del día 14”²²². Asimismo, la Ley 35/1988, en su exposición de motivos, señalaba y amparaba “la tendencia a admitir la implantación estable del óvulo fecundado como un elemento delimitador en el desarrollo embrionario”²²³. También, indicaba que dicha posición se encontraba, en algún sentido, amparada por la sentencia BverfGE: 39,1,37²²⁴ del 25 de mayo de 1975 del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania, en cuyo texto se manifestaba que “según los conocimientos fisiológicos y biológicos, la vida humana existe desde el día 14 que sigue a la fecundación”²²⁵ y; por la sentencia 53 de 11 de abril de 1985 del Tribunal Constitucional Español²²⁶(TCE), que indicaba que “la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso del cual la

²¹⁹ Se indica (en Ley 35/1988) que esta terminología ha sido adoptada por los Consejos Europeos de Investigación Médica de nueve naciones europeas, durante reunión concertada en junio de 1986 en Londres. Ver: SANZ ÁLVAREZ, Jaime. Op. cit. Anexo 1.

²²⁰ Términos que remiten a Informe de la Comisión del Parlamento de la República Federal de Alemania, relativo al estudio de “*Posibilidades y riesgos de la tecnología genética*”, presentado según documento 10/6.775 de 6 de enero de 1987. *Ibíd.*

²²¹ Comité ad hoc de Expertos sobre el Progreso de las Ciencias Biomédicas (1986), en *Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in vitro y la Inseminación Artificial Humanas del Congreso de los Diputados*.

²²² Nunca se incluye el tiempo que se mantiene crioconservado (pues en tal caso, el desarrollo se suspende).

²²³ Ley 35/1988, de 22 de Noviembre, Sobre Reproducción Humana Asistida, Parte 2. En: Anexo Nº1 SANZ ÁLVAREZ, Jaime Enrique, Op. cit.p.242.

²²⁴ En dicha sentencia el Tribunal Constitucional Alemán manifestó que: “vida, en el sentido de existencia histórica de un individuo, existe en todo caso, de acuerdo con conocimientos científicos seguros, a partir del decimocuarto día después de la concepción”. *Ídem.* p.243

²²⁵ *Ibíd.*

²²⁶ Sentencia que responde a recurso previo de inconstitucionalidad sobre el texto del Proyecto de Ley Orgánica de reforma al art. 417 bis, relativo al aborto terapéutico, ético y eugenésico.

realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana que termina con la muerte; es un continuo sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen reflejo en el status jurídico público y privado del sujeto vital”²²⁷. Todo ello se encaminaba, de acuerdo con los legisladores, hacia un hecho particularmente evidente, cual es, otorgar especial valor a la implantación del óvulo fecundado. De manera tal que, se consideró viable aceptar que, con la implantación se inicia propiamente la gestación, ya que, el periodo previo a ella es incierto.

Por último, la fase más avanzada del desarrollo embrionario, se identificó con el feto. En ella el embrión cuenta ya con “apariencia humana y sus órganos formados”, asegurando su viabilidad y autonomía posterior al parto. En su momento, partiendo de los argumentos antedichos, el TCE sostuvo que el derecho a la vida de *nasciturus* no es absoluto, sino que este deberá ponderarse²²⁸ con otros bienes y derechos constitucionalmente reconocidos, que en determinados supuestos “puede y aún debe estar sujeta a limitaciones”²²⁹ (sentencia 53/1985).

Así las cosas, en la exposición de motivos de la Ley 35/1988, el legislador valoró que, siendo posible distinguir distintas etapas perfectamente diferenciables en el desarrollo embrionario, no existía razón para que estos aspectos no vinieran a incidir en la valoración ética y jurídica atribuida a cada etapa.²³⁰

En el sentido de lo expuesto, la legislación española acoge el especial valor otorgable, a la implantación del óvulo fecundado y, atendiendo a este parámetro, da lugar a dos distintas leyes que regulan lo relativo al desarrollo embrionario. Así las

²²⁷ SANZ ÁLVAREZ, Jaime Enrique, Op. cit. p.243.

²²⁸ En la sentencia 53/1985 el Tribunal Constitucional Español, sostiene que el interprete constitucional debe ponderar los bienes y derechos involucrados; armonizarlos, si es posible o; establecer las condiciones y requisitos que llevan a admitir la prevalencia de uno de ellos (derecho a la vida del *nasciturus* entra en colisión con valores también protegidos como la vida y dignidad de la mujer). Tribunal Constitucional (pleno). (España). Sentencia número 53/1985 de 11 abril de 1985. Recuperada de RTC/1996/212. BOE: 18/5/1985. Número de Registro: 800/1983. Recurso Previo de Constitucionalidad. <http://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1985-0053>.

²²⁹ En especial a derechos relativos al ámbito de la maternidad, en el que debían considerarse otros derechos constitucionalmente protegidos como: la dignidad de la persona vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art.16 CE), derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), a la libertad de ideas y creencias (art.16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18 CE).

²³⁰ En este sentido aunque la vida se percibe como un continuo, al interior de la legislación española, esto no implica que no puedan establecerse grados o etapas de desarrollo.

cosas, una de las leyes viene a tutelar lo concerniente al preembrión y, la otra, lo asociado al embrión y al feto.

La Ley 35/1988, fue la primera que se promulgó para regular lo relativo a la FIV y, con ella, lo concerniente al *preembrión*. Ley que, posteriormente, sería sustituida por la Ley 45/2003; derogada, a su vez, por la Ley 14/2006, que rige actualmente todo lo relativo al embrión preimplantatorio.

Por otra parte, la Ley 42 del 28 de diciembre de 1988²³¹, sobre “Donación y utilización de embriones y fetos humanos, o de sus células, tejidos u órganos”, vino a tutelar, como lo indica su nombre, todo lo referente al embrión y al feto. Con la Ley 42/1988²³², se pretendió en su momento, regular todo lo referente al embrión y “las actuaciones biomédicas” en el marco del respeto a la vida, dignidad y derechos humanos, sin que ello implicara cerrarle las puertas a la ciencia²³³. Esta legislación, en principio, abordaba materias no contempladas en la Ley 30/1979 sobre extracción y trasplante de órganos, como lo es el uso de embriones y fetos (para fines diagnósticos, terapéuticos o de investigación). La Ley buscaba garantizar la libertad científica e investigadora, dentro parámetros constitucionales en la protección al cuerpo, la vida, la autodeterminación del afectado y la dignidad humana.

La Ley 42/1988 es posteriormente derogada y sustituida por la Ley 14/2007 de 3 de julio, de Investigación Biomédica (Ley 14/2007). Ley que retoma los contenidos de la Ley 42/1988 de 28 de diciembre y complementa el régimen de protección del *preembrión* contenido en la Ley 14/2006. No obstante, la Ley 14/2007 mantiene como fin esencial, la protección del embrión posimplantatorio ó embrión y el feto.²³⁴

²³¹ En este sentido también acogía el informe Warnock del Reino Unido y el criterio del día 14, para establecer la distinción entre “*preembrión*” y “*embrión*”. SOTO SILVA, Rodrigo. *Informe sobre el Tratamiento del Embrión Humano en la Jurisprudencia Constitucional Española*. Ius et praxis (7-2), junio 2001. Id. vLex: VLEX-43472524. Recuperado de <http://vlex.com/vid/informe-tratamiento-embrión-humano-43472524>.

²³² Ley 42/1988 (derogada por Ley 14/2007 de 3 de julio, de Investigación biomédica). BOE. Boletín Oficial del Estado núm. 0314, 31 de diciembre de 1988 (I-Disposiciones Generales) Jefatura del Estado. Marginal: 29681. Recuperada de <http://boe.vlex.es/vid/embriones-fetos-celulas-tejidos-15515972>.

²³³ En España la Constitución protege el derecho a la creación y protección científica y técnica, en el artículo 20.1.b y, el artículo 44.2 de la Constitución Española hace referencia al deber de promocionar la investigación científica y técnica.

²³⁴ La Ley 14/2007, define que se entiende por embrión y feto. El embrión “abarca desde el momento en que el ovocito fecundado se encuentra en el útero de una mujer hasta que se produce el inicio de la organogénesis, y que finaliza a los 56 días a partir del momento de la fecundación, exceptuando del

El legislador, en la Ley 14/2007, sin dejar de considerar los mandatos contenidos en los artículos 20.b, 44.2 y 149.1.15ª de la Constitución Española²³⁵, referentes al desarrollo científico tecnológico, establece entre los ejes prioritarios de la ley “la protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas del ser humano y de otros bienes jurídicos relacionados con ellos” (y concordantes con la Constitución Española y el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano, con respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina o Convenio de Oviedo²³⁶) y “prohíbe explícitamente la constitución de preembriones y embriones humanos exclusivamente con fines de experimentación, de acuerdo con la concepción gradualista sobre la protección de la vida humana sentada”²³⁷ por el Tribunal Constitucional en las sentencias 53/1985, 212/1996 y 116/1999.

Asimismo, la Ley 14/2007 viene a reiterar la prohibición de la clonación con fines reproductivos²³⁸ establecida en la Ley 14/2006, a la que también remite para todo lo referente al destino de los embriones crioconservados ó supernumerarios (art. 11). No obstante, se enfatiza en la Ley 14/2007, la prohibición de crear preembriones o embriones con fines puramente experimentales.

España en su compromiso de protección al feto, prevé la incriminación sobre los daños causados a este, así como un castigo para quien provoque el aborto por “imprudencia grave”, en los artículos 157 y 146 del Código Penal Español (CPEE) respectivamente.²³⁹ Siempre en el mismo sentido, existe normativa adicional concerniente al aborto en arts. 144 a 146 del CPEE y la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de

cómputo aquellos días en los que el desarrollo se hubiera podido detener” y por feto se entiende al “embrión con apariencia humana y con sus órganos formados, que va madurando desde los 57 días a partir del momento de la fecundación, exceptuando del cómputo aquellos días en los que el desarrollo se hubiera podido detener, hasta el momento del parto.”

²³⁵ España protege en su Constitución, todo lo referente a la promoción y fomento del derecho a la producción científico-tecnológica en servicio de la sociedad (correspondiendo el primer artículo a un derecho fundamental, el segundo se inscribe entre los principios rectores del Estado y, el último artículo es relativo a las competencias exclusivas al Estado (en relación a las comunidades autónomas).

²³⁶ Suscrito en Oviedo el 4 de abril de 1997, que rige en España desde el primero de enero del 2000.

²³⁷ Tal prohibición se produce en el artículo 33 de la Ley 14/2007.

²³⁸ Para lo correspondiente ver: apartado III del preámbulo a la Ley 14/2007.

²³⁹ Ver: Sentencia TEDH 2004/52, Vo contra Francia. Apartado 41.

marzo, “de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo”, que entró en vigencia el 5 de julio de 2010 (Ley 2/2010).

La Ley 2/2010 establece en su preámbulo, que la sexualidad y capacidad de procreación se relacionan directamente con la dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad, cuyo fundamento yace en los derechos fundamentales que garantizan la integridad física y moral, así como la intimidad personal y familiar.

Se indica, además, que la decisión de tener o no descendencia, es un asunto de carácter íntimo y personal, tal que el poder público no ha de interferir en tales decisiones y ha de crear las condiciones para se adopten en forma libre y responsable. Se nombra al efecto la normativa en que se sienta tal planteamiento, citando en tal sentido la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer” adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, por resolución 34/180 de 18 de diciembre de 1979 (art.12) y la Plataforma de Acción de Beijing acordada en la IV Conferencia de Naciones Unidas sobre la Mujer, celebrada en 1995 (sobre lo relativo a la salud sexual y reproductiva).

En el ámbito europeo, se citan la Resolución 2001/218 (INI) del Parlamento Europeo, sobre salud sexual y reproductiva y derechos asociados y; la Resolución 1607/2008, de 16 de abril emitido por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, que reafirma el derecho de todo ser humano y, en especial las mujeres, al respeto de su integridad física y libre disposición de su cuerpo. Asimismo se cita la “Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad” del 13 de diciembre de 2006 (ratificada por España), con respecto de la cual se hace referencia al compromiso de los Estados firmantes de respetar “el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieran tener [...] y a que se provean los medios necesarios que les permitan ejercer sus derechos”. Todo lo anterior se plantea, según se entiende, a la luz de una sociedad libre, pluralista y abierta.

La Ley 2/2010 se pronuncia sobre el derecho a adoptar libremente decisiones en el ámbito de reproductivo; respetando el derecho de las restantes personas, el orden público garantizado por la Constitución y las Leyes. A la vez reconoce, el derecho a la

maternidad libremente decidida. Y, se define e introduce en el texto de la ley los conceptos de: salud, salud sexual y salud reproductiva. Todo lo anterior sin perder de vista la protección debida a la vida.

En lo que incumbe a la Ley 14/2006, es importante referirse aquí, de manera adicional, a dos significativas sentencias del Tribunal Constitucional Español (TCE) ya citadas, a saber: la Sentencia 212 del 19 de diciembre 1996 del Tribunal Constitucional Español (STCE 212/1996)²⁴⁰ y la Sentencia 116 del 17 de junio de 1999 (STCE 116/1999)²⁴¹; que brindan soporte a la normativa sobre la reproducción asistida y temas afines. En especial, en lo relativo a la incidencia de dicha ley sobre el derecho a la vida y el valor jurídico otorgado al *nasciturus* (preembrión, embrión o feto).

El Tribunal Constitucional Español (TCE), en sentencia 212/1996, sostiene que el artículo 15 de la Constitución Española (CE)²⁴², establece “el derecho fundamental de todos a la vida” y, reitera el enfoque, sostenido en la sentencia 53/1985²⁴³. Estableciéndose como titulares del derecho a la vida a “los nacidos, sin que quepa extender esta titularidad a los nasciturus”²⁴⁴. En la sentencia 212/1996, el TCE sostiene que “en el caso de la vida del nasciturus, no nos encontramos ante el derecho fundamental mismo”²⁴⁵, sino ante un bien jurídicamente protegido en virtud del

²⁴⁰ Sentencia se emite en respuesta a acción de inconstitucionalidad a la Ley 42/1988, cuyo principal reproche recae sobre la vulneración al artículo 15 de la Constitución Española, relativo al derecho a la vida.

²⁴¹ Sentencia emitida ante recurso de inconstitucionalidad contra Ley 35/1988, en que principalmente se alega, la vulneración del derecho a la vida, entre otros citados.

²⁴² El artículo 15 de la Constitución Española dice en su texto completo: “todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan las leyes penales militares para tiempos de guerra”

²⁴³ En esta sentencia el Tribunal Constitucional Español, sostiene que su interpretación del artículo 15 de la CE, se encuentra conforme con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los restantes acuerdos internacionales sobre el tema. Fundamenta que el concepto “*persona*” según el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, el artículo 2 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, fueron interpretados por la entonces existente Comisión Europea [en su asunto 8416/1979-decisión de 13 de mayo de 1980], en un sentido tal que se sostenía que el derecho a la vida corresponde “a las personas ya nacidas y no es aplicable al nasciturus”, a la vez que se excluía “que el feto pudiera tener un “derecho a la vida” de carácter absoluto.” En la sentencia 53/1985, el TCE acepta que la vida es un devenir, un proceso que inicia con la gestación, tal que a partir de ella se genera lo que se denomina un “*tertium*” “existencialmente distinto de la madre”, tal que en el desarrollo del proceso vital humano el nacimiento tiene especial relevancia, así como también tiene especial trascendencia el momento a partir del cual el *nasciturus* es susceptible de vida independiente con relación a su madre.

²⁴⁴ Tribunal Constitucional (pleno). Sentencia número 212/1996 de 19 diciembre. Recuperada de RTC/1996/212. Westlawes.

²⁴⁵ Ídem.

artículo 15 de la CE²⁴⁶. Se alega que la protección al *nasciturus* se produce no en tanto titular, sino en cuanto encarna “un valor fundamental del ordenamiento constitucional”²⁴⁷ (para el caso, el derecho a la vida). Por tanto, en la sentencia 212/1996, en continuación con los argumentos esgrimidos en la sentencia 53/1985 del TCE (STCE 53/1985), indica que la protección a dispensar constitucionalmente al *nasciturus*, implica en general, dos obligaciones estatales: “la de abstenerse a interrumpir u obstaculizar el proceso natural de gestación y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales”²⁴⁸ (a los que se ha hecho referencia anteriormente y claro está, ello dentro de las excepciones permitidas por Ley).

El enfoque anterior, se evidencia en la sentencia 212/1996, cuando se dice que del “[...] art. 15 CE se deriva lo que se ha calificado como un deber de protección por parte del Estado, [...] deber que en este caso se proyecta sobre los *nasciturus*”, pero no en el sentido de un derecho subjetivo, del cual no son acreedores²⁴⁹.

El Tribunal Constitucional Español, en sentencia 116 del 17 de junio de 1999, mantiene una vez más, que el *nasciturus* (incluido el preembrión) no es titular del derecho constitucional a la vida, en tanto derecho subjetivo (pronunciamiento sostenido en STCE 212/1996). Y, la Ley impugnada, que da lugar a la sentencia 116/1999, a saber la Ley 35/1988, hacía referencia a “momentos previos al de la formación del embrión” y, por tanto, “no desarrolla el derecho fundamental a la vida reconocido en el artículo 15 de la Constitución Española” (ni el contenido esencial de tal derecho)²⁵⁰.

²⁴⁶ Quedaba sentado de esta manera de acuerdo al Tribunal Constitucional Español, que el contenido esencial del derecho a la vida, no era contravenido en ningún sentido.

²⁴⁷ SOTO SILVA, Rodrigo, Op. cit.

²⁴⁸ De acuerdo a STCE 53/1996 (párrafo 7 del extracto) “Ello no significa que dicha protección haya de revestir carácter absoluto; pues, como sucede en relación con todos los bienes y derechos constitucionalmente reconocidos, en determinados supuestos puede y aun debe estar sujeta a limitaciones.”

²⁴⁹ De acuerdo a Rodrigo Soto, es en este sentido, que el Tribunal constitucional español, estima que la normativa impugnada no afecta los contenidos normativos del llamado “núcleo duro” de la Constitución, así como tampoco el contenido esencial del derecho, en este caso: el derecho a la vida. SOTO SILVA, Rodrigo, Op. cit.

²⁵⁰ No se debe olvidar que aquí, el vocablo *embrión*, remite a una etapa posterior al *preembrión*, en el marco de la legislación española.

El TCE en STCE 116/1999 (apoyándose una vez más en la STCE 53/1985) manifiesta que los no nacidos no pueden ser considerados titulares del derecho fundamental a la vida, en los términos del art. 15 de la Constitución Española y que la protección que les cubre es de diferente naturaleza²⁵¹, ya que, “los preceptos constitucionales relativos a los derechos fundamentales y libertades públicas pueden no agotar su contenido en el reconocimiento de los mismos, sino que, más allá de ello, pueden contener exigencias dirigidas al legislador en su labor de continua configuración del ordenamiento jurídico [...]” a las que puede dar respuesta en forma de garantías institucionales, de principios rectores de contornos más amplios o, también, en forma de bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, siendo esta última, la condición constitucional dada al *nasciturus*.

De esta manera, el TCE vendría a distinguir, en algún sentido, entre el derecho a la vida y el valor otorgado a la vida humana (correspondiendo el primero al derecho fundamental en sí mismo y el segundo a un bien jurídico interpretado a la luz del primero). La STCE 16/1999, al igual que lo hace la STCE 212/1996, establece en iguales términos el deber de protección que ha de brindar el Estado al *nasciturus*, el que ha quedado previamente expuesto en comentario a STCE 212/1996.

En la actual legislación española, en lo relativo a los *preembriones* y aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida, es importante indicar que la Ley 14/2006, solo permite la transferencia de tres *preembriones*, por ciclo reproductivo en cada mujer, sin indicar excepciones (art. 3 inciso 2). Sin embargo, la Ley no especifica el número de óvulos a fecundar. Atendiendo a ello, se presume que la Ley puede ser interpretada en un sentido tal que, el número de óvulos a fecundar es una decisión que dependerá, probablemente, del caso concreto y de las buenas prácticas médicas en lo que atañe a la reproducción asistida (esto lo confirmaría el hecho de que la crioconservación es una práctica permitida). En resumen, sería una decisión clínica del

²⁵¹ En este sentido, puede citarse el artículo 29 del Código Civil Español, que en su inciso 2 dispone que, el concebido “[...] se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables”. Aunque, de acuerdo a la legislación citada, “el nacimiento determina la personalidad.” (entendida como una ficción). Esto según lo señala Patricia Canales en Documento realizado para la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones (2004).

galeno²⁵². No obstante, la pareja o mujer también pueden incidir indirectamente sobre el número de óvulos a fecundar, si se toma en consideración el número de hijos que pretende procrear haciendo uso de la TRHA.

La crío conservación de gametos, *preembriones* y tejido ovárico, es permitida por la legislación española²⁵³ (art. 11, Ley 14/2006).

Los *preembriones* excedentes de las técnicas de fecundación in vitro, no transferidos al útero de la mujer en un ciclo reproductivo, son crío conservados, en centros autorizados para ello. Estos podrán ser destinados para nuevas transferencias²⁵⁴, para donar a otras parejas infértiles, destinarlos a la investigación o el simple cese de su conservación. Toda opción (de destino) requiere el consentimiento informado y acreditado de los involucrados en las técnicas, siempre de manera previa a la generación de los embriones. Si la mujer es casada, se requiere de su consentimiento y del de su marido. Tal consentimiento, siempre podrá ser modificado antes de su aplicación²⁵⁵ y por Ley debe ser renovado cada dos años o, bien puede ser modificado, de lo contrario el destino será determinado por el centro de crío conservación.

El diagnóstico preimplantacional²⁵⁶ está autorizado²⁵⁷, en el artículo 12, de la Ley 14/2006, para: 1) detectar enfermedades hereditarias graves, no susceptibles de

²⁵² Este punto es avalado, en algún sentido, en el artículo 26 inciso 2 b) 9, que dice: “Son infracciones graves: la generación de un número de preembriones que supere el necesario, conforme a los criterios clínicos para garantizar en límites razonables el éxito reproductivo en cada caso.”

²⁵³ Lo relativo a estos asuntos está regulado en el artículo 11 incisos 1 y 3 de la Ley 14/2006. De acuerdo, a lo contenido en el artículo citado, el período de crío conservación de los embriones, puede superar el correspondiente a la vida fértil de la mujer.

²⁵⁴ El inciso 4.a de artículo 11 de la Ley 14/2006, relativo a los destinos posibles de los *pre embriones* crío conservados, textualmente establece: “su utilización por la propia mujer o su cónyuge”; no obstante, se estima que la redacción de dicho punto es incorrecta, y debió decir: su utilización por la propia mujer o, de ésta y su cónyuge. Ya que, en términos de la Ley 14/2006, siempre será posible que la mujer use los pre embriones crío conservados para sí (siempre que pueda gestar), aún después de que se produzca el deceso de su esposo o conviviente y éste haya dado su autorización. No obstante, lo antes dicho no es válido para el varón, ya que en caso de producirse la muerte de la mujer, éste nunca podrá hacer uso de los *pre embriones* crío conservados para sí, debido a su incapacidad para gestar y, también en cuanto, la Ley prohíbe la maternidad subrogada.

²⁵⁵ Cuando la Ley, señala que el consentimiento para dar diversos destinos, a los embriones sobrantes y crío conservados, puede ser modificado “en cualquier momento anterior a su aplicación”, se entiende que ello se refiere al momento previo a dar lugar a la acción dirigida a cumplir el destino previsto, ya que se considera no podría ser entendido en otro sentido (lo cierto es que la Ley resulta un tanto ambigua en este punto).

²⁵⁶ Este consiste en “la Fertilización extra útero de un ovocito de la paciente (de la misma manera que se hace para las técnicas de fertilización in vitro) con semen del padre y un análisis molecular de afectación

tratamiento curativo postnatal, permitiéndose, en este sentido, la selección embrionaria de los *preembriones* no afectados para ser transferidos. 2) detectar alteraciones²⁵⁸ que comprometan la viabilidad del *preembrión* y, 3) utilizar, con fines no estipulados o, con fines terapéuticos asociados al beneficio de terceros. Así las cosas, se tiene que aún cuando el diagnóstico preimplantacional, no esté necesariamente relacionado con fines meramente reproductivos; eventualmente, puede estar asociado con asuntos relativos a ella.²⁵⁹ Es importante señalar que, el artículo en cuestión no se pronuncia sobre la edad que debe tener la receptora de dicha técnica.

Por otra parte, la legislación española, permite técnicas terapéuticas sobre el “preembrión vivo in vitro”, siempre que con ello se pretenda tratar una enfermedad o impedir su transmisión, si existen garantías razonables y contrastadas para ello (art. 13 inciso 1). Estas, solo se autorizan, cuando la pareja o mujer involucrada en el uso de las técnicas de reproducción, estén informadas sobre todo lo relativo al procedimiento y, se haya dado consentimiento formal.

Las técnicas terapéuticas sobre embriones, solo se aplicarán cuando la patología a tratar tenga diagnóstico preciso y pronóstico de grave o muy grave. Asimismo, se requiere que exista posibilidad de mejoría o curación y que no implique modificar los caracteres hereditarios no patológicos del preembrión, ni se busque la selección del individuo o su raza. Toda técnica terapéutica debe llevarse a cabo en los centros permitidos y en las condiciones establecidas por ley.

previo a su implantación en el útero materno para seguir la gestación.” Ver punto 6º Antecedente de Hecho Primero. Sentencia de TSJ País Vasco (Bilbao), Sala de lo social, 20 de setiembre.

²⁵⁷ En todos los casos en que se lleve a cabo el diagnóstico preimplanacional, debe mediar autorización de las instancias competentes, estipuladas por ley.

²⁵⁸ El diagnóstico se usa para determinar posibles mutaciones cromosómicas, evitando la implantación del pre embrión que muestre, tales anomalías sin importar el sexo. Si no es posible determinar la mutación, se puede evitar el nacimiento de personas afectadas recurriendo a la selección del sexo. Se considera que el diagnóstico preimplantacional “evita el estrés emocional de la gestante que se produce en las primeras semanas antes del diagnóstico prenatal” a la vez que “evita la interrupción voluntaria del embarazo o aborto terapéutico” permitido por ley. Ver punto 8º, Antecedente de Hecho Primero. Sentencia de TSJ País Vasco (Bilbao), Sala de lo social, 20 de setiembre.

²⁵⁹ Debe recordarse que logrado el embarazo, muchos abortos espontáneos están asociados a posibles alteraciones genéticas o defectos fetales.

De acuerdo con el artículo 15 de la Ley 14/2006²⁶⁰, la investigación con los preembriones sobrantes procedentes de las TRHA, está permitida únicamente cuando: a) exista consentimiento escrito de la pareja o mujer, previa información brindada (sobre el fin de la investigación y sus consecuencias); b) el preembrión no se haya desarrollado in vitro más allá de los 14 días, después de la fecundación (no se contabiliza para estos efectos el periodo de crío conservación); c) las investigaciones relativas a las técnicas de reproducción, se lleven en los centros autorizados, con el equipo calificado para ello y bajo control y seguimiento de las autoridades competentes; d) respondan a proyectos debidamente autorizados por autoridades sanitarias competentes y en cumplimiento de los requisitos exigidos por ley; e) en caso de producirse la cesión de *preembriones* a otro centro de investigación, esta ha de realizarse según los términos que impone la normativa (especificar intereses comunes, confidencialidad acerca de los progenitores, gratuidad y ausencia de ánimo de lucro). Todos los resultados provenientes de proyectos de investigación, deben ser remitidos a las autoridades, que indique la norma para el caso.

Por último, cabe indicar que, la Ley 14/2006 en su artículo 14, se refiere a la utilización de gametos con fines de investigación. Sin embargo, los gametos así utilizados no podrán transferirse a la mujer, ni ser usados para originar *preembriones* con fines reproductivos.

La Ley 32/2006 de 26 de julio de Portugal, no define aquello que entiende por embrión²⁶¹; sino que, se limita a establecer aquellas conductas aceptadas o prohibidas con respecto al trato de los mismos. Así se tiene que, el artículo 9 inciso 1 de la Ley, prohíbe crear deliberadamente, a través de las técnicas de procreación humana asistida, embriones destinados a la investigación; ya que, como ya ha sido dicho, el fin específico de su creación es la reproducción.

No obstante, no toda investigación con embriones está vedada. La norma únicamente indica que ningún embrión puede ser creado específicamente para tal efecto. Así las cosas, la ley tiene salvedades con respecto a la investigación con embriones.

²⁶⁰ El artículo 16 acerca de la “*Conservación y utilización de los pre embriones para la investigación*” aborda también algunos de los temas contemplados en el artículo 15.

²⁶¹ La única legislación que usa el vocablo pre embrión es la española, pues la Ley portuguesa e italiana siempre usan el concepto “embrión”.

Siendo lícitas aquellas que conducen a la prevención, diagnóstico o tratamiento en beneficio de los embriones mismos. De igual forma, son permitidas las investigaciones encaminadas a mejorar las técnicas de procreación asistida o, que buscan hacer posible la constitución de bancos de células madre destinadas a programas de trasplante o cualquier propósito terapéutico (art. 9.2). La investigación con embriones también es posible, cuando de ella se deriven beneficios para la humanidad (art.9 inciso 3).

De acuerdo con el inciso 4 del artículo 9 de la Ley 32/2006, los embriones que pueden ser destinados a la investigación, son: 1) los embriones excedentes crio conservados para los que no existe ningún proyecto parental; 2) aquellos que no cumplen con los parámetros requeridos para ser transferidos o crio conservados; 3) los que presentan anomalías según diagnóstico genético preimplantacional; y 4) los obtenidos por fecundación sin espermatozoides.

Destinar embriones excedentes o portadores de alguna anomalía genética, a la investigación, exige el consentimiento expreso e informado de los beneficiarios a quienes estaban destinados.

Violar alguno de estos parámetros establecidos, implica una sanción penal; lo mismo sucede para aquel que transfiera al útero de la mujer embriones utilizados en investigación científica. Así las cosas, si bien la Ley, permite el uso de embriones, en determinadas circunstancias definidas por la normativa, más allá de ellas se establecen prohibiciones.

El número de embriones a crear por FIV, de acuerdo con el artículo 24.1 de la Ley 32/2006, será el necesario para obtener un procedimiento exitoso, según la buena práctica médica y el consentimiento informado. La Ley 32/2006 de 26 de julio, deja abierta la posibilidad de que el equipo médico, determine el número de ovocitos a fecundar por ciclo reproductivo; según dos parámetros que provee la ley, a saber: 1) la condición clínica de la pareja y, 2) evitar la posibilidad de un embarazo múltiple.

Los embriones que no puedan ser transferidos de manera inmediata al útero de la mujer²⁶², deben ser crio conservados, comprometiéndose los beneficiarios a realizar la transferencia de estos, en un plazo de tres años (art.25.1); de lo contrario, los embriones pueden ser donados a otra pareja con problemas de infertilidad (art. 25.2), previo acuerdo de los beneficiarios originarios. Por razones claras, lo anterior, no aplica a los embriones cuyas características morfológicas carecen de condiciones mínimas de viabilidad. En todos los demás casos, aplica lo dicho en el artículo 9 de la Ley (ser destinados a la investigación).

Portugal, en su legislación establece como prohibidas una serie de prácticas relacionadas, específicamente, con la manipulación de la carga genética del embrión o de los gametos. No obstante, dichas prácticas no están necesariamente asociadas a la procreación asistida en su dimensión reproductiva, aunque sí lo están con algunas de las técnicas conexas, que abren la posibilidad de manipular el material genético²⁶³ humano. Por tanto, la Ley 32/2006 de 26 de julio, se ocupa de prohibir de manera expresa algunas de esas posibles prácticas. La clonación reproductiva, es una de ellas; en tanto, tenga como objeto la creación de seres humanos idénticos entre sí (de vivos o muertos). De ahí que la Ley dispone que aquella persona, que transfiera un embrión clonado al útero de una mujer, sea sancionada penalmente (art. 36). Igualmente recibe sanción penal quien transfiera embriones obtenidos por división embrionaria. No obstante, la ley deja abierta la posibilidad a la clonación con efectos terapéuticos, pues no prohíbe específicamente la misma.²⁶⁴

Asimismo, queda prohibida toda práctica eugenésica sobre el embrión; al igual que la posibilidad de seleccionar el sexo (art. 7 inciso 2), excepto cuando se trate de

²⁶² En este punto, es evidente que la Ley portuguesa, parte del supuesto ideal de que todos embriones creados y destinados a efectos de la procreación médicamente asistida, deben ser transferidos por ciclo reproductivo. Sin embargo, es claro, que la misma ley acepta que ello no siempre es posible, por lo que deja abierta la posibilidad a la crio conservación de los embriones no transferidos al útero de la mujer de manera inmediata.

²⁶³ Este tipo de práctica, está mayormente relacionada con lograr un hijo sano y con prácticas diagnósticas o terapéuticas.

²⁶⁴ Entre las técnicas de clonación humana, se encuentra aquella, producto de la partición o gemelación, dada por división de embriones o separación de blastómeros (antes de los 5 o 6 días de desarrollo). También existe la que se produce por transferencia de núcleos diploides a ovocitos, óvulos y cigotos enucleados. Ver: IBÁÑEZ PAREJA, Enrique (s.f). Clonación: Aspectos científicos. Departamento de Microbiología e Instituto de Biotecnología. Universidad de Granada. Recuperado de <http://www.ugr.es/~eianez/Biotecnologia/Clonación.html>

enfermedades genéticas ligadas al sexo. La ley, también prohíbe la creación de seres quiméricos o híbridos (art.7 inciso 4).

En general, como bien dice Raposo, “las intervenciones sobre el *nasciturus* están prohibidas”²⁶⁵; no obstante, la Ley 32/2006 tiene dos excepciones (art. 7 inciso 3). La primera, relacionada con enfermedades ligadas al sexo, cuando existe alto riesgo para la descendencia, siempre que su detección no sea posible por medio del diagnóstico genético prenatal o preimplantacional. La segunda, cuando resulte necesario determinar características específicas en el embrión, tal que permitan atender dolencias o enfermedades graves en un tercero ya nacido (o bebé remedio como lo llama Raposo).²⁶⁶

En lo referente al diagnóstico genético preimplantacional, la Ley 32/2006 de 26 de julio, prohíbe su uso cuando se trate de enfermedades multifactoriales, por considerar que su carácter predictivo es muy bajo (art.7 inciso 5); pero, está permitido cuando conduzca a identificar embriones con anomalías graves, antes de ser transferidos a la mujer o, según las excepciones mencionadas en el párrafo anterior (art. 28 inciso1).

De igual forma, se permite utilizar el diagnóstico genético preimplantacional (DGP) para el tratamiento o prevención de enfermedades genéticas graves, para reducir el riesgo de anormalidades cromosómicas y aumentar el éxito de las técnicas de procreación asistida (art. 28.2)

La aplicación del DGP, de acuerdo con el artículo 29 de la Ley, estaría reservada a familias con alteraciones que producen muerte precoz o dolencias graves, o cuando exista un elevado riesgo de transmitirlo a su descendencia. Es posible a su vez, cuando medien indicaciones médicas específicas para ello, según la recomendación de organizaciones de orden nacional o internacional sobre tales asuntos (las que se deberán revisar periódicamente).

No obstante, lo dicho, de acuerdo con Vera Lucía Raposo, en la legislación portuguesa la protección brindada al *nasciturus* no es equivalente a la otorgada al

²⁶⁵ RAPOSO, Vera Lucía, Op. cit., p. 11.

²⁶⁶ Este segundo aspecto no parece circunscribirse a una dolencia específica.

nacido. El artículo 66. 1 del Código Civil no le atribuye a este, personalidad jurídica²⁶⁷. Asimismo, el Código Penal, traza una clara distinción entre la criminalización del aborto y el homicidio (en sus art.131 y siguientes y 140 y siguientes)²⁶⁸. Por otra parte, la Constitución de la República Portuguesa (Constituição da República Portuguesa), en su artículo 25 se pronuncia sobre el derecho a la vida, en los siguientes términos:

“1. La vida es inviolable” y, 2. “en ningún caso existirá pena de muerte”.

No establece, por tanto, la Constitución portuguesa un elemento específico que permita definir a quiénes y a partir de qué momento subjetivamente gozan de este derecho.

Sin embargo, a la luz de la interpretación del Tribunal Constitucional de Portugal (TCP), el artículo en cuestión otorga la titularidad del derecho objetiva y subjetivamente al nacido y solo objetivamente al no nacido. Esta posición se hace evidente en la sentencia 733/07 del 23 de febrero de 2010²⁶⁹ del TCP, en ella se sostiene que la vida intrauterina es un bien jurídico digno de protección, en todas sus etapas, sin demérito de que se reconozcan diferentes niveles de protección.

La vida intrauterina aunque goza de protección constitucional, no goza de una protección equivalente a las personas nacidas, pues se entiende que los derechos fundamentales se predicen esencialmente de las personas, quienes gozan de la titularidad del derecho en todo su sentido. Por lo tanto, el derecho a la vida, no es aplicable en el mismo sentido a la vida intrauterina. Se sostiene que el feto todavía no es persona y por tanto no es titular directo del derecho fundamental a la vida. La protección otorgada a la vida intrauterina, corresponde a una dimensión objetiva del derecho. La legislación portuguesa, admite protección progresiva de la vida intrauterina,

²⁶⁷ El artículo en cuestión dice: “1. A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida. 2. Os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento.” (Traducción libre: la personalidad se adquiere a partir del nacimiento y vida plena, 2. Los derechos que la Ley reconoce a los no nacidos, dependerán de su nacimiento).

²⁶⁸ La Ley 16/2007 de 17 de abril de 2007, modifica el artículo 142 del Código Penal Portugués, tal que se admite el aborto terapéutico cuando se prevé que el niño por nacer sufre de enfermedad incurable o deformación congénita.

²⁶⁹ La mencionada sentencia aborda la constitucionalidad de la Ley 16/2007, que vino a modificar el artículo 142 del Código Penal de Portugal, en lo relativo a la interrupción no punitiva del embarazo.

de manera tal que, se otorga mayor protección conforme aumenta su posibilidad de adquirir independencia vital de la mujer gestante.²⁷⁰

En tal sentido, se puede interpretar que la jurisprudencia constitucional, no dispensa un valor de carácter absoluto a la vida intrauterina. El TCP, admite que a la par de la protección debida a la vida intrauterina, también se deben ponderar derechos protegidos constitucionalmente; por un lado, relacionados con condiciones no deseadas que pueden afectar derechos fundamentales de la mujer como: el derecho a la planificación familiar (artículo 67 inciso d.), el derecho a la vida, la integridad física y moral, la libertad, la dignidad personal y la libre autodeterminación; y, por otra parte, el valor objetivo de la vida humana.

Por tanto, es claro que Portugal al igual que España, interpreta que el derecho a la vida no es un derecho que pueda predicarse subjetivamente hablando del *nasciturus*. La protección otorgada al *nasciturus* también responderá a una lógica gradual.²⁷¹

La Ley italiana, en su artículo primero, señala el derecho del concebido y no nacido, entre los derechos garantizados por ella. Con ella se pretende lograr un equilibrio entre la protección del embrión y la necesidad de procreación.

La legislación italiana, no establece parámetros de diferenciación en el desarrollo embrionario. Así las cosas, la legislación italiana no admite la fecundación extracorpórea de óvulos, para otros efectos que no sea la procreación. De lo anterior se

²⁷⁰ Se sostiene que los cambios biológicos suscitados en la gestación, adquieren importancia en la formación gradual de la persona humana. Y estos cambios tienen, a su vez, impacto en la valoración y en las soluciones legales y constitucionales dadas (a través de regímenes distintos de protección, según la circunstancia valorada. Aspecto evidente en el artículo 142 de Código Penal de Portugal).

²⁷¹ “Dela resalta, como característica fundamental, um crescendo de intensidade tuteladora, consoante o maior tempo de gravidez, compondo o que poderemos designar por um regime trifásico: num período inicial, a decisão é deixada à responsabilidade última da mulher, em fases subsequentes a interrupção fica dependente de certas indicações, sendo proibida, em princípio, no último estágio de desenvolvimento do feto.

Esta tutela progressiva, utilizando como critério o tempo de gestação, representa, em si mesma, uma opção básica determinada por um intuito de harmonização dos bens em colisão. Ela procura repercutir, no plano da valoração ético-jurídica, a mutabilidade dos dados biológicos que conformam a vida ainda não nascida e o significado que ela assume para os termos da peculiar relação sem paralelo em qualquer outro conflito de bens jusfundamentais que se estabelece entre o nascituro e a gestante.” (párrafo 11.4.4 Acórdão n° 733/07 TCP).

deduce, que la producción de embriones específicamente para la investigación y experimentación²⁷², queda prohibida.

La experimentación con embriones, de acuerdo con la Ley 40/2004, no es posible. Así como tampoco lo es la selección eugenésica de embriones o gametos, o cualquier manipulación o acción que pueda conducir a la alteración de su patrimonio genético. La única excepción contemplada por la ley, sobre la investigación y experimentación con embriones, está relacionada con fines diagnósticos o terapéuticos, dirigidos a proteger la salud y desarrollo del embrión mismo, siempre y cuando no existan otras metodologías disponibles (art.13.2). De esta manera, queda vedado el uso del diagnóstico preimplantacional (DGP), como método alternativo para el tratamiento de enfermedades transmitidas genéticamente o, de enfermedades de terceros, en parejas no infértiles²⁷³.

Asimismo, la Ley prohíbe la clonación humana²⁷⁴ (con material genético proveniente de un ser humano vivo o muerto) y; la fecundación de gametos humanos con gametos provenientes de otras especies, encaminada a producir híbridos o quimeras. (art. 13.3 secciones c y d).

En el artículo 14 de la Ley italiana prohíbe la criopreservación²⁷⁵, excepto cuando no es posible llevar a cabo la transferencia embrionaria por causa grave documentada o fuerza mayor (relativa al estado de salud de la mujer, no previsible a la hora de realizar la fecundación). La Ley 40/2004, no prevé la muerte de la mujer; así como tampoco, la probabilidad de que esta, se vea imposibilitada de manera definitiva

²⁷² En la legislación italiana, la investigación o experimentación queda prohibida sobre cualquier embrión humano (art.13.1); debido a que la Ley no establece excepciones, ha de pensarse que la prohibición incluye los embriones muertos.

²⁷³ La Corte Europea, en agosto de 2012 se pronuncia sobre la prohibición del uso del DGP en Italia, señalando que en este sentido la legislación italiana es contradictoria e incoherente. Esta permite el aborto por razones terapéuticas, pero no la selección de embriones sanos en parejas que tienen una alta probabilidad de tener hijos afectados por enfermedades genéticas hereditarias, que pueden en razón de ello recurrir al aborto terapéutico (Caso Costa y Pavan c. Italia).

²⁷⁴ Esta prohibición se refiere tanto a la clonación dirigida a la reproducción, como a la que tiene por objeto la investigación (por transferencia nuclear o separación temprana del embrión o ectogénesis - desarrollo del embrión fuera del cuerpo materno-.)

²⁷⁵ Antes de legislar sobre la reproducción humana asistida, en Italia era posible la crioconservación, la Ley 40/2004 dispone lo relativo a tales embriones en el artículo 17 de la ley (haciendo recaer en el Ministerio de Salud la reglamentación sobre el tema). En este sentido se genera, una disparidad de conductas entre los embriones crioconservados, y los posteriormente creados (como se produjo en su momento en España, con la Ley 45/2003).

para gestar por causas no previstas; en tal caso, de acuerdo con Francisca Jünemann, se entiende que “de quedar un embrión sin transferirse a su madre por alguna de estas causas, morirá, entendiéndose como una pérdida del embarazo-o aborto- por enfermedad incompatible o por muerte de la madre.”²⁷⁶

Igualmente se prohíbe la reducción embrionaria, a excepción de lo previsto en la Ley 194/78 de 22 de mayo, relativa al aborto. La Sala Constitucional italiana (CCI) sostiene que cuando persiste la relación entre el concebido y su madre, la salud y la vida de la primera prevalecen sobre la del segundo, partiendo de la idea de que no existe equivalencia entre el derecho a la vida y la salud de quien ya es una persona –madre-, con respecto del que todavía no llega a serlo –el embrión- (sentencia 27/75 y sentencia 35/ 97 de CCI)²⁷⁷. La protección al no nacido en la legislación italiana se funda principalmente en el artículo 2 de la Constitución italiana²⁷⁸, que reconoce y garantiza como inviolables los derechos humanos y, del artículo 31, que protege al niño (en general), sobre el cual tienen cabida los artículos del código civil, encaminados a proteger al no nacido. En la Ley 194/78 la protección del no nacido es escalonada hacia mayores grados amparo.

De acuerdo con la Ley 40/2004 de Italia, tres es el número máximo de embriones a crear y transferir por ciclo reproductivo (art. 14 inciso 2).²⁷⁹ Se entiende

²⁷⁶ JÜNEMANN, Francisca, Op. cit.

²⁷⁷ De acuerdo a Jünemann, lo pretendido en la Ley 14/2004, sobre la tutela al embrión, de alguna manera entra en contradicción con lo dispuesto por la Ley 194/78; en tanto, la segunda permite lo que la primera prohíbe. Como dice Jünemann, la segunda permite “eliminar por causas legales tan amplias como la salud psíquica de la madre, el mismo ser que antes de su transferencia es protegido en forma absoluta por la ley de reproducción asistida.” Sobre lo anterior, Jünemann, indica que algunos autores sostienen que la supuesta superposición no existe; ya que, ambas normativas reconocen los mismos valores, a saber: “el de la maternidad y del derecho a la vida desde su inicio”, teniéndose que la Ley 194/78 se ocupa de “la fase en que el embrión o feto, se encuentra en el cuerpo materno”. A la vez, se señala que lo que se pretende con la Ley es establecer normas encaminadas a la procreación, no a negarle la posibilidad a ningún embrión el desarrollo. Sin embargo, de acuerdo a Jünemann, el conflicto radica en que las leyes en cuestión protegen bienes jurídicamente distintos. Siendo que la Ley 40/2004 sobre reproducción asistida de Italia, pretende facilitar la reproducción humana cuando no es posible de manera natural. Por tu parte, la Ley 194/78 sobre la interrupción voluntaria del embarazo, “busca no sancionar un acto discrecional de concurrir ciertos acontecimientos que afectan a la mujer.” En resumen, la Ley 40/2004 va dirigida a proteger el embrión y limita la voluntad de la mujer; mientras que la 194/78 protege el bienestar de la mujer sobre la vida del feto. De manera que, ambas leyes vienen a valorar de manera distinta la vida del no nacido y la voluntad de la mujer. Ver: JÜNEMANN, Francisca, Op. cit., pp.311- 312.

²⁷⁸ El artículo señalado dice: “La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ora como individuo, ora en el seno de las formaciones sociales donde aquél desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes inexcusables de solidaridad política, económica y social.”

²⁷⁹ La Ley 40/2004, ha sido cuestionada en relación a su mandato de crear tres embriones como máximo y transferir todos ellos, sin posibilidad de recurrir a la crioconservación (más que excepcionalmente). Se ha

que con esta disposición la ley pretende no obstaculizar la procreación asistida y evitar la destrucción de embriones. Sin embargo, la Sala Constitucional italiana, en el año 2009 en sentencia número 151 se pronunció sobre el inciso 2 del artículo 14, relativo con el tema del número de embriones a crear y transferir, sobre el que ha dicho: “dichiara l’ illegittimità costituzionale dell’art. 14, comma 2, della legge 19 febbraio 2004, n.40 [...] limitatamente alle parole <<ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre>>. Tal que en adelante, se entiende que la ley se flexibiliza, sobre el tema al eliminarse el límite que venía impuesto por ley (3 embriones). La Sala Constitucional italiana, también ha declarado la inconstitucionalidad del inciso 3 del mismo artículo²⁸⁰ (sentencia 151/2009 de 8 de mayo), en el cual se permite excepcionalmente la crio conservación, cuando por razones de fuerza mayor no ha sido posible llevar a cabo la transferencia del embrión al útero de la mujer. Así las cosas la CCI deja abierta la posibilidad a la criopreservación en condiciones tales que no se perjudique la salud de la mujer. En específico lo dicho por la CCI está expresado en los siguientes términos: “dichiara l’ illegittimità costituzionale dell’art. 14, comma 3, della legge n. 40 del 2004, nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come stabilisce tale norma, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna”

dicho, en el sentido de lo arriba indicado, que la ley genera un grave daño a la salud de la mujer (pues ella exige la estimulación ovárica múltiple, en tanto no permite la crio conservación para posteriores transferencias) y, por tanto, no garantiza el fin que se propone, cual es ayudar a resolver los problemas derivados de la infertilidad. Asimismo, se ha señalado que la Ley 40/2004, viola el principio de razonabilidad, en tanto se somete a personas con necesidades médicas distintas a trato médico equivalente (pues la recomendación médica de transferir 3 embriones por ciclo, suele aplicarse a mujeres mayores de 40 años – siendo, en ocasiones, apenas suficiente-, pero no es –aplicable- para más jóvenes. Por otra parte, no todas las mujeres pueden ser valoradas de igual forma en sus padecimientos). Cotarelo, Minasi y Greco, indican que la Ley 40/2004 del 19 de febrero trajo como consecuencia que la población italiana se desplazara a otros países a practicarse las TRHA (turismo reproductivo), ya que con la Ley, los márgenes de éxito en la aplicación de las TRHA bajaron notablemente en relación a los porcentajes de éxito logrados con la técnica antes de su entrada en vigencia. Según los autores la Ley viene a suprimir derechos a la asistencia sanitaria más adecuada a los individuos, a favor de los derechos del embrión. A la vez indican que posterior a la sentencia 151 del TCI, las tasas de embarazo clínico por ciclo iniciado ascendieron de un 20.42 % al 23.49%, siendo aún mayores para mujeres menores de 36 años, que paso del 26.98% al 34.19 %. Cotarelo, Rocío P., Minasi, María G., Greco, Ermanno. Reproducción asistida en Italia: del “salvaje oeste” a la ley de reproducción asistida más restrictiva de Europa. Un país que se adapta al continuo cambio en la legislación. Recuperado de http://www.hvn.es/servicios_asistenciales/ginecologia_y_obstetricia/ficheros/curso2011_reprod_12_reproduccion_asistida_en_italia.pdf, p. 7.

²⁸⁰ El inciso 3 del artículo 14 de la Ley 40/2004 de Italia dice: “Qualora il trasferimento nell’utero degli embrioni non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione è consentita la crioconservazione degli embrioni stessi fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile.”

Es claro que lo dicho sobre los incisos 2 y 3 del artículo 14, implica un cambio sustantivo en el contenido y aplicación de la Ley 40/2004. Los artículos constitucionales valorados para el caso fueron: el artículo 2 (sobre el desarrollo de la personalidad), el artículo 3 (relativo a la dignidad, igualdad y desarrollo de la personalidad), el artículo 13 (sobre la libertad personal) y, el artículo 32 (sobre el derecho a la salud- derecho fundamental en la Constitución de la República italiana-). El artículo 14 incisos 2 y 3 de la Ley 40/2004, según se ha dicho, definían un tratamiento de manera irrestricta. No obstante, el Tribunal Constitucional italiano ha sostenido que, tomando como referencia anteriores pronunciamientos, no corresponde al poder legislativo dar lineamientos con respecto a cómo debe aplicarse un tratamiento médico. Lo anterior lo sostiene la Sala Constitucional, en amparo de aquello que ella misma ha definido como el principio de autonomía de la ciencia médica en lo relativo a los tratamientos aplicables; pues se ha dicho que corresponde a dicha ciencia dictar las pautas en tal sentido, en tanto es preciso considerar la constante evolución que se da en ese campo (sentencia 282/2002). Se estima, por tanto, que es responsabilidad del galeno la determinación de diagnósticos y tratamientos aplicables al paciente; entendiéndose que este último, está en total libertad de aceptar o rechazar su aplicación (mediando, claro está, el consentimiento informado, el cual es fundamental en tales casos).

1.4.OTRAS LEGISLACIONES EUROPEAS

Si bien países como España, Portugal e Italia, en el continente europeo, han legislado en torno a los asuntos relativos con la FIV y las técnicas de fecundación médicamente asistida y sus consecuencias, lo que no es posible decir, es que todos los países europeos han emitido leyes específicas sobre el tema. Ciertamente, se debe dejar en claro que muchas legislaciones abordan las técnicas de fecundación humana asistida de manera colateral, en leyes principalmente dirigidas a la protección del material germinal y genético humano (como es el caso de Alemania), más que sobre las técnicas en sí mismas. Otros países, por el contrario, no han legislado del todo.

Suiza, por ejemplo, en su Constitución, acepta la aplicación de las técnicas de procreación, para dar respuesta a problemas de infertilidad o, también con el fin de evitar la transmisión de enfermedades graves o hereditarias (art. 119). En ese país, las

técnicas en cuestión, no pueden ser utilizadas para la investigación o para predeterminar las características genéticas del niño por nacer. La fecundación extracorpórea es permitida en los términos que especifica la Ley.²⁸¹ Asimismo la Constitución se pronuncia sobre la donación de embriones, la maternidad por sustitución y otros temas relacionados.

Por su parte, Alemania se refiere a las TRHA, en la Ley 745 del 13 de diciembre de 1990 (Ley 745/90) o “*Ley alemana de protección del embrión*”. No obstante, dicha Ley tiene como interés fundamental la protección del embrión, más que la mera regulación de las técnicas de procreación medicamente asistida, pronunciándose únicamente en relación con ciertos parámetros de licitud relacionadas con ellas, ya que, la naturaleza de la ley es fundamentalmente sancionatoria. La Ley 745/90, se aplica como régimen legal de protección del embrión, allí donde no es aplicable la normativa relativa al aborto. Ello implica una concepción gradual de protección.

La mencionada Ley, en su artículo 8, define aquello que se entiende por embrión y, sobre el particular, dice:

“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 se reúnen las otras condiciones necesarias y desarrollarse hasta formar un individuo.”

Y sigue diciendo la Ley:

“El óvulo humano fecundado se entiende susceptible de desarrollo en el curso de las primeras 24 horas siguientes a la fusión de los núcleos celulares, a menos que se hubiera constatado, antes del transcurso de este

²⁸¹ Constitución Federal de la Confederación Suiza del 18 de abril de 1999. Recuperada de http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=179792.

periodo, la imposibilidad para el óvulo fecundado de desarrollarse más allá del estadio unicelular” (art 8)²⁸².

Llama la atención, en la anterior definición, el uso de la frase “susceptible de desarrollo”, ya que, en consideración a lo definido por embrión, es posible deslindar de lo dicho, que no todo óvulo fecundado es considerado embrión; sino que lo será solo aquel que muestre la posibilidad de continuar su desarrollo. Asimismo, la Ley no limita el concepto embrión, al resultante de la fecundación; antes bien, es importante indicar que igualmente es considerado embrión toda célula totipotente²⁸³ en condiciones de dar origen a un nuevo individuo.

Desde la anterior perspectiva, la Ley alemana 745/90 (art. 1 inciso 1), establece que la fecundación extracorpórea responde exclusivamente a un fin específico cual es “iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo”, por tanto, la fecundación extracorpórea (por FIV o GIFT) es posible, siempre y cuando, con ella se persiga la procreación y, el óvulo fecundado sea estrictamente transferido a la mujer que lo aporta, quedando así definida la prohibición para la maternidad subrogada y la donación de óvulos.

La introducción artificial de un espermatozoide al óvulo, está prohibida si el fin perseguido difiere de la procreación (se admite así el uso de la técnica ICSI)²⁸⁴.

La Ley también prohíbe sustraer el embrión del vientre de una mujer para ser depositado en otra. Violar cualquiera de los supuestos previstos, implica sanción penal para el profesional que lo facilita. No obstante, la Ley libera de sanción a la mujer que

²⁸²Congreso de la República de Colombia. Programa de Fortalecimiento Legislativo. Oficina de Asistencia Técnica Legislativa. *Estudio de Antecedentes. Técnicas de Procreación Humana Asistida*. Marín Valenzuela, Angélica. Solicitado: Comisión Séptima de la Cámara de Representantes. Colombia, 2004. Recuperado de http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_informacion/biblioteca/Documentos%20compartidos/TAFIV/Colombia/Legislaci%C3%B3n%20Colombia.pdf p. 113.

²⁸³Se denomina células totipotentes a las primeras células producto de la mitosis (después de la concepción y dentro de los primeros 4 días). Estas tienen la posibilidad de diferenciarse en todo tipo de células (dando origen a células, tejidos, órganos) incluso embriones (de naturaleza asexual). A medida que se diferencian, se pierde tal capacidad y se convierten en células pluripotenciales (dando solo lugar a cierto tipo de células), las que son incapaces de generar órganos funcionales (embriones). SILVERTHORN, Dee Unglaub. *Fisiología Humana: un enfoque integrado*. (4ta ed.). Buenos Aires: Médica Panamericana, 2009, pp. 81-82.

²⁸⁴ Debemos entender que la Ley 745/1990, define así las técnicas permitidas. Esta Ley es curiosa en el sentido, que más que regular es prohibitiva; tal que de las conductas prohibidas se deducen las permitidas.

aporta el óvulo o de quien proviene el embrión e, igualmente, a su receptora o a quienes pretendan hacerse cargo del niño al nacer (art 1. Inciso 3). Ley alemana no prevé especiales eventualidades que puedan suscitarse, entre el momento en que se produce la concepción extracorpórea y su transferencia.

El número máximo de embriones a producir y transferir²⁸⁵ por ciclo reproductivo en la legislación alemana es tres. Lo anterior lleva a suponer, que la criopreservación no estaría permitida (por tanto la donación de embriones tampoco estaría contemplada).

La Ley alemana no se pronuncia especialmente en relación con quienes tienen acceso al uso de las técnicas de fecundación asistida.

Con el propósito de evitar el uso abusivo del embrión, la Ley alemana en su artículo 2, prohíbe el desarrollo embrionario para otro fin que no sea lograr un embarazo y en sentido semejante, prohíbe extraer el embrión del vientre de la mujer antes de su anidación en el útero, asimismo prohíbe enajenar, ceder, adquirir o utilizar un embrión concebido extracorpóreamente para fin distinto de producir a la procreación.

La manipulación del material genético solo será posible si es para beneficio del embrión, feto o ser humano o si con ello se persiguen fines terapéuticos (art.5).

Asimismo, la Ley prohíbe la selección del sexo haciendo uso de las TRHA y, solo será permitida si la selección es efectuada por un médico, con el fin único de evitar una enfermedad grave o hereditaria ligada al sexo (art.3). Queda además, prohibida por la Ley, toda práctica que conduzca a crear quimeras o híbridos, así como transferir un embrión humano a un animal (art. 7). Igualmente se prohíbe la clonación humana (art. 6).

La Ley también se pronuncia sobre temas como la fecundación post mortem, la práctica de las TRHA sin autorización y algunos otros a los cuales no nos referiremos aquí.

²⁸⁵ La Ley alemana, no establece opciones respecto del número de embriones a transferir, de manera que los óvulos a fecundar siempre se encontrarán limitados por ese número, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1 inciso 1 de la ley, apartados 2, 4, 5.

Por último, no está por demás decir que la Ley 745/90, es ante todo sancionatoria y los parámetros de licitud suelen estar establecidos como excepciones. Sin embargo, es importante indicar dos aspectos interesantes: 1) en su artículo 5 utiliza los conceptos, gametos, embrión, feto y ser humano, lo cual supone distinciones entre dichos conceptos, aún cuando todos ellos pertenezcan a una continuidad biológica. 2) Las sanciones contempladas en la Ley varían entre un año, tres y cinco años. Las sanciones mayores impuestas por la Ley se relacionan con la modificación de células sexuales durante el curso de la gametogénesis, la clonación y la creación de quimeras e híbridos. Todas ellas prácticas asociadas a la manipulación del patrimonio biológico. Alemania se caracteriza por tener una legislación especialmente protectora del embrión.

Francia, al igual que Alemania, no crea una ley específica para regular las técnicas de procreación asistida. Francia particularmente genera una serie de leyes que introducen una serie de reformas al Código Civil, al Código Penal, Código Procesal Penal y al de Salud Pública. La legislación que aborda el tema, por lo general, tiene como interés prioritario salvaguardar todo lo relativo a la manipulación del cuerpo y el material genético humano y su protección, dedicando por lo usual en ellas un segmento destinado a lo relativo a la procreación médicamente asistida. Es en este sentido, Francia da lugar a la Ley N° 94/653²⁸⁶ del 29 de julio de 1994 (Ley 94/653), sobre el respeto al cuerpo humano. Ley que cita por vez primera los términos “*embrión*” y “*embrión humano*”, aún cuando no los define. Así como también a la Ley 2004/800 de 8 de agosto de 2004 y la Ley 2011/814 de 7 de julio de 2011, que abordan temas sobre bioética. Siendo que la última ley citada, retoma algunos aspectos abordados por la Ley 2004/800 e introduce otros.

La Ley 94/653, tiene por fin, modificar algunos artículos, del Código Civil y Penal francés. En la reforma al Código Civil, se introduce una amplia modificación al artículo 16, tal que asegura la primacía de la persona, protege su dignidad y “garantiza el respeto del ser humano desde el inicio de su vida”. Sin embargo, no establece el momento a partir del cual da inicio la vida. La Ley, es enfática al indicar en el inciso 1 de artículo citado, que “el cuerpo humano es inviolable” y, por tanto, no puede atentarse

²⁸⁶ Es adoptada por La Asamblea Nacional y el Senado, vista la decisión del Consejo Constitucional N° 94-343/344 DC de fecha 27 de julio de 1994.

contra este, salvo una necesidad terapéutica relacionada con la persona, previo consentimiento de esta (art.16.1 y 6.3). Yendo aún más lejos, establece la imposibilidad de atentar contra la especie humana; prescribiendo toda práctica eugenésica, que tienda a seleccionar a las personas; a excepción de las investigaciones orientadas a la prevención y tratamiento de las enfermedades genéticas; siempre que con ello no se pretenda modificar la descendencia de la persona. Algunos de los aspectos de la Ley 94/653 son retomados por la Ley 2004/800.

La legislación francesa (94/653) se pronuncia sobre temas como: la maternidad subrogada, la donación de gametos y embriones, sobre la inviolabilidad de la información de donantes y receptores, temas de filiación y la prohibición de comercializar con embriones. La norma sanciona conductas dirigidas a: 1) obtener embriones o gametos sin respetar la normativa existente, 2) realizar la fecundación in vitro para otros propósitos que no sea la reproducción (sino con fines industriales o comerciales, investigación o experimentación), 3) o para estudios en contravención de la normativa existente.

La Ley a 94/653 autoriza el uso del diagnóstico prenatal y el diagnóstico preimplantacional, siempre que se cumpla con las disposiciones que exige la normativa. La Ley 2004/800 y posteriormente la Ley 2011/814, sobre bioética, también autorizan el uso de los diagnósticos médicos previamente mencionados con leves diferencias en su redacción. Esta última ley distingue entre embrión, feto y recién nacido (aun cuando no los define).

La Ley 2004/800 primero y, posteriormente, la Ley 2011/814 establecen algunos lineamientos específicos sobre las técnicas de procreación asistida²⁸⁷ y se hace referencia a la donación de gametos y embriones. También se hace referencia a la criopreservación, que también se autoriza para gametos (esperma y óvulos) y embriones.

²⁸⁷ Como: la preparación del esperma para reproducción asistida, la fertilización in vitro sin micro manipulación, la fertilización in vitro con micro manipulación, congelación de gametos, congelar tejido germinal, cigotos y embriones, la maduración in vitro de ovocitos.

Es preciso indicar que el artículo 33 de la Ley 2011/814 viene a reformar el artículo L.2141-11 del Código de Salud Pública francés. El nuevo artículo indica que la procreación médicamente asistida está destinada, por una parte, a remediar la infertilidad en la pareja sexual y, por otro, a evitar la transmisión de una enfermedad genética particularmente grave a la descendencia. La infertilidad, en la nueva ley, es vista como una patología que debe ser médicamente diagnosticada.

El acceso a las técnicas de procreación asistida, en la Ley 2011/814, está previsto para matrimonios o “socios vinculados por un pacto civil de solidaridad”. Esta Ley igualmente prohíbe la investigación con embriones, aunque establece algunas excepciones valoradas por la ley y, en general, asociadas a beneficios científicos. Asimismo, se prohíbe la creación de embriones transgénicos o quiméricos.

La jurisprudencia y normativa francesa reconoce la existencia de regímenes jurídicos distintos, aplicables a la protección del embrión, el feto y el niño ya nacido. Tal que la Ley 94/653 será aplicada a todo lo que verse sobre el embrión, aspectos ampliados y reafirmados por la Ley 2011/814 y Ley 2004/800. Por otra parte, la Ley de 75/17 de enero de 1975, aplica a todo lo relativo a la interrupción voluntaria del embarazo y a delitos cometidos en relación con la mujer en gestación. Finalmente, el Código Penal vendría a dar la protección penal relativa al niño o persona nacida en general.

De acuerdo con la jurisprudencia francesa, la normativa aplicable en cada caso, no es contraria a la normativa internacional sobre la protección legal de la vida, como lo es: el artículo 2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales²⁸⁸ (Convenio Europeo de Derechos Humanos, Convenio Europeo, CEDH ó Convenio), el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁸⁹, o el artículo 6 del Convenio sobre los Derechos del Niño (firmado en Nueva York el 26 de enero de 1990), con respecto de este último convenio Francia ha sostenido, que al ser firmado se formuló que este no podría interpretarse de manera tal que obstaculizara la aplicación de la legislación francesa sobre el aborto (en feto de

²⁸⁸ El artículo 2 del Convenio Europeo, en lo que interesa dice: “El derecho de toda persona a la vida está protegido por ley [...]”

²⁸⁹ En lo que interesa dice: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.”

menos de diez semanas). Finalmente, es interesante, encontrar que la protección debida al embrión en la legislación francesa, se relaciona con la normativa relativa al cuerpo humano o la bioética.

Austria se pronuncia sobre la fecundación in vitro, en la Ley que sobre procreación artificial que existe en ese país; su normativa guarda gran semejanza con la legislación alemana.

Inglaterra, posee normativa relativa con la Fecundación In Vitro, permite el diagnóstico preimplantacional, la selección de embriones y la clonación terapéutica. Acepta la donación de embriones y gametos. Este país al igual que España abre la posibilidad del tratamiento a mujeres solas.

Como reflexión última se debe decir que en relación con las TRA, no todos los países europeos han legislado y aquellos que lo hacen, suelen diferir en su enfoque. Entre los que legislan, algunas de ellos muestran especial preocupación por proteger los derechos de los involucrados, regulando así todo lo relativo a donadores y donaciones (allí donde está permitido), a la prestación de los servicios médicos, a los usuarios de la TRA y a los asuntos de filiación que puedan devenir del uso de la técnicas. Otros, en cambio su principal preocupación se centra en la protección del embrión y el patrimonio genético en general.

Todos los países citados y en general los países europeos, admiten la procreación medicamente asistida (al menos 50% de las intervenciones mundiales se llevan a cabo en ese continente²⁹⁰) y en su mayoría parten de una percepción de las TRA desde el enfoque a la salud reproductiva y el libre ejercicio de la procreación.

También, es importante decir que, los países en estudio se encaminan a brindar protección al embrión, aún cuando el grado de resguardo brindado varíe de un país a otro. Asimismo, se muestra interés por legislar con el fin de limitar ciertos ámbitos de la actividad científica, relacionados con la intervención humana sobre el patrimonio genético-estructural de nuestra especie, siendo que las sanciones más severas y las

²⁹⁰ Este dato de aportado por ZEGERS, F, Op. cit.

prohibiciones más contundentes están esencialmente relacionadas con este campo de acción.

1.5. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y TEMAS AFINES

No es posible referirse al continente europeo y dejar de lado los pronunciamientos que en el ámbito del derecho internacional, ha realizado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁹¹ (TEDH), en lo relativo a las TRHA o temas afines a ella.

Pronunciamientos que versan sobre asuntos tales como lo son: el derecho a la vida privada y familiar, el derecho a procrear y concebir un hijo biológico haciendo uso de las TRHA en general y Fecundación In Vitro, en particular. Así como también, aquellos que discurren sobre el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida o la protección debida al niño por nacer. Temas que son abordados, según el caso, a la luz de los artículos 2, 8 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH o Convenio).

En el análisis de los aspectos enumerados, el TEDH sostiene que el Convenio, es un instrumento vivo que debe ser interpretado según las condiciones actuales (Caso “S.H. y otros contra Austria” [TEDH 2010\56] y, Caso “Vo contra Francia” [TEDH 2004\52]).

Desde tal perspectiva, el TEDH, sostiene que el uso de las técnicas de procreación médicamente asistida, “entra dentro del ámbito de protección del artículo 8 del Convenio, ya que, esta elección es, claramente, expresión de la vida privada y familiar” (TEDH 2010\56, apartado 60).

²⁹¹ Conocido también, como Tribunal de Estrasburgo o Corte Europea de Derechos Humanos. Este tribunal comenzó a funcionar el 1 de noviembre de 1998, al entrar en vigor el Protocolo 11 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. Este Tribunal es competente en asuntos relativos a la interpretación y aplicación de mencionado Convenio (CEDH) y sus protocolos. El TEDH, es un tribunal internacional, frente al cual los ciudadanos (grupos privados u organizaciones no gubernamentales) de los países miembros del Consejo de Europa, pueden accionar a fin de solicitar el restablecimiento de los derechos reconocidos en el CEDH y sus protocolos (previo agotamiento de recursos judiciales). Los países parte se comprometen a ejecutar y acatar las sentencias del TEDH (a excepción de Bielorrusia y Kazajistán).

El artículo 8 del Convenio Europeo, en lo que interesa, dice:

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar [...].

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

El TEDH en sentencia del caso “*Tysiac contra Polonia*” (TEDH2007\20), sostiene que el artículo 8 tiene por objeto proteger al individuo contra toda injerencia arbitraria del poder público. Por tanto, toda incidencia sobre el derecho enunciado en el artículo 8, inciso 1 del CEDH, debe estar prevista por Ley y responder al menos a uno de los objetivos previstos en el apartado 2.

Asimismo, el TEDH, en sentencia “*S.H. y otros c. Austria*” (TEDH 2010\56), reitera que la noción “vida privada”²⁹² contenida en el artículo 8 del CEDH, es un concepto amplio, dentro del que se inscriben, entre otros aspectos²⁹³, el derecho de autodeterminación y el derecho a decidir tener o no un hijo²⁹⁴. En otras palabras, el TEDH asienta el derecho a procrear y planificar la familia, en el artículo 8 del Convenio Europeo, que como se ha podido determinar, versa sobre el “derecho a la vida privada y familiar”.

²⁹² En sentencia *Tysiac contra Polonia*, apartado 107 (TEDH 2007\20) se sostiene que la noción de vida privada engloba aspectos como: la identidad física y social, el derecho al desarrollo personal y el derecho a establecer y mantener relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior.

²⁹³ Además, se citan: “el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos”, “elementos tales como los nombres”, la “identificación de género, orientación y vida sexual”.

²⁹⁴ Este punto de vista, ha sido sostenido en Sentencia “*Evans c. Reino Unido*” (TEDH 2006\19).

En relación con la procreación, ciertamente, para el TEDH, la reproducción humana natural y la reproducción asistida, son consideradas expresión de la vida privada y familiar. Ello es evidente, en el caso “*Dickson contra el Reino Unido*”, con respecto del cual este Tribunal estimó que era aplicable el artículo 8 del Convenio Europeo. El TEDH, sostiene que para el caso, lo debatido en él, atañe a la vida privada y familiar. Asimismo, valora que se debe respeto a quienes deciden convertirse en padres genéticos (a saber: los demandantes, un prisionero y su esposa), recurriendo al uso de una de las TRHA cuando no es posible en su forma natural²⁹⁵, para el caso en cuestión, la inseminación artificial (TEDH 2007\86).

No obstante, el TEDH admite que, entre los diferentes Estados Firmantes del CEDH, no existe un enfoque uniforme en lo que concierne a la reproducción humana asistida. La reproducción humana asistida, dirá el TEDH, se encuentra “regulada en detalle en algunos países, en cierta medida en otros y en otros países no hay regulación alguna” (TEDH 2010\56).

En consideración a lo supra expuesto, el TEDH, concede que corresponde a los Estados decidir si intervienen o no en tales asuntos (si regulan o no las TRHA). Aquellos que lo hagan, deben contar con un amplio margen de apreciación, para sopesar intereses privados y públicos. Esto, sin embargo, no implica que la solución adoptada por el poder legislativo de tales Estados, se considere siempre aceptable, tal que no pueda ser abordada por el TEDH. En especial, si se considera que los argumentos aludidos por los Estados firmantes del CEDH, no son relevantes y suficientes, a la luz del artículo 14 de dicho Convenio; el cual está dirigido a prohibir la discriminación, en los siguientes términos:

“El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.”

El mencionado artículo, de acuerdo con el TEDH, no es aplicable de manera independiente, sino en relación con el “disfrute de derechos y libertades” salvaguardados por el Convenio Europeo y sus protocolos (TEDH 2010\56). Así las cosas, la violación del artículo 14 no necesariamente presupone contravenir un derecho sustantivo protegido por el Convenio. Antes bien, para el efecto, basta entrar en el ámbito de uno o más de los artículos del Convenio. De manera tal que, la violación se puede producir ante una falta objetiva y razonable de justificación en la diferenciación de trato en el goce de un derecho. La diferencia a la que aludan los Estados Parte, siempre debe corresponder a un objetivo legítimo y justificable, razonable y objetivamente. De no ser así, el fin no se considera legítimo, dado que no existe una moderada proporcionalidad entre los medios y el fin perseguido, produciéndose así una situación discriminatoria. Esto se dice, a pesar de aceptar, que los Estados Parte cuentan con cierto grado de discrecionalidad, según las circunstancias y el contexto que conduzca a justificar diferencias de trato para situaciones similares.

El TEDH en aplicación del artículo 14 del Convenio, en el caso “*S.H. y otros contra Austria*” (TEDH 2010\56), estima que las consideraciones de carácter moral y de aceptación social, aludidas por el Estado Austriaco, conducentes a no permitir legalmente el uso de las técnicas de procreación asistida de naturaleza heteróloga, no constituyen “por sí mismas razones suficientes para una prohibición absoluta de una técnica de procreación artificial determinada”

El Estado austriaco, citaba entre otras razones para prohibir el uso de técnicas heterólogas de reproducción asistida, las siguientes: 1) que las técnicas puedan ser utilizadas con fines y propósitos diferentes a los terapéuticos, por ejemplo, para la selección de niños; 2) que las técnicas en cuestión permitieran la explotación y humillación de las mujeres (en especial las de bajos recursos) que podrían ser presionadas a donar; 3) evitar la intervención médica asociada a la donación de óvulos, la cual es “seria y llena de riesgos” para la donadora y con no pocas repercusiones para esta; 4) que la FIV con donación de óvulos plantea “relaciones inusuales en las que las circunstancias sociales se desviaban de las biológicas”, produciéndose, la división de la maternidad entre la madre genética y la gestante. Tal que, se pueden generar conflictos en la determinación de dicha circunstancia, con respecto a un mismo niño; y, por

último, 5) se refería a la protección del niño concebido con el uso de las técnicas de procreación asistida, en especial a su derecho de conocer su ascendente real.

El TEDH, al evaluar los argumentos sostenidos por el Gobierno austriaco, concluye que se ha dado una violación del artículo 14 del Convenio tomado en combinación con el artículo 8, por considerar que los puntos expuestos por Austria no son justificados, razonables, ni suficientes.

El TEDH, en su análisis, sostiene que si bien no existe obligación por parte de un Estado para establecer una legislación destinada a permitir la procreación artificial, ello no implica la no existencia del derecho a procrear haciendo uso de las TRHA (según se interpreta el artículo 8 del CEDH). No obstante, TEDH estima que, adoptada la decisión de legislar, la normativa resultante debe ser coherente, tal que tome en cuenta los intereses legítimos involucrados de forma adecuada y conforme a las obligaciones que deriven del Convenio Europeo.

Así las cosas, el TEDH desvirtúa lo argumentado por el Gobierno austriaco. El TEDH, si bien acepta que las técnicas de procreación médicamente asistida, involucran riesgos y, estima que, en definitiva, los Estados deben evaluar, sopesar y determinar la forma de hacerles frente. Asimismo, considera que la “prohibición completa de la técnica médica” a saber la donación de óvulos, solo tiene sentido si, tras una cuidadosa reflexión, ese es “el único medio para prevenir de forma eficaz las serias repercusiones”. No obstante el Tribunal, no considera que tal sea el caso en cuestión, sobre todo si se parte de que el uso de las TRHA (en la Ley austriaca), se reserva a especialistas en medicina reproductiva, quienes siempre se encuentran vinculados profesionalmente a normas éticas. El TEDH, sostiene que prohibir la donación de óvulos y espermatozoides para la FIV, no puede ser considerada la única medida o la menos invasiva, para alcanzar el fin propuesto. Estima que el potencial de abuso (que es posible predicar de la procreación asistida en general),²⁹⁶ no es razón suficiente para prohibir una técnica específica en su totalidad. Sobre todo si existe la posibilidad de regular su uso y establecer salvaguardias en contra del abuso.

²⁹⁶ La selección de características genéticas, por ejemplo, no se relaciona exclusivamente con la donación de gametos. Aspectos como estos, es sobre los que quiere llamar la atención el TEDH.

Los argumentos que pretenden proteger a las posibles donadoras de óvulos, de la explotación y los riesgos innecesarios a la salud que implican la donación, tampoco serían de recibo para el TEDH. Lo anterior dado que, en primer lugar, Austria prohíbe remunerar la donación de óvulos, lo cual viene a cubrir el posible riesgo de explotación de mujeres en ese sentido; y, en segundo lugar, la ley existente, autoriza la fecundación homóloga in vitro, lo cual supone que, los mismos riesgos aceptados para la mujer en el caso citado, equivalen a los que puede enfrentar la donante de óvulos. Por tanto, se puede decir que, a la luz del TEDH, en seguimiento de lo dicho, el argumento para prohibir la donación de óvulos propuesto por el Gobierno austriaco, pierde coherencia y proporción.

Por otra parte, el Tribunal europeo afirma la importancia que tiene, en lo posible, que la procreación asistida tenga lugar en forma similar a la procreación natural (a saber: que la madre gestante coincida con la genética e igual para el padre). No obstante, ello no quita que “las relaciones familiares, inusuales, en su más amplio sentido, son bien conocidas en los ordenes legales de los Estados Contratantes”. Las relaciones de familia, ajenas al “patrón típico paterno filial basado en un vínculo biológico directo”, no son novedosas. El instituto jurídico de la adopción, es un buen ejemplo de ello. Tal instituto jurídico genera relaciones familiares de un orden diferente al biológico y, responde a un contrato. Así las cosas, el TEDH “concluiría que no hay obstáculos insoslayables para establecer relaciones familiares que surgieran de un uso con éxito de las técnicas de procreación artificial”, que siempre serían posibles en un marco normativo atinente a temas de familia o relacionados a este. En resumen, el uso de las técnicas de la reproducción asistida de naturaleza heteróloga son percibidas como una opción perfectamente viable, para superar problemas de procreación.²⁹⁷

Siempre en relación con las técnicas heterólogas de reproducción, el TEDH, sostiene que el derecho que ampara a los niños a conocer su ascendencia real, no es un derecho absoluto. Sobre el particular, el Tribunal europeo ya se había pronunciado, en el caso *Odievre contra Francia* (TEDH 2003\8). En su oportunidad, el TEDH señala que es posible lograr el equilibrio requerido entre, el interés de donante de permanecer

²⁹⁷ Es importante señalar que el TEDH, en todo su análisis del caso “*S.H. y otros contra Austria*”, no se aleja de aquella visión que concibe a las técnicas de procreación asistida, como medio terapéutico para los problemas que se suscitan al procrear.

anónimo y el interés legítimo de quien nace con asistencia de las técnicas heterólogas de Fecundación In Vitro, a fin de obtener información de aquellos que han aportado parte de su carga genética. Por tanto, en este sentido se estima que para el Caso S.H y otros contra Austria (TEDH 2010\56), también se da la violación del artículo 14 del Convenio europeo. Se produce la violación, en el tanto las razones alegadas por el Gobierno austriaco para permitir la fecundación in vivo (inseminación artificial) con aporte de esperma por parte de un tercero; pero no, la Fecundación In Vitro con donación de esperma, no son convincentes para su prohibición. Para el caso, los efectos legales de ambas técnicas, serían los mismos; lo que cambia, evidentemente, es el medio. La inseminación artificial es una técnica de reproducción asistida de naturaleza intracorporea y más sencilla; la fecundación in vitro es extracorpórea y de mayor complejidad.

El TEDH en el caso “*S.H y otros contra Austria*” (TEDH 2010\56), recuerda a los involucrados que el CEDH “pretende garantizar derechos que no son teóricos o ilusorios, sino derechos prácticos y efectivos.”²⁹⁸ De modo que, para el caso, deben considerarse los intereses privados que se encuentran involucrados. Pues, si bien, el Estado cuenta con un amplio margen de apreciación, esto puede variar según la naturaleza e importancia del interés debatido. El TEDH reitera que “allí donde se encuentre en juego una faceta particularmente importante de la existencia de un individuo, el margen que se concede al Estado debe restringirse”. De acuerdo con el Tribunal, tal es lo que aplica cuando media el deseo de tener un hijo; por tanto, para el caso en cuestión, estima que prohibir la práctica de técnicas heterólogas, carece de una “razonable relación de proporcionalidad” entre los medios y el objetivo perseguido.

Por último, con ocasión del artículo 2 del Convenio, sobre el derecho a la vida, el TEDH se refiere a este derecho en su Sentencia de “*Vo contra Francia*” (2004\52), que versa sobre el ataque involuntario que lleva a cabo un médico sobre una mujer en gestación²⁹⁹, debido al cual esta, posteriormente, debe ser sometida a un aborto terapéutico de un producto que en principio, era saludable. También se pronuncia sobre el mencionado artículo en Sentencia emitida en el Caso Evans contra el Reino Unido

²⁹⁸ En términos equivalentes el TEDH ya se pronuncio en la Sentencia “*Tysiac contra Polonia*” (TEDH 2007\20, apart. 113)

²⁹⁹ La cuestión en litigio, gira en torno a si el feto entre 20 y 21 semanas puede ser considerado persona, en el sentido del artículo 221-6 del Código Penal Francés, sobre el homicidio involuntario.

(TEDH 2006\19). Sentencia relativa a la destrucción de embriones ordenada por la legislación ante la imposibilidad de llevar a cabo la transferencia de embriones al útero de la mujer, cuando la otra parte ha revocado su consentimiento. Sobre tales precedentes las demandantes de los dos casos citados alegan la violación del artículo 2 del Convenio; que, en lo que interesa, dice:

“1.El derecho de toda persona a la vida está protegido por ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionalmente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por un Tribunal al reo de un delito para el que la Ley establece esa pena.
2. La muerte no se considerará infligida con infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que es absolutamente necesario: a) en defensa de una persona contra una agresión ilegítima; b) Para detener a una persona conforme a Derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente; c) para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección”

El TEDH, en su análisis, de los casos sostiene que el CEDH, en su artículo 2, no hace referencia a ningún parámetro temporal que determine el momento a partir del cual la vida merece protección; así como tampoco, define quién es “persona”, ni hace referencia a quienes ostentan la titularidad del derecho a la vida. El TEDH sostiene que sobre el tema en particular, se ha dado un amplio margen a los Estados. No obstante, el TEDH, continúa manteniendo que dicho margen de apreciación tampoco es de naturaleza ilimitada, pues los Estados siempre deberán sopesar los intereses en colisión (Caso A, B y C contra Irlanda, TEDH 25579\05), para el caso los derechos de la madre y los que le puedan ser atribuidos a la vida intrauterina o no nato.

A la luz del artículo 2 y en relación con el caso “Vo contra Francia”, surge la pregunta de si el embrión humano es o no titular del derecho a la vida en los términos propuestos por el mencionado artículo. Sobre el particular, el TEDH, acepta que no

existe consenso sobre “la definición científica y jurídica de los inicios de la vida”³⁰⁰ o, sobre lo relativo al estatuto jurídico del embrión y/o feto o a partir de cuándo se puede hablar de “personalidad” humana.³⁰¹

El TEDH, estima que, por lo usual, ni siquiera se define³⁰² qué es el embrión. No obstante, se considera que este, no se encuentra desprovisto de protección, en lo referente a los progresos científicos, la investigación científica, las posibles consecuencias de la manipulación genética o en lo relativo a la procreación médicamente asistida. Aprecia el TEDH que, en el marco de los Estados contratantes, el denominador común en relación con el embrión, en la pertenencia a la especie humana, “es la potencialidad de este ser y su capacidad para convertirse en una persona, que está protegida por el Derecho civil en buen número de Estados como Francia en materia de sucesión o de donaciones y también en el Reino Unido [...], las que deben ser protegidas en nombre de la dignidad humana sin por ello hacer de él una <<persona>> que tendría el <<derecho a la vida>> en el sentido del artículo 2”.

Asimismo, señala el TEDH, que el “Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la Medicina” (Convenio de Oviedo sobre Derechos Humanos y Biomedicina)³⁰³ y, su

³⁰⁰ No obstante, se hace referencia a “dos grandes concepciones del estatuto moral del embrión” y de la protección jurídica que le beneficia, a saber: aquella, para la que el embrión no es un ser humano, y no tiene protección ilimitada y; la que considera que el embrión goza de estatuto equivalente a todo ser humano y por tanto de amplia protección. Los diferentes países y sus leyes, cuando las poseen, recurren a concepciones distintas del embrión o carecen del todo de ellas (Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Holanda, Portugal y Suecia, no cuentan con una definición jurídica del embrión. Mientras que países que si lo definen, esta varía de y país a otro, como es el caso de: Alemania, Austria, España y el Reino Unido) [TEDH 2004\52].

³⁰¹ Esta posición también fue sostenida por la entonces existente Comisión Europea, en el caso Paton contra el Reino Unido (de 13 de mayo de 1980), en la que se discute la decisión de abortar de una mujer por parte del varón responsable del embarazo y su derecho a pronunciarse sobre el evento, a la vez que alegaba la violación del artículo 2 del CEDH en relación al no nacido. La Comisión Europea, en su momento, declaró inadmisibles los recursos. Se consideró que de las tres posibles opciones a tomar en cuenta respecto al no nacido, a saber: 1) que el no nacido no se encuentra cubierto por el artículo 2 del CEDH, 2) que su derecho se encuentra sometido a limitaciones o 3) que su derecho es absoluto; la última posibilidad fue la única descartada, porque se interpretó que aceptar este enfoque lleva a suponer que el valor de la vida del no nacido es superior al de la madre y, por tanto, que todo tipo de aborto y bajo toda circunstancia sería imposible (incluso el terapéutico). Se interpreta que la vida del feto y la madre se encuentran íntimamente ligadas, por ende la vida del primero no puede considerarse aisladamente.

³⁰² Sobre el particular se dirá “en el estado actual de los conocimientos no se sabe con precisión en qué momento el cigoto pasa a ser embrión y el embrión feto, siendo el único hecho indiscutible el arranque del proceso de la vida en el momento de la fecundación” (TEDH 2004\52), apartado 19.

³⁰³ El “Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano en relación con las aplicaciones de la medicina” o también conocido como “Convenio de Oviedo sobre los Derechos

protocolo adicional sobre la clonación (de 12 de enero de 1998), tampoco definen, aquello que se entiende por persona o ser humano. A causa de ello, los diferentes Estados, optan por dejar al derecho interno la tarea de precisarlo. Desde la perspectiva descrita, el TEDH no considera deseable, ni posible establecer en abstracto si un niño por nacer es o no persona. Más bien estima que la tarea, de ese TEDH, se limita a dilucidar si el Estado (para el caso Francia), ofrece algún tipo de protección, sin cuestionar el nivel de protección ofrecido por este.

Así las cosas, de acuerdo con el TEDH, la obligación debida por el Estado, en relación con el artículo 2 de Convenio consiste en:

- 1) “abstenerse de dar la muerte <<intencionalmente>>”
y
 - 2) “tomar medidas necesarias para la protección de la vida de las personas dependientes de su jurisdicción”.
- En otras palabras debe dar protección legal al derecho.³⁰⁴ (Párrafo 88, TEDH 2004/52).

Por tanto, en lo referente al Caso Vo contra Francia, se entiende que cumplidas las citadas obligaciones, por el Estado francés; el TEDH concluye que, para el caso en cuestión, no se ha dado la violación de artículo 2 del CEDH.

Francia, argumentó que el feto no es considerado persona humana, en el sentido del artículo 221-6 del Código Penal Francés, relativo al homicidio involuntario. Asimismo, la jurisprudencia francesa estableció que, de acuerdo con el estado actual de los conocimientos, la viabilidad del feto se ubica en los seis meses de gestación, tal que un feto de 20 a 21 semanas, no entra en tal categoría. No obstante, la legislación francesa, da protección especial al no nacido, a través de la normativa relativa al aborto y la ley civil (sucesiones y donaciones) y garantiza respeto al ser humano y prohíbe todo atentado contra la dignidad, desde el comienzo de su vida (en Ley 94/653 de 29 de julio

Humanos y Biomedicina”, fue abierto a la firma el 4 de abril de 1997 en Oviedo y rige desde el 1 de diciembre de 1999.

³⁰⁴ Esto también se puede predicar del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño (firmado en Nueva York el 26 de enero de 1990). En ambos se sostiene que el derecho a la vida debe ser protegido por ley.

de 1994 referente al respeto al cuerpo humano y artículo 16 Código Civil). Además, el Estado francés, asegura que la normativa existente, no es incompatible con el artículo 2 del Convenio europeo.

Contrariamente a Francia y, en lo que cabe, dentro del ámbito de discrecionalidad otorgada a los Estados, la legislación británica, “no reconoce al embrión la calidad de sujeto de derecho autónomo ni le autoriza a prevalerse- por persona interpuesta- del derecho a la vida garantizado por el artículo 2 del Convenio Europeo”, por ende para el Caso Evans contra el Reino Unido, igualmente, se tiene por no violado el artículo del Convenio (TEDH 2006\19). Los argumentos generales aplicables son en principio de igual naturaleza a los invocados en el caso Vo contra Francia.

2. MARCO LATINOAMERICANO: ARGENTINA, COLOMBIA, CHILE Y ALGUNOS OTROS PAÍSES LATINOAMERICANOS

El abordaje jurídico relativo a las TRHA, en los países latinoamericanos, presenta diferencias con respecto a los países europeos citados que han optado por legislar de manera expresa sobre las TRHA o, en relación con temas paralelos de especial interés, relacionados con ellas (como el genoma humano, la clonación y otros temas afines); asegurando la aplicación de las técnicas, tanto en el ámbito privado como en el público.

En Latinoamérica las técnicas de fecundación asistida como método de procreación y respuesta a problemas derivados de la esterilidad e infertilidad humana, cuenta con muchos años de desarrollo y práctica. En especial, en el ámbito privado.

Los países latinoamericanos, mayoritariamente, no cuentan con una normativa expresa sobre la reproducción asistida, equivalente a la que poseen algunos países europeos; sin embargo, no por ello puede decirse que todos ellos carecen de lineamientos normativos. Algunos cuentan con normas de carácter administrativo; otros, con normativa relativa a temas conexos; y, otros tantos, se guían por los lineamientos aportados por los centros proveedores de los servicios en procreación asistida. No

obstante, algunos de los temas de mayor interés en relación con las técnicas de procreación asistida, han sido abordados desde el ámbito jurisprudencial.

Para efectos de esta investigación, en el ámbito del derecho comparado se, han elegido tres países, que se citan a continuación: Argentina, Colombia y Chile, los cuales cuentan con centros médicos especializados en procreación asistida.

Por tanto, a continuación, se expondrán en su generalidad, los argumentos jurídicos esgrimidos por los diferentes tribunales y los lineamientos existentes en los países señalados, en relación con las técnicas de procreación asistida o a temas afines a ella. En especial, se trata de abordar, en lo posible, dos de los aspectos más significativos en el abordaje del tema, a saber: el derecho a la salud y el acceso a las técnicas a las TRHA, por un lado; y por otro, el derecho a la vida y el status jurídico del embrión (según se aborde en los países citados)

En Argentina la práctica médica asociada a las técnicas de reproducción humana asistida, en especial, de naturaleza extracorpórea, como lo es la Fecundación In Vitro (FIV), la ICSI y otras semejantes, son prácticas médicas no prohibidas y, recientemente, han sido incluidas en la prestación de servicios médicos de ese país. En Argentina, la aplicación y desarrollo de las técnicas médicas en mención, son de larga data, superando ya, la veintena de años.

Actualmente, Argentina, ha dado lugar a la primera legislación específica en el tema; a través de la Ley 26.862, sancionada 5 de junio de 2013 y promulgada el 25 de junio de 2013, denominada “Reproducción médicamente asistida”. Este hecho se produjo después de muchos años de variadas propuestas de proyectos de ley, que se perfilaron en su momento como una opción para regular las TRHA; siendo que, hasta hace poco el marco regulatorio existente venía dictado exclusivamente por “las distintas Sociedades Científicas”.³⁰⁵

³⁰⁵ Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva . Proyecto de Ley para la Regulación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Buenos Aires, 2008. Recuperado de http://www.samer.org.ar/proyecto_ley.php

Incluso muy recientemente, a través de las diferentes propuestas de legislación, se buscaba garantizar a toda la población, el acceso igualitario a las TRHA, como es el caso de algunos países europeos.

Como interés principal, abordado en las diversas propuestas de proyectos de ley³⁰⁶, se encontraba el regular las TRHA, como medio viable para facilitar la procreación en casos de esterilidad o infertilidad humana³⁰⁷. Entendiéndose, por lo general, en los diferentes proyectos, que las técnicas de reproducción humana asistida eran propuestas como un servicio, tanto de cobertura pública como privada.

Por otra parte, mayoritariamente, desde el punto de vista jurisprudencial, las resoluciones emitidas, han estado relacionadas con el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida, a cargo de las instancias de cobertura médica (según el modelo de atención médico argentino), dado que en principio las técnicas no eran contempladas en el Programa Médico Obligatorio (PMO) en la Argentina. No obstante, en fecha 28 de junio de 2012, la Cámara de Diputados, aprobó un proyecto de Ley de seis artículos, que buscaba incorporar al PMO “la infertilidad como enfermedad”, previéndose la cobertura para quienes no tenían posibilidad de tener hijos biológicos (diagnóstico y tratamiento); contemplándose, para el caso, el uso de las técnicas de fecundación asistida y cualquier otro requerimiento (médicos o psicológicos) necesario, a cargo de las diferentes instancias médicas.

La nueva Ley 26.862, aprobada en junio de 2013, viene a cumplir con dichas expectativas. Esta consta de 12 artículos y tiene como objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas de asistencia médica para la reproducción asistida (art.1). Siendo que por “reproducción medicamente asistida”, se identifican aquellas técnicas médico asistenciales, que buscan la consecución de un embarazo. Estas pueden ser de alta o bajo complejidad y sea que su aplicación implique o no, la donación de gametos y/o embriones (art.2).

³⁰⁶ En fecha 2 de julio de 1997, se sanciona en su primera etapa, el denominado proyecto “Ley de fertilidad asistida o Ley sobre reproducción humana médicamente asistida”, que si bien no se formalizó como ley, proponía las técnicas de procreación asistida como una forma de dar respuesta a los problemas de esterilidad no resuelta a través de otras vías médicas.

³⁰⁷ La Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva (SAMeR), ha manifestado que “la consulta por infertilidad es cada vez mayor, y se ha convertido en una verdadera enfermedad, un padecimiento que genera *distress* físico, emocional y social en las parejas infértiles” Op. cit.

La Ley, en su texto, no contiene explícitamente un listado de técnicas aceptadas, muy por el contrario deja abierta la posibilidad para incluir nuevas técnicas y procedimientos, según se produzcan nuevos avances científico-tecnológicos. En razón a ello, se dispone que todo nuevo procedimiento debe ser aprobado por Ministerio de Salud de la Nación, que viene a ser reconocido por la Ley, como la autoridad de aplicación. Institución sobre la cual, a su vez, recae una serie de funciones y responsabilidades, entre ellas: 1) contar con un registro de entidades que suministren los servicios y que sean receptoras de gametos y embriones (arts. 3 y 4); 2) estar a cargo de la vigilancia de las instancias antes citadas (proveedores de los servicios y bancos de gametos y embriones); 3) asegurar el acceso igualitario de los beneficiarios de las técnicas; 4) publicar la lista de centros que aportan el servicio; 5) efectuar campañas de información para promover cuidados de fertilidad en la población y, finalmente, 6) propiciar la formación y capacitación continua de recursos humanos especializados en el ramo (arts. 5 y 6). Este último punto, deja entrever que se busca ofrecer servicios de calidad.

La Ley argentina 26.862, señala como beneficiarios de ella, a toda persona mayor de edad, siempre que medie consentimiento informado, el cual podrá ser revocado antes de llevarse a cabo la implantación (art. 7). No hay especiales salvedades, en lo relativo a los beneficiarios. Debe entenderse que puede ser toda pareja con problemas de infertilidad y mujeres solas.

Es interesante comprobar que la Ley argentina da potestades para determinar criterios y modalidades de cobertura a la autoridad de aplicación, que para los efectos es el Ministerio de Salud. No obstante, este, no podrá introducir requisito o limitación alguna, que implique exclusiones asociadas a la orientación sexual o estado civil de las personas que decidan acceder a las TRHA. Servicio que han de brindarse de manera obligatoria y, en forma integral, según la nueva norma lo exige (art. 8). Cabe señalar que la nueva Ley argentina, no hace especial referencia a la infertilidad, a pesar de ello, queda claro que dicha ley se emite a la luz del derecho a la salud, ya que, las TRHA son vistas como servicios médicos asistenciales, que en adelante, son igualmente ofrecidas por las entidades de salud pública y el sistema de medicina prepaga, que existe en ese país. La Ley, más que autorizar la práctica de las TRHA de alta complejidad, tiene

como propósito hacer posible que estas sean ofrecidas por los servicios médicos del Estado.

La Ley no hace referencia alguna a otro tipo de asuntos, enmarcándose, exclusivamente, en un enfoque del acceso a la salud. No se alude en ella, a determinadas conductas asociadas a los embriones, por lo que se debe entender que la Argentina, prefiere legislar dichas cuestiones desde otros ámbitos del derecho.

Los diferentes tribunales, que han abordado lo concerniente a las técnicas de procreación humana asistida, han interpretado que lo relativo a ellas, está íntimamente relacionado con derechos de orden constitucional como lo son: el derecho a la vida y el derecho a la salud y su preservación, en particular, el derecho a la salud reproductiva y a fundar una familia y protección integral de esta. Así como también, el derecho a una mejor calidad de vida; derecho a la integridad física; a la autodeterminación y el derecho a la igualdad. En este sentido se citan el artículo 42 de la Constitución Argentina³⁰⁸, el artículo 14 bis, 19 y el artículo 75 inciso 23 del texto constitucional³⁰⁹.

Asimismo, se hace referencia a la siguiente normativa internacional de jerarquía constitucional: artículos 3, 30 y 25 inciso 1° de la Declaración Universal de los

³⁰⁸ “Citamos en este punto el Artículo 42 de la Constitución Argentina, que dice: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la **constitución** de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control” (negrita corresponden a la cita)

³⁰⁹ Artículo 75.23 de la Constitución Argentina dice: Corresponde al Congreso: “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta **Constitución** y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.”. El artículo 14. bis en lo que interesa dice: [...] El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna. El **artículo 19** dice:” Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.” (negritas pertenecen al texto citado)

Derechos Humanos; los artículos I y XI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los artículos 10.h, 11.f y 12 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; así como también, el artículo 4.1 de la Convención Americana (Pacto de San José de Costa Rica). Igualmente es citada la Ley 25.673(art. 2), con al cual se crea el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, cuyo objetivo es “alcanzar para la población el nivel más elevado de salud sexual y procreación responsable [...]”³¹⁰

Con respecto a la Argentina, se entiende que, con la nueva Ley 26.862 los pronunciamientos de los diferentes tribunales vendrían a cambiar sustantivamente, en lo relativo a la procreación asistida; no obstante, en lo que ahora nos toca, se hará alusión a la jurisprudencia existente antes de la ley recientemente aprobada.

En Colombia la fecundación in vitro como técnica de reproducción humana asistida, es una práctica médica privada ampliamente difundida y socialmente aceptada³¹¹ Este país, aún cuando cuenta con cierta normativa que regula algunos temas asociados a las técnicas de procreación asistida³¹²; ciertamente carece de legislación específica en el tema. Sin embargo, se aceptan prácticas como: técnicas heterólogas, donación de gametos y embriones, la crio conservación (de gametos y embriones) y, la investigación en salud reproductiva, siempre previo consentimiento informado. Atendiendo que la salud es un bien de interés público, en el Decreto 1546 de 1998, establece los lineamientos mínimos de funcionamiento de las “Unidades de Biomedicina Reproductiva” (cuyo énfasis versa sobre la infertilidad de la pareja).

³¹⁰ Cámara Federal de Apelaciones de la Plata (Argentina). Sentencia 9/9/2011. Expediente N° 13.087. “Álvarez, Valeria B. y otro c/ OSPSA s/ Amparo”

³¹¹ Los primeros nacimientos en Colombia de niños haciendo uso de las técnicas de procreación asistida, datan de los años 80.

³¹² Se han establecido ciertas normas, relativas a prohibiciones, como lo es la clonación en el código penal. Y lineamientos mínimos vía decreto (Decreto N°1546 de 1998), sobre lo relativo al material genético, donaciones, donantes y receptores de gametos y embriones, así como también lo relativo a entes proveedores de servicios en medicina reproductiva (en tratamientos de infertilidad, incluidas las TRHA). La Resolución N°03199 de 1988, también se pronuncia sobre temas asociados a las unidades suplidoras de servicios en salud reproductiva, sobre donaciones y el consentimiento informado.

Al interior de la normativa jurídica colombiana es importante indicar que la Constitución Política de Colombia de 7 de julio 1991 (CPC), de manera novedosa a nivel latinoamericano, hace referencia, a los hijos procreados a través del uso de TRHA; en su artículo 42, capítulo II, de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales. De igual manera el mencionado artículo, se pronuncia sobre el derecho a la intimidad familiar y la planificación familiar.

El artículo en cuestión, en lo que interesa a nuestra investigación, dice:

“La Familia es el núcleo fundamental de la sociedad. [...]

[...] La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables [...]

[...]El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. [...]

[...]Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes [...]

[...]La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos [...].

Colombia hasta la fecha no ha logrado concretar una legislación tendiente a regular, de manera particular, las técnicas de procreación asistida. Sobre este punto existen diversidad de opiniones, algunos no consideran preciso legislar; otros lo recomiendan. En tal sentido, diversos proyectos de ley han sido propuestos ante el Congreso colombiano, aludiendo como razón fundamental que los avances tecnológicos y científicos hacen evidente un desfase entre la normativa existente y las técnicas de reproducción humana asistida. Siendo que la práctica de las mencionadas técnicas, se han impuesto y constituido en una verdadera alternativa para responder a problemas de infertilidad. Asimismo se estima la necesidad de legislar en lo relativo a la filiación, con respecto de los niños nacidos con la asistencia de las técnicas médicas de procreación asistida y; se considera imprescindible imponer límites al uso de las técnicas en tanto puedan repercutir sobre el genoma humano.

Los proyectos propuestos, en general, están destinados a regular los procedimientos y técnicas de procreación asistida. Sin embargo, algunas propuestas,

persiguen normar también lo relativo a la posibilidad de procrear un hijo sano. Es importante señalar que, por lo usual, se especifica que el uso de las técnicas está supeditado a las posibilidades de éxito que puedan tener; siempre y cuando con ellas no se comprometa la vida o la salud de la mujer o sus descendientes. El uso de las técnicas es propuesto, fundamentalmente para solucionar problemas de infertilidad o esterilidad. Y se proponen algunas reformas a la legislación civil en torno a la filiación (en relación con ciertos métodos como: procreación póstuma, adopción de embriones y a la maternidad de la mujer sola). Se persigue a la vez que lo relativo a las TRHA sea abordado desde la Protección Social del Estado. Así como regular todo lo que versa sobre el genoma humano y protección a embriones. Y temas como la clonación, inseminación post mortem y maternidad subrogada.

Las alternativas de ley propuestas, hasta la fecha, responden al principio de libertad de conciencia y religión.

En general, las propuestas existentes, aceptan las prácticas homólogas y heterólogas de procreación humana.

El acceso a las técnicas está reservado a parejas heterosexuales (casadas o en unión de hecho) y a mujeres solteras con problemas de infertilidad. Quienes se beneficien del uso de las técnicas de procreación asistida, deben ser legalmente capaces y aportar de manera formal y escrita su consentimiento informado.

Dados los infructuosos intentos para legislar, se encuentra que, en Colombia, los temas directa o indirectamente relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida, son abordados en esencia desde el ámbito jurisprudencial.

La forma en que se abordan jurisprudencialmente los temas relativos a la reproducción asistida o temas afines o, que inciden en ella, varía en relación con los otros países citados. De allí que en el marco de la jurisprudencia existente, se trata de abordar, en lo posible, los derechos reproductivos y el derecho a la salud, así como lo relativo al derecho a la vida y el valor jurídico del *nasciturus*.

Chile al igual que la mayoría de otros países latinoamericanos, carece de legislación específica sobre reproducción asistida; esto a pesar de contar con centros médicos especializados en medicina reproductiva desde hace décadas atrás. La práctica médica en el campo se rige por la normativa de la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida.

No obstante, Chile a diferencia de Colombia, cuenta con una ley que aborda temas conexos a la Fecundación In Vitro; a saber: la Ley 20.120 (7 de setiembre de 2007) denominada Ley “Sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma y prohíbe la clonación humana”. Esta Ley tiene como fin proteger la vida humana “desde el momento de la concepción” y, en igual sentido su integridad física y psíquica, así como también la diversidad e identidad genética, en la investigación biomédica y sus aplicaciones clínicas (art. 1).

La Ley 20.120, no regula las técnicas de procreación humana asistida, sino que impone límites a la investigación científica allí donde esta pueda entrar en conflicto con “derechos y libertades esenciales que emanan de la naturaleza humana”. La norma, en cuestión, se enfoca prioritariamente en temas relativos al patrimonio genético humano y, en ese sentido, prohíbe la clonación en (en la reproducción y la investigación), la destrucción de embriones, las prácticas eugenésicas y la discriminación arbitraria basada en el patrimonio genético de las personas. La citada ley regula mayoritariamente la investigación biomédica y otros temas relativos a la carga genética de los individuos.

Por otra parte el Gobierno Chileno, de acuerdo con Fernando Zegers, ha destinado recursos al Fondo Nacional de Salud con el fin de cubrir TRHA, para la población de bajos recursos. Y, muy recientemente, el Ministerio de Salud de Chile ha reconocido la Infertilidad como enfermedad.³¹³ Sin embargo, es preciso señalar que, desde 1985, a través de la Exenta N° 1072 de 28 de junio, emitida por el Ministerio de Salud chileno, se señalaron ciertos lineamientos relativos a las TRHA. Así se consideró que el artículo 19 de la Constitución Política de Chile, no solo se pronuncia sobre el derecho a la vida y la protección de la vida del que está por nacer, sino que también incluye el derecho a procrear y, en consecuencia, “el acceso a los medios médicos para

³¹³ Zegers, Op. cit.

superar las causas que impiden o dificultan la concepción”. Se señala en ese sentido que la FIV y la TE, vienen a constituirse en modalidades terapéuticas cuyo fin va dirigido a resolver la ausencia de hijos en parejas humanas que por diferentes afecciones y situaciones, no logran llegar a concebir, condición que encuentra solución en los procedimientos señalados lograr un hijo consanguíneo. También en esta misma norma se establecen lineamientos mínimos para los centros que aplican la TRHA.³¹⁴

El Código Civil de Chile en su artículo 182³¹⁵, establece lo relativo a la filiación de hijos nacidos haciendo uso de las TRHA.

2.1. JURISPRUDENCIA SOBRE LAS TRHA Y DERECHOS ASOCIADOS: ARGENTINA, CHILE Y COLOMBIA

2.1.1. DERECHO A LA SALUD. ARGENTINA

Los distintos tribunales en la República Argentina³¹⁶, consideran que los problemas asociados a la imposibilidad de procrear, deben ser abordados desde el derecho a la salud³¹⁷. Para algunas de estas instancias, la infertilidad es considerada una patología³¹⁸ o incluso una discapacidad (sentencia de 29/09/2011 Sala Tercera, Cámara Federal de Apelaciones de la Plata). Si la infertilidad resulta de un problema físico concreto, las TRHA aparecen como la vía para sortearlo.

Otros Tribunales, en cambio, estiman la imposibilidad para procrear, como una limitación o deficiencia que puede afectar la “calidad de vida y tranquilidad emocional”

³¹⁴ República de Chile, Ministerio de Salud, Normas Aplicables a la Fertilización in Vitro y la Transferencia Embrionaria, Exenta N° 1072, Santiago, 28 de junio de 1985.

³¹⁵ Artículo 182. “El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas. No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta”.

³¹⁶ Argentina cuenta con un sistema de control difuso de constitucionalidad.

³¹⁷ Entendiéndose que a través del ejercicio del derecho se pretende superar las deficiencias en el proceso de procreación humana. La Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal (Buenos Aires), en sentencia de 2/3/2010, punto V, Causa N° 9440/08 “*Reyna Viviana Celeste y Otros c Galeno S A*”, sostiene que “Si alguien padece una patología que represente un obstáculo para procrear, su derecho a la salud está comprometido”.

³¹⁸ Este enfoque lo sostiene entre otros tribunales: La Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo, de la Ciudad de San Nicolás de los Arroyos, que en sentencia de 15/12/ 2008. Expediente (trámite) 573-2008, “*S.A.F y A.H.A s/ Amparo*” dice: “Si nadie duda que una miopía leve, un problema menor en el habla, o cualquier disfunción que pueda ocurrírsenos son patologías, ¿por qué dudar entonces frente a la infertilidad, cuando lo que está en juego es una función biológica madre de todo ser vivo como lo es la reproducción?”

de los involucrados³¹⁹ y, por ende, incidir sobre el derecho a la salud y el derecho a procrear. En este sentido, la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal de Buenos Aires, en fallo de 2 de marzo de 2010, dice: “Sirve [...] reconocer que el hombre tiene no sólo derecho a vivir con plenitud física y mental sino también a perpetuarse a través de su progenie”.

De acuerdo con las diferentes instancias jurisprudenciales, el derecho a la salud goza de protección y garantía Constitucional³²⁰ y “encuentra reconocimiento y protección en diversos instrumentos comunitarios e internacionales en materia de derechos humanos”, los cuales gozan de rango constitucional³²¹, según lo determina el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Argentina³²². Punto de vista, que invariablemente, es reforzado en no pocas oportunidades, por las Constituciones Provinciales.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), en consonancia con lo anterior, sostiene que el derecho a la salud está íntimamente ligado al derecho a la vida y en ese sentido dirá: “[...] este Tribunal ha puntualizado (con especial énfasis tras la reforma constitucional del año 1994) que la preservación de la salud integra el derecho a

³¹⁹ raná, 13/05/2010. Registrado: 2010-2422 “*Squivo Susana y Otro s/ Amparo*” (Expediente. N° 28-67.179-19-19.198-20010, provenientes del Juzgado Federal N° 2 de Concepción del Uruguay); Cámara Federal de Apelaciones (Mar del Plata), sentencia de 11/05/2010. Expediente N° 12.343. “*Sánchez, Jéssica N. c/ O.P.S.E: s/ Amparo*”.

³²⁰ Está posición la sostiene la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo, de la Ciudad de San Nicolás de los Arroyos, en sentencia de 15/12/2008, y el Tribunal Superior de Justicia de Buenos Aires, en sentencia de 26/08/ 2009, Expediente 6368/08: “*Ayuso, Marcelo Roberto y Otros c/Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido.*”

³²¹ Entre la normativa sobre el tema se pueden citar: el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

³²² Artículo que dice: Corresponde al Congreso: “Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía **constitucional**, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta **Constitución** y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía **constitucional**.”

la vida, por lo que existe una obligación impostergable de las autoridades públicas de garantizarla mediante la realización de acciones positivas (cfr. arts. 42³²³ y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional y sentencias 321:1684; 325:292; 323:1339 y 3229, entre otros). Esta exigencia cabe extenderla- con sus modulaciones propias-al derecho social de familia.” Asimismo, en sentencia 324:4061, la CSJN, sostiene que el derecho a la salud (psicológica y física), se “constituye [en] el bien a preservar con *la* mayor intensidad posible”³²⁴, obligación a garantizar por la autoridad pública, de manera impostergable, atendiendo a los principios de la seguridad social y al artículo 14 de la Constitución, que en lo que interesa dice: “El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable”. Confirmando este enfoque se cita al señor Alberto Chartzman Birenbaum, quien señala que: “la salud representa un delicado equilibrio que garantiza la continuidad de la vida”³²⁵ Posición que sin duda avala y sostiene la CSJN.

Ahora bien, el derecho a la salud, de acuerdo con los diferentes Tribunales (provinciales y nacionales) es visto de manera más amplia, en tanto tal derecho, ampara a su vez la salud reproductiva y la atención sanitaria correspondiente.

De manera tal que, cuando del derecho a la salud se trata, la jurisprudencia parte de la definición de Salud aportada por la Organización Mundial de la Salud (OMS), que dice: la salud es un “estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”³²⁶. Asimismo, la salud reproductiva, se

³²³ El artículo 42 de la Constitución Argentina dice: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la **Constitución** de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.”

³²⁴ La Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo, de la Ciudad de San Nicolás de los Arroyos, sentencia de 15/12/2008.

³²⁵ Citado por la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, sentencia de 11/05/2010 (punto III Expediente 12.343).

³²⁶ La cita procede del preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946. Recuperado el 5 de mayo de 2012, de <http://www.who.int/suggestions/faq/es/index.html>), firmada por representantes de 61 países. Siempre en el mismo sentido la OMS dice: “La salud no es algo puramente negativo, como si la salud, en general consistiere en la simple exclusión de la enfermedad corporal y de las tareas físicas, como si la salud mental, en particular, solo significara otra cosa que la

concibe como un “estado general de bienestar físico, mental y social y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y 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”.

En continuidad con este último concepto, “la atención de la salud reproductiva se define como el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivo al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva (Naciones Unidas, documento A/Conf.171/13: informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo)”³²⁷ En tal orden de ideas, se sostiene que tanto la OMS como la Organización Panamericana de la Salud (OPS) incluyen en el marco de sus estrategias tratamientos conceptivos y anticonceptivos, como mecanismos de resguardo de la salud reproductiva³²⁸ (entendidos estos como servicios de planificación familiar de calidad, entre los que se debe contemplar la infertilidad).

Ahora bien, a pesar de lo dicho, es frecuente que se dispute en las distintas instancias jurisdiccionales, si la salud reproductiva, en tanto, expresión del derecho a la salud, implica la obligatoriedad de brindar cobertura a las técnicas de fecundación de alta complejidad (FIV, ICSI, entre otras). En especial, porque el servicio, hasta hace muy poco no estaba incluido, en el “*Plan Médico Obligatorio*” (PMO) de esa Nación³²⁹. No obstante, como se ha dicho esta condición ha sido corregida al aprobar la reciente Ley 26.862, que incorpora las técnicas de reproducción de alta complejidad, como

ausencia de alienación o anomalía. La salud comprende positivamente el bienestar espiritual y social de la humanidad”.

³²⁷ Cámara Federal de Apelaciones de la Plata. Sala Tercera (Argentina). Sentencia de 29/09/2011. Expediente N° 17.992/11. “*Diaz Giustacchini Karina Mariela y otro c/ Obra Social del Personal del Automóvil Club y otro s/ Amparo*”

³²⁸ Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo, de la Ciudad de San Nicolás de los Arroyos. Sentencia de 15/12/2008.

³²⁹ Varios Tribunales consideran que el Plan Médico Obligatorio es 1) el piso prestacional de los servicios de salud, 2) mutable de conformidad con el dinamismo científico, que supone la incorporación de nuevas tecnologías y 3) que su fin integral va más allá de la mera cobertura económica de los servicios de salud. Pensar que el PMO solo incluye los servicios indicados, comporta eludir que la noción de “*calidad de vida*” es en esencia cambiante, por lo cual las técnicas de fertilización asistida no pueden ser obviadas. También se ha dicho que aceptar tal punto de vista, implicaría suponer que habría diferentes niveles de cobertura entre los afiliados, si se toma en consideración la fecha en que los diferentes contratos de servicio de salud son pactados, dando como resultado un trato desigual en los servicios. Es importante señalar aquí, que Argentina cuenta con servicios de medicina prepaga y un sistema de salud, regido por la Ley de Obras Sociales. Aspectos todos, que ha sido subsanados con la nueva Ley.

servicio a ser ofrecido por las diferentes instancias proveedoras de los servicios de salud.

Así las cosas, se encuentra que algunos Tribunales³³⁰, interpretan, que el acceso a las TRHA, puede y debe ser debatido a través de la vía del amparo, en tanto involucra un derecho fundamental protegido constitucionalmente, como lo es el derecho a la salud³³¹. Se estima que vulnerar este derecho, conllevaría quebrantar el derecho a la planificación familiar, expresamente consagrado en el artículo 12 de la Convención Sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.³³² Sin contar, que la misma CSJN, dispone la figura del amparo como vía excepcional para la efectiva protección del derecho a la salud (sentencias: 321:2823 y 325:292).³³³ La

³³⁰ Entre ellos: la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial (Buenos Aires), la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo, de la Ciudad de San Nicolás de los Arroyos. La Cámara Federal de Apelaciones del Mar del Plata es de igual opinión, en Sentencia de 11/05/2010, expediente N° 12.343 “*Sánchez, Jesica N. c/ O.S.P.E. s/ Amparo*”, punto II, dice: “[...] conforme la naturaleza de los derechos comprometidos se podría perjudicar y/o frustrar la posibilidad de procreación de los amparistas, entendiendo que no existe duda alguna respecto de la idoneidad de esta vía para la dilucidación de los derechos constitucionales que los amparistas estiman vulnerados por el agente de salud demandado”

³³¹ Existen algunos Tribunales que reconocen la infertilidad como un problema de salud, pero que han depuesto la vía del amparo, para reclamos de cobertura médica, relativos a las técnicas de fecundación asistida de alta complejidad; bajo parámetros como: 1) que no existe ley que contemple la asistencia médica obligatoria a las tecnologías de reproducción asistida. Además, la ley muestra un atraso, frente al desarrollo de la ciencia médica; 2) que si bien el amparo es la vía para proteger el derecho a la salud; se estima que este recurso no es aplicable a las técnicas de reproducción de alta complejidad, alegándose que con ellas no se ve comprometido el derecho a la vida, ya que ellas no comportan un daño grave o peligro inminente (lo anterior es cuestionable, ya que los problemas de infertilidad de los involucrados, puede verse comprometida con el paso del tiempo, aún cuando su vida no esté en juego. Asimismo, la CSJN, no hace distinción en los servicios de salud a reclamar por la vía del amparo) y; 3) “la incorporación de TRHA de alta complejidad en las políticas de salud requiere previsiones de financiación y consensos comunitarios sobre las opciones bioéticas involucradas” (para puntos 1 y 2 ver: los siguientes Sentencias: raná, sentencia de 13/05/2010. Registrado: 2010-2422 “*Squivo Susana y Otro s/ Amparo*” Expediente. N° 28-67.179-19-19.198-20010, provenientes del Juzgado Federal N° 2 de Concepción del Uruguay.; Juzgado N°: 2. Secretaría N°: 4 (Buenos Aires); sentencia de 26 de octubre de 2010. C.4182/2009-I-“*Orsi Pablo Daniel y otro c/ OSDE s/medidas cautelares*”; Juzgado N°:11. Secretaría N°22. (Buenos Aires); Sentencia de 27 de octubre de 2011. C.3416/2010-I-“*Gamba Silvana Andrea y otro c/ OSDE s/ sumarísimo*”; para punto 3 ver: Juzgado N°:11. Secretaría N°22. [Buenos Aires] Fallo 27/12/2011. C.3416/2010-I-“*Gamba Silvana Andrea y otro c/ OSDE s/ sumarísimo*”). Es claro que todo lo aquí expuesto viene a variar con la Ley 26.862.

³³² La República Argentina en Ley 23.179 aprueba la Convención arriba indicada, aprobada por la Asamblea de la ONU el 18/12/79. Ver: sentencia de los 11 días del mes de mayo de 2010, expediente N° 12.343 “*Sánchez, Jesica N. c/ O.S.P.E. s/ Amparo*”, punto III de la Cámara Federal de Apelaciones del Mar del Plata. El artículo reseñado dice: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación familiar [...] también garantizaran a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto proporcionando servicios gratuitos cuando fuera necesaria, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.

³³³ Los tribunales que se inscriben dentro de esta perspectiva, reclaman su competencia, para resolver asuntos relativos a las técnicas de procreación asistida, por considerar que tales asuntos entran dentro de la función propia, normal y cotidiana del Poder Judicial, según lo dispone el artículo 31 de la

Cámara Federal de Apelaciones del Mar del Plata (sentencia de 9/9/11) asegura que “el acceso a las técnicas de fertilización asistida se alza como una de las múltiples aristas que conforman el derecho a la salud y, más puntualmente, el derecho a la salud sexual y a la procreación responsable.”

Hasta antes de aprobación de la Ley 26.862, las resoluciones eran diversas en opinión, con respecto al porcentaje de cobertura³³⁴ y obligatoriedad que debía recaer sobre los distintos entes proveedores de los servicios básicos de salud de esa Nación (que son de naturaleza pública no estatal). Se aludía, que las diferencias, de cobertura, debían responder al caso concreto, bajo la premisa de que ningún derecho es absoluto, sino que debe ser conciliado con otros derechos. No obstante, la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata (sentencia de 11/5/2010), estimó en su momento que el acceso a las técnicas de fertilización asistida, no podía reservarse a quienes cuentan con los medios económicos para ello, vedando así el acceso a los que tienen menos recursos o carecen de ellos. Así las cosas, el acceso a las TRHA debía ser posible, mediando siempre una valoración para determinar el porcentaje de cobertura a otorgar (se considera puede estimarse un efecto distributivo, en virtud de razones presupuestarias, cuando la cobertura no pueda ser igual para todos) , ya que, lo que se pretendía con la políticas de salud no es ofrecer iguales prestaciones a todos, sino ofrecer estas de acuerdo con las necesidades que permitan “una igual posibilidad de gozar de una buena salud, dentro de un sistema universal y solidario” (sentencia 9/9/2011). De acuerdo con el jurista José Ferro, Juez de la Cámara Federal de Apelaciones del Mar del Plata, derechos como la libertad, la vida, la salud, la salud reproductiva y de procreación, son derechos que entre otros, la gente tiene y el Estado debe reconocer “dictando normas que los reconozcan y no que los restrinjan” (sentencia 9/9/2011). En relación con todo lo antes expuesto, la nueva Ley de “Reproducción médicamente asistida” lo viene a subsanar.

Constitución Nacional, que en lo que interesa establece que “es deber del Poder Judicial ser garante de las normas, constitucionales o infra constitucionales” para “evitar el menoscabo de principios, garantías y derechos constitucionales de las personas en las causas presentadas para decisión”.

³³⁴ La Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo, de la Ciudad de San Nicolás de los Arroyos, en 15 de Diciembre de 2008. Confirma 100% del costo de las TRHA, pretendido por los actores, según Trámite 573-2008. El Tribunal considera que de no hacerlo “se estaría incumpliendo la Ley y, ergo, vulnerando los derechos reglamentados por ella, específicamente los derechos a la salud y de la familia” (amparados por la Constitución Nacional, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y la Ley provincial 13.066).

2.1.2. DERECHO A LA VIDA. ARGENTINA

El derecho a la vida, puede ser enfocado desde dos ámbitos fundamentalmente distintos en relación con las técnicas de procreación asistida de alta complejidad, jurisprudencialmente. El primero, se relaciona, con el acceso a las TRHA, por quienes pretenden dar solución a su incapacidad de procrear. Siendo el derecho a la vida protagónico, ya que, este comprende no solo la protección a la vida misma, sino que también el derecho a “una buena calidad de vida y por consiguiente [a] [...] una adecuada atención médica”³³⁵. Aspecto preponderante en el marco de los derechos humanos, desde el que se contempla el derecho a la salud y, de manera particular, el derecho a la salud reproductiva (a este aspecto ya nos hemos referido en el apartado anterior).

Por otra parte, el derecho a la vida también es abordado de manera especial, en relación con consideraciones y cuestionamientos bioéticos acerca de si la práctica de las TRHA vulnera o no el derecho a la vida de las personas por nacer.

Los cuestionamientos, se podría decir se dan en dos sentidos: El primero de ellos, gira en torno a si el mero acceso a las técnicas de procreación asistida, vulnera el derecho a la vida de los no nacidos; y en un segundo lugar, se discute acerca del valor jurídico atribuible al embrión y su protección, al interior de las técnicas de reproducción humana asistida.

2.1.3. SOBRE EL ACCESO A LA PROCREACIÓN ASISTIDA Y LA POSIBLE VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA VIDA DE LOS NO NACIDOS. ARGENTINA

Tomando como parámetro lo supra señalado, se encuentra que mayoritariamente, los tribunales estiman que el mero acceso a las TRHA de alta complejidad, no vulnera el derecho a la vida del no nacido³³⁶. La FIV es percibida como el principal tratamiento para la infertilidad, allí donde otros métodos no han tenido éxito. Acceder a las técnicas

³³⁵ En estos términos lo interpreta, entre otros Tribunales, la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, según los lineamientos establecidos por la CSJN (sentencia 9/9/11).

³³⁶ Ver: sentencia de 15/12/ 2008 de Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo, de la Ciudad de San Nicolás de los Arroyos y sentencia de 9/9/2011 de la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata.

de procreación asistida, no es otra cosa que recurrir a un tratamiento médico para sortear los problemas de infertilidad. Fundamentalmente, porque las técnicas de procreación asistida, están previstas, se conciben y se aplican como métodos conceptivos de procreación y no como procedimientos anticonceptivos. Siendo que estos últimos precisarían ser evaluados, para determinar si su naturaleza es o no abortiva, pero no así los primeros citados. En continuidad con lo dicho, se puede citar a la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo, de la Ciudad de San Nicolás de los Arroyos (sentencia de 15/12/2008), que sobre el particular dice: “sería un contrasentido entender que los métodos conceptivos puedan ser abortivos [...] recurrir al apoyo en la ciencia para tener un hijo, no es algo reprochable, por el contrario, resulta por demás positivo, fundamental para el pleno desarrollo de una familia como tal”.

En sentido semejante al expuesto, la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, interpreta que procede realizar las técnicas de fertilización cuando estén en juego intereses vitales a tutelar (sentencia de 11/05/2010). Según este tribunal “[...] existen aristas especiales que aconsejan la autorización de esta práctica y el deber de cobertura [...]”; en especial, si se considera el derecho a la salud como parte integral del derecho a la vida, de quienes solicitan el acceso a las técnicas en cuestión.

Asimismo, la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal, en sentencia de 2/03/2010, expediente N°9440/08, sostiene que en el marco del derecho a la salud, acreditar o no, el acceso a las técnicas de fecundación asistida no impone como “necesario acudir a razonamientos forzados tales como postular el “derecho del concebido a nacer”(fs, 18 in fine) porque si la persona fue concebida la fertilización devendría innecesaria; y si no lo fue, no se ve de qué modo podrían atribuírsele derechos a alguien que no existe (art. 70 del Código Civil). Tampoco cabe hablar de un “derecho al niño” (fojas cit, punto b) como si se tratara de un *ius ad rem* inconciliable con la trascendencia de los valores en juego y con el concepto mismo de persona.” Por tanto, si alguien padece “una patología que represente un obstáculo para procrear, su derecho a la salud está comprometido” y, por tanto constitucionalmente protegido.

Por tanto, cabe comprender, que la práctica de las TRHA, en especial las de alta complejidad (entre ellas la Fecundación In Vitro), son consideradas en la República Argentina, como un método médico viable y no prohibido legalmente. Pues dichas

técnicas, tienen por fin superar problemas de infertilidad y, así, lograr un embarazo y por ende la procreación. Aspecto que con mucho viene a ser reafirmado, con la ley recientemente aprobada en junio del presente año.

Algunos tribunales, incluso estimaban, hasta antes de que aprobara la Ley 26.862, que el acceso a las técnicas de procreación asistida no podía ser negado sobre base de la falta de legislación, o los altos costos que impone el método a los proveedores de servicios de salud, pues su cobertura se ampara en el derecho del fundamental a la vida y, por tanto, de manera subsecuente, al derecho a la salud en general y a la salud reproductiva en particular.

Por último, es preciso mencionar, que los diferentes tribunales no desestiman, un posible debate sobre el régimen de los “*preembriones* o embriones”, en especial en relación con las técnicas coadyuvantes a la Fecundación In Vitro. Técnicas que no desconocen, pero estiman se encuentran “más allá de la fecundación para maternidad en sí, o perciben como una “cuestión posterior, o quizás paralela, a la fecundación en sí.”³³⁷. En este sentido se cita la investigación y experimentación con embriones, así como la manipulación de la información genética.

Habida cuenta de lo dicho, es posible interpretar que este enfoque jurisprudencial argentino, no se aleja, de los argumentos que han llevado a legislar a los diferentes países europeos sobre las TRHA, en especial, sobre todo en lo relativo a las técnicas conexas.

2.1.4. VALOR JURÍDICO DEL EMBRIÓN Y SU PROTECCIÓN JURÍDICA. ARGENTINA

Se admite que Argentina, en lo relacionado con este tema, no cuenta con una legislación específica que se pronuncie sobre el valor jurídico del embrión. No obstante, lo relativo al tema, es abordado por los diferentes tribunales, a partir del derecho fundamental a la vida, previsto en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional de la República Argentina, así como también en la normativa internacional con jerarquía constitucional que consagra tal derecho, a saber: la Declaración Americana de

³³⁷ *Ibíd.*

Derechos Humanos (art. I), la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 3); y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (art. 6). Asimismo, se cita la Convención Americana (art. 4.1³³⁸), la cual viene a consagrar el derecho a la vida “en general” desde la concepción.

En el marco normativo antedicho, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), sostiene que el derecho a la vida “es el primer derecho natural de la persona humana”³³⁹ y que en virtud de tal derecho, se es “merecedor de protección jurídica” desde el momento mismo de la concepción. “También ha dicho que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo [...] su persona es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen carácter instrumental (*fs: 316:479 y votos concurrentes*)” (CSJN P.709.XXXVI).

Lo anterior, sin embargo, conduce a la necesidad de precisar a partir de qué momento se produce la concepción y, con ella, la protección legal y constitucional que recae a cargo del Estado. En ese discurrir de ideas, y ante la carencia de legislación sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, viene a establecer los parámetros requeridos. En tal tesitura de las cosas, la CSJN declara que “el comienzo de la vida humana tiene lugar con la unión de los dos gametos, es decir, con la fecundación”, momento a partir del cual “ existe un ser humano en estado embrionario ”³⁴⁰ Además, especifica en su jurisprudencia, que “todo ser humano a partir de la concepción es considerado niño y tiene el derecho intrínseco a la vida” (ampara su discurrir en el artículo 6.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño³⁴¹ y el artículo 2 de la Ley 23.849³⁴²). Ahora bien, en continuidad de lo expuesto, el Código Civil (artículos 70 y 63), establece que la existencia de las personas comienza “desde el seno materno”, momento desde el cual adquieren “algunos derechos, como si ya hubiesen nacido.” No obstante lo dicho, los diferentes tribunales, interpretan que en el marco de las nuevas tecnologías de procreación asistida, la concepción se produce tanto al interior

³³⁸ Artículo que dice: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por ley y, en general, a partir del momento de la concepción”.

³³⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación. (Buenos Aires/Argentina). P.709. XXXVI “Portal de Belén-Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo”. 5 de marzo de 2002. (ver también sentencias 302:1284, 310:112; 323:1339).

³⁴⁰ *Ibid.*

³⁴¹ Esta Convención se incorpora al ordenamiento a través de la Ley 23.849.

³⁴² La Ley 23.849 declara que niño es “todo ser humano desde el momento de la concepción y hasta los 18 años de edad”

del útero como fuera de él (in vitro).³⁴³ Se reconoce así, al embrión condición de persona³⁴⁴ y, por tanto, sujeto de derechos. No obstante, se señala que más allá de los enfoques científicos “no cabe duda alguna que el embrión- como tal- debe considerarse en términos de ser humano aunque tal protección no sea tan intensa como otros momentos del decurso biológico de todo un proceso en desarrollo”³⁴⁵. En otras palabras, se acepta una protección gradual del ser humano según su desarrollo. En el sentido de lo dicho, la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, en sentencia de 9/09/2011, sostiene que los embriones deben ser protegidos legalmente “en función de sus características humanas” por consistir en vida humana (sea in vivo o in vitro) y en virtud de ello deben establecerse una “serie de restricciones” que amparen derechos elementales como: el derecho a la vida, a la integridad y a la dignidad del ser humano. Se dice que debe existir un “derecho del embrión”; esto, aún cuando no existe soporte normativo expreso.

Establecidos los parámetros de protección del embrión, se abordan temas asociados a la procreación asistida como lo son: el destino de los embriones, la crio conservación, la investigación, la experimentación con embriones y, la ovodonación.

Primeramente, se tiene que al evaluar el destino de los embriones sean o no transferidos al útero materno, se concluye, que estos merecen protección³⁴⁶. Así las cosas, se determina que el “*descarte*” de embriones “vulnera el derecho a la vida de los mismos”. La experimentación, la investigación y la manipulación genética de los embriones, no son admitidas dado que, se interpreta, conllevan un atropello a la dignidad de la persona humana.

No obstante, la técnica de la crio conservación, se vislumbra como una vía aceptable para la protección de los embriones que puedan resultar “sobrantes” o “supernumerarios”, esto “por lo menos hasta el momento en que pueda decidirse, su destino con arreglo al respeto por el mantenimiento y la dignidad de esta forma de

³⁴³ Se ha considerado que realizar una interpretación distinta a la mencionada, contraviene el principio de igualdad ante la ley (art. 24 de la Convención Americana) y el Código Civil, que no realiza tal distinción en las formas de concepción (art. 264 C.C.).

³⁴⁴ Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, sentencia 9/9/2011.

³⁴⁵ La Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo, de San Nicolás, alude en su jurisprudencia de “distintas etapas de desarrollo”, entre ellas: la preembrionaria, embrionaria y fetal (aunque no se refiere a ellas específicamente).

³⁴⁶ Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, sentencia 11/05/2010.

vida³⁴⁷.” En tal sentido se cita a Soto Lamadrid quien dice que: “ si admitimos la fecundación Vitro y las técnicas de poliovulación inducida, entonces el método de conservación en frío nos resultará un complemento material para ser utilizados en una segunda transferencia [...] , ya que, en realidad no se pretende afectar la vida o la respetabilidad del ser humano (cfr. Soto Lamadrid. Miguel AI, “Biogenética, filiación y delito”, *BS. As. 190, cit. Por Soraya Nadia Hidalgo, “Congelamiento y Destrucción de embriones. ¿Avance o retroceso?” LL 1993-D-1103*)”³⁴⁸.

Así, la crio conservación se percibe como “un remedio de excepción” para aquellos casos en que no es posible una transferencia embrionaria inmediata a su madre biológica o a otra mujer receptora o, incluso, para una sucesiva transferencia, “, ya que, de no seguirse este camino este individuo estaría condenado inexorablemente a la muerte (ver Roberto Andorno, “*El derecho a la vida. ¿Cuándo comienza? ED 131-904, cit. Idem anterior.*”³⁴⁹ Ahora bien, en lo dicho pueden vislumbrarse al menos, tres aspectos de consideración, a enumerar, entre ellas: 1) se prevén posibles eventualidades que no permitan la inmediata transferencia embrionaria; 2) es posible la donación de embriones, cuando estos no puedan ser transferidos a la madre biológica (se indica que este punto de vista concuerda con la propuesta a esta alternativa, en el Proyecto de Ley sobre Reproducción Humana Médicamente Asistida de 1997) ; y 3) se prevé, posiblemente, que las condiciones médicas de quienes buscan procrear no sean las óptimas, pues se habla de la posibilidad de transferencias sucesivas, aspecto que suele estar ligado a aquellas circunstancias en que el hombre tiene severos problemas de fertilidad, o la mujer tiene serios problemas con la calidad de sus óvulos.

Por otra parte, la jurisprudencia considera que al interior del marco legal y constitucional del ordenamiento argentino, debe prohibirse cualquier experimento de clonación, por atentar contra la vida, la integridad física y dignidad de la persona humana.

La jurisprudencia argentina no solo admite una graduación de la protección del nasciturus; sino que, en algún sentido, no sostiene “la prevalencia automática del

³⁴⁷ *Ibíd.*

³⁴⁸ Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, en sentencia de 9/09/2011

³⁴⁹ *Ibíd.*

derecho a la vida de la persona por nacer frente a los derechos de su madre” u otros posibles derechos que deban ser ponderados. Existen dos casos ilustrativos al efecto. El primero de ellos, corresponde a la sentencia T.421. XXXVI. T., c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo, de 11 de enero de 2001. En el caso citado, la CSJN Argentina, declara inadmisibles los recursos extraordinarios en relación con sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que permitió inducir el parto a una mujer en avanzado estado de gravidez de feto ancefálico. Solicitud que inicialmente fue denegada por el juzgado de primera instancia y la correspondiente Cámara de Apelaciones.

La CSJN, declara inadmisibles los recursos por considerar que “frente a lo irremediable del fatal desenlace debido a la patología mencionada y a la impotencia de la ciencia para solucionarla cobran toda su virtualidad los derechos de la madre a la protección de su salud, psicológica y física y, en fin, a todos aquellos [derechos] reconocidos por los tratados que revisten jerarquía constitucional [...]”

De manera que, concluye la CSJN, “sin que se adopten medidas para agravar su patología o para impedir o dificultar la supervivencia extrauterina que suceda al acontecimiento natural del parto”, se ampara la salud psicológica de la madre- la que ya muestra afectación- y se constituye en “un bien a preservar con la mayor intensidad posible dentro de los que [...] son susceptibles de alguna protección”; e interpreta que lo que se autoriza es “la inducción de un nacimiento una vez llegado el momento en que el avance del embarazo asegura-dentro del margen de toda situación vital- el alumbramiento de un niño con plenas posibilidades de desarrollarse y vivir.” En otras palabras, la CSJN argentina, realiza una ponderación de los bienes jurídicos tutelables, estimando que razonablemente, para el caso, la salud (psicológica y física) de la madre como bien jurídico tutelable, persiste por sobre la del nasciturus. Parte de su argumentación radica, en sostener que el recurrente asienta su reclamo en una forma abstracta del derecho a la vida del *nasciturus*, frente al de la madre; dando prioridad absoluta al primero sobre la segunda, siendo que constitucionalmente la ponderación entre ambos bienes ha sido previamente realizada para casos más extremos que el debatido (por ejemplo: el aborto terapéutico). No obstante, en el caso en cuestión, lo que se autoriza es adelantar el parto de un menor que tiene nulas posibilidades de sobrevivir; pues se estima que sin importar cuando se verifique el nacimiento (dentro del periodo de

gestación, en que un tal evento es absolutamente viable, desde el punto de vista médico), lo cierto es que la muerte, sobreviene debido a la condición médica, no a que nazca antes o después ya sus posibilidades de sobrevivida no dependen de ello.

El segundo caso a citar, concierne a sentencia F. 259. XLVI F., A. L. s/ medida autosatisfactiva, relacionada con la solicitud de interrumpir el embarazo en un centro hospitalario a una menor de 15 años, en estado de gravidez como producto de una violación. La petición la lleva a cabo la madre de la menor. Sin embargo, la solicitud rechazada en primera instancia (fs 153/169), al igual, que lo hace posteriormente, la Cámara de apelación (fs350/379 vta) de la provincia de Chubut. No obstante, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut, revoca la decisión de la instancia anterior, en fecha 8 de marzo de 2010 y, admite la solicitud de llevar adelante la práctica del “*aborto no punible*” (inciso 2 del artículo 86 de CP argentino) ³⁵⁰, alegando que “esta práctica de interrupción del embarazo era compatible con el plexo constitucional y convencional”. Además, señala que, aún cuando, dicha práctica no requería autorización judicial, la misma se “otorgaba a fin de concluir la controversia planteada en el caso”. La interrupción del embarazo se lleva a cabo en fecha 11 de marzo de 2010.

Ahora bien, el pronunciamiento anterior, es recurrido de manera extraordinaria por el “asesor General Subrogante de la Provincia del Chubut”, quien estima que la sentencia del Tribunal citado, compromete los preceptos constitucionales y supranacionales del Estado argentino en relación con el no nacido. No obstante, la CSJN Argentina, declara inadmisibile el recurso extraordinario. Entre los argumentos de mayor importancia, en el tema que nos ocupa, se encuentra:

- 1) Que del artículo 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y del artículo 4 de la Convención Americana, no se deriva mandato para interpretar restrictivamente la normativa penal atinente al caso.

³⁵⁰ La letra del artículo 86 del Código Penal dice: “ el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1º) si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; 2º) si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el Consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.”

- 2) Que del artículo 3 de la Convención Americana³⁵¹, no se deriva una interpretación restrictiva del artículo 86.2 del CP argentino, ya que, de acuerdo con la CSJN argentina, las obligaciones del Estado con respecto del *nasciturus* como sujeto de derecho, “no puede ser realizada en forma aislada del artículo 4 y darle un alcance de tal amplitud que implique desconocer que, [...] la Convención no quiso establecer una protección absoluta del derecho a la vida de este.”
- 3) Que del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tampoco se deriva restricción alguna, sobre todo si se considera lo estipulado por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, el cual estima debe permitirse el aborto, cuando el embarazo es producto de una violación. Incluso la entidad citada ha manifestado, su preocupación por la interpretación restrictiva, hasta ahora dada por el Estado argentino. Por tanto, concluye la CSJN “no es posible derivar de este tratado un mandato para interpretar restrictivamente la norma, sino que, inversamente, en atención a lo expuesto, se arriba a la conclusión contraria.”
- 4) Que tampoco del artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, se deriva que el artículo 86 inciso 2 del Código Penal, deba interpretarse restrictivamente. El mismo Comité de los Derechos del niño corrobora lo dicho, al señalar que “los Estados Partes- que no admiten el aborto para el caso de embarazos que son consecuencia de una violación-deben reformar sus normas legales incorporando tal supuesto”
- 5) Que asimismo existen cláusulas de igual jerarquía, así como principios básicos de hermenéutica establecidos en la jurisprudencia, que llevan a interpretar “dicha norma con el alcance amplio que de esta efectuara el a quo”. En especial sobre los principios de igualdad y no discriminación (fundamentando en la Constitución artículo 16, Declaración Americana de los derechos y deberes del Hombre artículo 2; Declaración Universal de Derechos Humanos, artículos 2 y 7, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 2.1 y 26; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 2 y 3 y Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 1.1 y 24; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer,

³⁵¹ Artículo que se refiere al reconocimiento de la personalidad jurídica, al que tiene toda persona.

artículo 2,3 y 5 a 16, Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 2; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, artículos 4.f y 6.a).

Así las cosas, la CSJN argentina, interpreta que aún cuando se pueda debatir el derecho del no nacido, no es posible pretender “exigir, a toda [...] víctima de un delito sexual, llevar a término un embarazo, [...] consecuencia de un ataque contra sus derechos más fundamentales” pues ello implicaría a todas luces una solicitud desproporcionada, ya que, ella supone exigir “a las personas que realicen, en beneficio de otras o de un bien colectivo, sacrificios de envergadura imposible de conmensurar.” Además, señala la CSJN, que en tales casos, los principios de legalidad y pro homine exigen adoptar el supuesto predicho, que establece la no punibilidad del aborto practicado, con respecto de un embarazo resultante de una violación (se prioriza el derecho humano, con respecto al poder estatal). Asimismo, considera la CSJN argentina, que no observar lo antes dicho, de plano contraviene la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (art.7) y la Ley 26.485 (arts. 3 y 6) que establece el régimen de protección de lo previsto en la mencionada convención.

Establecidos los argumentos fundamentales otorgados por la CSJN argentina, sobre el aborto no punible y su relación con la vida intrauterina, se debe acotar lo siguiente: 1º) que el derecho a la vida no es un derecho absoluto; 2º) que en determinadas circunstancias el derecho a la vida del *nasciturus* es depuesto, frente a otros derechos que es necesario ponderar (para el caso citado: los derechos de la mujer como el derecho al honor, dignidad humana-en tanto se ve forzada por un ilícito-, o su salud física y psíquica, entre otros a considerar-).

En conclusión, desde todo lo abordado y planteado, el uso de TRHA es una práctica no prohibida y ahora específicamente contemplada en los servicios de salud de la República de Argentina. El acceso a ellas se ampara en derechos como: el derecho a la vida, el derecho a fundar una familia y al derecho a la salud en general y la salud reproductiva en particular.

En Argentina, la infertilidad es vista, en algunos casos, como una patología y, en otros, como una discapacidad, pero más allá de eso, lo que sí, resulta evidente, es que debe recibir cobertura médica y asistencial por parte de los servicios de salud pública.

La jurisprudencia argentina estima que las TRHA no vulneran el derecho a la vida del no nacido, pues se interpreta que las técnicas en cuestión corresponden a un método de concepción a través del cual se pretende obtener un embarazo, cuando no es posible a través de otra vía.

La Corte Suprema de la Nación, ha dicho que la vida humana debe ser protegida desde la concepción (unión de gametos), siendo el embrión titular al derecho a la vida. No obstante, a su vez, sostiene que la protección brindada a la vida embrionaria es de naturaleza gradual según su desarrollo, siendo que su derecho a la vida no es absoluto, sino que debe ser ponderado con otros derechos.

2.1.5. DERECHOS REPRODUCTIVOS Y EL DERECHO A LA SALUD. COLOMBIA.

Los derechos sexuales y reproductivos (art. 42 CPC) para la Sala Constitucional colombiana (CCC), son verdaderos derechos humanos, reconocidos como fundamentales por la Constitución Política de 1991 y diversas normas del bloque de constitucionalidad (sentencias T-226/10, T-627/12 y C-355/06 de CCC).³⁵² La Sala Constitucional reconoce a mujeres y hombres como titulares de los derechos reproductivos; no obstante, interpreta que tales derechos son especialmente significativos para las primeras en mención³⁵³. La jurisprudencia constitucional, sostiene que los derechos reproductivos van dirigidos a reconocer y proteger (i) la autodeterminación reproductiva y (ii) el acceso a los servicios de salud reproductiva (sentencias T-627/12 y T-585/10 de CCC).

³⁵² Sala Constitucional. Sala Segunda de Revisión (Colombia). Sentencia T-226/10. Bogotá D. C. 23 de marzo de 2010. Expedientes T-2456849, T-2456857, T-2459151 y T-256673. Acumulados (se cita al efecto: Sentencia C-355 de 2006, C-507 de 2004, T-636 de 2006). El carácter fundamental de los derechos reproductivos tiene amparo en el derecho a la vida y la salud física y mental, y el derecho del libre desarrollo a la personalidad (arts. 11 y 6 de la CPC).

³⁵³ Se estima que el ejercicio de los derechos reproductivos incide directamente en el proyecto de vida de las mujeres y que la gestación se produce en sus cuerpos.

Se entiende que la autodeterminación reproductiva viene a reconocer, respetar y garantizar la facultad de las personas a decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Aspecto que se encuentra consagrado en el artículo 42 de la Constitución Política al indicar que “la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos”; en igual sentido se pronuncia la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)³⁵⁴, en su artículo 16 inciso e.

Considerando la especial incidencia de los derechos reproductivos en las mujeres se dirá, que el derecho de estas debe estar libre de todo tipo de interferencias en la toma de decisiones reproductivas. Dirá la Sala Constitucional Colombiana que estas son decisiones personales, pues “[I]a decisión [de la mujer] de tener hijos [...] no debe [...] estar limitado por el cónyuge, el padre, el compañero o el gobierno”³⁵⁵. Jaime Araujo Rentería (magistrado de la CCC en el 2006) sostiene que se trata de conceder libertad plena a quienes quieren reproducirse y a quienes no quieren procrear³⁵⁶. Esto en el marco del libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la privacidad e intimidad.

Asimismo, se dirá que los derechos reproductivos, reconocen y garantizan el acceso a la salud reproductiva.³⁵⁷ Correspondiendo esta a “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, sus funciones y procesos” así, como su decisión de “procrear y la libertad para decidir hacerlo o no, cuándo y con qué frecuencia.” Se sostiene que es necesario asegurar el acceso a servicios en materia reproductiva, siendo que el Estado debe abstenerse de limitar y suprimir toda barrera impuesta a su disfrute, aún cuando la acción provenga de terceros.

³⁵⁴ La CEDAW fue ratificada por Colombia el 19 de enero de 1982 (sentencia 311/10). De acuerdo al artículo 93 de la Constitución Colombiana “Los tratados y Convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el ordenamiento interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”

³⁵⁵ Sentencia 627/2012 en que se cita: Comité CEDAW. Recomendación General N° 21 La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, 1994, párr. 22.

³⁵⁶ Araujo Rentería, Jaime (s.l., s.f.) *Algunos problemas jurídicos del debate del aborto en la Sala Constitucional de Colombia*. Recuperado de <http://segundocongresoderechosreproductivos.com/files/presentaciones/JaimeAraujoRenteriaAlgunosproblemasjuridicosColombia.pdf>

³⁵⁷ Sentencia 627/2012. Cita: Comité de Derechos Humanos. Observación General N°28 igualdad de derechos entre hombres y mujeres, 29/3/200, párr. 20

No obstante, es importante señalar que, jurisprudencialmente la salud reproductiva como derecho fundamental se aborda desde cuatro ejes específicos: 1) la educación e información a métodos anticonceptivos, en tanto métodos de planificación; 2) el acceso a servicios de interrupción voluntaria del embarazo de forma segura y oportuna, en los casos aceptados como no punibles; 3) medidas que garanticen una maternidad segura (durante la gestación, parto y lactancia); 4) la prevención y tratamiento de las enfermedades del aparato reproductor femenino y masculino (esencialmente comprendida como recuperación). En este sentido la jurisprudencia Constitucional señala que: “las prerrogativas que conceden los derechos reproductivos son parte de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución de 1991, pues especifican las facultades que se derivan necesariamente de su contenido en el ámbito de la reproducción” citándose derechos fundamentales tales como: derecho a una vida digna (art. 1y 11 de CPC), a la igualdad (arts. 13 y 43 CPC), al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 CPC), a la información (artículo 20 CPC), a la salud (artículo 49 CPC) y a la educación (artículo 67 CPC), entre algunos otros. Se ha afirmado así que los derechos reproductivos entran a formar parte del derecho constitucional (sentencia 627/2012).

Sin embargo, a pesar de lo dicho, la Sala Constitucional colombiana, sostiene que la tutela constitucional no procede con respecto de los tratamientos de fertilidad³⁵⁸ de alta complejidad, por estar excluidos del Plan Obligatorio de Salud (POS) de ese país³⁵⁹, siendo que la obligación del Estado se limita a condiciones de infertilidad que puedan ser corregidas³⁶⁰. En otras palabras, la Sala Constitucional considera posible proteger constitucionalmente, la infertilidad secundaria, pero no la primaria o la esterilidad. Este

³⁵⁸ Amparado en lo supra planteado, la jurisprudencia de la Sala Constitucional colombiana, no deniega los tratamientos de fertilidad en general, excepcionalmente son suministrados según ciertos parámetros definidos y previa demostración de la incapacidad económica del beneficiario. Por tanto, los tratamientos de fertilidad solo se contemplan a la luz del derecho a la salud, cuando se “tiene como objeto esencial sanear o curar la causa que produce la infertilidad, o al menos intentar hacerlo; por cuanto lo que se ataca es la enfermedad que afecta la salud, la vida o la integridad física de la mujer” (T-226/10).

³⁵⁹ Esta exclusión se produjo en la Administración del ex presidente Cesar Gaviria Trujillo, mediante decreto 1938 de 5 de agosto de 1994 (ordinal c), con lo esta patología –se dirá- no es contemplada en el registro de Salud Reproductiva. Decreto que posteriormente fue derogado por el Decreto 806 de 1998, el que continuó manteniendo la exclusión señalada. Congreso de la República de Colombia, Op. cit.

³⁶⁰ La salud es vista como curativa, o cuando menos para evitar dolencias (paliativa), pero no parece tener una connotación preventiva o integral. En sentencia T-424/09 se dice que: “el principio de continuidad en los servicios de salud se encuentra ligado a la existencia de una amenaza de violación de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad personal del interesado; de lo contrario, en caso de cese de la amenaza o de la violación, resulta constitucionalmente aceptable que se le suspenda la prestación de los servicios de salud [...]”

enfoque es posible por la particular interpretación que hace la Sala Constitucional Colombiana del artículo 49 de su Constitución³⁶¹. Al interpretar que el derecho a la salud es un derecho social y prestacional, de segunda generación, que *per se* no posee la connotación de fundamental; excepto, cuando se trata de grupos que evidencian debilidad manifiesta (la niñez –art. 44 CP-, los discapacitados-art. 47 CP-, personas de la tercera edad –art.46 CP-, adolescentes –art.45 CP- y mujeres embarazadas y cabeza de familia –art. 43 CP-) o cuando se halla en conexidad con la eficacia de un derecho manifiestamente considerado como fundamental, que está amenazado o ha sido vulnerado (por ejemplo: el derecho a la vida o la dignidad humana). También se predica de aquellos casos, en que la acción es idónea para proteger de forma inmediata el núcleo esencial del derecho fundamental conexo.

Siendo el derecho a la salud, un derecho de naturaleza prestacional, está supeditado a la capacidad operativa del Estado (que implica el establecimiento de políticas públicas). Así las cosas, el derecho a la salud no es prioritario, ya que, se entiende que la prioridad del Estado está dirigida al “progreso y perfeccionamiento de las políticas frente a derechos consagrados como fundamentales”; claro está –dirá la Sala Constitucional Colombiano- ello no implica olvidar el compromiso del Estado de proteger “el nivel más alto posible del disfrute al derecho a la salud”³⁶²

En el contexto de lo previamente discutido, la cobertura estatal médica de los “tratamientos de fertilidad” que supongan las técnicas de procreación de alta

³⁶¹ Este artículo en cuestión se ubica en el capítulo 2, del texto constitucional, denominado: “*de los derechos sociales, económicos y culturales*”. El artículo en cuestión dice:

La atención a la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y las particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados por ley.

Los servicios de salud se organizan en forma descentralizada, por niveles de atención y participación de la comunidad.

La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.”

³⁶² Se dice que este enfoque, está en acuerdo con la Observación General N° 14 del Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, como intérprete autorizado del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que fue ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969. Ver Sentencia T-890/09.

complejidad, son excluidos³⁶³ alegando principalmente su alto costo (siendo que se dirá-Colombia es un país de limitados recursos que debe priorizar en materia de gasto público y social) y que su naturaleza no es curativa. Además, se alega, que si bien los contenidos en el Plan Obligatorio de Salud (POS), no son mínimos, tampoco son de naturaleza integral.³⁶⁴ Dado lo dicho, puede interpretarse que en la jurisprudencia constitucional colombiana, la salud es esencialmente curativa y no se busca con ella mejorar condiciones generales de salud.³⁶⁵ En resumen, no se aprecia en su dimensión preventiva o compensadora. Sin embargo, este enfoque es contradictorio, cuando se estima que el artículo 12 de la CPC proclama el derecho fundamental a la integridad personal que cubre aspectos tanto físicos, como de orden mental y psíquico, tal que una vida digna requiere de la confluencia de tales elementos, según ha sido planteado por la misma CCC (aspectos que a nuestro modo de ver pueden ser perfectamente aplicables a la reproducción asistida).

Por otra parte, es importante aclarar que la Sala Constitucional Colombiana, en el marco de los derechos reproductivos, sostiene que “el derecho a la maternidad en la Constitución implica un deber de abstención del estado de intervenir en las decisiones relativas a la procreación y unas obligaciones positivas, como la protección de la mujer embarazada o la estabilidad laboral reforzada, que no incluyen el deber de suministrar

³⁶³ Este enfoque, parte de una percepción particular de los tratamientos de fertilidad, tal que, no son considerados estrictamente un problema de salud que requiera una consideración preponderante en el sistema de salud, sino que se relaciona fundamentalmente con el derecho a procrear. Tal que si bien, las técnicas de procreación asistida se relacionan con servicios médicos, no están en lo fundamental estimados como un problema de salud. Y, por tanto, no está de más decir, que los Convenios Internacionales relativos al tema, parecen estar interpretados por la Sala Constitucional Colombiana, en forma tal, que las TRHA, pueden ser abordados desde los derechos reproductivos; solo en relación a la obligación de abstención, dirigida a no coaccionar la libertad de procrear que les asiste a sus ciudadanos, quienes podrán planificar su familia sin restricción alguna y según ellos lo determinen (sin considerar el medio que se utilice para ello, a saber: la vía natural o a través de las TRHA, ya que no se hace observación alguna en este sentido). La salud tiene un enfoque curativo y no preventivo.

³⁶⁴ Se puede decir, que tras el análisis de la jurisprudencia de la Sala Constitucional Colombiana, el concepto “*integral*” es ambiguo respecto del derecho a la salud, pues en ocasiones se dice que el sistema no es integral, entendido este concepto en su acepción de “*global*”: En otras ocasiones, sin embargo, se dice que los servicios médicos son integrales, no obstante, el contexto, hace pensar que a lo que se refiere es a los servicios básicos (mínimos) de salud. Ello es evidente en la sentencia T-311/10 cuando se dice: “la garantía plena de su goce efectivo está supeditada en gran parte a los recursos disponibles, tanto materiales como institucionales.” La Sala Constitucional sostiene que “la consagración del derecho a la salud y la aplicación al sistema general de salud de los principios de solidaridad, universalidad e integralidad, no apareja la obligación del Estado de diseñar un sistema general de seguridad social que esté en capacidad, de una sola vez, de cubrir integralmente y en óptimas condiciones, todas las eventuales contingencias que puedan afectar la salud de cada uno de los habitantes del territorio.”

³⁶⁵ Esto puede ser interpretado a pesar de lo contradictorio que ello pueda resultar, respecto a la definición de salud aceptado por el Estado Colombiano. Es claro que en este sentido el Estado se acogió a la idea de desarrollo progresivo de los derechos sociales y económicos.

tratamientos que permitan la procreación”. Y, por tanto, no se genera una obligación estatal en materia de maternidad asistida. El derecho a procrear corresponde a un derecho de segunda generación, no prioritario. En ese orden de ideas, se alega que solo cuando el Estado ha garantizado derechos esenciales, puede generar políticas dirigidas a asegurar derechos de desarrollo progresivo. Hasta este punto, lo que resulta claro es que si bien puede concebirse que la autodeterminación reproductiva sea un derecho constitucional de naturaleza fundamental, no lo es así el ejercicio mismo de la procreación. En resumen, el Estado estima que su obligación consiste en limitar o suprimir la acción de sus instancias o de terceros ante la libre autodeterminación en la procreación de sus ciudadanos. No obstante, no percibe como un derecho fundamental procurar la procreación en sí misma³⁶⁶.

En este sentido la Sala Constitucional indica que:

“el derecho a la procreación-aunque existe como tal en cabeza de todo ser humano e implica un deber de abstención estatal en relación con aquellas actividades tendientes a su restricción o determinación imperativa [...]” (sentencia T-311/10 de CCC)

Punto de vista que ratifica la Sala Constitucional colombiana, en la sentencia T-890/09, cuando dice que “la obligación del Estado no va más allá de cumplir con su deber de abstención en el desarrollo de actividades que puedan afectar, obstruir o limitar el derecho de la mujer a procrear”. Comprende por tanto una dimensión inevitablemente intrínseca a la naturaleza humana.

Asimismo, desde el ámbito del derecho a la salud, los procedimientos de reproducción asistida de alta complejidad, no son vistos como un tratamiento, pues con ellos no se cura una enfermedad. Con la FIV, “no se trata de abordar la causa de infertilidad, sino llegar a un proceso de fertilización a través de medios externos” (sentencia T-226/10). Así las cosas, si bien, las técnicas de procreación asistida se relacionan con servicios médicos; en lo fundamental, no se estiman como un problema

³⁶⁶ En sentencia T-311/10 se dice: “[...] no incluye la obligación del Estado de buscar por todos los medios la viabilidad del ejercicio de las funciones reproductivas, cuando éstas se encuentran truncadas por motivos que no pueden ser imputables al Estado”

de salud. Por tanto, no está, de más decir, que los Convenios Internacionales relativos al tema de los derechos reproductivos, tal parecen estar interpretados, en forma tal, que las TRHA se abordan desde los derechos reproductivos; solo en relación con la obligación de abstención, tendiente a no coaccionar la libertad de procrear que asiste a los ciudadanos, quienes podrán planificar su familia sin restricción alguna y según ellos lo determinen (sin considerar el medio que se utilice para ello, a saber: la vía natural o a través de las TRHA). Así las técnicas de procreación, son visualizadas desde el libre ejercicio de la procreación, constitucionalmente protegido, en tanto corresponde a un ámbito de la libre autodeterminación (derecho evidentemente de naturaleza fundamental). Mientras que el derecho a la salud reproductiva, en general, tiene un enfoque muy restringido, que se funda a su vez en una percepción restringida del derecho a la salud.³⁶⁷

Cabe por tanto decir que, las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), se entienden a la luz de la libertad de procrear, que se ampara en el reconocimiento de los derechos reproductivos y el derecho libre de desarrollo de la personalidad, más que en relación con el derecho a la salud. La razón fundamental radica en que las TRHA, de acuerdo con el Estado colombiano, no responden a una patología, sino a una forma de sustituir o complementar el contacto sexual para que se produzca la fertilización recurriendo para ello a tecnologías especializadas. En este sentido, la obligación a cargo del Estado es de carácter negativo o de abstención y, no implica para el Estado una obligación positiva, como la que implica el derecho a la salud. De manera tal que, la

³⁶⁷ No obstante, la Ley 100 de 1993 o Sistema de Seguridad Social en Salud y decretos relacionados, de acuerdo al Estado Colombiano viene a cumplir con su deber de organizar, dirigir y reglamentar los servicios de salud, a través de los que se pretende educar, informar, fomentar la salud, la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de las enfermedades, y suministro de medicamentos esenciales en su denominación genérica. Sin demérito de lo dicho, no se puede obviar que la jurisprudencia tiene un enfoque del derecho a la salud desde el tratamiento y rehabilitación de enfermedades, más que desde la prevención. De manera tal que, es posible considerar que, se diluye el contenido del concepto de salud indicado al inicio de este segmento, la que sin duda tiene una visión mucho más integral y va más allá de lo predicado por la jurisprudencia constitucional de Colombia. La Sala Constitucional colombiana, se ha pronunciado respeto de los contratos de medicina prepaga, señalando que tal servicio se circunscribe al contrato (dándole así un énfasis más privado que público). Se dice que el servicio es integral, pero a la vez se señala que “se entienden excluidos del contrato padecimientos del usuario que previa, clara y taxativamente se hayan señalado en las cláusulas del mismo, sin que sea válido que con posterioridad la entidad pueda ampliar, unilateralmente, el catálogo de exclusiones” (ver sentencia T-311-/10). Una concepción como la expuesta, implica que en sentido estricto, la salud no es ni puede ser vista integralmente. Pues un contrato taxativo, no puede ser concebido como integral, pues los padecimientos pueden ser variados y no siempre corresponder a una lista taxativa. A fin de cuentas, cuando mucho lo que se puede concebir es que existen servicios muy básicos, entendiéndose que padecimientos severos que afecten e incluso comprometan la vida de sus usuarios, deben ser siempre irremediablemente ventilados vía jurisprudencial, a través de la vía del amparo.

obligación del Estado, consiste en no intervenir negativamente en el ejercicio de la libertad de procrear.

2.1.6. EL DERECHO A LA VIDA Y EL NASCITURUS. COLOMBIA.

El derecho fundamental a la vida en Colombia, se encuentra consagrado en el artículo 11 de la Constitución Política, cuyo texto dice:

“El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte.”

No obstante, es importante señalar que la Sala Constitucional colombiana, en el marco del bloque de constitucionalidad, al interpretar el derecho en cuestión, sustenta algunas posiciones importantes a considerar, entre ellas: Que el derecho a la vida no es de carácter absoluto.

La Sala Constitucional colombiana ha sostenido de manera reiterada que:

“Ninguno de los valores, principios o derechos constitucionales fundamentales se garantizan en el ordenamiento jurídico constitucional colombiano de manera absoluta, pues estos deben poder dar lugar a la ponderación frente a otros valores, principios y derechos cuya protección también resulta relevante desde el punto de vista constitucional” (sentencia T-585/10. Este punto de vista también lo sostiene en sus sentencias C-355/06 y T-732/09).

Por otra parte, el alto Tribunal sostiene que de común acuerdo con el ordenamiento jurídico constitucional (o bloque de constitucionalidad), debe distinguirse entre el *“valor de la vida”* y el *“derecho a la vida”* y, asegura que la protección jurídica constitucional proporcionada a cada uno de estos valores difiere en extensión e intensidad. Así las cosas, en el primer caso, lo que se valora es un bien constitucionalmente protegido; en el segundo, la protección recae sobre un derecho fundamental. De acuerdo con el Tribunal constitucional, la protección a la vida responde, a *“especificaciones, modalidades y etapas que se producen a lo largo del*

curso vital” tal que la intensidad en la protección de la vida es de carácter gradual, siendo determinante en ese proceso el nacimiento (T-209/2008).

Asimismo, se sostiene que el derecho a la vida supone “la titularidad para su ejercicio y dicha titularidad, como la de todos los derechos, está restringida a la persona humana, mientras que la protección de la vida se predica incluso con respecto de quienes no han alcanzado esa condición” (sentencia T-209/2008). En este sentido, es posible decir que, la Sala Constitucional colombiana, acepta el nacimiento como el evento que define jurídicamente hablando, el momento a partir del cual se predica el derecho fundamental a la vida.

La Sala Constitucional colombiana, admite que, en el ordenamiento constitucional colombiano, existe una protección general de la vida, en la que se inscribe el “*valor de la vida del nasciturus*”; con respecto del cual -se dirá- siempre es posible generar mecanismos de protección que lo cubran, incluso en el ámbito penal³⁶⁸. No obstante, ello sería posible en el tanto, se le estima como un “bien que goza de protección constitucional” (sentencia T-209/2008). De acuerdo con Jaime Araujo Rentería³⁶⁹, en el marco de constitucionalidad colombiana, no es posible atribuirle personalidad jurídica al no nacido, por cuanto, esta solo es atribuible a sujetos que pueden tener derechos subjetivos y asumir obligaciones y no en tanto se es únicamente objeto de prestaciones, como es el caso del *nasciturus*.

En relación con el *nasciturus*, la Sala Constitucional colombiana en sentencia C-355 de 2008, dice lo siguiente:

“La vida humana transcurre en distintas etapas y se manifiesta de diferentes formas, las que a su vez tienen una protección jurídica distinta. El ordenamiento jurídico, si bien es verdad, que otorga protección al *nasciturus*, no la otorga en el mismo grado e intensidad

³⁶⁸ Por ejemplo: en el ordenamiento colombiano la prohibición al aborto responde - de acuerdo al Tribunal Constitucional- al “deber de protección del Estado colombiano a la vida en gestación y no en el carácter de persona humana del *nasciturus* y en tal calidad de titular del derecho a la vida” (sentencia C-355/2006).

³⁶⁹ Op.cit

que a la persona humana. Tanto es ello así, que en la mayor parte de las legislaciones es mayor la sanción penal para el infanticidio o el homicidio que para el aborto. Es decir, el bien jurídico tutelado no es idéntico en estos casos y, por ello, la trascendencia jurídica de la ofensa social determina un grado de reproche diferente y una pena proporcionalmente distinta. De manera que estas consideraciones habrán de ser tenidas en cuenta por el legislador, si considera conveniente fijar políticas públicas en materia de aborto, incluidas la penal en aquellos aspectos en que la Constitución lo permita, respetando los derechos de las mujeres.”

La Corte colombiana, sostiene que el enfoque antedicho tiene cabida en el marco normativo básico del derecho a la vida, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asimismo, indica que en la Convención sobre los derechos del Niño, no se consigna de manera expresa que el *nasciturus* sea persona. Por último, el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no establece el derecho a la vida como un derecho absoluto, por tanto “bajo ninguna de las posibilidades interpretativas antes reseñadas puede llegar a afirmarse que el derecho a la vida del *nasciturus* o el deber de adoptar medidas legislativas por parte del Estado, sea de naturaleza absoluta [...] Incluso desde la perspectiva literal, la expresión “en general” utilizada por la Convención introduce una importante cualificación en el sentido que la disposición no protege la vida desde el momento de la concepción en un sentido absoluto, porque precisamente el mismo enunciado normativo contempla la posibilidad de que en ciertos eventos excepcionales la ley no proteja la vida desde el momento de la concepción” (sentencia C-355/2008)

La Sala Constitucional colombiana, mantiene tales puntos de vista, en diversos pronunciamientos relativos al aborto voluntario³⁷⁰; que – interpreta- corresponde a un verdadero derecho fundamental, amparado en el marco de los derechos reproductivos

³⁷⁰ También son citadas las siguientes sentencias: T-732 de 2009, T-388 de 2009, T-209/2008, T-355/06, entre otras.

(en específico, en relación con el acceso a servicios de salud reproductiva) y de las facultades que se derivan de los ámbitos de la reproducción.³⁷¹

Los anteriores puntos de vista, responden, a su vez, a dos importantes aspectos:

1) que los derechos reproductivos han sido reconocidos y garantizados como derechos fundamentales, en especial, en relación con las mujeres. Entendiendo que los derechos reproductivos involucran otros derechos como: la libertad y dignidad de la mujer gestante, el libre desarrollo de su personalidad, su derecho a la vida y a la salud (física y mental), incluido en este último derecho, la salud sexual y reproductiva).

2) Y que la configuración del legislador en materia penal debe responder a los límites impuestos por los derechos fundamentales, los principios y valores constitucionales y el bloque de constitucionalidad.

En el marco de lo antes expuesto, el Tribunal Constitucional colombiano, viene a interpretar que “cualquier medida orientada a proteger el valor de la vida del *nasciturus* no puede significar atentar contra los derechos de la mujer gestante” (Sentencia T-585/10 y ver T-355/06). Ver las cosas de manera distinta, irremediamente llevaría a infringir los derechos de las mujeres, en especial, de la mujer gestante.

Ahora bien, ciertamente es importante señalar, que el Tribunal Constitucional de Colombia, no presume como absolutos los derechos de la mujer sobre los del *nasciturus*. Lo que ha sostenido realmente, es que en determinadas circunstancias, los derechos de las mujeres deben privar, por encima del derecho que cubre al *nasciturus*. La idea base, tiene su eje en la ponderación de derechos, tal que existen ocasiones en que los derechos de las mujeres adquieren un valor preponderante con respecto al derecho de la vida del *nasciturus*.

³⁷¹ En el ordenamiento jurídico colombiano, el aborto voluntario se configura cuando: 1) “Cuando el embarazo es resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o de acto sexual sin consentimiento, acto abusivo, inseminación artificial no consentida, transferencia de óvulo fecundado no consentida, o de incesto”; (sentencia 209/2008) 2) “Cuando el feto padece malformaciones de tal entidad que lo hacen inviable”; y 3) “en los casos en los cuales se ve amenazada la salud y la vida de la mujer gestante”. (ver sentencia T-585/10)

En este sentido se encuentra que, el Tribunal Constitucional, al valorar temas relativos al aborto voluntario en los supuestos de ley (en especial si “ el embarazo es resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o de acto sexual sin consentimiento, acto abusivo, inseminación artificial no consentida, [o] transferencia de óvulo fecundado no consentida”) ha dicho que no es posible otorgar protección absoluta a la vida del feto sobre los derechos fundamentales de la mujer como el libre desarrollo de la personalidad y su dignidad humana, pues hacerlo sería manifiestamente desproporcionado e irrazonable y se estaría privando “totalmente de contenido a estos derechos”. De acuerdo con la Sala Constitucional colombiana decidir contraer o no matrimonio, procrearse o no hacerlo, elegir determinada preferencia sexual, decidir recibir o no un tratamiento médico entre otros a considerar, son formas de expresión del libre desarrollo de la personalidad, el cual se impone como un límite a la potestad sancionadora, ya que, este no puede imponer un modelo de virtud a sus ciudadanos, obviando el pluralismo cultural (sentencia C-309/97). Asimismo, la dignidad humana supone establecer un plan de vida, según ciertas condiciones materiales concretas de existencia y aspectos tales como la integridad física y moral, entendiendo esta última como vivir sin humillaciones. (C-355/06, punto 8.1)

Asimismo, se ha sostenido que la vida del *nasciturus* pierde peso, cuando la vida de este resulta inviable. De manera tal, que si la vida del *nasciturus* ha sido naturalmente comprometida, sancionar penalmente a la mujer a fin de proteger la vida en gestación “entrañaría la imposición de una conducta que excede la que normalmente es exigible a la madre, pues la mujer debería soportar la carga de un embarazo y luego la pérdida de la vida del ser que por su grave malformación es inviable”. Esto implica someter a la mujer a tratos crueles, inhumanos y degradantes “que afectan su intangibilidad moral, esto es, su derecho a la dignidad humana” (sentencia 585/10).

En igual sentido, si la vida y la salud de la madre se encuentran comprometidas, el Tribunal Constitucional colombiano, asume que prohibir el aborto supone “una trasgresión de las obligaciones del Estado colombiano derivada de normas del derecho internacional”, entre ellas: el artículo 6 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (Comité de Derecho Humanos, Observación General N° 6); el artículo 12.1 de la Convención para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer y el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Normas relativas al acceso a la salud, planificación familiar y al derecho a no ser privado de la vida arbitrariamente, pues se estima como desmesurado pedir a la madre un acto heroico que comprometa su propia vida para responder al interés de terceros; de lo anterior deriva que se diga que “resulta a todas luces un exceso requerir que la vida de la madre- ya formada- ceda ante la vida del feto- apenas en formación-.” Y seguidamente dirá el Tribunal Constitucional “si la sanción penal del aborto se funda en el presupuesto de la preeminencia del bien jurídico de la vida en gestación sobre otros bienes constitucionalmente en juego, en esta hipótesis concreta no hay ni siquiera equivalencia entre el derecho no sólo a la vida, sino a la salud propia de la madre con respecto de la salvaguardia del embrión” (sentencia T-585/10).

No obstante, es importante, señalar que el Tribunal Constitucional, estima que la mujer en virtud de su libre determinación, puede no optar por la posibilidad que le otorga la ley, pero de hacerlo, su derecho prevalecerá sobre el no nacido en los supuestos mencionados.

Queda por tanto claramente estipulado que el derecho a la vida del nasciturus no es de carácter absoluto y que la protección de tal derecho es de naturaleza gradual. Se comprende que la defensa del derecho a la vida del no nacido se ampara en el principio de dignidad humana y que debe ser protegido, mas no en tal sentido que entre en clara contradicción con el derecho de los titulares del derecho a la vida. Estima la Sala Constitucional que la distinción en el marco de apreciación del derecho a la vida, estriba en la distinción de quienes tienen personalidad jurídica y por tanto acreedores del derecho a la vida y otros derechos fundamentales como un derechos ciertos y no probables (sentencia 355/06).

Cabe finalmente, sobre los parámetros de lo supraplantado, pensar que la reproducción asistida, como práctica permitida en el Estado colombiano, se ampara en la visión del derecho a la vida y el valor otorgado a esta; igualmente, se apoya en la aceptación de los derechos reproductivos como derechos fundamentales, a la luz del derecho de autodeterminación o desarrollo de la personalidad y a la privacidad que cobija a los ciudadanos en el ámbito de la procreación.

2.1.7. EL ESTATUTO JURÍDICO DEL EMBRIÓN AL AMPARO DEL DERECHO A LA VIDA. CHILE

En el caso de Chile, a diferencia de Argentina y Colombia, no existen pronunciamientos especialmente significativos y específicos sobre las técnicas de reproducción humana de alta complejidad. Sin embargo, desde la jurisprudencia si es posible referirse a un tema esencial y determinante en relación con las técnicas de procreación asistida, a saber: el estatuto jurídico del embrión y su protección al amparo del derecho a la vida.

En la Constitución chilena, el derecho a la vida se encuentra protegido en el artículo 19 inciso primero, que en lo que interesa dice:

“La Constitución asegura a todas las personas:

1° El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.

La ley protege la vida del que está por nacer.

La pena de muerte sólo podrá establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado.”

El legislador chileno dirá que toda persona (en su carácter natural) ³⁷² es titular de los derechos reconocidos en el artículo 19 de la Constitución. Siendo que persona es “todo ser capaz de adquirir derechos o contraer obligaciones”. No, obstante, en relación con el concebido, pero no nacido, la doctrina y jurisprudencia constitucional chilena, sostiene que la protección de la persona en general se inicia desde el momento de la concepción³⁷³, sobre todo si se toma como punto de partida el artículo 1° de la Constitución chilena, que dice que “Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición [...]”. Asimismo, el derecho a la vida es visto como soporte de todos los restantes derechos y se percibe como un derecho esencial.

³⁷² También se hace referencia a la personalidad jurídica a la cual no nos referiremos en este punto, en lo aplicable a ella (este aspecto es contenido en el artículo 54 del Código Civil de Chile).

³⁷³ El Tribunal constitucional señala que con relación al artículo 19.1 de la Constitución chilena, esta ordena que: “La ley protege la vida del que está por nacer” siendo que a través de este mandato, el Constituyente pretende dejar constancia de que “se trata de un ser existente” insertado en el concepto de persona y, se dirá que en tal sentido, se cofía al legislador las formas concretas de protección de la vida por nacer. Se promulga por tanto la protección del derecho a la vida del que está por nacer como titular.

Ahora bien, de acuerdo con el Tribunal Constitucional chileno (Rol 740/08), el Constituyente ha manifestado su deseo de asegurar a toda persona el derecho a mantener la vida y conservarla frente a los demás. En ese sentido, el Constituyente asegura “el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona”³⁷⁴ y sostiene que tal derecho incluye la posibilidad de que la vida sea preservada y no sufra menoscabo alguno (en su dimensión física o psíquica). No obstante, en relación con el derecho a la vida del no nacido, la protección va más allá de asegurar la viabilidad de la vida intrauterina hasta su nacimiento. Esta protección se despliega en diversas normas de orden nacional e internacional, entre ellas a saber: el Código Civil a través de los artículos 54, 55, 74, 75 y 76³⁷⁵, el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 1° de la Ley 20.120, dirigida a la protección de la vida de los seres humanos desde la concepción; sin olvidar la protección penal brindada al no nacido (feto). De esta manera, se dice, el legislador ha interpretado el mandato constitucional encaminado a la protección del *nasciturus*.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional chileno, interpreta que la concepción debe entenderse como la unión del óvulo y del espermatozoide. No obstante, de acuerdo con la legislación y la interpretación que de ella también hace la Corte Suprema de Justicia chilena (R N°3190/08), el ordenamiento jurídico de Chile protege la vida en su generalidad, sin importar lo precaria que esta sea. De acuerdo con la Corte Suprema

³⁷⁴ Este enfoque es amparado en el artículo 19.1 en consonancia con el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Artículo 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

³⁷⁵ Se cita texto del art. 54. Las personas son naturales o jurídicas [...]. El art. 55 dice: “Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición [...]” y, el art. 74, señala que: la existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás. Art. 75. La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará. Todo castigo de la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento. El art. 76. De la época del nacimiento se colige la de la concepción, según la regla siguiente: se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos que ciento ochenta días cabales, y no más que trescientos, contados hacia atrás, desde la medianoche en que principie el día del nacimiento. Según el art. 7, los derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron. En el caso del Art. 74, inciso 2., pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido.

chilena, la protección de la vida ha sido dispuesta en una secuencia lógica, asegurando la vida a lo largo de todo su desarrollo (biológico, psíquico y moral) siguiendo un orden cronológico (aborto y homicidio en sus diferentes valoraciones) y gradual, tal que esta responde a una distinción que se encuentra delimitada por el nacimiento siendo que “la existencia legal de toda persona principia al nacer, es decir, al separarse completamente de su madre”, siendo que el tramo que le antecede, se inicia con la concepción. Distinguiéndose además, un grado adicional, asociado a la fecundación extracorporal, que remite a ilícitos relacionados al manejo del material germinal en el uso de la fecundación asistida. El anterior enfoque se sostiene bajo la percepción de que “no hay que perder de vista que [...] el bien vida admite, desde la perspectiva del proceso que involucra, importantes variaciones o mutaciones [tal que es posible enunciar] momentos claramente diferenciables pues como se sabe dentro de lo que se puede entender como desarrollo de la vida humana se tiene una serie de procesos concatenados de difícil separación temporal [...]” no obstante se trata de precisar cuándo finaliza la vida fetal y cuando inicia la independiente. En ese sentido si bien la realidad biológica de la vida es un devenir, la jurisprudencia interpreta que el elemento diferenciador de apreciación se ubica en la capacidad de generarse un tercero existencialmente distinto de la madre.

De todo lo anterior, puede deslindarse que, que el ordenamiento jurídico chileno brinda amplia protección al nasciturus y le considera acreedor del derecho a la vida, pero no en sentido equivalente al ya nacido, respondiendo así a un modelo gradual de protección de la vida humana.

Por otra parte, en el marco de su legislación, Chile permite la aplicación de las técnicas de procreación asistida como respuesta a problemas de infertilidad. Como señala Jaime Mañalich (Ministro, agosto 2012), Chile pretende “avanzar en la codificación de la infertilidad como una enfermedad como la OMS [...] ha señalado” (citado por Zegers-2012).

Arraigada (2010) sostiene que las TRHA en Chile, se encuentran asociadas a temas de salud, esencialmente, porque infertilidad es considerada una enfermedad, y no un medio alternativo de procreación.

El artículo 19 de la Constitución chilena, también incluye derechos como: la igualdad ante la ley, el respeto a la vida privada y a la honra de la persona y la familia, la libertad de conciencia, así como también la protección a la salud, derechos que bien pueden ser considerados en lo relativo a las TRA.

Finalmente, sobre todo lo planteado en el marco latinoamericano, es importante señalar que en relación con el derecho a la vida (en especial al artículo 4.1 de la Convención Americana) y los derechos reproductivos, de acuerdo con Paola Bergallo (2012)³⁷⁶, los Tribunales Constitucionales latinoamericanos, interpretan los derechos en mención (en especial a temas relativos al aborto), a la luz de cuatro premisas, que resultan evidentes en sus decisiones jurisdiccionales, a saber:

- 1-Reconocer que no existe un derecho absoluto a la vida.
- 2-Sostener que los sistemas jurídicos protegen la vida en forma incremental.
- 3-Admitir que los regímenes jurídicos protegen los derechos sexuales y reproductivos de las personas.
- 4- Aceptar la necesaria ponderación de derechos (bajo la premisa de que no existen derechos absolutos y que estos deben ser ponderados con otros derechos, a la luz del artículo 29 de la Convención Americana³⁷⁷).

Como es visible en nuestra investigación, el enfoque de Bergallo, es totalmente aplicable para Argentina y Colombia. Chile, por su parte, se sustrae de este enfoque, en tanto su principal pronunciamiento no recurre a la ponderación de derechos, sino que se recurre a ciertos parámetros científicos que son interpretados como válidos. No obstante, el enfoque gradual de la protección a la vida persiste en la jurisprudencia y legislación de todos los países.

³⁷⁶ La cita de Paola Bergallo, corresponde a material visual facilitado en DVD, por la Biblioteca de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Audiencia Caso Artavia Murillo y Otros (“Fertilización In Vitro”) vs. Costa Rica.

³⁷⁷ Artículo que, entre otros aspectos, señala que ninguna disposición de la Convención Americana puede ser interpretada tal que se suprima el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención. Así como excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

2.1.8. OTROS PAÍSES LATINOAMERICANOS

En el año 2010, de acuerdo con la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, 14 países realizan las TRA en América Latina, entre ellos: México, Guatemala, Colombia, Ecuador, Perú, Chile, Argentina, Uruguay, Bolivia, Paraguay, Brasil, Venezuela, Panamá, Nicaragua y República Dominicana. Canadá y Estados Unidos de América, países que también pueden ser incluidos al interior del Continente americano.

En general, en lo que respecta a los países latinoamericanos, estos usualmente, carecen de leyes particulares. Algunos países, como Chile y Brasil, se encaminan hacia una legislación y, otros más, continúan discutiendo sobre la necesidad de hacerlo.

México, entre otros países latinoamericanos, cuenta con centros de reproducción asistida y carece de legislación expresa a nivel federal. No obstante, a través del uso de las técnicas de procreación asistida se busca subsanar problemas de infertilidad. Entre las propuestas de regulación en ese país, se encuentra aquella que propone adicionar a la existente Ley General de Salud, lo relativo a las TRA. Legislación que de concretarse vendría a dar efectividad al artículo (4) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo relativo a la libertad de decidir sobre el número y espaciamiento de los hijos a tener (el mencionado artículo incluye otros derechos como el derecho a la salud y de igualdad ante la ley). A través de la nueva legislación se propone también prevenir la comercialización de embriones, así como regular la experimentación científica con embriones, la donación de gametos y embriones y la maternidad subrogada, entre algunos otros temas. México al igual que otros países posee un enfoque gradual y no absoluto del derecho a la vida.

Brasil, por su parte, si bien no cuenta con una norma específica sobre la TRA; no obstante, cuenta la Ley 11.105 del 24 de marzo de 2005 relativa a las normas de seguridad y mecanismos de aplicación de las actividades con organismos genéticamente modificados, en ella se prohíbe la clonación reproductiva, la manipulación in vitro del ADN/ARN, la ingeniería genética en la línea germinal humana, en el embrión y el cigoto, así como su comercialización. A la vez que permite la investigación con embriones según ciertos parámetros, la clonación terapéutica y la criconservación.

De acuerdo con Fernando Zegers (2012)³⁷⁸, el Consejo Federal de Medicina y el organismo fiscalizador existente de centros de medicina reproductiva en Brasil, ha establecido normativa con respecto a las TRA (siempre que se proporcionen en centros acreditados y los involucrados en el servicio sean debidamente informados y otorguen su consentimiento).

Finalmente, puede decirse que las TRA, no son procedimientos extraños en el ámbito del ejercicio médico de los países latinoamericanos, encaminados a dar respuesta a problemas de infertilidad.

3. CONSIDERACIONES FINALES

Se presentan dos bloques diferenciados de países en el análisis de derecho comparado, que se ubican en distintos continentes: el europeo y el americano.

El primero de ellos corresponde a Europa, eligiéndose al efecto de realizar el análisis en los siguientes países: España, Italia y Portugal. Todos ellos cuentan con legislación específica sobre el tema y todos evidentemente parten sin cuestionamiento alguno de que existe un derecho a la reproducción. Las tres legislaciones dan apertura al uso de las técnicas de reproducción humana asistida.

Dos son los parámetros más importantes a destacar en las tres legislaciones, se relacionan con asegurar el acceso a ellas, a personas que poseen problemas en su sistema reproductivo y regular las técnicas de reproducción humana asistida. No obstante, Portugal y España amplían sus objetivos, más allá de la mera procreación y se propone como una vía para favorecer a terceros y tener un hijo sano.

En tal sentido, la Ley española sobre las TRHA, concibe las técnicas como una forma alternativa para solucionar el problema de esterilidad; no obstante para, Portugal e Italia, las TRHA no se constituyen en una alternativa de procreación, sino en métodos de reproducción alterno para solventar problemas de infertilidad, por ello en ambos países, se estima imprescindible un previo de diagnóstico que compruebe la infertilidad

³⁷⁸ Zegers/Op. cit.

que padecen quienes desean acceder a dichas técnicas. Italia muestra especial preocupación por el problema de la esterilidad y, para tal efecto, dirige presupuesto estatal para la investigación y estudio del problema.

Sobre los beneficiarios de las TRHA, Italia solo acepta la implementación de las técnicas en parejas heterosexuales infértiles. Portugal, por su parte, amplía el panorama y permite que accedan a las técnicas parejas heterosexuales infértiles o fértiles con posibilidades de transmitir problemas genéticos a su descendencia o que con ello se busque colaborar con la salud de un tercer miembro de la familia, siendo que esta última opción es vista como una vía excepcional. Finalmente, España, no limita la implementación de las técnicas; únicamente, establece como requisito que la mujer goce de capacidad jurídica. Cabe destacar que los tres países referidos, tienen como requisito esencial, que la mujer sea mayor de 18 años. Todos los países exigen como parámetro de acceso el necesario consentimiento informado, que debe ser de naturaleza formal y escrita.

Por otra parte, España, Italia y Portugal a través de sus legislaciones regulan las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), refiriendo y delimitando temas como: las etapas del desarrollo del ser humano, los beneficios de las TRHA, el estatuto jurídico del embrión y aspectos asociados a las técnicas, como: crio-preservación de embriones, donación de embriones y clonación, entre otros aspectos.

Al legislar, los tres países, buscan regular dichas técnicas y limitar las prácticas asociadas; a fin de establecer un marco jurídico de protección de los derechos y bienes jurídicos asociados, entre ellos el embrión.

En relación con el estatuto jurídico del embrión, importa, en principio, señalar que en la legislación española y portuguesa, se apuesta por un enfoque gradual del derecho a la vida del no nacido, a diferencia de Italia que no establece parámetros de diferenciación en el desarrollo embrionario. A pesar de lo dicho, los tres países referidos, coinciden en que el embrión debe tener una protección jurídica desde un enfoque del derecho a la vida, que ha de ser gradual y progresivo, tal que, el derecho a la vida que ostenta el no nacido, no es absoluto, como tampoco lo es el derecho a la vida de todo ser humano.

Interesa en este punto, destacar que los tres países reconocen, por medio de su normativa, la protección gradual de la vida humana, independientemente de si consideran o no, que la vida humana inicia a partir de la fecundación, o bien, a partir de la concepción –entendida esta como implantación del embrión al útero materno-.

Sobre este aspecto, el TEDH ha señalado que corresponde a la ciencia señalar cuándo inicia la vida humana y cuáles son las etapas de desarrollo; ya que, hasta el momento, no se sabe con precisión en qué momento el cigoto pasa a ser embrión y el embrión feto; tal que, el único hecho indiscutible, a señalar, es que el inicio de todo proceso arranca con la fecundación.

Indica el TEDH que, siendo así, el denominador común en relación con el embrión, radica en ostentar una potencialidad de ser y la capacidad para convertirse en persona y por tanto, debe ser protegido en virtud de la integridad y dignidad humana que ostenta por sí mismo; lo cual, no implica hacer de él, una persona y que necesariamente ostente un derecho absoluto a la vida.

Así las cosas, no corresponde al derecho pronunciarse con respecto de cuándo inicia la vida humana; sino, delimitar el uso de las TRHA, en razón de los derechos y bienes jurídicos asociados a la aplicación de las técnicas.

Cabe destacar que, tal y como lo ha señalado el TEDH, el uso de las TRHA en los países europeos, es expresión del derecho a la vida privada y familiar; siendo entendido este derecho, en sentido amplio, tal que en él se inscriben derechos como el de autodeterminación y el derecho a tener o no hijos haciendo uso de la ciencia para lograrlo.

Es de interés señalar que de acuerdo con el TEDH, en razón del amplio ámbito de apreciación con que cuentan los Estado, corresponde a estos decidir si regula o no TRHA a fin de sopesar intereses privados y públicos; pero, en caso regularlos, la normativa debe ser coherente con la práctica e implementación de las técnicas referidas, así como con cualquier otra normativa existente.

En Europa existen otros países que aplican las TRHA, entre los que cabe mencionar: Suiza, Alemania, Inglaterra, Bélgica, Finlandia.

Importa en este punto, destacar que, si bien no todos los países europeos cuentan con legislación específica a fin de regular las TRHA, estos no prohíben la implementación de dichas técnicas. Aquellos países que sí regulan la TRHA, suelen establecer límites más o menos restrictivos con respecto del uso de las técnicas en mención; ello en virtud del margen de apreciación que ostentan y de conformidad con lo señalado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). En temas tales como la protección a brindar a la vida embrionaria.

En el ámbito latinoamericano, la mayoría de los países excepto Costa Rica hasta diciembre de 2012, no prohíben las TRHA, incluyendo la FIV; no obstante, dichos países, mayoritariamente no cuentan con legislación específica sobre dichas técnicas, sin dejar pasar por alto, el hecho de que países como Colombia se encaminan hacia una legislación y ya se han dado diversas propuestas de proyectos de ley.

Así las cosas, el derecho comparado, descrito en el marco latinoamericano, está esencialmente fundamentado, en la jurisprudencia que cada uno de los países en estudio –Argentina, Colombia y Chile- ha desarrollado sobre el tema específicamente o temas que inciden sobre las TRHA. Chile, entre los países citados, cuenta con normativa que se relaciona con el tema que nos ocupa. Argentina, por su parte, cuenta con una ley específica sobre el tema, aprobada muy recientemente.

En primer término, interesa destacar que países como Argentina, Colombia y Chile, reconocen los derechos reproductivos como derechos humanos y admiten las TRHA, como la expresión de derechos de orden constitucional como son: el derecho a la vida, a la salud y su preservación, el derecho a la salud reproductiva, a fundar una familia, el derecho a la igualdad y no discriminación, el derecho a la intimidad y autodeterminación, entre otros.

Los tres países antes citados, coinciden en que el derecho a la salud ampara el derecho a la salud reproductiva y que existe la obligación de los Estados de garantizar tal derecho. En el caso específico, de Colombia, este país excluye la posibilidad de que sea el Estado el que ofrezca servicios relativos a la TRHA alegando falta de recursos. Sin embargo, no por ello descarta las técnicas como vía para superar las dificultades en el proceso de procreación, pues ellas siempre se inscriben en el derecho a la reproducción y el conjunto de derechos que le sirven de fundamento.

Coinciden, los países referidos que, la FIV y las TRHA tienen como fin superar el problema de la infertilidad.

Sobre el derecho a la vida y el estatuto jurídico del embrión, países como Chile y Argentina coinciden en que la vida humana inicia a partir de la fecundación, no obstante, se parte de una protección gradual del ser humano según su desarrollo, en tanto consideran que el desarrollo de la vida humana transcurre en distintas etapas claramente diferenciadas.

Los tres países son del criterio de que el derecho a la vida no es un derecho absoluto. Por lo tanto, valga destacar, coinciden con lo señalado en las legislaciones y jurisprudencia de los países europeos.

Sobre los aspectos asociados a las TRHA, los tres países prohíben la clonación por considerar que atentan contra la dignidad e integridad humana. Asimismo, al igual que los países europeos, prohíben las técnicas para fines de experimentación o manipulación genética de embriones.

Interesa destacar que Colombia, alude a las TRHA en su texto constitucional, a propósito de los niños nacidos haciendo uso de la ellas.

En resumen, los países latinoamericanos coinciden con los países europeos sobre lo relativo al desarrollo gradual de la vida humana y la protección igualmente gradual de dicho proceso. La única diferencia entre los países europeos citados y los latinoamericanos, radica en que los primeros cuentan con legislación específica sobre las TRHA y los segundos no, excepto Argentina.

La protección gradual referida antes se demuestra al delimitar y prohibir la aplicación de técnicas asociadas como la clonación, la experimentación e investigación con la utilización de las TRHA, entre otros aspectos.

Por último cabe hacer un resumido comentario acerca de la nueva Ley argentina relativa a las TRHA. Argentina, en su nueva legislación, da lugar a varios aspectos que cabe recalcar, entre ellas: 1) ubicar las técnicas en sentido estricto desde el derecho a la salud (enfoque muy propio de los países latinoamericanos). 2) Considerar los avances en las ciencias médicas y dejar a cargo de una instancia de aplicación el determinar las técnicas médicas utilizables, dando así grandes posibilidades a la ley en su vigencia. 3)

Permitir que sean las instancias en el ramo, las que determinen la forma en que debe aplicarse o no la técnica, ya que, en sentido estricto, esta es vista como un procedimiento médico.

La Ley tiene gran apertura con respecto a los beneficiarios y abre la posibilidad, a que quienes no cuentan con recursos, para acceder a las técnicas con ayuda de las entidades relacionadas con los servicios públicos médicos.

Esta Ley deja fuera, todo tema relacionado con el destino de los embriones y problemas de filiación, lo cual supone que la legislación probablemente será abordada desde otros ámbitos, tal como en no pocas ocasiones lo hacen los países europeos.

CAPÍTULO IV

DERECHOS REPRODUCTIVOS: MECANISMOS INTERNOS DE RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE Y SU RELACIÓN CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL AMBITO NACIONAL DE LOS ESTADOS

Si se toma como punto de referencia que las TRHA, se inscriben en el marco del ejercicio de los Derechos Reproductivos, derechos abordados y discutidos desde los Derechos Humanos y, los instrumentos internacionales, que los contienen; todo lector debe entender que en el presente capítulo, se pretende abordar lo referente, a la forma en que dicha normativa internacional hace su ingreso en el ordenamiento jurídico de los Estados y, a la vez que se busca aclarar el valor jurídico que se les atribuye internamente. De modo tal que, en igual sentido, se pretende aportar una visión sobre la forma en que tales derechos ingresan al bloque de constitucionalidad, siempre y cuando así suceda; tal que con ello, sea posible abordar, de manera más específica, los derechos comúnmente asociados a los derechos reproductivos y, muy particularmente, a las TRHA y, para el caso de Costa Rica, a la FIV.

1.1.GENERALIDADES

Tal y como se señala en el Capítulo I, es a finales de la década de los años cuarenta, en el contexto de la Comunidad de Naciones Unidas, que nacen formalmente los Derechos Humanos³⁷⁹, los cuales surgen y se inscriben de manera primaria, en el ámbito normativo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos³⁸⁰.

³⁷⁹ Aquí nos referimos, estrictamente, a los derechos que la doctrina identifica a través de este vocablo, ya que es posible hablar de los derechos humanos como derechos inherentes y universales desde antes de 1945. Sin embargo, en sentido estricto no se les otorga propiamente el nombre de derechos humanos, sino hasta mediados del siglo XX.

³⁸⁰ Según Martín Abregú, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos constituye un nuevo “*corpus normativo*” o rama del Derecho Internacional dotado de características propias, cuyo momento declarativo de fundación se da con la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas, aprobada el 10 de diciembre 1948. Tratados, declaraciones, resoluciones, principios y otros instrumentos internacionales, son las normas que componen este nuevo corpus normativo. ABREGÚ, Martín. *La Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales: una introducción*. En: Abregú, Martín. *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004. El Derecho Internacional de los Derechos

En este apartado, cabe entonces preguntar ¿Cómo los derechos humanos hacen su tránsito desde el Derecho Internacional al derecho interno de los Estados?, ¿De qué manera estos derechos se integran³⁸¹ y aplican³⁸² en el ordenamiento jurídico de los Estados? En especial importa, determinar la forma desde la cual los derechos reproductivos se constituyen en parte del ordenamiento jurídico interno de los Estados y, de manera particular, cómo ingresan al ordenamiento jurídico costarricense.

Para dar respuesta a las anteriores interrogantes, será necesario definir en primer término y de manera genérica, que se entiende por ordenamiento jurídico. En segundo lugar, qué es un tratado y cuál es su aplicación al interior de los Estados, en particular, aquellos que versan sobre derechos humanos, derechos sobre cuales recae el interés de esta investigación; y, en tercer lugar, determinar cuáles son y en qué consisten las obligaciones correlativas de los Estados, con respecto de tratados asumidos en el tema de derechos humanos. Todo esto con el fin de proporcionar un panorama más claro, que sirva de eje de comprensión en el tema planteado.

Así se encuentra que, el concepto “Ordenamiento Jurídico” remite al “conjunto o sistema de normas jurídicas vigentes en una determinada época y en una determinada circunspección territorial o población”³⁸³. Con este se regula y organiza una sociedad. Su valor es interno y de carácter nacional. En otras palabras, su aplicación se limita a regir la conducta de los individuos que se encuentran en un territorio, región o Estado determinado.

Humanos, históricamente está precedido por el Derecho Internacional Humanitario. Mónica Pinto, sostiene que “todo el “derecho internacional de derechos humanos” encuentra sustento jurídico en la norma del artículo 1:3” de la Carta de las Naciones Unidas, la cual remite al año 1945. PINTO, Mónica. *Temas de derechos humanos*, (2 ed.), Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2009, p. 17.

³⁸¹ Integrar se entiende aquí en su acepción de “hacer que alguien o algo pase a formar parte de un todo”. En. *Diccionario esencial de la lengua española*. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Madrid: Espasa Calpe S. A, 2006.

³⁸² El concepto “aplicar”, refiere a la acción de “emplear, administrar o poner en práctica un conocimiento, medida o principio, a fin de obtener un determinado efecto o rendimiento en alguien o algo. Aplicar una norma.” En: REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Op. cit. Para Guillermo Cabanellas de Torres, el concepto “aplicar la ley”, lo define como una: “[...] función específica de los jueces a efectos de proteger las relaciones humanas, tratando de conseguir que se desenvuelvan conforme a las normas del derecho. Es el acto de subsumir el caso concreto, debatido o planteado judicialmente, en el precepto legal que lo comprende.” CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario Jurídico elemental* (18.ed.) Buenos Aires:Heliasta, 2006.

³⁸³ PIZA ROCAFORT, R., Monterrosa Rojas, H. *Mecanismos internos de protección de los derechos humanos a la luz del Derecho Internacional*. San José (Tesis de Grado), Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, tomo I, 1983 p.18.

Entre algunas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de un Estado de Derecho, se encuentra la Constitución Política, como norma suprema que define la estructura gubernamental y los derechos esenciales de convivencia, seguida de pautas como: los tratados internacionales, concordatos, la costumbre, reglamentos, principios generales del derecho, contratos y múltiples disposiciones particulares.

De las fuentes del derecho antes citadas, los tratados³⁸⁴ internacionales constituyen el punto de enlace entre el derecho internacional y el derecho interno. Siendo que todo Tratado Internacional suscrito y ratificado por un Estado, pasa a formar parte de la normativa interna u ordenamiento jurídico del país que lo suscribe. El valor jurídico de los mismos, suele estar definido por la Constitución Política de cada Estado.

Ahora bien, los acuerdos de naturaleza internacional asumidos por los Estados o concertados entre ellos, responden a temas de interés diverso³⁸⁵, entre los que figuran los derechos humanos.

1.2. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS COMO FUENTE DE OBLIGACIONES PARA LOS ESTADOS

Los tratados sobre derechos humanos son normas de orden internacional, de carácter obligatorio³⁸⁶ para los países que soberanamente los aceptan. La naturaleza de estos, puede ser de carácter universal o regional y, pretenden promover la protección y tutela de los derechos humanos.

³⁸⁴ De acuerdo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) artículo 2.1.a, “se entiende por “tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”

³⁸⁵ Lo temas de interés pueden ser comerciales, limítrofes, de cooperación u otros asuntos importantes para los estados en el ámbito internacional.

³⁸⁶ De acuerdo a Mónica Pinto, la obligatoriedad de los Tratados en derechos humanos se encuentra precedida por una primera etapa, que corresponde a las declaraciones. Considérese entre ellas: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, así como también, la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Ambas, se constituyen en fuentes normativas del derecho internacional, las que por su reiterada aplicación, devienen en obligatorias. PINTO, Mónica, Op. cit. Pedro Nikken, sostiene un equivalente punto de vista en su artículo “El Concepto de Derechos Humanos”. En: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Material Didáctico de Apoyo XVIII: Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos*. San José, Costa Rica: IIDH (s.f).

El ingreso y aplicación en las legislaciones internas de estos tratados, comparte el mismo fin por el cual, los derechos humanos y las libertades fundamentales son amparados por la normativa internacional³⁸⁷, a saber: la necesidad de imponer límites al poder arbitrario del Estado³⁸⁸; tanto en el terreno internacional, como en el nacional.

La protección de los derechos humanos³⁸⁹ y las libertades públicas, sienta sus raíces en el reconocimiento de la dignidad y valor de la persona humana como poseedora de atributos inherentes, inviolables e inalienables³⁹⁰. Por tanto, con ocasión a lo planteado, se considera que tales derechos no pueden ser legítimamente menoscabados y violentados por el poder público³⁹¹ y, por tanto, merecen protección.

Tal como se menciona en el Capítulo I, los derechos humanos emergen como derechos de naturaleza universal³⁹² e indivisible. La doctrina sostiene que, con respecto de tales derechos, no pueden suprimirse, salvo condiciones permitidas por la norma y

³⁸⁷ Algunos autores, entre los que figura, Pedro Nikken, sostienen que durante la Segunda Guerra Mundial se hace evidente el peligro que supone el ejercicio arbitrario del poder público para la dignidad humana. El Genocidio que de ella resulta, testimonia lo dicho. De manera tal que, se concluye que el control de dicho poder no debe dejarse a cargo de las instituciones al interior de los estados, sino que deben existir instancias internacionales para su protección (esto lo dice Nikken en el documento en la cita anterior). Baltasar Garzón, comparte la posición de Nikken, al sostener también la necesidad de imponer límites al poder de Estado, a través de los derechos humanos, a fin de evitar la barbarie. En estos términos lo expone en clase dictada en el Aula del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 11 de agosto de 2011.

³⁸⁸ Imponer límites al poder del Estado, es el fin perseguido por la normativa internacional, en la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Sin embargo, según Baltasar Garzón (en clase dictada en Instituto Interamericano de Derechos Humanos, en fecha 11 de agosto de 2011), en la actualidad, este clásico fin, atribuido a la defensa y promoción de los derechos humanos en el marco internacional, empieza a tomar nuevos matices, que se asocian a la responsabilidad de los Estados de proteger a sus ciudadanos, respecto de grupos delictivos de orden internacional. Sin embargo, debemos aclarar que nuestro enfoque, siempre estará centrado, en el clásico fin reconocido para la defensa y promoción de los derechos humanos.

³⁸⁹ De acuerdo a Mónica Pinto, la primera norma jurídica que hace referencia a los derechos humanos y a las libertades fundamentales, pero sin identificarlos, es la Carta de las Naciones Unidas en 1945. Y será hasta 1948, con la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, que se identifiquen algunos de tales derechos. PINTO, Mónica, Op. cit., p. 33.

³⁹⁰ El reconocimiento de los derechos humanos en los términos propuestos, es posible encontrarlos en diferentes textos acerca de los Derechos Humanos, entre ellos podemos citar: las disposiciones pertinentes a la Carta de las Naciones Unidas; en parte I, Capítulo II, artículo 3.1 y parte I, capítulo IV, artículo 17, ambos de la Carta de la Organización de Estados Americanos; en los preámbulos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y, en el considerando previo al preámbulo a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

³⁹¹ Ver: CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de marzo de 1986.

³⁹² Ejemplo de lo arriba mencionado, lo encontramos en el párrafo segundo a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que dice: “[...] los Estados americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona Humana”. En resumen: Los seres humanos nacen iguales en dignidad y derechos.

según el procedimiento estipulado. Se acepta que entre estos derechos existe una suerte de interrelación³⁹³, que permite su avance y desarrollo conjunto.

El carácter inherente e inviolable de los derechos y libertades protegidas por los tratados sobre derechos humanos, aunado al tipo de obligaciones concertadas por la Comunidad de Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos; hace que estos adquieran particularidades y características que le son propias y les distinguen de los tratados internacionales clásicos.

En lo que cabe, en materia de tratados internacionales, los Tratados sobre derechos humanos, tienen como objetivo principal, la protección de la persona humana, su dignidad y sus derechos fundamentales, sin importar su nacionalidad. Esto se verifica tanto frente al Estado nacional, como frente a los otros Estados contratantes. De manera que, aún cuando los Estados Partes conciertan los tratados y conforman la relación jurídica como sujetos de derecho internacional; los intereses y derechos por ellos consagrados y protegidos, no son los propios, sino que están dirigidos a los individuos bajo su jurisdicción sin distinción alguna. En ese sentido, los Estados pactan obligaciones a su cargo, encaminadas a reconocer y proteger la dignidad y derechos fundamentales, de esos individuos, constituyéndose estos, en los verdaderos titulares de los derechos reconocidos, en este tipo de tratados.

De manera que, tal y como dice Medina Quiroga (2005), a través de los Tratados sobre derechos humanos, se consagra y sustenta un sistema dirigido a proteger la dignidad humana. Aspecto que les hace particularmente diferentes, de otros tipos de tratado, pues, como sostiene la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”³⁹⁴; quienes están legitimados para realizar peticiones, a través de las cuales pueden denunciar y perseguir las violaciones que se produzcan a los derechos que les han sido reconocidos. Peticiones

³⁹³ Entre muchos otros, Pedro Nikken. Op. cit., p. 22.

³⁹⁴ CORTE IDH, Opinión Consultiva C-2/82 del 24 de setiembre de 1982. *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 74 y 75)*. Párrafo 29.

que se realizan ante las instancias de control previstas para ello y, a través del procedimiento establecido al efecto.

A fin de completar lo antes dicho, es preciso mencionar que se comparte la opinión que emite Thompson, con respecto a que las obligaciones impuestas a los Estados Partes, en los tratados sobre derechos humanos, son “dobles”³⁹⁵. El autor, sostiene que las normas internacionales, provenientes de estos tratados, no solo rigen las relaciones entre los Estados y las de estos con las organizaciones internacionales; sino que también tutelan la relación de los Estados frente a los individuos sometidos a su poder, entendiéndose así, que los tratados sobre derechos humanos desbordan la común relación entre Estados.

La doctrina y la jurisprudencia internacional, por otra parte, sostienen que las obligaciones provenientes de los tratados sobre derechos humanos, no son de carácter sinalagmático, como en los tratados clásicos, en los cuales, las obligaciones contractuales implican el cumplimiento de prestaciones recíprocas por parte de los Estados; en condiciones de equilibrio entre los contratantes.

En los tratados internacionales sobre derechos humanos, las obligaciones asumidas son *erga omnes* y, de carácter unilateral³⁹⁶, entendido este último aspecto, como el compromiso de los estados a no violar los derechos de los individuos bajo su jurisdicción³⁹⁷, en síntesis: el Estado tiene obligaciones y el individuo derechos.

Por otra parte, en los tratados sobre derechos humanos, no se pretende equilibrar intereses recíprocos entre los Estados. La Corte Interamericana, sobre el particular,

³⁹⁵ THOMPSON, José. “Derechos Humanos, Garantías Fundamentales y Administración de Justicia”. En: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Material Didáctico de Apoyo. XVIII Curso Interdisciplinario de Derechos Humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José. CR.: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, (s.f)p. 66.

³⁹⁶ Ver: PINTO, Mónica. Op. cit., p. 60; BARBERIS, Julio (1998). Consideraciones sobre la Convención Americana sobre Derechos Humanos como Tratado Internacional. En: *Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Presentado por César Gaviria-Vol. II.-San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, 1988, p. 244. Ver también la CORTE IDH, OC-2/82 del 24 de setiembre de 1982, El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75), párrafo 33, el que, a propósito de la Convención America, la Corte dice es: “[...] un instrumento o marco jurídico multilateral que capacita a los Estados para comprometerse, unilateralmente, a no violar los derechos humanos de los individuos bajo su jurisdicción”.

³⁹⁷ Corte IDH, Opinión Consultiva C-2/82 del 24 de setiembre de 1982. El efecto de las reservas sobre la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 74 y 75). Párrafo 33.

sostiene que “[...] los tratados concernientes a esta materia están orientados, más que a establecer un equilibrio de intereses entre Estados, a garantizar el goce de derechos y libertades del ser humano.”³⁹⁸

La doctrina, por su parte, alude que los tratados sobre derechos humanos buscan consolidar un orden público común a las partes contratantes, donde se tiene como destinatarios a un número indeterminado de personas y no a los Estados.³⁹⁹ No pretende, este tipo de tratados, mantener un equilibrio contractual entre derechos y deberes.

Según el artículo 60.5 de la Convención de Viena⁴⁰⁰, sobre el Derecho de los Tratados, las normas aplicables al incumplimiento contractual grave, efectuado por una de las partes, excepcionalmente “no se aplicarán a las diligencias relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular las disposiciones que prohíben toda forma de represalia con respecto a las personas protegidas por tales tratados.” Por tanto, debe entenderse que, en aquellos casos en que se produzca la infracción a un acuerdo, por una de las partes contratantes, en un tratado asociado a la defensa y protección de los derechos fundamentales de la persona humana; las reglas que regirán la falta, serán aquellas que previamente han sido previstas para tal efecto en los tratados en cuestión, más no las utilizadas en los tratados clásicos.

Cabe decir que los tratados sobre derechos humanos se diferencian, de los tratados clásicos, en variados aspectos, a saber: el fin perseguido, el sujeto tutelado, la naturaleza de los derechos protegidos, la relación jurídica que se produce, el carácter de

³⁹⁸ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-1/82, del 24 de setiembre de 1982. “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos) Serie A, n° 1, párrafo.24

³⁹⁹ DULITZKY, Ariel. *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado*. En: La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales/Marín Abregú... -Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004, p. 36. Martín Abregú, también comparte enfoques semejantes a los arriba planteados. En: ABREGÚ, Martín. Op. cit., p.36.

⁴⁰⁰ La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados data de 1969. Según Piza Escalante, ésta es reconocida “en lo fundamental como codificación del Derecho Internacional General” En: PIZA ESCALANTE, Rodolfo. “*El Valor del Derecho y la Jurisprudencia Internacionales de Derechos Humanos en el Derecho y Justicia Internos: El Ejemplo de Costa Rica*.” Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio / Corte Interamericana de Derechos Humanos, Presentado por César Gaviria-Vol. II.-San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea., 1998,p. 176. Costa Rica, hace parte su legislación al Convenio de Viena, según Ley 7228 del 6 de mayo de 1991, vigente a partir del 29 de mayo del mismo año.

las obligaciones impuestas y, por último, los efectos que se producen ante el incumplimiento grave del deber contraído.

La dimensión contractualista de los tratados⁴⁰¹, se atenúa en ellos. Tal como dice la Corte Europea de Derechos Humanos, en su sentencia del 18 de enero de 1979, Irlanda contra el Reino Unido, los Tratados sobre derechos humanos buscan crear obligaciones que disfrutaran de una garantía colectiva.

Expuesto lo anterior, resulta fundamental para el tema propuesto en esta investigación, conocer las obligaciones contraídas por los Estados Parte en los diferentes instrumentos internacionales; para establecer cuál es la naturaleza de esos compromisos adquiridos; y determinar cómo inciden en el orden interno de los Estados.

Por lo anterior, en los siguientes apartados nos daremos a la tarea, de hacer un recuento de las obligaciones que internacionalmente asumen las naciones y; abordar en forma general, lo relativo a su reconocimiento y aplicación en los Estados. En especial, lo que toca a Costa Rica.

2. OBLIGACIONES CORRELATIVAS DE LOS ESTADOS, EN LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS.

2.1. PREÁMBULO

Así pues, las obligaciones a cargo de los Estados, provenientes del Derecho internacional, son variadas y emanan de distintas fuentes⁴⁰². Los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, no son la excepción. Ellos son fuente generadora de compromisos, de naturaleza muy particular.

Todo Estado al suscribir y ratificar o adherirse a un Tratado Internacional, asume obligaciones. La primera de ellas, deriva del principio básico del Derecho Internacional de los Tratados, denominado “Pacta Sunt Servanda”, según el cual "Todo tratado en

⁴⁰¹ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, pp. 66 y 67.

⁴⁰² Considérese entre tales fuentes: la costumbre y la jurisprudencia internacional, declaraciones universales o regionales, opiniones consultivas y otras.

vigor obliga a las partes y (este) debe ser cumplido por ellas de buena fe⁴⁰³. En segundo lugar, los Estados asumen obligaciones que se encuentran determinadas por el campo concreto del Derecho en que se inscribe el acuerdo internacional, a saber: Derecho Comercial, Derecho Civil, Derechos Humanos, o cualquier otro tema de interés jurídico. Por último, existen obligaciones que tienen su origen en el texto mismo del Tratado, Convenio, Pacto o instrumento internacional suscrito. Los compromisos allí aceptados son diversos y pueden ser de orden general o de naturaleza particular. Estos pueden referirse a deberes, tan genéricos como determinar las responsabilidades que implican el suscribir un tratado; o bien, tratar temas tan específicos como los relacionados con los deberes que suponen erradicar la tortura.

La primera norma jurídica positiva⁴⁰⁴ en consagrar obligaciones para los Estados, es la Carta de las Naciones Unidas⁴⁰⁵ en el año 1945. En ella, la Comunidad de Naciones resuelve reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana. A su vez, persigue proporcionar los lineamientos que generen las condiciones para mantener la justicia y la obediencia a las obligaciones provenientes de los tratados y otras fuentes del derecho internacional; y por último, pretende instaurar un orden jurídico internacional, fundado en el respeto a los derechos fundamentales del hombre.

Años más tarde, continuando con el sentir propuesto en la Carta de las Naciones Unidas, la Carta de la Organización de Estados Americanos en el año de 1948⁴⁰⁶, reconoce explícitamente la existencia de un orden jurídico internacional⁴⁰⁷ fundado en el respeto a los derechos esenciales. Esto se hace evidente en el artículo 17 de dicha carta, que establece que si bien “cada Estado tiene el derecho a desenvolver libre y espontáneamente su vida cultural, política y económica. En este libre desenvolvimiento

⁴⁰³ Según lo señala el artículo 26 de la Convención de Viena Sobre los Tratados de 1969.

⁴⁰⁴ PINTO, Mónica, Op. cit., p. 15.

⁴⁰⁵ La Carta se firmó el 26 de junio de 1945 en San Francisco, terminada la Conferencia de las Naciones Unidas. Esta dice en su capítulo II, artículo 4.1: “Podrán ser Miembros de las Naciones Unidas todos los [...] que acepten las obligaciones consignadas en esta Carta, y que, a juicio de la Organización, estén capacitados para cumplir dichas obligaciones y se hallen dispuestos a hacerlo.” Entre ellas, desarrollar y estimular el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de acuerdo al artículo 55. Ver, entre otros, el capítulo I, artículo 1, inciso 3; sobre el propósito de las naciones en relación a los derechos humanos.

⁴⁰⁶ La Carta de la OEA fue aprobada por la Novena Conferencia Internacional Americana, en Bogotá a inicios de 1948.

⁴⁰⁷ Ver preámbulo y capítulo II: Principios, artículo 3 incisos a y b de la Carta de la Organización de Estados Americanos.

el Estado respetará los derechos de la persona humana y los principios de la moral universal”.

También en 1948, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁴⁰⁸, continúa manteniendo como fin principal de las instituciones jurídicas, la protección de los derechos esenciales del hombre, así como la creación de las circunstancias que lo permitan. En ella, se sostiene que la promoción internacional de estos derechos, debe constituirse en guía principal de la normativa regional en evolución. Establece, por vez primera, y de manera explícita, lo que se denomina el sistema inicial de protección internacional de los derechos humanos. Sistema que asienta sus raíces, en la consagración internacional de los derechos⁴⁰⁹ esenciales del hombre y, en las garantías que ofrece el régimen interno de los Estados. De esta manera, el sistema de promoción y protección internacional de los derechos fundamentales⁴¹⁰, inicia de manera formal, con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.⁴¹¹

En ese mismo año, en el preámbulo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁴¹², la comunidad internacional de naciones, establece la necesidad de un régimen jurídico exclusivo para protección de los derechos humanos⁴¹³. Proteger,

⁴⁰⁸ En: Informe del Relator de la Comisión Sexta, Novena Conferencia Internacional Americana, 1948, Actas y Documentos (1953). Bogotá: Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, p. 512, se establece que la Declaración Americana es concebida como el sistema inicial de protección. El Consejo Interamericano de Jurisconsultos por su parte, en setiembre de 1949, señala que la Declaración Americana, tiene una “orientación definida hacia la protección internacional de los derechos fundamentales de la persona humana”. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, cobra vida en la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá, Colombia del 30 de marzo al 2 de mayo de 1948.

⁴⁰⁹ La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, expone un catálogo de derechos esenciales y deberes, contenidos en 38 artículos que componen el cuerpo principal del documento.

⁴¹⁰ Este enfoque lo sostiene la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y OTRO Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano. San José. CR: Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos., 2011, p. 4.

⁴¹¹ La Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostienen que la Declaración Americana, a pesar de no adoptarse como un tratado, en la actualidad constituye una fuente de obligaciones internacionales para los Estados miembros de la OEA. Este punto de vista, puede encontrarse en: CORTE IDH. Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dentro del marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Serie. A N° 10 (1989), párrafos 35-45; CIDH, James ferry Roach y Jay Pinkerson c. Estados Unidos, Caso 9647, Res, 3/87, 22 de setiembre de 1987. Informe Anual 1986-1987, párrafos 46-47. Véase también el artículo 20 del Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

⁴¹² Adoptada y proclamada en la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948.

⁴¹³ Sobre el particular ver también artículo 28 del mismo texto.

promover, aplicar y hacer efectivos tales derechos, así como las libertades fundamentales, se instituye en ideal común para todos los pueblos, tanto a nivel nacional como internacional.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, al igual que lo hace la Declaración Americana, enumera una serie de derechos y libertades fundamentales a favor de toda persona⁴¹⁴ y establece obligaciones a cargo de los Estados, para promover el respeto y garantía de estos derechos y libertades, al interior de su territorio.

La normativa internacional posterior sobre el tema, no abandona los fines y propósitos de las Cartas y Declaraciones supra citadas. Normas como, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴¹⁵ y el Pacto de “Derechos Económicos, Sociales y Culturales”⁴¹⁶; continúan postulando los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas y sostienen que para el logro del ideal del ser humano, deben crearse las condiciones para ello.

En sendos Pactos se menciona la obligación de los Estados Parte a promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos y, señala la serie de compromisos a cumplir con respecto de tales derechos y libertades.

La primera norma internacional que establece un órgano jurídico encargado de conocer del avance de los Estados, en el goce de los derechos fundamentales, será el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; a través de lo que se denominó: el Comité de Derechos Humanos.⁴¹⁷

⁴¹⁴ En ella se identifica una serie de derechos. En las Cartas de Naciones Unidas y la OEA, si bien hacen mención a los derechos humanos, lo hacen en sentido genérico. Nunca especifica ningún derecho en particular, lo que si se hace tanto en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, como en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

⁴¹⁵ Se adoptó y abre a la firma, por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966 y entró en vigencia el 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49.

⁴¹⁶ Se adoptó y abre a la firma, por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966 y entra en vigor el 3 de enero de 1976, conforme el artículo 27.

⁴¹⁷ Es importante, aclarar que en la Carta de Naciones Unidas, años antes, se establece el “Consejo Económico y Social”, que bajo la autoridad de la Asamblea General de Naciones Unidas, hace para ésta, estudios e informes “respecto de asuntos de carácter económico, social, cultural, educativo y sanitario, y otros asuntos conexos”, y tiene entre sus funciones, hacer recomendaciones para promover el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales (artículo 62.2). El artículo 68, de la Carta de las Naciones Unidas, señala que el Consejo Económico y Social, podrá establecer comisiones; entre ellas, aquella dirigida a la “promoción de los derechos humanos”. Sin embargo, según nuestro punto de vista,

Para los Estados Parte de la OEA, el sistema normativo para la promoción y protección de los derechos y libertades fundamentales, se asegura a través de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Convención Americana, Convención o CADH)⁴¹⁸. Esta señala como propósito principal consolidar un régimen de libertad personal y justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre. A la vez que, establece deberes para los Estados y los derechos y libertades a proteger; por último, instituye los medios de protección u órganos competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes de la Convención. Estos órganos se denominan: Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Comisión o CIDH) y Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Convención Americana, la Convención o Corte IDH).

De acuerdo con el Ordenamiento Jurídico Internacional, los Tratados sobre Derechos Humanos imponen a los Estados deberes de protección, promoción, aplicación, supervisión y, cumplimiento de los derechos humanos y las libertades fundamentales, a favor de las personas. Empero, se acepta igualmente, que dichas obligaciones, aún cuando se desplieguen de manera primaria en el ámbito internacional, tienen como fin principal y último el fortalecimiento de tales derechos y libertades en el ámbito nacional. Esto debido a que la expresión real y efectiva de tales de derechos fundamentales, siempre alcanza su culminación al interior de los Estados.

Con el anterior punto de vista, concuerda el preámbulo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En él la protección internacional se justifica, debido a que los “derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado”, sino de los atributos de la persona humana. Por tanto, la protección internacional es “coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos”. En otras palabras, la esencial defensa de los

esta entidad es la primera dirigida a implementar los derechos humanos, más que a vigilar por el goce de los mismos, ya que tales derechos, aún no han sido claramente delimitados, para ese entonces.

⁴¹⁸ La CADH fue suscrita en San José de Costa Rica en noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos y entró en vigencia en julio de 1978. En Costa Rica fue aprobado mediante ley 4534, del 23 de febrero de 1970, ratificada el 28 de abril del mismo año y entra en vigencia a partir del 18 de julio de 1978.

derechos humanos, ha de llevarse a cabo al interior de cada Estado.⁴¹⁹ Esto se evidencia en el artículo 25 de la Convención Americana. En él, se reconoce el derecho de toda persona a tener acceso a la protección judicial, como recurso efectivo que le ampare frente aquellos actos que violenten sus derechos.

2.2.OBLIGACIONES INTERNACIONALES Y NACIONALES DE LOS ESTADOS PARTE DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS

En consideración de todo lo antes expuesto y tomando como punto de partida la normativa internacional⁴²⁰ sobre derechos humanos, es posible distinguir en este punto de nuestra investigación, dos niveles definidos , pero no excluyentes entre sí, en los que se despliegan las obligaciones⁴²¹ contraídas por los Estados Parte.

Un primer nivel, lo conforma el ámbito internacional, por medio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

El segundo ámbito, es de carácter nacional. Este se despliega a través de la legislación interna, su aplicación y prácticas. Conocer con exactitud el alcance de las obligaciones contraídas por los Estados en ambos planos, resulta fundamental tanto para estos, como para aquellos a quienes se les pretende garantizar los derechos en mención.

De igual forma, es importante mencionar, que los compromisos asumidos, pueden ser tanto de carácter genérico, como particular⁴²². Los compromisos particulares, devienen específicamente de cada instrumento internacional suscrito, por lo que, en este capítulo, no se hace especial referencia a ellos, más allá de lo que se señale con ocasión de los derechos humanos en general y, los derechos reproductivos en

⁴¹⁹ MEDINA QUIROGA, Cecilia, Op. cit., p. 209.

⁴²⁰ Lo anterior es posible encontrarlo en documentos constitutivos de la normativa internacional sobre derechos humanos, como son: La Carta de las Naciones Unidas, Carta de la Organización de Estados Americanos, La Declaración Universal de Derechos Humanos. Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU.

⁴²¹ Las obligaciones a las cuales nos referiremos en adelante, van más allá del compromiso de todo miembro de la comunidad internacional de aceptar y cumplir de buena fe las obligaciones contraídas en el orden jurídico internacional de respetar los tratados y otras fuentes del derecho. Nuestra disertación girará en torno a las obligaciones que le son propias al derecho Internacional de los Derechos Humanos.

⁴²² No referimos a contenidos propios de cada tratado, pacto o convenio en sí mismo. Los genéricos remiten a la normativa internacional en pro de la defensa y promoción de los derechos humanos en general. Los particulares, usualmente remiten a un tema específico de interés.

lo particular. No obstante, sí se hace referencia a las obligaciones genéricas asociadas al Derecho Internacional. En relación con ellas, la normativa⁴²³, la doctrina⁴²⁴ y la Jurisprudencia Internacional⁴²⁵, distinguen usualmente y, de manera especial, tres tipos de obligación a cumplir por los Estados Parte, las cuales se citan a continuación:

- 1) La Obligación de respeto y promoción universal⁴²⁶ de los Derechos Humanos.
- 2) La Obligación de adoptar medidas necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades fundamentales y
- 3) La obligación de garantía de goce y pleno ejercicio de los derechos protegidos.⁴²⁷

A pesar de lo antes mencionado, según algunos autores⁴²⁸ existe una obligación adicional a cargo de los Estados, la cual denominan: Cooperación Internacional. Sin embargo, se omite hacer referencia a ella en esta investigación, por no ser de trascendencia para las obligaciones relativas al tema de los Derechos Reproductivos y su incidencia en la práctica de la Fertilización in Vitro.

⁴²³ A saber: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966); Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969); Convención sobre Derechos del Niños (1989); Convención sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (1979); entre otros.

⁴²⁴ Ver al respecto, entre otros autores a: Abregú, Martín, Op. Cit; BREWER-CARÍAS, Allan. Hacia el fortalecimiento de las Instituciones de protección de los derechos humanos en el ámbito interno. En: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Material Didáctico de Apoyo. XVIII Curso Interdisciplinario de Derechos Humanos*/Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José. C.R.: Instituto Interamericano de Derechos Humanos (s.f.); MEDINA QUIROGA, Cecilia, Op. cit.; PINTO, Mónica, Op. cit.; RUIZ DE SANTIAGO, Jaime. La Protección Internacional de Los Derechos Humanos en su Evolución Histórica. En: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Material Didáctico de Apoyo. XVIII Curso Interdisciplinario de Derechos Humanos*/Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José. C.R.: Instituto Interamericano de Derechos Humanos (s.f.).

⁴²⁵ Ver: Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez, sentencia de 29 de julio de 1988 (fondo), Serie C, N° 4, párrafos 161 a 176.

⁴²⁶ El carácter universal de los derechos humanos y las libertades fundamentales se afirma, de manera fehaciente, en Viena el 25 de junio de 1993 por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (párrafo 1).

⁴²⁷ Víctor Abramovich y Christian Courtis distinguen cuatro niveles de obligaciones: 1) la Obligación de Respetar, 2) la obligación de proteger, 3) la obligación de garantizar y 4) la obligación de promover. Sin embargo, en nuestro caso hemos recurrido a otra clasificación por considerar que de alguna manera se ajusta mayormente a la normativa internacional. Se considera en todo caso que nuestra clasificación, contempla los cuatro niveles a los que Abramovich y Courtis se refieren. En relación a lo dicho por los autores citados ver: ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS Christian. Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales. *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*/Marín Abregú-Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.

⁴²⁸ Entre ellos Cecilia Medina. En: MEDINA Quiroga, Cecilia/ Op. Cit.

Las obligaciones particulares por su parte, se refieren a los compromisos adquiridos en cada instrumento internacional en específico, por lo que no se hace especial alusión a ellas, más que en lo relativo a los compromisos a los que se haga alusión, que se encuentren relacionados con los derechos reproductivos y derechos humanos que los abarcan.

2.2.1 OBLIGACIÓN DE RESPETO Y PROMOCIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Entre las obligaciones genéricas aceptadas por la doctrina y la normativa internacional, el respeto o protección hacia los derechos humanos y las libertades fundamentales, se constituye en la primera obligación que asumen los Estados⁴²⁹.

Esta obligación, de acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se extiende a cada uno de los derechos protegidos. Y, ella, se encuentra claramente estipulada en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los siguientes términos:

“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.”

Tal obligación⁴³⁰, de acuerdo con la normativa y jurisprudencia internacional, encuentra su razón de ser en la existencia de determinados atributos inviolables de la

⁴²⁹ CORTE IDH, Caso Velásquez Rodríguez, sentencia de 29 de julio de 1988 (fondo), Serie C, N° 4, párrafo 165.

⁴³⁰ Recordemos que, en un sentido primario, la Carta de las Naciones Unidas compromete a los Estados Parte, a promover de buena fe el respeto universal y efectivo de los derechos humanos y libertades fundamentales. En igual sentido, la Declaración Americana, como fuente de obligaciones internacionales para los Estados miembro de la OEA (de acuerdo a la Corte IDH), estipula entre sus compromisos, el de “respetar los derechos del hombre”. En: CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de

persona humana. Condición que no puede ser legítimamente violentada por el poder público y debe ser reconocida⁴³¹ y asegurada por el Estado en razón a la naturaleza inherente y universal que la define. La jurisprudencia aclara, en este sentido, que: “Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que solo puede penetrar limitadamente.”⁴³² De allí que se interprete, que a través de la obligación de respeto⁴³³, sería posible lograr lo antes propuesto.

La Corte IDH, señala que en el marco de la evolución del Derecho internacional, la obligación de respetar ciertos derechos humanos esenciales es considerada hoy como una obligación erga omnes⁴³⁴; y afirma que estos derechos emergen como superiores al poder del Estado mismo⁴³⁵.

La Doctrina, por su parte, desde un enfoque jurídico, soporta la idea de que la obligación de respeto hacia los derechos humanos es de naturaleza declarativa y no constitutiva⁴³⁶. Mantiene, en este sentido, la percepción de que los Estados solo se limitan a reconocer⁴³⁷ y, no a crear, los mencionados derechos.

1989. , Interpretación de la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, párrafo 42.

⁴³¹ La doctrina sostiene que los derechos humanos no derivan del Estado, éste solo los reconoce. Autores como Pedro Nikken y Ruiz Santamaría comparten esta idea, entre algunos otros.

⁴³² CORTE IDH, OC-6/86, del 9 de mayo de 1986. La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva. Párrafo 21.

⁴³³ El concepto *Respeto* se entiende como: consideración, deferencia, manifestaciones de acatamiento. Reconocer o distinguir algo en virtud de determinados rasgos. Acatar como legítima la autoridad o superioridad de alguien o cualquier otra de sus cualidades. Según Diccionario Esencial de la Lengua Española. En. *REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario esencial de la lengua española*. Madrid: Espasa Calpe S. A, 2006.

⁴³⁴ CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-10/89, del 14 de julio de 1989. Interpretación de la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Párrafo 38.

⁴³⁵ En éstos términos lo dice la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez, sentencia de 29 de julio de 1988 (fondo), Serie C, N° 4, párrafos 165. Pedro Nikken también lo expresa de la misma forma en su artículo “*El Concepto de Derechos Humanos*”. En: Interamericano de Derechos Humanos. Material Didáctico de Apoyo XVIII: Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, p. 18.

⁴³⁶ Sobre el particular Allan Bremer-Carías dice: “[...] ni las Constituciones, ni las Convenciones Internacionales los crean o establecen, sino que los reconocen como inherentes a la persona humana” en: BREWER-CARÍAS, Allan, Op. cit. Hacia el fortalecimiento de las Instituciones de protección de los derechos humanos en el ámbito interno, p. 12. El concepto reconocer se usa en este texto como sinónimo de aceptar, o admitir algo.

⁴³⁷ Subyace la idea “de que los derechos humanos protegidos son inherentes a la persona humana y no derivan del Estado”. Ver: RUIZ DE SANTIAGO, Jaime/Op. Cit., p. 72.

Aceptados los derechos humanos y las libertades fundamentales, el deber de respeto incide en el orden jurídico de los Estados, tanto en el ámbito internacional como en el nacional.

Desde la perspectiva internacional, la obligación de respeto hacia los derechos humanos, se sustenta en el Sistema Normativo y de Protección Internacional, creado para tal efecto. Sistema que incide en la esfera nacional.

En el ámbito nacional, la obligación de respeto hacia los derechos humanos y libertades fundamentales, supone acciones concretas a cargo de los Estados, todas ellas encaminadas al logro del mencionado fin. Acciones como: organizar el aparato del Estado, e impulsar un orden jurídico interno que sustente y asegure el cumplimiento, desarrollo, estímulo, garantía, plena aplicación y vigencia, de tales derechos y libertades, resulta esencial.

Por ello, prevenir, investigar y sancionar trasgresiones; así como procurar el restablecimiento de los derechos protegidos, constituye responsabilidades concomitantes a la obligación de respeto. De esta manera, el respeto y promoción a los derechos humanos y libertades esenciales, pueden ser vistos como fundamento de las restantes obligaciones a cargo de los Estados. Garantizar y adoptar medidas, en vista a los Derechos Humanos, se perciben como aristas distintas de la obligación de respeto.

Sin embargo, el deber de respeto no se produce sin más. Este conlleva para los Estados, obligaciones conexas de hacer o no hacer, las cuales presentan matices o diferencias de grado⁴³⁸, según la naturaleza de los derechos protegidos. Así encontramos que, derechos como los civiles y políticos, o los económicos, sociales y culturales,

⁴³⁸ Entre algunos autores que sostienen esta posición encontramos entre otros a: ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian, Op. cit.; CONTRERAS PELÁEZ, F. *Derechos Sociales: Teoría e Ideología*, Madrid, 1994, p. 21. citado por Abramovich, Op. cit. p. 287; NIKKEN, Pedro, Op. cit., p. 29; PINTO, Mónica, Op. cit.; RUIZ DE SANTIAGO, Jaime, Op. cit.; BOLIVAR, Ligia. *Derechos Económicos Sociales y Culturales: Derribar Mitos, Enfrentar Retos, Tender Puentes. Una Visión desde la (in) experiencia de América Latina. Material Didáctico de Apoyo. XVIII Curso Interdisciplinario de Derechos Humanos/Instituto Interamericano de Derechos Humanos*. San José. CR.: Instituto Interamericano de Derechos Humanos (s.f.). Es importante, señalar que, parte de la doctrina sostiene una distinción tajante entre obligaciones negativas y positivas, aplicándose las primeras, estrictamente a los derechos civiles y políticos y, las segundas, a los derechos económicos, sociales y culturales; sin embargo, esto ha ido variando en doctrina y la jurisprudencia. Los autores antedichos, son de los que se oponen al enfoque dicotómico de los derechos civiles y políticos, respecto de los económicos, sociales y culturales.

suelen identificarse preferentemente por uno u otro tipo de dichas obligaciones, sin que ello implique que ellas sean exclusivas o privativas de este o de aquel grupo de derechos. Para ambas familias de derechos, las obligaciones correspondientes, en esencia, se perciben como exigibles judicialmente⁴³⁹.

En lo que respecta a los derechos civiles y políticos⁴⁴⁰, estos se consideran primordialmente, derechos de naturaleza individual⁴⁴¹. Su exigencia es inmediata y se ejercen contra el poder público; son susceptibles de control jurisdiccional y sus titulares, han sido provistos de los medios de defensa requeridos para su protección.

La obligación de respeto en relación con los derechos antedichos, mayormente se define como una obligación negativa⁴⁴², de no hacer o abstención; que conlleva la prohibición y determinación de límites a ciertas actuaciones del poder estatal. En otras palabras, el Estado preferentemente se limita a permitir su libre ejercicio⁴⁴³. Toda actividad que contraríe la obligación citada, involucra una violación a los derechos señalados e, implica la responsabilidad del Estado. Ello con independencia de si la trasgresión la realizó el Estado a través de sus agentes o, si por el contrario, la infracción a los derechos, se produce a causa de una omisión estatal al no cumplir con su deber de protección de los derechos en discusión, frente a terceros.

⁴³⁹ Existe una discusión doctrinal, con relación a si los derechos civiles y políticos o, los económicos, sociales y culturales son igualmente exigibles judicialmente. Para algunos, solo los derechos civiles y políticos, son inmediatamente exigibles y considerados derechos *per se*; por el contrario, los derechos sociales, económicos y culturales, los perciben como temas de interés político, cuya concreción y exigibilidad depende de las condiciones económicas estatales. Por tanto, perciben éstos derechos como si fueran derechos de segunda clase. Otros autores, con una posición contrapuesta a la anterior, no aceptan el enfoque dicotómico propuesto entre los derechos civiles y políticos, y los económicos sociales y culturales. Ellos alegan que tal percepción resulta de errores de apreciación, respecto a la naturaleza que define a cada grupo de derechos. En este punto, debemos aclarar que en nuestro caso, nos plegamos al enfoque para el cual, los Estados no pueden adoptar tratados internacionales que implican responsabilidades hacia los derechos del segundo tipo citado y, posteriormente, justificar su incumplimiento respecto a ellos, aludiendo que los mismos no son exigibles judicialmente, por corresponder a declaraciones de carácter político y, no estrictamente a derechos.

⁴⁴⁰ Tutelan derechos como: la seguridad, integridad física, la libertad, la propiedad privada y otros.

⁴⁴¹ Sin embargo, de acuerdo a Víctor Abramovich y Christian Courtis, *ciertos* derechos “civiles y políticos” han sido reinterpretados y han adquirido un cariz social. Un ejemplo típico de ello, es el derecho de propiedad, el que ha perdido su carácter absoluto y su goce se ha visto limitado por intereses de carácter social; por tanto, realizar distinciones absolutas entre los diferentes derechos, pierde sentido. En: ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian, Op. cit., p. 288.

⁴⁴² Por ejemplo, ella implica no impedir ejercer el derecho de libre expresión, no impedir el derecho a postularse para elegir y ser elegido, no matar, no torturar, entre otros posibles ejemplos que es posible citar.

⁴⁴³ Ejercer el derecho de libre expresión, el de libre circulación, entre otros. Respecto de tales derechos el Estado tiene una obligación de no hacer, que implica que no puede limitar su ejercicio de manera arbitraria.

También, en relación con los derechos civiles y políticos, se admite que el compromiso de respeto, es una obligación de resultado o conducta. Ello involucra un orden jurídico que les reconoce y garantiza; lo que sin duda, implica una conducta gubernamental activa. Como ha sido dicho: el “Estado está obligado no solo a respetarlos, sino también a garantizarlos.”⁴⁴⁴

Por ello, se sostiene a su vez, que obligaciones positivas o de hacer, típicas de los derechos económicos, sociales y culturales, no le son extrañas a los derechos civiles y políticos⁴⁴⁵. Este tipo de obligación caracterizada por la erogación de recursos, se considera también, como íntimamente relacionada con los derechos civiles y políticos. Esto, a través de funciones estatales como la jurisdiccional, de policía, de seguridad y defensa⁴⁴⁶. Todas ellas, actividades indispensables para garantizar y hacer efectivos los derechos en mención. De modo tal que, desde el punto de vista expuesto, la mera abstención del Estado, no es suficiente⁴⁴⁷. De acuerdo con autores como: Víctor Abramovich y Christian Courtis (2004), “ el respeto de derechos tales como el debido proceso, el acceso a la justicia, el derecho de asociación, el derecho de elegir y ser elegido, suponen la Creación de las respectivas condiciones institucionales por parte del Estado.”⁴⁴⁸

A su vez, algunos derechos clásicamente considerados como civiles y políticos y de carácter autónomo, como lo es el derecho de propiedad, ha pasado a revestirse de un fuerte componente social. Esto, como resultado de las limitaciones que impone la legislación en los Estados Sociales de Derecho; de manera tal, que el derecho en cuestión, pierde su carácter absoluto, a favor de consideraciones sociales.

⁴⁴⁴ NIKKEN, Pedro, Op. cit.; p. 29.

⁴⁴⁵ En doctrina hay quienes consideran que las obligaciones del Estado respecto de los derechos civiles y políticos, son sustancialmente diferentes de las que se generan en relación a los derechos económicos sociales y políticos. Sin embargo, según Víctor Abramovich y Christian Courtis, las distinciones planteadas, por quienes sostienen tal punto de vista “están basadas sobre una visión totalmente sesgada y “naturalista” del papel y funcionamiento del aparato estatal, que coincide con la posición decimonónica del Estado mínimo, garante exclusivamente de la justicia, seguridad y defensa” en una visión proveniente del liberalismo conservador. En: ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian, Op. cit.. p. 285.

⁴⁴⁶ Este punto de vista es compartido por autoras como Ligia Bolívar en: BOLIVAR, Ligia, Op. cit.

⁴⁴⁷ Ver: NINO, C. *Los derechos sociales, en Derecho y Sociedad*. Buenos Aires, 1993, p. 11-17 Citado por Abramovich y Courtis, cit, p. 286. Este punto de vista también lo sostiene BOLÍVAR, Ligia. Op. cit., p. 92.

⁴⁴⁸ ABRAMOVICH y COURTIS, Op., p. 286.

Por tanto, tomando en cuenta lo antes mencionado, no es aventurado decir que de acuerdo con los autores antes citados, los derechos civiles y políticos, conllevan para el Estado tanto obligaciones negativas como positivas.⁴⁴⁹ Ello, sin que se produzca impedimento alguno para exigir respeto y protección de tales derechos a los Estados.

Por otra parte, los derechos económicos, sociales y culturales, al igual que los derechos civiles y políticos, comportan deberes al poder público, muchos de ellos exigibles judicialmente⁴⁵⁰. Por ello se considera que tales derechos, tienen igualmente una dimensión individual como colectiva.⁴⁵¹

Autores como Nikken, sostienen que los derechos económicos, sociales y culturales “se refieren a la existencia de condiciones de vida y acceso a los bienes materiales y culturales en términos adecuados a la dignidad inherente a la familia humana”,⁴⁵² su protección no depende en exclusiva de instancias de orden jurídico, sino de la conquista de un orden social. Nikken, afirma que la protección de este tipo de derechos suele confiarse a instituciones político-técnicas y su cumplimiento se verifica a través de informes provenientes de estas.

De manera general, la doctrina acepta que la exigencia y satisfacción de los Derechos económicos, sociales y culturales, está supeditada a la disponibilidad de recursos económicos por parte del Estado. Ellos, suponen una erogación económica por parte de este y, se considera que el cumplimiento y protección de tales derechos, es progresivo, siempre sujeto al avance económico estatal.

Las obligaciones que se derivan de este tipo de derechos, son concretas y positivas. Ellas implican un hacer o un dar (acceso a la salud, a la educación, a una vivienda digna). Son obligaciones de carácter prestacional, de medio o conducta.

⁴⁴⁹ Se sostiene que diferencias entre los Derechos civiles y políticos y los derechos económicos sociales y culturales, no son sustanciales, sino de grado. De acuerdo a Contreras Peláez citado por Abramovich y Courtis, no hay obligaciones “negativas” puras. Ver ABRAMOVICH y COURTIS, Op. cit., p. 287.

⁴⁵⁰ La fuerza vinculante de la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, ha sido objetada en algunas oportunidades. Sin embargo, la doctrina acepta cada vez más que tales derechos son exigibles, aunque la forma de exigibilidad de éstos, varíe respecto de los derechos civiles y políticos. La exposición detallada de tales puntos de vista, están fuera del ámbito de nuestra investigación, por lo que solo nos referiremos a ellos de manera tangencial, en lo que resulte de interés en nuestra exposición.

⁴⁵¹ CORTE IDH, Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Consideraciones de la Corte, párrafo 147.

⁴⁵² NIKKEN, Pedro. Op. cit., p.31.

Sin embargo, según Abramovich y Courtis, considerar que los derechos económicos, sociales y culturales comportan exclusivamente obligaciones positivas, no es correcta. Estos derechos, al igual que los derechos civiles y políticos, pueden identificarse con “un complejo de obligaciones positivas y negativas por parte del Estado”⁴⁵³.

De acuerdo con los mencionados autores, aún cuando se puede reconocer que la faceta más visible de los derechos económicos, sociales y culturales son las obligaciones positivas o de hacer, ya que, ellas revisten “una importancia simbólica mayor” al identificarlos, esta no es la única que les define.

Según Abramovich y Courtis, las obligaciones positivas con respecto de los mencionados derechos, no se limitan simplemente a disponer de fondos por parte del Estado, sino que suponen algo más. Este tipo de obligación, también puede verificarse a través de otros medios, en que tomen parte activa otros sujetos.

Los autores antedichos, identifican al menos tres circunstancias, en las que una erogación del Estado en sentido estricto, no es siempre requerida. En primer lugar, sostienen que dentro de este grupo de derechos, existen algunos que se caracterizan por la obligación estatal de establecer algún tipo de regulación indispensable para su ejercicio. Esto, a través de normas específicas de carácter permisivo o facultativo o, en otro sentido, por medio de la creación de una estructura organizada que ponga en práctica cierto tipo de actividad. Por ejemplo, considérese el ejercicio de la libertad sindical y la creación de la entidad encargada de regularla. En el ejercicio del tal derecho, la tarea fundamental del Estado consiste en establecer la normativa bajo la cual, el derecho se hace efectivo y, las organizaciones sindicales se constituyen en los medios a través de las cuales se logra. Organizaciones que funcionan con bastante independencia económica del Estado, dentro los términos establecidos por ley.

Un segundo aspecto gira en torno a la obligación positiva del Estado de limitar y restringir facultades, así como imponer determinadas obligaciones a ciertas personas

⁴⁵³ ABRAMOVICH & COURTIS, Op. cit., pp. 288-290.

privadas. Este tipo de obligación se hace evidente, de manera muy especial en el campo del Derecho Laboral. Este ámbito del derecho, contiene regulaciones que afectan tanto al Estado, como a ciertas personas privadas, quienes han de cumplir determinadas obligaciones en relación con sus trabajadores, en lo concerniente a: vacaciones, pago de aguinaldo, jornadas laborales y fueros especiales. Esto, entre otros derechos, que sobre el particular es posible citar.

Por último, los servicios a proveer el Estado, pueden ser suministrados por este de manera exclusiva o, a través de formas de cobertura mixta; que impliquen aportes estatales, o supongan regulaciones, limitaciones u obligaciones para las entidades particulares que ofrezcan los servicios. Ello puede lograrse, organizando diversos modos de aporte a cargo de las personas privadas, con el fin de mantener obras sociales o brindar ciertos servicios. Algunas de estos métodos, pueden canalizarse por medio de exenciones o regulaciones impuestas a los diversos servicios proporcionados por las entidades estatales o no estatales, tales como lo podrían ser: la educación pública o los servicios de salud.

En consecuencia, se puede afirmar que los derechos económicos, sociales y culturales involucran obligaciones diversas para el Estado; que van desde la implementación de programas sociales que mejoren condiciones de salud, educación, vivienda y otros; así como la creación de normativa o entidades dirigidas a exigir o facilitar el cumplimiento de tales derechos; e incluso se deben considerar aquellas obligaciones de carácter negativo que estos derechos puedan involucrar (como sería, por ejemplo: la no violación al derecho de libertad sindical, o el no desmejoramiento de derechos como: la salud o la educación, entre otros a considerar).

Para autoras como Bolívar, los derechos económicos, sociales y culturales involucran para el Estado⁴⁵⁴, la obligación de abstención⁴⁵⁵. Ella sostiene que algunos de estos derechos poseen una naturaleza semejante al de las libertades públicas, de manera tal que, el deber de respeto exigido para estas, es equivalente al demandado para

⁴⁵⁴ BOLÍVAR, Ligia, Op. cit., p. 93

⁴⁵⁵ Considérese, el caso de no discriminación en el ejercicio de derechos como: la educación, la salud, el empleo o la vivienda, que puede lograrse tan solo a través de la legislación apropiada.

aquellos. Derechos como los sindicales o la libertad de enseñanza⁴⁵⁶, constituyen buenos ejemplos de lo indicado. La autora participa de la idea de que los deberes y obligaciones asociados a los derechos civiles y políticos o a los derechos económicos, sociales y culturales, no se alejan mucho los unos de los otros, por ello concluye que:

“Todos los derechos humanos requieren del Estado acciones que aseguren su respeto (absteniéndose de actuar en contrario) y su protección (mediante medidas que aseguren su disfrute efectivo). La protección se asegura en la medida en que se desarrollan mecanismos y normas para evitar su violación y para que, si esa ocurre, el afectado pueda exigir su restitución y / o reparación por vía judicial.”⁴⁵⁷

Por tanto, se puede admitir que, los derechos económicos, sociales y culturales y los civiles y políticos, comparten obligaciones comunes. Las que pueden ser positivas, negativas o estar compuestas por una mezcla de ambos tipos de obligación. El abanico que compone este conjunto de obligaciones, hace su tránsito desde derechos con deberes esencialmente positivos, hasta aquellos caracterizados por compromisos fundamentalmente negativos; haciendo un recorrido de un extremo a otro a través de puntos intermedios, que poseen contenidos variables de una u otra obligación, en las que el énfasis sobre ellas varía, según la naturaleza del derecho específico del cual se trate (civil y político o social, económico y cultural).

Ahora bien, tomando en consideración las obligaciones que involucran los derechos económicos, sociales y culturales, la violación de los mismos, no se encuentra sujeta en exclusiva a la privación de bienes materiales o culturales. Su transgresión, también se verifica cuando se desmejoran condiciones logradas en el ejercicio de un derecho; o cuando el gobierno no se ajusta a estándares políticos adecuados, o no genera normativa que permita su ejercicio o condiciones de justicialidad⁴⁵⁸ adecuada que les

⁴⁵⁶ *Ibíd.*

⁴⁵⁷ *Ibidem.* p. 97

⁴⁵⁸ Entiéndase justicialidad “como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento de al menos algunas de las obligaciones que constituyen el objeto del derecho”. Significa que el acreedor del derecho posee el poder jurídico, de exigir a través de su acción el cumplimiento de

haga efectivos. También, se vulneran cuando por acción u omisión de sus agentes, alguno de derechos antes citados se ve afectado.

Por último, en relación con los derechos colectivos o de tercera generación, como lo son: el derecho a un medio ambiente sano, derecho al desarrollo y la paz, entre otros; el deber del Estado hacia ellos, se estima de naturaleza mixta. De acuerdo con Pedro Nikken, estos derechos implican tanto obligaciones de comportamiento, como de resultado. Las obligaciones de comportamiento, se asocian a la satisfacción de tales derechos; las obligaciones de resultado, por su parte, consideran ilícita toda actuación arbitraria del poder público que menoscabe los derechos⁴⁵⁹ en mención.

Pedro Nikken, sostiene que la violación de los derechos humanos tiene lugar en la medida en que el poder público desborde los límites legítimamente impuestos a los mismos imperativos del orden público o del bien común.⁴⁶⁰ Con ello dicho autor, postula y reitera la responsabilidad del Estado, en virtud del hecho generador que demanda y persigue la protección de los derechos humanos, como lo es: imponer límites al poder de los Estados, tanto interna como externamente.

En lo que respecta al ámbito internacional, la obligación de respeto se evalúa en virtud de la observancia y defensa de los derechos humanos y libertades esenciales; tanto al interior de los mismos, como en relación con otros Estados. Este compromiso asumido, es valorado a través de órganos contralores existentes en la Comunidad Internacional.

Considerando que la obligación de respeto a los derechos citados recae en los Estados, la responsabilidad por transgredirlos, ineludiblemente debe ser afrontada por estos. Velar por la efectiva vigencia de los derechos humanos incumbe exclusivamente al Estado⁴⁶¹ y solo él puede violarlos, para ello basta constatar el hecho violatorio.

una obligación no cumplida contemplada por el derecho objetivo. En ABRAMOVICH & COURTIS, Op.Cit., p. 296-297.

⁴⁵⁹ NIKKEN, Pedro, Op. cit., p. 32.

⁴⁶⁰ *Ibíd.*

⁴⁶¹ *Ibíd.*

2.2.2 OBLIGACIÓN DE ADOPTAR MEDIDAS PARA HACER EFECTIVOS LOS DERECHOS HUMANOS

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, establece como deber genérico de los Estados, el “adoptar disposiciones de derecho interno”⁴⁶². Como dice Abregú, “sólo la efectiva protección en el ámbito interno puede asegurar la vigencia de los derechos internacionalmente reconocidos”⁴⁶³; de no ser así, se produce un distanciamiento entre los órganos de protección internacional y, el acceso que tienen a estos, los sujetos a quienes indebidamente se les restringe alguno de sus derechos; pues “la supervisión internacional siempre es tardía y generalmente ex post”⁴⁶⁴.

Los primeros llamados para asegurar los derechos humanos y libertades fundamentales, son los Estados. En ese entendido, la Convención Americana, en su artículo 2, establece de manera condicional, el deber de adoptar medidas internas⁴⁶⁵. Tal que, si los derechos y las libertades fundamentales, reconocidos internacionalmente por los Estados Parte, no estuvieran ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter⁴⁶⁶; le corresponde a estos adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades, según lo dispuesto por su Constitución y la Convención⁴⁶⁷. Este enfoque se reproduce en algunos otros instrumentos internacionales.⁴⁶⁸

La norma aludida, dados los términos de su redacción⁴⁶⁹, supone que los Estados nacionales deben, en primera instancia, llevar a cabo la revisión de la legislación interna, tal que permita determinar si los derechos y libertades reconocidos en la

⁴⁶² Artículo 2, Capítulo I, Parte I e la Convención Americana.

⁴⁶³ ABREGÚ, Martín, Op. cit., p. 5.

⁴⁶⁴ MEDINA QUIROGA, Cecilia, Op. cit. p. 248.

⁴⁶⁵ En términos similares se pronuncia el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁴⁶⁶ Artículo 2, Capítulo I, Parte I, de la Convención Americana.

⁴⁶⁷ En este punto, se alude, al artículo 1.1 de la Convención Americana.

⁴⁶⁸ A saber: El artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dice: “Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.” El artículo 2 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁴⁶⁹ Que en su texto completo dice: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuvieren ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”

normativa internacional, están asegurados internamente. De manera contraria, lo que sigue, será la creación de las condiciones conducentes a ello. Entre ellas, la de dar sustento jurídico a los derechos proclamados, en especial, a toda aquella norma que por falta de precisión no se invoca de manera directa; y, también de ser necesario, crear la posibilidad de ampliar el alcance y contenido de los derechos ya promulgados y reconocidos.

En el sentido de lo expuesto, la exigibilidad de las normas internacionales sobre derechos humanos en el ámbito interno, buscan subrayar que estas integren el ordenamiento jurídico vigente y gocen de una presunción de ejecutividad,⁴⁷⁰ tal que pueden ser aplicadas por la judicatura en virtud del principio *iuria novit curia*.⁴⁷¹

La doctrina⁴⁷² y la jurisprudencia internacional⁴⁷³, concuerdan en que el artículo 2 de la Convención Americana, enuncia el deber general de adoptar medidas; no solo en el sentido *supra* indicado, sino que a su vez implica la necesidad de suprimir normas y prácticas que violen o discrepen con los derechos y garantías consagrados en la Convención. Derogar, reformar o modificar pautas que contravengan la Convención u otro instrumento internacional suscrito, para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, son acciones que se derivan de la norma que nos ocupa.

En igual sentido, es fundamental crear los recursos necesarios para asegurar esos derechos y libertades aceptados; así como, realizar modificaciones que aseguren, reafirmen, amplíen o, sean compatibles o convenientes para ejecutar las obligaciones asumidas por los Estados a nivel internacional, , pero que inciden internamente en ellos.

⁴⁷⁰ Este aspecto es evidente en Corte IDH, Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (art. 14.1, 1.1 y 2), Opinión consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986, párrafo 28 que dice: “El hecho de que los Estados Partes puedan fijar las condiciones del ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, no impide la exigibilidad conforme al derecho internacional de las obligaciones que aquellos han contraído según el artículo 1.1 [...]”.

⁴⁷¹ Sobre este punto, ver: PINTO, Mónica, Op. cit.

⁴⁷² Ver: PINTO, Mónica, Op. Cit; CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986. Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1. 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos); CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Art. 1 y 2, Convención Americana sobre Derechos Humanos).

⁴⁷³ CORTE IDH, Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas). Párrafos 85, 87, parte resolutive.

Cambiar procedimientos jurídicos existentes o invalidar sentencias, puede también resultar de lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención.

En resumen, adecuar el derecho y prácticas internas a los tratados suscritos, es el principal fin de la normativa internacional sobre derechos humanos, en relación con la obligación de adoptar medidas.

Es importante mencionar que desde la doctrina, autores como García Ramírez (2005), aseveran que la adopción de medidas, en tanto obligación a cargo de los Estados, está ya de por sí, contemplada por el Derecho de Gentes, de acuerdo con el cual “un Estado que ha celebrado un convenio internacional debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas.”⁴⁷⁴

La adopción de medidas, en tanto obligación a cargo de los Estados, de acuerdo con la Corte, se entiende como:

“[...] una obligación adicional, que se suma a la impuesta en el artículo 1 de la Convención dirigida a hacer más determinante y cierto el respeto de los derechos y libertades que la Convención reconoce”⁴⁷⁵

Como ha quedado dicho, la obligación a la cual nos referimos, viene a enfatizar, clarificar y precisar el deber de respeto y garantía a los derechos y libertades reconocidos⁴⁷⁶, según lo prescrito en el artículo 1º de la Convención.

⁴⁷⁴ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Reparaciones. En: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2005). *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*/Corte Interamericana de Derechos Humanos.-San José, CR.: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, p. 69.

⁴⁷⁵ CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986. Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (Art. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), párrafo 27. *Ibid.* Opinión Separada del Juez Héctor Gros Espiell, párrafo 6.

⁴⁷⁶ Ello no disminuye el deber que los Estados tienen de respetar o garantizar los derechos reconocidos, de manera inmediata e incondicional de conformidad al artículo 1.1 de la Convención. Ver. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986. Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (Art. 14.1., 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), párrafo 27. Opinión separada Juez Rodolfo Piza y Opinión Separada del Juez Héctor Gros Espiell, párrafo 6.

Ahora bien, lo expuesto hasta ahora sobre la obligación de adoptar medidas a cargo de los Estados, no se agota con lo dicho⁴⁷⁷. Tal obligación también conlleva tomar medidas en relación con los derechos económicos, sociales y culturales. El artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dispone que los Estados Parte deben adoptar las medidas de orden económico y técnico necesarias, “hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas”⁴⁷⁸, para la plena efectividad de los derechos reconocidos, tanto al interno de su territorio como internacionalmente, en este último caso, mediante la Cooperación con otros Estados.

Desde este punto de vista, se considera que la exigibilidad de tales derechos no es inmediata, sino progresiva⁴⁷⁹ en razón de la disponibilidad de recursos, hasta el máximo de sus posibilidades. Entonces, el Estado, debe dirigir sus esfuerzos, de manera simultánea hacia la concreción de medidas económicas y técnicas o providencias que permitan la efectividad y exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, así como a la adopción de medidas legislativas y normativas que sustenten tales derechos. Configurados ciertos avances, en cualquiera de los sentidos indicados, no es posible adoptar medidas regresivas con respecto al grado de desarrollo alcanzado, excepto en supuestos excepcionales, plenamente justificados⁴⁸⁰ que respondan al bienestar general de la sociedad y no contradigan el propósito y razón de tales derechos.⁴⁸¹

⁴⁷⁷ Existe discusión sobre si el régimen de obligaciones en torno a los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales es distinto. En nuestro caso no ahondaremos en estos asuntos ya que compartimos la posición de autores como Curtis que considera que los artículos 1 y 2 de la Convención Americana le son aplicables al artículo 26 del mismo cuerpo normativo, sobre el principio que establece que cuando la ley no distingue no es lícito al intérprete distinguir, por lo que si las normas citadas se refieren a los derechos y libertades reconocidos en la Convención, no tiene porque pensarse que se habla solo de los derechos del capítulo II. Ver: MEDINA QUIROGA, Cecilia, Op. cit., p. 228.

⁴⁷⁸ Ver. Artículo 2.1, Parte II. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En el mismo sentido se pronuncia la Convención Americana, en su artículo 26, que dice: “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americano, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.”

⁴⁷⁹ Sobre este aspecto ya nos hemos referido en el apartado anterior.

⁴⁸⁰ Ver: Observaciones Generales adoptadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 3, N° 2, HRI/GEN/1/ Rev.1, p. 59.

⁴⁸¹ CORTE IDH, Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Alegatos de la Comisión párrafo 142.b.

De acuerdo con la jurisprudencia internacional, la progresividad asociada a los derechos económicos, sociales y culturales, debe ser entendida en función de la creciente cobertura sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social⁴⁸²

La obligación mínima⁴⁸³ de los Estados para asegurar la satisfacción de cada uno de los derechos protegidos, según nuestro punto de vista, puede perfectamente pensarse, que se encuentra definida por el máximo de los recursos de que se disponga; así como también, por el grado de desarrollo logrado en el ámbito jurídico y la cobertura alcanzada.

Sobre el particular, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su observación general N° 3, párrafo 10, asegura que:

“Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas por falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas.”

Por tanto, de acuerdo con Bolívar (s.f.), es vital analizar presupuestos y obligaciones sociales de los Estados. Solo así se puede tener idea del alcance de las obligaciones a su cargo, si de derechos sociales se habla.

2.2.3 LA OBLIGACIÓN DE GARANTÍA DE GOCE Y PLENO EJERCICIO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Garantizar los Derechos Humanos, se constituye para los Estados en una obligación de amplio contenido y de exigibilidad inmediata. Según la doctrina, el respeto exigido y el deber impuesto a los Estados, para adoptar medidas en torno a los

⁴⁸²CORTE IDH, Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Consideraciones de la Corte, párrafo 148.

⁴⁸³ Mónica Pinto, asocia esa obligación mínima con niveles esenciales; sin embargo, solo concordamos con este enfoque en el tanto, pueda interpretarse que esos niveles mínimos se ajustan al máximo de recursos disponibles por el Estado, sin que ello vaya en perjuicio de otras obligaciones igualmente importantes para el Estado y sus ciudadanos.

derechos humanos, adquieren contenido real a través de la obligación de garantía. Ella asegura la protección, efectividad y disfrute de los derechos reconocidos. De manera invariable, la obligación de garantía suele aparecer atada al deber de respeto. El artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴⁸⁴, lo confirma cuando dice:

“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 sujeta a su jurisdicción [...]”. En otras palabras, no hay respeto sin garantía y viceversa.

La doctrina, acepta que reconocidos los derechos humanos y establecidos las condiciones jurídicamente objetivas para su protección, efectividad y disfrute, lo que sigue de ello, es asegurar el pleno ejercicio de esos derechos. Para ello, resulta fundamental crear los medios de tutela y garantía que lo permitan. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en concordancia a lo escrito, en su preámbulo señala que sólo puede realizarse el ideal del ser humano si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos.

La obligación de garantía, en relación con los derechos humanos, conlleva compromisos diversos a cargo de los Estados. Entre ellos: promover los derechos reconocidos. Prevenir e investigar situaciones lesivas a los derechos protegidos⁴⁸⁵. Identificar y sancionar a los responsables de vulnerarlos. Procurar su restablecimiento; y, por último, crear los medios jurídicos que aseguren su reparación. El deber de garantía, exige obligaciones de abstención, dirigidas a mantener el respeto a los derechos aceptados⁴⁸⁶ y; también conlleva obligaciones de resultado, en tanto los Estados deben configurar acciones y, crear las circunstancias necesarias para acceder a los derechos humanos.

⁴⁸⁴ Igualmente, se encuentra en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁴⁸⁵ Esto puede implicar, remover obstáculos de cualquier naturaleza que no permitan acceder a los derechos humanos, e incluso tomar medidas que iguale las oportunidades para los grupos más susceptibles en una sociedad.

⁴⁸⁶ Cecilia Medina denomina a este deber con el nombre de: “Garantía Colectiva”, la que sostiene viene prefigurada desde la Carta de las Naciones Unidas. Ver. Medina Quiroga, Cecilia, Op. cit., p. 213.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, considera que “*garantizar*” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos, se convierte en la segunda obligación que internacionalmente se le acredite a los Estados Partes⁴⁸⁷. Asimismo concuerda, en líneas generales, con todo lo planteado en el párrafo anterior, al señalar que:

“Esta obligación implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.”⁴⁸⁸

Ahora bien, el compromiso internacional de los Estados para garantizar los derechos humanos y las libertades fundamentales, se despliega en dos ámbitos distintos; uno de ellos, de carácter internacional; el otro, de orden nacional. Ambos se motivan en la protección jurídica de la persona humana y los derechos que le son inherentes.

En el plano internacional, el sistema de protección puede ser universal⁴⁸⁹ o regional⁴⁹⁰. Ellos enuncian los derechos a salvaguardar, el contenido y alcance de los mismos; así como las posibles restricciones legítimamente aceptadas⁴⁹¹ a los derechos y libertades reconocidas y, las circunstancias en que ellas se producen.

Aparejado al sistema de protección universal, al cual no se hará referencia específica en esta investigación, el Continente americano cuenta con un sistema de

⁴⁸⁷ Ver: CORTE IDH., Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C N° 4, párrafo 166.

⁴⁸⁸ *Ibíd.*

⁴⁸⁹ El sistema de protección universal sobre derechos humanos, en primera instancia, se afianza en la Carta de Naciones Unidas y toda aquella normativa que surge al amparo de la Comunidad de Naciones Unidas y los órganos que la componen.

⁴⁹⁰ De los instrumentos jurídicos que lo sustentan, encontramos entre otros: la “Carta de la Organización de Estados Americanos”, la “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre”, la “Convención Americana sobre Derechos Humanos” y sus protocolos. Y otros instrumentos., más específicos como la “Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura”, la “Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas” y la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer”.

⁴⁹¹ Ver artículo 4. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

protección regional para los derechos humanos, denominado: Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos⁴⁹².

A través de él, los Estados Parte de la OEA, pretenden garantizar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por ellos, por intermedio de dos órganos competentes para tal efecto, a saber: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁴⁹³ (en adelante la Comisión Interamericana, Comisión, o CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴⁹⁴ (en adelante la Corte, Corte Interamericana o la Corte IDH).

Ambos órganos se encuentran definidos como medios de protección, en la Parte II, de la Convención Americana, firmada el 22 de noviembre de 1969, en San José de Costa Rica, en Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Documento que entra en vigor el 18 de julio de 1974, conforme artículo 74.2 de la Convención. Costa Rica, en tanto Estado perteneciente a la OEA, firma la Convención en la fecha indicada y la ratifica el 31 de julio de 1973⁴⁹⁵.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como órgano garante de los compromisos adquiridos por los Estados Parte de la OEA, tiene como función principal “promover la observancia y la defensa de los derechos humanos”⁴⁹⁶. Pero también, tiene entre sus atribuciones: estimular la conciencia de los derechos humanos en los

⁴⁹² De acuerdo a Sergio García, el sistema interamericano inicia formalmente con la aprobación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en la novena Conferencia Internacional Celebrada en Bogotá en 1948. Ver: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS; ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. *Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*. San José. CR: Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos., pp. 4 y 6, 2011.

⁴⁹³ La Comisión se reafirma como órgano de control, en la Convención Americana de Derechos Humanos. En este mismo documento, la Corte Interamericana de Derechos Humanos toma vida en el capítulo VIII. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, surge en la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, en Santiago de Chile en agosto de 1959. En la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria, celebrada en febrero de 1967 en Argentina, se la reconoce como órgano de la OEA y en la Segunda Conferencia Internacional Americana, celebrada en Río de Janeiro, se le permite conocer de denuncias, solicite información a los estados y realice recomendaciones. LEÓN BASTOS, Carolina (2010). *La Interpretación de los derechos fundamentales según los tratados internacionales sobre derechos humanos: Un estudio de la Jurisprudencia en España y Costa Rica*. Madrid: Editorial Reus, S.A. , p. 295.

⁴⁹⁴ El 22 de noviembre de 1969 en Conferencia Especializada reunida en San José de Costa Rica, se adoptó la Comisión Americana sobre Derechos Humanos y se crea una Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ver. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS; ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, Op. cit., p. 14.

⁴⁹⁵ *Ibid.*, p.57

⁴⁹⁶ Ver artículo 41 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

pueblos; formular recomendaciones a los Estados a fin de que adopten medidas que favorezcan los derechos protegidos; realizar estudios e informes asociados a sus funciones; solicitar informes a los diferentes Estados para determinar sus avances en el cumplimiento de los compromisos contraídos en los diferentes tratados⁴⁹⁷; así como también evaluar los esfuerzos realizados en pro de la búsqueda de efectividad de los derechos humanos. Por otra parte, también atiende consultas asociadas a los derechos protegidos; y conoce de reclamos o denuncias, que se producen con ocasión a la presunta violación a los derechos humanos, a través de peticiones o comunicaciones.

Las tareas encomendadas a la Comisión Interamericana, son de gran importancia; de ellas la principal, es de control. Verbigracia, el sistema de informes, hace posible revisar la legislación en vigor para adecuarla a los compromisos contraídos internacionalmente, a través de la adopción de medidas sustantivas y procesales necesarias para efectivizar los derechos no reconocidos⁴⁹⁸; o, en caso de ser necesario, posibilita identificar aquellas normas internas que deben derogarse, por contravenir las de orden internacional⁴⁹⁹.

Los informes, igualmente, hacen posible identificar los obstáculos que sobrevienen a la aplicación de los derechos humanos; los que una vez identificados, pueden dar lugar a políticas concretas para realizar los cambios culturales o sociales requeridos. De igual forma, permiten determinar si los Estados dentro de sus posibilidades, se conducen hacia la implementación de los derechos. Por tanto, puede decirse que, la actividad de la Comisión, en este sentido, es esencialmente preventiva, en tanto evidencia situaciones que obstaculizan el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos. Como dirá Mónica Pinto, se trata de una obligación de hacer, que consolida una razonable protección nacional, que pretende armonizar las legislaciones de los diferentes Estados, en una concepción común de los derechos humanos.

⁴⁹⁷ De esta manera, cumplen los estados con su obligación de garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos; así como lo relativo al compromiso de adoptar medidas de cooperación con otros estados, legislativas, administrativas o de cualquier otra naturaleza.

⁴⁹⁸ Ver: Pinto, Mónica, Op. cit., p 127 y siguientes.

⁴⁹⁹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Responsabilidad Internacional por expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos) Párrafo 38-39. Algunas normas contravienen la Convención con su solo vigencia; en otras, en cambio, solo a través de su aplicación a un caso concreto o, porque existen actos normativos posteriores que no se han considerado.

En otro sentido, como ya ha quedado dicho anteriormente, ante la Comisión se tramitan reclamos o denuncias. Estas persiguen dar solución a situaciones específicas asociadas a la presunta violación de uno o más de los derechos humanos. Este escenario requiere del consentimiento de los Estados Partes y toma lugar a través de un mecanismo de peticiones, que se puede llevar a cabo individualmente, por medio de un grupo de personas, o a través de alguna entidad no gubernamental legalmente reconocida.

El mecanismo antes citado, actúa en forma complementaria o subsidiaria a la protección nacional, a través de una petición que viene precedida por el agotamiento previo de los recursos internos. Sin embargo, la complementariedad internacional, ante todo pretende hacer compatible la situación que se produce internamente en un Estado, con los compromisos asumidos por este en el ámbito internacional. También, se ha afirmado, que la razón que justifica la existencia de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos como la Comisión y Corte Interamericanas, obedece, a fin de cuentas, a la necesidad de encontrar una instancia a la que pueda recurrirse cuando los derechos humanos han sido violados⁵⁰⁰ por los agentes u órganos del Estado.

Agotar los recursos internos, se constituye según la doctrina, en un requisito sustantivo que exigen los Estados para dar solución a las posibles violaciones que se generen en sus territorios a los derechos humanos y las libertades fundamentales. Ello antes de tener que responder internacionalmente por las trasgresiones cometidas a esas libertades y derechos. Esto, se perfila de esa manera, debido a que la intervención internacional, solo se produce cuando el derecho local no ha logrado resguardar adecuadamente las normas, libertades y derechos consagrados en el ámbito internacional; pero que sí han sido reconocidos y aceptados en el ámbito nacional.

Los recursos internos a ser agotados, son aquellos de naturaleza ordinaria, que ofrece la legislación. La normativa internacional, también se pronuncia sobre ellos y establece la protección judicial como un derecho en sí mismo.

⁵⁰⁰ OEA/ Ser.L/V/II.49.doc.19. 19, p.29.

Según el artículo 25 de la Convención Americana:

“toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención [...]”

Este derecho, proclamado por la legislación internacional, debe ejercerse en el marco del debido proceso. Estos recursos sencillos y rápidos de protección judicial, se traducen en las diferentes legislaciones nacionales, en los recursos de: habeas corpus, amparo, habeas data, o cualquier otra vía que determine la normativa.

En aquellos casos, en que no se produzca el agotamiento de recursos judiciales internos, en relación con una petición presentada ante la Comisión Interamericana, al alegarse la inexistencia⁵⁰¹ de los mismos, la imposibilidad para ejercerlos o por argüir un retardo injustificado en su aplicación⁵⁰², debe señalarse que la responsabilidad para razonar y justificar lo antes planteado, recaea sobre el peticionario.

Otra tarea a cargo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), consiste en examinar las comunicaciones que un Estado realice con respecto de otro⁵⁰³. Tales comunicaciones tienen como objetivo, permitir a un Estado alegar la violación a los derechos protegidos, en la que incurre el otro. La actividad de la Comisión en estas circunstancias siempre está sujeta a que los estados involucrados, reconozcan su competencia.

Si un Estado infringe uno o más derechos humanos, siempre será la CIDH la que se pronuncie sobre la Admisibilidad de las denuncias o comunicaciones que se formalicen ante ella. Corresponde también a la Comisión, solicitar a los Estados

⁵⁰¹ También puede ser debido a que aún cuando existan los recursos, éstos no son aptos o efectivos.

⁵⁰² Estos tres aspectos citados, según el Artículo 46 de la Convención Americana, se constituyen en las únicas excepciones aceptadas para el no agotamiento los recursos internos, que tiene como objetivo reclamar la competencia de la CIDH.

⁵⁰³ Ver artículo 45 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

informes que se refieran a los hechos o, situación que dio origen a la denuncia y, a la condición en que se encuentran los derechos, que se presume han sido infringidos.

Cumplidos los trámites del procedimiento establecido, la Comisión emitirá su opinión en torno a la responsabilidad del Estado, sobre los hechos que le son atribuidos. En caso de existir responsabilidad por parte del Estado, en la trasgresión a uno o más derechos, se le formulan recomendaciones para restablecer los derechos conculcados. Lo encomendado, por lo usual, debe cumplirse en un plazo determinado. De ser acatada la recomendación, el caso se cierra. De no solucionarse, la Comisión puede decidir someter el caso a conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lo anterior, en el entendido de que se den dos condiciones necesarias: 1) el Estado denunciado acepta la jurisdicción de la Corte Interamericana y, 2) la cuestión sobre la cual se dirime, es susceptible de solución judicial.

También puede darse que la situación no se solucione y, que el caso no sea idóneo para someter a consideración de la Corte Interamericana, por no cumplir con las exigencias requeridas para hacerlo. En otras palabras, porque la situación que se denuncia, no es susceptible de ser resuelta judicialmente o, debido a que la competencia de la Corte no se encuentra reconocida por el Estado o Estados evidenciados. En estas circunstancias, la Comisión puede generar un segundo informe en el que incluye recomendaciones para el Estado infractor, las que debe cumplir en un plazo definido. Si este segundo informe se publica o no, es una decisión que queda a cargo de la Comisión.

En otro sentido, tomando en consideración que los Estados, a través de los tratados suscritos, asumen internacionalmente la responsabilidad de respetar, garantizar y satisfacer los derechos humanos, se asume que cualquier violación que se suscite con respecto de tales derechos, siempre recae sobre los Estados. No importa, para el caso, si la infracción la cometió el Estado a través de sus agentes o, si la cometió un tercero, sobre el cual el poder público no ejerció la debida vigilancia. La responsabilidad Internacional del Estado se produce por acción u omisión; directa o indirectamente en su fin primordial de proteger y garantizar los derechos humanos. La responsabilidad del Estado, se configura en el momento mismo en que se incumple alguna de las obligaciones contraídas, aunque ellas no impliquen un daño adicional. En resumen,

serán los Estados, siempre los únicos responsables, ante cualquier violación a los derechos humanos que pueda producirse o que implique un incumplimiento en las obligaciones contraídas⁵⁰⁴. Las normas que rigen la responsabilidad de los Estados, de acuerdo con Medina Quiroga (2005), siempre son de orden internacional, no de derecho nacional⁵⁰⁵

De manera tal que, si la responsabilidad internacional solo le es atribuible a los Estados, resulta claro que la jurisdicción internacional a nivel regional, solo es aplicable estos. En especial, a los que aceptan la competencia de la jurisdicción aludida. Por tanto, es evidente que el individuo no tiene acceso directo al Tribunal Internacional, por carecer de *ius standi*. Este aspecto lo aclara y reafirma el artículo 61 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuando dice: “Sólo los Estados parte y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte”

Corresponde a la Comisión Interamericana, como ha sido dicho, la representación ante la justicia internacional, de los intereses individuales o de grupo, de aquellos hechos denunciados frente a ella, siempre que de previo, se cumpla con el procedimiento previsto por la Convención.⁵⁰⁶

León Bastos (2010) resume la naturaleza de la Comisión Interamericana, como un órgano de naturaleza “cuasi política, porque carece de obligatoriedad en sus resoluciones; y cuasi judicial, porque trabaja como un tribunal que emite sentencias cuya máxima sanción es de índole moral”⁵⁰⁷

⁵⁰⁴ Pedro Nikken sostiene que el denunciante lo único que puede alegar es el cumplimiento del tratado, “pero no de que su acción contra los derechos en él reconocidos, sea calificada como una violación de los derechos humanos”. Consideramos que lleva razón, Nikken con respecto a lo dicho, pero lo cierto, es que las denuncias siempre se producen con ocasión a la violación de alguno de los derechos en él reconocidos. Pues, la línea que divide uno y otro asunto, es puramente formal, pues el fin último de todo tratado sobre derechos humanos, es la protección y garantía de los derechos aceptados. Ver. NIKKEN, Pedro, Op. cit., p. 25.

⁵⁰⁵ Ver: MEDINA QUIROGA, Cecilia, Op. cit., p. 236.

⁵⁰⁶ Como son: Agotamiento de recursos internos, seis meses desde que se produjo la lesión, que la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento internacional y claro está que se admita la competencia de la Corte y de la Comisión por parte del Estado Parte.

⁵⁰⁷ LEÓN BASTOS, Carolina, Op. cit., p.296.

Por otra parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el marco de la justicia regional, aparece como una instancia judicial autónoma⁵⁰⁸; competente para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones⁵⁰⁹ contenidas en la Convención Americana. La Corte, tiene competencia tanto contenciosa,⁵¹⁰ como consultiva. De acuerdo con el artículo 64 de la Convención Americana, la Corte es la encargada de interpretar y dilucidar todo lo referente al contenido normativo de la Convención y, de cualquier otro tratado que sobre derechos humanos hayan concertado los Estados parte de la OEA. Ello, siempre en respuesta a la solicitud de alguno de los Estados de la Organización.

También a solicitud de los Estados, la Corte Interamericana, puede emitir opiniones acerca de la compatibilidad de las legislaciones internas de estos, con los diferentes instrumentos internacionales suscritos por ellos. Opiniones, que en principio, no se consideran vinculantes, pero se refieren razonamientos jurídicos valiosos, que inciden en la doctrina y eventualmente en la jurisprudencia. A su vez, se constituye la Corte, en el ente llamado a realizar la interpretación de la Convención Americana y los tratados que sobre derechos Humanos, concreten los Estados americanos.

La Corte solo conoce los asuntos de aquellos Estados, que reconozcan su competencia⁵¹¹, pues su jurisdicción es voluntaria. Para algunos Estados, la competencia de la Corte es obligatoria y de pleno derecho y sin convención especial (art. 62 CA) con respecto a todo caso sometido a su jurisdicción; en otros casos, su competencia responde a una “condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos”, según lo declare cada Estado al momento de firmar y ratificar la Convención. En el caso de Costa Rica, reconoce la competencia de la Corte

⁵⁰⁸ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, se constituye en uno de los dos tribunales internacionales que conocen de asuntos relacionados con la violación de derechos humanos. Tiene sede en San José de Costa Rica y fue elegida por primera vez en 1979. El otro tribunal de naturaleza equivalente en su quehacer, es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ver: Pinto, Mónica, Op. cit., p. 147.

⁵⁰⁹ Ver artículo 62 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁵¹⁰ La Corte en Opinión Consultiva OC-14/94 de nueve de diciembre de 1994, establece claramente en su párrafo 49 que “la jurisdicción contenciosa de la Corte se ejerce con la finalidad de proteger los derechos y libertades de personas determinadas y no con la de resolver casos abstractos.”

⁵¹¹ La Declaración de los Estados respecto a la competencia de la Corte puede ser incondicional o puede responder a condiciones de reciprocidad.

Interamericana, ante la Secretaria General de la OEA en fecha 2 de julio de 1980⁵¹² en acuerdo con los artículos 45 y 62 de la Convención, la que reconoce sin condiciones durante la vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de pleno derecho, sobre todos los casos relativos a la interpretación y aplicación del referido Tratado multilateral⁵¹³

La Corte Interamericana, como ya se ha aclarado, solo tramitará asuntos contenciosos interpuestos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o por alguno de los Estados Parte. Estos últimos, según la normativa internacional, al reconocer la jurisdicción internacional, se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.⁵¹⁴ Ello involucra que lo dicho por la Corte, en torno a casos sometidos a su competencia, es de naturaleza vinculante. Sobre el particular, García Ramírez (2005), presidente de la Corte Interamericana para el año 2004, en términos más contundentes dice:

“el cumplimiento de las resoluciones de la Corte Interamericana no es facultativo, sino imperativo para los Estados que han admitido la jurisdicción contenciosa de aquélla. Lo es, con sustento en la voluntad soberana de quienes ratifican la Convención Americana y reconocen la jurisdicción de la Corte y como expresión natural de su voluntad [...] y contribuye poner en evidencia que la tutela nacional de los derechos humanos prosigue a través de la internacional [...]”⁵¹⁵

La Corte Interamericana, por su parte, confirma lo dicho cuando, indica que: “la declaración de aceptación de la competencia de un tribunal internacional, una vez efectuada, no autoriza al Estado a cambiar posteriormente su contenido y alcance”.⁵¹⁶ Por tanto, toda sentencia que ella emita debe acatarse a cabalidad y, no puede

⁵¹² En: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANO; ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANO, Op. cit., p.57.

⁵¹³ *Ibid.* p. 63.

⁵¹⁴ Ver: Artículo 68 de la Convención Americana.

⁵¹⁵ *Ibidem.* Prólogo, VI.

⁵¹⁶ CORTE IDH. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú (Competencia). Sentencia de 24 de setiembre de 1994. Párrafo 53.

convenientemente renunciarse a ella sin más, por conveniencia interna del Estado. Solo estará permitido, previa renuncia a la competencia del tribunal internacional, según las reglas impuestas por el derecho de los tratados.

Es importante señalar, que las resoluciones de la Corte, son reparatorias y buscan compensar el daño⁵¹⁷. Esto es así, ya que, la responsabilidad atribuida a los Estados es objetiva. Ella resulta de la relación causal que se produce entre el agente y el ilícito que se le atribuye.

Hasta aquí, nuestra disertación se ha referido a la responsabilidad de garantía a cargo de los Estados, en el ámbito internacional. Será preciso, seguidamente, referirnos en términos generales, a lo que comporta la obligación de garantía al interior de los Estados. Donde esta obligación adquiere matices propios.

Se debe recordar que el Estado como garante de los derechos humanos y libertades fundamentales en su territorio, está condicionado en su quehacer por la normativa internacional, que proporciona lineamientos para su vigencia y exigibilidad. Ello, sin perjuicio de que constitucionalmente, se determine el modo en que dicha normativa se incorpora al ordenamiento jurídico.

Prevenir y promover los derechos humanos, corresponde a deberes provenientes del deber de Garantía. Desde el punto de vista formal, esta obligación, implica adecuar el orden normativo interno a los compromisos internacionales contraídos para la defensa de los derechos humanos; así como tomar todas las medidas políticas, administrativas, económicas, legislativas o de cualquier otra naturaleza, que dentro del contexto nacional, hagan efectiva la posibilidad de acceder a los derechos protegidos. Implica organizar el aparato Estatal y sus estructuras, en vista de la protección a los Derechos Humanos. Pero, también se requiere para su cumplimiento, de una conducta gubernamental que permita la efectividad y disfrute de los derechos. Como dirá Brewer-Carías (s.f.) de nada sirve una declaración de derechos si no existen garantías judiciales

⁵¹⁷ Ver. CORTE IDH, Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C N° 4, párrafo 134.; CORTE IDH, Caso Velásquez Rodríguez. Indemnización Compensatoria (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia 21 de julio de 1989. Serie C N° 7, párrafo 38.

de esos derechos⁵¹⁸. Acudir a los estrados judiciales permite asegurar, que los derechos protegidos se harán efectivos, para aquellos que los detentan⁵¹⁹.

De acuerdo con Brewer-Carías, internamente la obligación de garantía de los Estados, puede ser vista en dos sentidos: genérica o específica. La primera, se refiere a la mera organización del sistema judicial que permite que se produzca la esencial función de protección de los Derechos y libertades. La segunda, se remite a garantías especialmente diseñadas para la protección de los derechos fundamentales. Desde aquellos recursos adecuados⁵²⁰ y eficaces, rápidos y sencillos, que permitan a toda persona reclamar la violación de sus derechos humanos declarados constitucionalmente o aceptados a través de la normativa internacional, como lo son la institución del Amparo, Habeas Corpus, Habeas Data, o todo aquel medio que defina la ley⁵²¹. Pero, también deben considerarse como otro tipo de garantías aceptadas: la creación de un sistema de control de Constitucionalidad, el establecimiento de una jurisdicción constitucional, o la creación de la figura del defensor del pueblo, así como también las acciones de inconstitucionalidad, o toda otra forma de garantía que la ley defina.

Por último, se comprende que la obligación de garantía de los derechos constitucionales y derechos fundamentales en general, debe producirse en todo ámbito judicial, incluso en los tribunales ordinarios, al aplicar pautas nacionales que responden a mandatos provenientes del derecho internacional de los derechos humanos.

Como bien dice Brewer-Carías, “la protección que regula la Convención, es contra cualquier acto, omisión, hecho, o situación que viole los derechos y, por supuesto, también que amenace violarlos, porque no hay que esperar la violación para poder acudir al medio de protección. Es decir, este medio de protección tiene que poder existir antes de que la violación se produzca.”⁵²² Abarca de esta manera el autor, todo

⁵¹⁸ BREWER-CARÍAS (s.f), Op.cit, p. 14.

⁵¹⁹ Esta es tarea es encomendada al Poder Judicial.

⁵²⁰ De acuerdo a la CORTE IDH, “*adecuado*” significa idóneo para proteger la situación jurídica infringida y “Eficaz” significa que debe existir al menos, la posibilidad de que el recurso prospere. Ver: Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C N° 4, párrafos 64, 67-68 y CORTE IDH, Caso Godínez Cruz. Sentencia 20 de enero de 1989. Serie C N5, párrafos 67, 70-71. Ver artículo 25 de la Convención Americana.

⁵²¹ Según Brewer-Carías “puede ser cualquier medio judicial, y no necesariamente una sola y única acción de protección o de amparo, es decir no necesariamente se refiere a un solo medio adjetivo sino que puede ser un conjunto de medios de protección”. BREWER-CARÍAS, Allan (s.f) Op. cit. p. 20.

⁵²² *Ibíd.* 21.

aquello que supone la obligación de garantía, interna o externa. Ello, precisamente, es lo que hemos tratado de hacer claro en las páginas anteriores.

3 INCORPORACIÓN, JERARQUÍA Y VALOR NORMATIVO, DE LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS EN LA LEGISLACIÓN INTERNA DE LOS ESTADOS.

Interesa saber el valor jerárquico en relación con los derechos humanos y a los derechos reproductivos en particular, que los tratados internacionales sobre derechos humanos adquieren en los ordenamientos internos de los Estados. Así las cosas, según el derecho internacional, corresponde a la legislación nacional, la forma de incorporación y jerarquía de los tratados internacionales al ordenamiento jurídico vigente de los Estados⁵²³, los tratados sobre derechos humanos, no son la excepción.⁵²⁴

Empero, los tratados sobre derechos humanos ostentan ciertas particularidades que hacen que estos adquieran aspectos distintivos, con respecto al derecho interno. Lo anterior en virtud del estrecho vínculo de constante retroalimentación⁵²⁵ que se produce entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Constitucional y las jurisdicciones en que ellos se expresan, a saber: la internacional (universal o regional); e internamente, de manera especial: la jurisdicción constitucional.

Según Bidart (2004), ambas jurisdicciones son concurrentes o compartidas; o interactúan auxiliándose mutuamente en el proceso de tutela de las libertades fundamentales y de los derechos humanos en general, como también sostiene Dulitzky (2004)⁵²⁶. Una y otra jurisdicción, se conjugan conforme el principio “*pro homine*”⁵²⁷;

⁵²³ ABREGÚ, Martín, Op. cit., p. 6.

⁵²⁴ En este punto de vista concuerdan autores como: ABREGÚ, Martín, Op. cit.; AYALA CORAO, Carlos M. La Jerarquía de los Tratados de Derechos Humanos. En: Material *Didáctico de Apoyo. XVIII Curso Interdisciplinario de Derechos Humanos*/Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José. CR.: Instituto Interamericano de Derechos Humanos (s.f.); BIDART Campos, Germán J. “El artículo 75, inciso 22, de la constitución y los derechos humanos”. En: *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*/Marín Abregú...et al, Buenos aires: Editores del Puerto, 2004; y PINTO, Mónica, Op. cit.

⁵²⁵ BIDART CAMPOS, Germán. “Jerarquía y Prelación de Normas en el Sistema Internacional de Derechos Humanos. En: Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio*, Presentado por César Gaviria- Volumen I, San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, p. 448.

⁵²⁶ DULITZKY, Ariel E., Op.Cit. p. 34.

⁵²⁷ Cecilia Medina, señala sobre el particular que: “Si tenemos en consideración que uno de los elementos para interpretar la norma internacional es la consideración del objeto y fin del tratado, y que ambos apuntan a la protección de los derechos humanos, no puede sino concluirse que la interpretación debe ser

tal que, si existe contradicción con respecto a la norma aplicable, en el goce de los derechos protegidos, esta debe resolverse conforme la norma o interpretación más favorable a la persona humana⁵²⁸; ello sin importar, de cual ámbito de los derechos citados provenga. En lo que toca, según lo expuesto, los derechos humanos se convierten de esta manera, en asunto común al derecho internacional y al derecho interno.

Asimismo, en el interactuar de los derechos aludidos, será el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el que imponga los lineamientos básicos acerca de la forma en que se han de desplegar internamente las obligaciones genéricas contraídas por los Estados. Asimismo, se pronuncia acerca de la manera en que se ha de interpretar localmente su normativa; constituyéndose de esta forma en un derecho de carácter subsidiario al derecho interno; que viene a determinar, lo que Bidart (1998) ha denominado, un piso mínimo de derechos⁵²⁹ y, de alguna manera, viene a regular las relaciones de los Estados con los individuos bajo su jurisdicción.

La doctrina sostiene, que visto de esta manera, el derecho internacional viene a acotar los márgenes de decisión de los Estados⁵³⁰, de manera tal, que el derecho interno no puede pasar por alto lo planteado por aquel. Como dirá Bidart (1988), “el derecho interno opera en todo cuanto amplía, acrece y mejora el sistema de derechos provenientes del derecho internacional”⁵³¹. En consecuencia, se estima que el derecho interno se subordina al derecho internacional en materia de los derechos humanos, en

siempre a favor del individuo (interpretación por persona). Siendo esto así, se sigue que la formulación y el alcance de los derechos debe interpretarse de la manera más amplia, mientras que las restricciones a los mismos requieren una interpretación restrictiva [...] como ya dijimos, el objeto y fin de los tratados [...] es proteger la dignidad humana, concediendo a los individuos salvaguardias frente a la posibilidad de abuso de los gobernantes y otorgándoles el derecho de exigir al Estado que organice la sociedad de tal manera que permita esa protección, incluso ante posibles violaciones no consideradas al momento en que la norma se gesto.” En: MEDINA QUIROGA, Cecilia, Op. Cit, p. 220. Ver también lo sostenido sobre el tema por la Corte Interamericana, en Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985 sobre la Colegiación obligatoria de los periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), al señalar que “si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana”. Este punto de vista es igualmente aplicable al derecho interno.

⁵²⁸ Esto conforme la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-5/85. Párrafo.52.

⁵²⁹ BIDART CAMPOS, Germán, Op. cit., Jerarquía y Prelación de Normas en un Sistema Internacional de Derechos Humanos, p. 465.

⁵³⁰ ABREGÚ, Martín, Op. cit., p. 7.

⁵³¹ BIDART CAMPOS, Germán, Op. cit., Jerarquía y Prelación de Normas en un Sistema Internacional de Derechos Humanos, p. 451

cuanto debe hacer efectivos, cuando menos en un mínimo aceptable, los derechos proclamados en los diferentes instrumentos internacionales y, a su vez, debe hacer operativos esos mismos derechos.

No obstante la Constitución, como norma superior de los Estados, garantiza los derechos humanos, define los recursos para su protección y, será en definitiva, la que adjudique el rango normativo que se le otorgue internamente a los derechos protegidos; incluso, en no pocas ocasiones, también determina el valor jurídico de esos mismos derechos. Incumbe, precisamente, a la legislación interna, resolver si hace suya la legislación internacional a través de una doctrina monista⁵³² o dualista⁵³³ o; si otorga a los tratados internacionales en derechos humanos un tratamiento especial o diferenciado.

Es importante recordar, en este punto, que tanto el derecho interno como el internacional, por acuerdo de la comunidad internacional de naciones (*communis opinio juris*)⁵³⁴, pretenden dar cabida a un orden jurídico universal para la protección de los derechos humanos.

⁵³² En esta doctrina “el derecho interno y el derecho internacional son componentes de un solo orden legal” La preeminencia de uno u otro derecho es lo que varía, para algunos es el derecho interno; para otros, el internacional. En: IBARGUEN BURGOS, Guido. “Derecho internacional, derecho internacional de los derechos humanos y Tribunal Constitucional: un repaso al caso boliviano”. *Revista IIDH/ Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (N° 1) enero/junio 1985-San José, CR.: El Instituto, 1985, p. 35.

⁵³³ Este “postula la existencia de los órdenes jurídicos, el nacional, por un lado, y el internacional por el otro”. *Ibid.*, p. 32. Piza Escalante, considera que la doctrina dualista no es aplicable para los derechos humanos, pues de acuerdo a su visión, la naturaleza misma de los derechos (universales, inherentes) haría contradictoria tal posición “porque, efectivamente, la coexistencia de dos órdenes jurídicos distintos sobre un mismo objeto resulta lógicamente imposible [...] con lo cual va perdiendo a su vez, todo sentido, no sólo la clásica alternativa ‘monismo’ y ‘dualismo’ en la consideración de las relaciones entre el Derecho interno y el Internacional, sino incluso la discusión sobre la prevalencia de uno u otro, en caso de conflicto, por lo menos en lo que se refiere a los derechos humanos; con la consecuencia absolutamente obligada de que, o en esta materia prevalece el Derecho Internacional, o bien, [...] en realidad no prevalece ni uno ni otro, sino, en cada caso, aquel que mejor proteja y garantice al ser humano, en aplicación, además, del ‘principio pro homine’ propio del Derecho de los Derechos Humanos”. En: PIZA ESCALANTE, Rodolfo. *El Valor del Derecho y la Jurisprudencia Internacionales de Derechos Humanos en el Derecho y Justicia Internos: El Ejemplo de Costa Rica. Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio / Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Presentado por César Gaviria-vol. II.-San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, 1998, p. 183.

⁵³⁴ Siendo así que, en la relación entre los Estados, el derecho internacional de los derechos humanos, deja de anclarse en exclusiva en la voluntad propia de los Estados, para sumergirse en una comunidad internacional. Comunidad que será la que imponga los lineamientos que determinen las relaciones entre los estados; a la vez que se define así misma, como elemento subjetivo de la costumbre internacional. Ver: CORTE IDH. Opinión Consultiva OC-16/99 de primero de octubre de 1999. Derecho a la Información sobre la asistencia consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Sentencia concurrente del Juez A.A. Candado Trindade. Párrafo 27.

Ahora bien, en el entendido de que el derecho internacional incide como fuente normativa sobre el derecho interno de los Estados, no está de más señalar que, en relación con el ámbito internacional de los derechos humanos, las fuentes normativas que lo alimentan, son muy variadas⁵³⁵ y de influencia recíproca. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, sostiene en este sentido que:

“El corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones”⁵³⁶

De modo tal que, al considerar los tratados internacionales, al interior de ese cúmulo de fuentes, es impensable aplicar tales acuerdos desconociendo u obviando cualquiera de los otros preceptos (sea que precedan o sucedan el tratado de que se trate); ya que, se debe considerar, la posibilidad de que alguno de ellos complemente o aclare la interpretación y aplicación de aquel. Esto, concuerda con un aspecto aceptado como propio del derecho internacional, que dice que este se encuentra en perpetuo desarrollo tal que sus normas permiten su progreso constante y adaptación a las circunstancias históricas de tiempo y espacio en que se apliquen⁵³⁷. En otras palabras, el derecho internacional se encuentra en un constante fluir, en virtud de reconocer nuevos

⁵³⁵ La doctrina acepta que tanto el “*Derecho Convencional*”, como el “*Derecho consuetudinario*” son fuentes esenciales del Derecho Internacional (autores como: Alonso Gómez-Robledo, mantienen esta posición). El Derecho consuetudinario, suele percibirse tan determinante, que en ocasiones, los derechos humanos que adquieren tal rango, se califican como “derechos fundamentales e inderogables”, en virtud de su “práctica uniforme reiterada y constante, aparejada a una opinio iuris concordante y simultánea.” Ver: GÓMEZ-ROBLEDO V., Alonso. “Naturaleza de los Derechos Humanos y su Validez en Derecho Internacional Consuetudinario”. *Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio* / Corte Interamericana de Derechos Humanos, Presentado por César Gaviria-Volumen II.-San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea. 1988, p. 786.

⁵³⁶ CORTE IDH. Opinión Consultiva OC-16/99 de primero de octubre de 1999. Derecho a la Información sobre la asistencia consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Página 68. Serie A Nº 16, párrafo 115.

⁵³⁷ Este aspecto es sostenido por Pedro Nikken En: *La Protección Internacional de los Derechos Humanos. Su Desarrollo Progresivo*, IIDH-Editorial Civitas SA, Madrid, 1987. Citado por: MEDINA QUIROGA, Cecilia, Op. cit., p. 216.

derechos, fortalecer los reconocidos, aplicar diferentes normas y dar cabida a novedosas interpretaciones jurídicas, que se suceden en el tiempo.

De acuerdo con la doctrina, los tratados sobre derechos humanos y los derechos por ellos protegidos, con frecuencia se ven reforzados por una serie de normas internacionales no convencionales, algunas provenientes de la costumbre internacional⁵³⁸ y, otras más, que sin provenir propiamente de ella⁵³⁹, se han consolidado como verdaderas normas de Derecho Internacional, a veces incluso con valor de *jus cogens*⁵⁴⁰; como ocurre con algunas Declaraciones adoptadas por las Naciones Unidas.

Esta serie de fuentes internacionales, ampliadas y enriquecidas por la jurisprudencia internacional, entran en relación con las fuentes reconocidas por el derecho interno a propósito de los derechos humanos, retroalimentándose las unas a las otras. En un sentido tal que, la legislación interna puede establecer criterios que amplíen los derechos consagrados internacionalmente o, puede interpretar los derechos fundamentales constitucionalmente consagrados a la luz de la normativa⁵⁴¹ y jurisprudencia internacional.

⁵³⁸ Según Gómez-Robledo, la costumbre internacional debe entenderse como aquella práctica de los Estados (*repetitio facti, o, diuturnitas*) que se realiza con “convicción de que la adopción de actitudes conformes a dicha práctica es jurídicamente obligatoria (*Opinio iuris sive necessitatis*)”. De manera tal que, la práctica continua y constante lleva a la convicción de estarse cumpliendo con una obligación jurídica. GÓMEZ-ROBLEDO V, Alonso, Op. cit., p. 791.

⁵³⁹ Este punto de vista lo sostiene Piza Escalante. Para él, existe una serie de instrumentos internacionales no convencionales, que tampoco surgen en sentido riguroso de una conducta conforme al Derecho consuetudinario, aceptado por el derecho clásico. Piza Escalante, considera que la visión clásica de Derecho consuetudinario viene a ser reemplazada “por la sola convicción [...] si acaso unida a una mera “práctica retórica”, que ha venido a reemplazar la “conducta reiterada conforme a Derecho” [...] por la retórica “expresión de una convicción” del Derecho, una “*opinio juris*” pura y simple.” PIZA ESCALANTE, Rodolfo, El Valor del Derecho y la Jurisprudencia Internacionales de Derechos Humanos en el Derecho y Justicia Internos: El Ejemplo de Costa Rica, Op. cit., p. 176.

⁵⁴⁰ *Ibíd.*, p. 177.

⁵⁴¹ Toda aquella norma contenida en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Art. 31: “un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”) o cualquier otra norma contenida a tal efecto en los diferentes tratados.

3.1 LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS, EN LOS ESTADOS NACIONALES: SU JERARQUÍA

El rango normativo atribuido a los tratados internacionales, al interior de cada uno de los Estados Parte, puede variar de una nación a otra. Será la norma constitucional, la que determine la jerarquía que gozarán internamente, los tratados internacionales. Sobre el particular, Ayala Corao, señala que:

“La jerarquía de los distintos instrumentos internacionales en general y en particular sobre Derechos Humanos dentro del ordenamiento jurídico estatal, es una materia a ser determinada fundamentalmente por la propia Constitución. Es por tanto la Constitución la llamada a establecer el rango normativo de un tratado, pacto o convenio internacional sobre derechos humanos, dentro del ordenamiento jurídico interno o las fuentes del Derecho Estatal [...]”⁵⁴²

Actualmente, la doctrina distingue, de manera usual, cuatro formas de reconocimiento y jerarquización de los tratados internacionales, entre ellos: La supra constitucionalización; la constitucionalización; la sub constitucionalización de primer grado o rango supra legal; y, por último, la equiparación legislativa.⁵⁴³

La primera reconoce a los tratados internacionales, un valor normativo superior al texto constitucional. De manera tal, que el tratado rige sobre la Constitución y, en caso de producirse una oposición entre las normas de ambos textos, el primero prevalecerá y; el segundo, sufriría una especie de reforma o derogación, de aquellas disposiciones que no se ajusten a los contenidos del tratado. Por disposición constitucional, el orden jurídico interno, en el tema de Derechos Humanos, se ve así sometido al derecho internacional.

⁵⁴² Citado por: CONSTELA, Carlos R. "Aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los tribunales de la República Argentina. *Revista IIDH. Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (Nº1) enero/Junio 1985-San José, C.R.: El Instituto, 1985, p. 113.

⁵⁴³ Esta clasificación es utilizada por Carolina Bastos. En: LEÓN BASTOS, Carolina, Op. cit. p. 243. Carlos Ayala Corao, comparte enteramente la clasificación señalada. En: AYALA CORAO, Carlos M. La Jerarquía de los Tratados de Derechos Humanos. Op. cit. Entre otros.

En América Latina, en algunos países, entre ellos: Guatemala⁵⁴⁴, Honduras y Colombia⁵⁴⁵, tienen como mecanismo de incorporación de los tratados, la supraconstitucionalización; pero ella, aplica única y específicamente para los tratados sobre derechos humanos, ya que, en relación con los restantes instrumentos internacionales, las normas que rigen para su ingreso a la jurisdicción interna, serán de naturaleza fundamentalmente distinta.

A través de la constitucionalización, se le confiere a los tratados internacionales, un rango⁵⁴⁶ equivalente a la Constitución. Ellos se incorporan como derecho local y, se ubican por encima de las restantes normas del ordenamiento jurídico, las que deberán acoplarse a lo prescrito en los diferentes instrumentos internacionales.

Entre algunos otros países, Argentina, otorga jerarquía constitucional solo a ciertos tratados sobre derechos humanos⁵⁴⁷; mientras que cualquier otro acuerdo internacional, gozará de jerarquía constitucional, únicamente si cumplen con el procedimiento, que para tal efecto dispone el ordenamiento interno.

Los conflictos que se susciten entre normas provenientes de un Tratado en el tema de Derechos Humanos y la Constitución, según Sagüés (1998)⁵⁴⁸, se entiende que

⁵⁴⁴ El Artículo 46 de su constitución dice: “en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.” Para Brewer Carías, el derecho interno incluye la Constitución. Sin embargo, Mónica Pinto, sostiene que la Corte de Constitucionalidad de ese país, ha señalado que “en presencia de un eventual conflicto entre normas ordinarias del orden interno y los tratados y convenios sobre derechos humanos prevalecerían estos últimos, pero [...] éstos no son parámetros de constitucionalidad” Ver: PINTO, Mónica, Op. cit., p. 68.

⁵⁴⁵ Colombia recurre al uso de una especie de técnica interpretativa y no a un mecanismo explícito, ello se hace evidente en su artículo 93, que dice entre otras cosas: “[...] Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”

⁵⁴⁶ Esto se produce, sea porque explícitamente se indican cuales instrumentos internacionales adquieren dicho rango o se les habilita a ello; o bien, porque genéricamente se les atribuye de manera mediata (a través del articulado constitucional) tal rango o valor.

⁵⁴⁷ Solo a diez instrumentos internacionales indicados en el artículo art. 75 (22) de la Constitución Argentina, el cual dice. “[...] la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [...] en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. [...] Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del sentencia de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.”

⁵⁴⁸ SAGÜÉS, Néstor Pedro. Mecanismos de Incorporación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, al Derecho Interno. *Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Presente y futuro de los derechos humanos. Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez*. San José: IIDH, 1998.

deberán ser interpretados según los lineamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, dándose en relación con estos tratados una suerte de primacía al Derecho Internacional sobre el Nacional. Pero, señala a su vez, que en la aplicación local de los derechos de fuente internacional constitucionalizados se han de atender las particularidades nacionales (creencia, idiosincrasia), siempre que con ello no se desvirtúe la esencia de los derechos reconocidos.

En otras legislaciones, en cambio, los tratados internacionales se incorporan con un rango supra legal. En este sentido, los tratados prevalecen sobre la norma ordinaria o ley común, pero no se equiparan en su valor jerárquico a la norma constitucional; sino que invariablemente se someten y ubican bajo esta. En este contexto, es posible decir, que un tratado internacional no podrá, bajo ninguna circunstancia, modificar la Constitución; y, por el contrario, deberá sujetarse a ella. Todo tratado debe ser subsanado en su contenido, de todo aspecto que se oponga o contrarie el texto constitucional. Pero, en relación con la ley nacional, cualquier contradicción que se genere entre esta y la norma contenida en un tratado internacional, siempre prevalece esta última.

Países europeos como Alemania, Francia e Italia, entre otros, le atribuyen rango supralegal a los tratados. En América Latina, este sistema jerárquico es posible encontrarlo en países como: Costa Rica⁵⁴⁹, El Salvador⁵⁵⁰, Guatemala⁵⁵¹, Honduras y Colombia.

Por último, el mecanismo de incorporación de tratados internacionales a través de la equiparación legislativa, le atribuye a los tratados un rango jerárquico equivalente al atribuido a las leyes internas; sea porque así se establece expresamente en la norma o; porque el procedimiento que rige para su efectividad y vigencia, es el mismo que se aplica a la ley ordinaria. De tal manera que, el tratado se encuentra sometido

⁵⁴⁹ Artículo 7: “Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes...”

⁵⁵⁰ Artículo 144: “[...] La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley prevalecerá el tratado.”

⁵⁵¹ Para Guatemala como ya se ha mencionado, en el tema de derechos humanos, los tratados tienen preeminencia sobre el derecho interno en su totalidad. Lo mismo es aplicable en el caso de Honduras y Colombia.

absolutamente a la Constitución, al igual que toda ley; y, por tanto, puede ser derogado en los mismos términos que aquella.

Este mecanismo de incorporación, de acuerdo con Ayala Corao (1998), es el más difundido. Países como Estados Unidos, México y Uruguay, lo poseen entre otros más.

A pesar de lo indicado previamente, es importante señalar, que algunos Estados, aún cuando tienen internamente un medio definido de incorporación, para los tratados internacionales distinto a la Constitucionalización; no por ello, dejan de reconocer la importancia y superioridad que se les debe otorgar a los tratados internacionales sobre derechos humanos. Lo anterior, no por norma expresa, sino por decisión de los operadores⁵⁵² o, bien porque, se incorpora una cláusula constitucional, a partir de la cual se viene a reconocer que las normas sobre derechos de la propia Constitución, deben ser interpretadas explícitamente de acuerdo con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos⁵⁵³.

De esta forma, se viene atribuir valor normativo constitucional a los tratados internacionales y los derechos contenidos en ellos, por vía diferente a la jerarquización otorgada en la norma constitucional. A esta tendencia, Carlos Ayala (1998), Ariel Dulitzky (2004) y Brewer-Carías (2003) la denominan “técnica interpretativa”. Un claro ejemplo de ello, lo constituye la Constitución de Colombia, en su artículo 93, al plantear lo siguiente:

“Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretan de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”

Otra técnica utilizada, en sentido semejante, en varias Constituciones Latinoamericanas, consiste en introducir cláusulas declarativas⁵⁵⁴, en las que se

⁵⁵² LEÓN BASTOS, Carolina, Op. cit., p. 244

⁵⁵³ AYALA CORAO, Carlos. *Del Amparo Constitucional al Amparo Interamericano como Institutos para la Protección de los Derechos Humanos*. San José: IIDH, 1998, p. 351.

⁵⁵⁴ Según Brewer –Carías, el carácter declarativo de las cláusulas, supone que éstas se limitan únicamente a reconocer los derechos protegidos. En sus propios términos, el autor citado señala que “En consecuencia, ni las Constituciones ni las Convenciones Internacionales los crean o establecen, sino que los admiten como inherentes a la persona humana”. En: INSTITUTO INTERAMERICANO DE

reconocen expresamente los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales; asegurando, a su vez, la vigencia de los mismos. En algunos casos, ello se lleva a cabo, en los preámbulos⁵⁵⁵ de las Constituciones y, en otros, en el cuerpo mismo de los textos constitucionales.⁵⁵⁶ Se proclama, así, y de manera distinta a la jerarquización constitucional, la voluntad del Estado de hacer de los derechos humanos parte de su ordenamiento y, muy particularmente, del bloque de constitucionalidad.

Por último, Ayala Corao (s.f) entre otros autores, distingue un parámetro más, a través del cual, los derechos humanos adquieren valor constitucional, denominado como: “técnica de las cláusulas enunciativas”⁵⁵⁷ o “cláusulas abiertas”⁵⁵⁸. Según estas técnicas, todo derecho “inherente a la persona humana”⁵⁵⁹, aún cuando no sea expresamente reconocido en la Constitución, se les atribuye valor constitucional, pues se admite, que los derechos humanos son anteriores al Estado y únicamente son reconocidos por él. Por tanto, según Ayala, el elenco de derechos constitucionalmente señalados y aceptados en la Constitución, constituyen una lista enunciativa, no taxativa;

DERECHOS HUMANOS. *Mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos: Garantías judiciales de los derechos humanos en el derecho constitucional comparado latinoamericano*/Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Allan R. Brewer-Carías—San José. CR.: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2005, p. 46.

⁵⁵⁵ Un ejemplo a citar es la Constitución Venezolana (1961) que señala como pretensión “[...] la garantía universal de los derechos individuales y sociales de la persona humana [...]” en AYALA CORAO, CARLOS M. La Jerarquía de los Tratados de Derechos Humanos. Op.cit., p. 149.

La Constitución de Guatemala, por su parte, indica en su preámbulo el propósito de “impulsar la plena vigencia de los derechos humanos dentro del orden institucional estable, permanente y popular, donde gobernados y gobernantes procedan con absoluto apego al derecho”. ver: BREWER CARIAS. Mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos: Garantías judiciales de los derechos humanos en el derecho constitucional comparado latinoamericano/ En: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos: Garantías judiciales de los derechos humanos en el derecho constitucional comparado latinoamericano* Allan R. Brewer-Carías—San José. CR.: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2005, p. 68.

⁵⁵⁶ La Constitución Chilena ejemplifica este aspecto en el artículo 5 (II) cuando dice “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. En Ayala Corao, Carlos M. La Jerarquía de los Tratados de Derechos Humanos, p. 149. También es posible revisar aspectos semejantes en el artículo 16 de la Constitución Ecuatoriana, el artículo 46 de la constitución nicaragüense y los artículos 4 y 5 (2) de la Constitución brasileña y el 1(3).

⁵⁵⁷ *Ibíd.*, p. 151.

⁵⁵⁸ Ariel Dulitzky, la denomina cláusula de “Derechos implícitos”. En: DULITZKY, Ariel E, Op. cit.

⁵⁵⁹ Ayala Corao, citando a Pedro Nikken, sostiene que debe entenderse como “inherente” todo aquel derecho que en las normas nacionales o internacionales, reconocen como tal. (Inherente: lo que es propio e inseparable de aquello que se considera le contiene). AYALA CORAO, Carlos. “Del Amparo Constitucional al Amparo Interamericano como Institutos para la Protección de los Derechos Humanos”, p. 357.

y la lista de derechos a considerar, se concibe como *numerus apertus*⁵⁶⁰; ya que, siempre puede ser ampliada en virtud de los derechos declarados en los instrumentos internacionales. Ayala Corao (1998) concluye que “[...] son igualmente constitucionales todos aquellos derechos que no estén enumerados expresa o explícitamente en el Texto Fundamental, en virtud de que implícitamente son tenidos como tales”⁵⁶¹. Esto, se ejemplifica en Constituciones como la venezolana, la cual en su artículo 22, dice:

“La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos.”⁵⁶²

Otra forma de enunciar derechos implícitos, que van más allá de los declarados explícitamente en la Constitución y en las normas internacionales, consiste en considerar, de manera adicional, otros derechos inherentes a la persona humana.⁵⁶³ En otro sentido, Constituciones como la de Costa Rica, si bien es cierto, no habla de derechos inherentes de la persona humana, remite a los derechos provenientes del principio cristiano de justicia social (artículo 74 de la Constitución Política). Otras Constituciones, poseen cláusulas abiertas que derivan del principio de soberanía del pueblo, de la forma republicana del Estado o, de la forma representativa del gobierno.⁵⁶⁴

En los casos citados, el valor normativo internamente atribuido a los derechos humanos, al interior de los Estados, no es necesariamente equiparable al rango jerárquico otorgado a los tratados que los consagran; sino que se produce un importante

⁵⁶⁰ Brewer-Carías también sostiene un enfoque semejante al sostenido por Ayala Corao. Ver: Brewer-Carías, Allan. “Mecanismos Nacionales de Protección de los Derechos Humanos. Justicia Constitucional”, 23 de junio al 4 de julio de 2003. en IIDH, XXI Curso Interdisciplinario de Derechos Humanos Justicia y Seguridad, San José, Costa Rica, p. 16 (Ponencia)

⁵⁶¹ Ayala Corao, Carlos. *Del Amparo Constitucional al Amparo Interamericano como Institutos para la Protección de los Derechos Humanos*. IIDH, San José, CR: Instituto Interamericano de Derechos Humanos., 1998 p. 355.

⁵⁶² Ver en igual sentido, el artículo 94 de la Constitución de Colombia y el artículo 45 de la Constitución de Paraguay. Ver BREWER-CARÍAS, Allan. Op. Cit. p. 16.

⁵⁶³ Constituciones como la colombiana, en su artículo 94, contienen cláusulas claramente enunciativas.

⁵⁶⁴ Ver la Constitución Argentina Artículo 33, y la Constitución Hondureña artículo 63, para el segundo.

fenómeno a propósito de los derechos humanos, que Ayala Corao⁵⁶⁵ reconoce como “*constitucionalización de los derechos humanos*”. Fenómeno, en el que los derechos humanos adquieren valor equivalente al que gozan los derechos constitucionales, sin contemplarse ello en la jerarquía de las fuentes de derecho interno. Lo anterior se produce, sin que se involucre un reconocimiento expreso de los derechos, equivalente al que se produce al determinar el rango normativo asignado a los tratados internacionales en su generalidad, conforme lo determinan las Constituciones de cada Estado.

4 INTRODUCCIÓN, RECONOCIMIENTO Y APLICACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE, DE LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS

Referirse a la introducción, reconocimiento y aplicación de los Tratados sobre de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico de Costa Rica, hace necesario remitirse de previo al artículo 7 de la Constitución Política. La carta suprema del ordenamiento jurídico costarricense, establece en dicha norma, de manera general, lo relativo al ingreso y reconocimiento de los Tratados Internacionales al interior del Estado costarricense. También, en la misma norma, define la jerarquía o rango que se les atribuye a los Tratados Internacionales, como fuente normativa del ordenamiento jurídico costarricense.

El artículo 7 de la Constitución Política de Costa Rica, en su texto completo, dice:

“Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes.

Los tratados públicos y los convenios internacionales referentes a la integridad territorial o la organización política del país, requerirán la aprobación de la Asamblea Legislativa, por votación no menor de las tres cuartas partes

⁵⁶⁵ Punto de vista también compartido y expuesto por Brewer-Carías. En: INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *Mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos: Garantías judiciales de los derechos humanos en el derecho constitucional comparado latinoamericano*/Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Allan R. Brewer-Carías—San José. CR.: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2005. Página 67.

de la totalidad de sus miembros y la de los dos tercios de los miembros de una Asamblea Constituyente, convocada al efecto.” (Así reformado por ley N° 4123 de 31 de mayo de 1968).

Ahora bien, por demás está decir que el artículo anterior es claro al evidenciar que en él, no se hace especial referencia a los tratados sobre derechos humanos, sino que por el contrario, esta norma acoge a los tratados internacionales en su generalidad. De acuerdo con esta, el valor jerárquico atribuido a los tratados internacionales, al interior del Estado costarricense, es de carácter supralegal.

Lo dicho previamente, involucra que toda ley nacional, se encuentra sujeta a lo estipulado en los tratados internacionales y, por tanto, se espera que frente a la aplicación de ambas normas, la ley siempre convenga en ajustarse a los contenidos de los tratados internacionales. Sin embargo, resulta también evidente, en el artículo en cuestión, que todo tratado internacional ha de estar en concordancia con la Constitución Política, pues su rango jerárquico es inferior a ella.

No obstante, el valor jerárquico atribuido a los tratados sobre derechos humanos en el derecho interno, con frecuencia varía sustancialmente con respecto de los restantes tratados internacionales.

En Costa Rica, la relevancia jurídica atribuida a los tratados sobre derechos humanos, se encuentra relacionada específicamente a dos artículos constitucionales en particular. Nos referimos en este sentido, al artículo 48 de la Constitución Política, reformado mediante Ley 7128, del 18 de agosto de 1989⁵⁶⁶, y al artículo 74 del mismo cuerpo normativo.

De acuerdo con León Bastos (2010) y Rubén Hernández (2010), tanto el artículo 48 como el artículo 74 de la Constitución Política se instituyen en “los fundamentos

⁵⁶⁶ Antes de la reforma al artículo 48 de la Constitución, los tratados internacionales sobre derechos humanos se encontraban regidos por el artículo 7 constitucional, al igual que todo tratado. La supremacía atribuida internamente a los derechos humanos consagrados en los diferentes instrumentos internacionales suscritos y ratificados por Costa Rica, se sustenta en la reforma al artículo 48 de la Constitución. Ver: LEÓN BASTOS, Carolina. Op. cit., p. 245 y; HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. *Régimen jurídico de los derechos fundamentales*, 2° ed. —San José, Costa Rica: Juricentro, 2010. Página 102.

constitucionales”, de lo que en doctrina se denomina como principio de expansibilidad de los derechos fundamentales.⁵⁶⁷ Principio que incidirá directamente en la aplicación interna de los tratados sobre derechos humanos y sobre todo en el valor jurídico atribuible a los derechos en ellos contenidos.

Del artículo 48 de la Constitución Política, se colige que los derechos declarados constitucionalmente no se limitan a los encontrados en el texto constitucional, sino que también deben considerarse como tales “los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables en la República.”⁵⁶⁸ En otras palabras, el elenco de Derechos Fundamentales con valor constitucional, va más allá de los derechos explícitamente promulgados en la Constitución⁵⁶⁹, para incluir aquellos derechos humanos fundamentales, que de acuerdo con el artículo 48, se conciben en tal sentido.

La doctrina considera que a partir del artículo 48 de la Constitución, la enunciación del catálogo de derechos fundamentales, ha de considerarse *numerus apertus*; ya que, el inventario de los derechos fundamentales, viene a ser ampliado por todos aquellos derechos de “*carácter fundamental*”, que provengan de la normativa internacional⁵⁷⁰. Derechos que se incorporan a la normativa interna⁵⁷¹ con plena eficacia

⁵⁶⁷ La Autora aclara que en relación a la normativa interna, el principio de expansibilidad lo utiliza en el “[...] sentido de la ampliación que existe dentro de los ordenamientos jurídicos de los derechos fundamentales, al tomar en cuenta además, derechos humanos establecidos en distintos instrumentos internacionales”, ya que el principio de expansibilidad en su sentido normal, se usa “para identificar la ampliación de los derechos humanos alrededor del mundo, principalmente a partir de la segunda guerra mundial.” LEÓN BASTOS, Carolina. Op. cit. p., 230; Hernández Valle, también expresa esta idea en HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. Régimen jurídico de los derechos fundamentales, Op. cit. p., 102.

⁵⁶⁸ El texto completo de artículo 48 dice: “ Toda persona tiene derecho al recursos de Habeas Corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recursos de ampara para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la República. Ambos recursos será de competencia de la Sala indicada en el artículo 10.” (Reformado mediante ley 7128, de 18 de agosto de 1989).

⁵⁶⁹ Ver: Sentencia 1739-92, de 1º de julio, el cual dice: “la reforma introducida al artículo 48 [...] amplio el catálogo de derechos susceptibles de ser protegidos por la Jurisdicción Constitucional y por todos los tribunales, también a los derechos reconocidos **en los instrumentos- no sólo tratados- internacionales** sobre derechos humanos aplicables en la República [...]” (se le agregó la negrita)

⁵⁷⁰ Según Hernández Valle, en este sentido, por vía jurisprudencial, se han introducido derechos como: el derecho de rectificación y respuesta, los derechos del fuero sindical, los relativos a la protección de la niñez y adolescencia, entre otros. HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. Régimen jurídico de los derechos fundamentales. Op. cit. p., 102.

⁵⁷¹ En Sentencia 1633-96, de 10 de abril y Sentencia 1319-97, del 4 de marzo, explícitamente la Sala Constitucional señala que a partir de la reforma del artículo 48 “el texto constitucional costarricense de hoy, no solamente está compuesto de normas (formas gramaticales escritas) de origen interno y externo

jurídica y, por consiguiente, con carácter *erga omnes*⁵⁷². En resumen, se produce de esta manera, una suerte de “constitucionalización”⁵⁷³ de los derechos humanos, así como de los principios y valores que los rigen, los que deben conjugarse armoniosamente con el resto del texto constitucional.

La Sala Constitucional⁵⁷⁴ en relación con el artículo 48, en sentencia 3805-92, sostiene que el artículo supracitado da lugar a una nueva categoría de normas, a saber: los instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables en la República (en oposición a los restantes tratados). Sostiene la Sala Constitucional que “los instrumentos sobre derechos humanos tienen un rango superior a los demás y que tienen “otra característica adicional-la más importante-que complementan la Constitución Política en su parte dogmática” y, explícitamente asegura, que los instrumentos sobre derechos humanos no se les aplica el artículo 7 de la Constitución; ya que, por norma especial plasmada en el artículo 48, a estos se les otorga “una fuerza normativa del propio nivel constitucional”⁵⁷⁵. De esta manera, la Sala deja claramente plasmado, en su interpretación del artículo 48, que el artículo 7, será aplicado solo a los restantes tratados, no así, a los que sobre derechos humanos traten.

De acuerdo a Rubén Hernández Valle⁵⁷⁶, siempre en atención al artículo 48 de la Constitución, sostiene que la categoría de derechos fundamentales provenientes de los

sino también de principios y valores, que se deben conjugar en un texto armonioso, aunque pueda parecer heterodoxo desde un punto de análisis tradicional.”

⁵⁷² HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. El Derecho de la Constitución, vol. I, San José, Costa Rica: Juricentro, 1993, p. 115. El carácter *erga omnes* atribuido a los derechos humanos en las normas internacionales, de acuerdo a la Sala Constitucional, según Sentencia 3435-92 de 11 de noviembre y su aclaración, 5759-93, de 10 de noviembre, “es de obligada vigencia y acatamiento en el ámbito nacional por su misma naturaleza y por imperativo del artículo 48 de la Constitución [...]”

⁵⁷³ Según Carolina León Bastos, sostiene que “si los derechos provenientes de los Tratados Internacionales, son declarados derechos fundamentales en la normativa costarricense, tienen los mismos efectos, el mismo alcance, y las mismas garantías que los derechos fundamentales contenidos en la Constitución; tienen por tanto, la misma relevancia los unos y los otros. La única diferencia que encontramos es en su forma de adopción, y en su estatus [...] unos son derechos fundamentales constitucionales y los otros derechos fundamentales internacionales; pero ambos, al fin derechos fundamentales” y por tanto, manifiesta su desacuerdo con autores como Rodolfo Saborío Valverde, para quien los derechos provenientes de tratados internacionales, carecen de la misma categoría de aquellos derechos establecidos constitucionalmente. En: LEÓN BASTOS, Carolina. Op. cit. p., 232. Sobre lo planteado, en esta nota, compartimos plenamente la posición que sostiene Carolina León.

⁵⁷⁴ Esta fue creada según ley 7128 del 18 de agosto de 1989, a través de reforma parcial al artículo 10 de la Constitución conforme al artículo 195 constitucional.

⁵⁷⁵ Esto según Sentencia 2313-95 de 9 de mayo. Sobre el particular ver también Sentencia 6856-2005, de 1 junio.

⁵⁷⁶ HERNÁNDEZ VALLE, Rubén (2010). *Régimen jurídico de los derechos fundamentales*. Op. cit., p. 102.

instrumentos internacionales, no se limita a los tratados debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa; sino que, la lista se ve aumentada por todos aquellos derechos provenientes de los instrumentos internacionales suscritos por el Poder Ejecutivo, pero aún no aprobados por la Asamblea Legislativa.⁵⁷⁷

En espíritu semejante, al artículo 48, el artículo 74 de la Constitución Política, en lo que nos interesa señala que:

“Los derechos y beneficios a que este Capítulo se refiere son irrenunciables. Su enumeración no excluye otros que se deriven del principio cristiano de justicia social y que indique la ley [...]”⁵⁷⁸

En lo que compete al artículo 74 de la Constitución Política, los derechos a los que se hacen especial referencia, son aquellos de carácter social⁵⁷⁹ que deriven del principio “cristiano de justicia social”.

En el artículo 48 se evidencia el uso de la denominada “*técnica declarativa*” y en el 74 de la Constitución Política, la presencia de “*cláusulas enunciativas*” o “*cláusulas abiertas*”, de manera tal que a través de ambos artículos se establece una equivalencia entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos con el Derecho Constitucional⁵⁸⁰. A través de dichas técnicas, se coloca a los derechos fundamentales, provenientes de los instrumentos internacionales suscritos sobre derechos humanos, en igualdad de condiciones con respecto de aquellos derechos fundamentales, explícitamente consagrados en la Constitución Política.

Por tanto, es posible decir que, en Costa Rica, en virtud de los artículos 48 y 74, deben incluirse en el bloque de constitucionalidad, no solo los derechos evidentemente proclamados en la Constitución, sino también aquellos derechos provenientes de los

⁵⁷⁷ Sobre este punto ver: Sentencia 9685-2000 de 1 de noviembre y Sentencia 7484-2000, del veinticinco de agosto (de habeas corpus).

⁵⁷⁸ El Capítulo a que se hace referencia en esta cita, corresponde al capítulo único del Título V, de la Constitución Política que contiene lo referente a los “*Derechos y Garantías Sociales*.”

⁵⁷⁹ Ver Sentencia 1147-90, del 21 de setiembre, en el que la Sala Constitucional, amparándose en los artículos 33 y 73 de la Constitución reconoce el derecho a la Jubilación.

⁵⁸⁰ En doctrina internacional esta posición la sostienen autores como: Brewer-Carías e Ibarguen Burgos.

“instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables en la República” y de aquellos que se “deriven del principio cristiano de justicia social”, según reza en los artículos citados. El texto de ambos artículos parece indicar que la lista de derechos fundamentales, no se encuentra agotada en el texto constitucional, sino, que esta puede ser ampliada con nuevos derechos, según los términos expuestos en cada uno de los artículos reseñados⁵⁸¹. En resumen, dan cabida a derechos no enumerados o enunciados, explícitamente en la Constitución.

También es propio decir, que el principio de expansibilidad de los derechos fundamentales, no se limita a lo expuesto hasta este punto. De acuerdo con León Bastos (2010) y Hernández Valle (2010), este principio también se manifiesta a través, de dos vertientes más, a saber: el reconocimiento de derechos fundamentales que derivan de la interpretación armoniosa de varias normas constitucionales⁵⁸², o por el reconocimiento directo de los derechos fundamentales que derivan de normas orgánicas de la Constitución⁵⁸³

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, se ha pronunciado a través de su jurisprudencia acerca del valor normativo atribuido a los derechos fundamentales, provenientes de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. Derechos a los que ha otorgado en algunas ocasiones, otorga valor constitucional y, en otras, un valor “supraconstitucional”⁵⁸⁴ o, en algunos casos, son visualizados, con preferencia por sobre la Constitución. Este último caso, se produce,

⁵⁸¹ En ninguno de los artículos citados, se enuncia la entidad encargada de definir qué derechos son aquellos que, de acuerdo al artículo 48, gozan del mencionado “*carácter fundamental*” y; cuáles derivan del “*principio de cristiano de justicia social*”, mencionado en el artículo 74 de la Constitución. Sin embargo, atendiendo a lo expuesto, en relación al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en su dimensión internacional y nacional, puede aceptarse, de acuerdo con Carolina León, que ello puede estar determinado internamente (por la Sala Constitucional e, incluso la ley, en cumplimiento de compromisos internacionales adquiridos; o, por qué no, atendiendo incluso a un deseo de ampliar el ámbito de derechos humanos vigente al interior del Estado) o internacionalmente, a través de lineamientos impuestos por la normativa o la costumbre internacional (según lo expuesto en páginas previas).

⁵⁸² Ver como ejemplo de lo citado la sentencia 3495-92 del 19 de noviembre de 1992, que dice: “Partiendo del reconocimiento constitucional del principio y sistema de libertad en general (art. 28), el derecho de propiedad privada (art. 45) y la libertad de empresa (art. 46), se inscribe como principio Constitucional, conditio sine qua non para el ejercicio de ambos, el de libre contratación”.

⁵⁸³ Ver Sentencia 1365-91, de julio de 1991, en el que a partir del principio de reserva legal en materia tributaria, se deriva el derecho fundamental para los ciudadanos de no pagar tributos no creados por ley.

⁵⁸⁴ Aquí se usa el vocablo “*supraconstitucional*”, no en sentido técnico normativo, sino en aquel puramente operativo, que resulta de la interpretación jurídica que hace el tribunal constitucional, en determinados casos, respecto de los derechos humanos contenidos en los tratados en el tema (a los que atribuyen un valor jurídico superior a la Constitución).

por vía de interpretación y en aplicación del principio “pro homine”⁵⁸⁵; según el cual prevalece el Derecho que otorgue mayor protección al ser humano o cuya exégesis resulte más extensiva⁵⁸⁶.

En este sentido la Sala Constitucional, en sentencia N° 2313-95, Considerando VI (en la cual se cita sentencia N° 3435-92 y su aclaración N° 5759-93), dice:

“Como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de derechos humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman sobre la Constitución”.

Siempre en la misma línea argumentativa, en sentencia 5759-93, la Sala Constitucional, sostiene que:

“los instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en la República, conforme a la reforma del artículo 48 Constitucional (Ley N° 7128, de 18 de agosto de 1989), al integrarse al ordenamiento jurídico al más alto nivel, valga decir, al nivel constitucional, lo complementan en lo que favorezcan a la persona”.⁵⁸⁷

La “supraconstitucionalización”⁵⁸⁸ de los derechos humanos, a la que se refiere la primera cita y la “constitucionalización” a la que se manifiesta en ambas, se logra o

⁵⁸⁵ De acuerdo a Hernández Valle, el principio “*pro homine*” es un criterio de interpretación utilizado por los Tribunales constitucionales en relación a los derechos fundamentales provenientes de los distintos instrumentos internacionales. En: HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. *Régimen jurídico de los derechos fundamentales*. Op. cit. p., 33.

⁵⁸⁶ Carolina León, sostiene que en algunos casos el principio pro homine y el pro libertate se conjungan bajo una misma interpretación, del primero en mención. Para el principio pro libertate, los derechos humanos “*deben interpretarse extensivamente todo lo que favorezca y restrictivamente todo lo que limite la libertad*”. Ver: LEÓN BASTOS, Carolina. Op. cit. p., 275.

⁵⁸⁷ La Sala reitera la anterior posición en el Sentencia 1786-93, de 21 abril; así como también en los Sentencias 1319-97, de 4 de marzo y 6830-98, de 24 de setiembre.

⁵⁸⁸ Según Carolina León, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia a través de resoluciones que atribuyen en ciertas circunstancias valor supraconstitucional a los Derechos Humanos “han originado

enfatisa en su respectivo orden, operativamente por interpretación⁵⁸⁹ y por decisión del Tribunal Constitucional. De esta manera, la Sala Constitucional se suma, en algún sentido a lo propuesto en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵⁹⁰, artículo que estipula que ninguna de sus disposiciones puede interpretarse en un sentido tal que suprima o limite en mayor medida el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por ella; también concierta que no será posible interpretarla en un sentido tal que “limite el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados”. Y, por último, aclara que las normas de la Convención, tampoco podrán interpretarse en un sentido tal, que excluya derechos y garantías “inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de Gobierno” o, en su defecto, provengan de otros actos internacionales de naturaleza equivalente a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre.

Piza (1998), sin usar el concepto “*supraconstitucionalización*” considera que, en lo relativo a la discusión sobre el rango y valor que internamente se le da a las normas y principios internacionales sobre los derechos humanos, la Sala Constitucional hace uso de una “*tercera vía*” (entre el dualismo y monismo), que en vigilancia de la naturaleza misma del Derecho de los Derechos Humanos, más que identificarse con el derecho interno o el internacional, lo hace con una concepción de los derechos humanos auténticamente universal⁵⁹¹. Para este autor, la Sala en aplicación de los artículos 7 y 48 de la Constitución Política, así como los artículos 1 y 2 incisos a) y b) y 73 inciso d) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, establece que el conflicto que se da entre el

la idea de la superioridad teórica-práctica de los instrumentos internacionales de derechos humanos sobre la Constitución Política, en la medida en que otorguen mayores derechos”. Ver: LEÓN BASTOS, Carolina. Op. cit., p. 248.

⁵⁸⁹ Paulino Mora y Nancy Hernández, sostienen que al integrar plenamente los tratados internacionales sobre derechos humanos al derecho constitucional costarricense, se los coloca como parámetros de interpretación del texto constitucional mismo y de sus principios. MORA MORA, Luis Paulino y HERNÁNDEZ L. Nancy, “El derecho internacional y su influencia en la jurisdicción costarricense”, AA.VV., *La Jurisdicción constitucional y su influencia en el Estado de Derecho*, editores Bertolini, Anarella y Fernández Hubert, EUNED; San José, 1999, p. 69.

⁵⁹⁰ Este punto de vista lo sostiene Carolina León. Op.cit.

⁵⁹¹ PIZA ESCALANTE, Rodolfo (1988). “El Valor del Derecho y la Jurisprudencia Internacionales de Derechos Humanos en el Derecho y Justicia Internos: El Ejemplo de Costa Rica.” *Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio* / Corte Interamericana de Derechos Humanos, Presentado por César Gaviria-Volumen I.-San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, 1988, p. 187.

Derecho Constitucional y el Internacional de los Derechos Humanos, prevalece el que mejor proteja al ser humano.⁵⁹²

El principio *pro homine* viene así, a servir de parámetro de interpretación para la aplicación del Derecho de los Derechos Humanos, tanto para los casos en que se propicie algún tipo de conflicto entre normas provenientes de tratados o instrumentos internacionales y normas del derecho interno; como también para determinar cuál será la norma aplicable en caso de suscitarse contradicción entre pautas provenientes de dos diferentes tratados o de diversas leyes (prevalece en todos los casos el principio de la primacía de la norma más favorable).⁵⁹³

León Bastos (2010), por su parte, interpreta la “*supraconstitucionalización*”, en los siguientes términos:

“[...] además, de situar los derechos fundamentales, insertos en Tratados internacionales sobre Derechos Humanos, a nivel constitucional, la Sala les ha concedido otro privilegio a estos tratados y es que cuando otorguen más derechos, que los que proporciona la Constitución, estos tratados estarán por encima de ella. En este sentido, la tesis de la supraconstitucionalización se presenta para todos sus efectos.”⁵⁹⁴

No obstante, de acuerdo con la autora, debe entenderse que la supraconstitucionalización, entendida en este sentido, solo cubre a los instrumentos

⁵⁹² Id. *La justicia constitucional en Costa Rica*/ Rodolfo Piza Escalante. Edición preparada y actualizada por: Rodolfo Piza Rocafort y Jorge Córdoba Ortega, San José, C.R.: IJSA, 2004, p.140. Ver: sentencia n° 1786-93 del 21 de abril de la Sala Constitucional.

⁵⁹³ Sobre este aspecto, hay diversas posiciones respecto al uso que la Sala da al principio de la norma más favorable. Según Carolina Bastos este no podría “*imponerse frente a la norma constitucional*” y debería aplicarse solo ante el silencio constitucional y operaría plenamente en relación a dos distintos documentos internacionales. Sin embargo, este será un aspecto de este tema al cual no nos referiremos por no ser parte de nuestro tema de fondo.

⁵⁹⁴ LEÓN BASTOS, Carolina. Op. cit., p. 248. Ver: sentencia 2313-95, en el que la autora funda su punto de vista.

internacionales vigentes, que conceden más derechos que la Constitución⁵⁹⁵; no se le atribuye a todos los instrumentos internacionales, ni a todos los que se refieren a los derechos humanos. Esta *supra* constitucionalidad, aunque no se establece en el texto constitucional, la Sala Constitucional, de manera operativa impone, lo que Carolina León (2010) denomina, “*una supra constitucionalidad especial*”, en tanto solo favorece a los instrumentos internacionales que otorguen más derechos.

Sin embargo, aclara la autora que, de tomarse en consideración el artículo 31.1 de la Convención de Viena, según el cual la interpretación de un tratado debe estar acorde con su objeto y fin; entonces se debe entender que, en relación con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, si el objeto y fin de estos consiste en conceder a toda persona *los* derechos fundamentales en la mayor medida posible⁵⁹⁶, desde este punto de vista, el principio *pro homine*, sería ampliado en sus efectos.

4.1 ACERCA DEL VALOR JURÍDICO DE LAS DECISIONES DE LA SALA CONSTITUCIONAL EN TORNO A LOS DERECHOS HUMANOS.

La interpretación de las normas constitucionales y los derechos fundamentales y derechos humanos, en Costa Rica, son competencia de la jurisdicción constitucional, la

⁵⁹⁵ *Ibíd.* Carolina León, aclara que sobre este enfoque de la Sala Constitucional, existen posiciones encontradas; algunas posiciones concuerdan con éste; otras, por el contrario, no la comparten. Hernández Valle, se ubica en el último grupo citado, pues según su punto de vista, la “*supraconstitucionalización*” se superpone a artículos como el 7 y 10 de la Constitución. El, sostiene que a través de la aplicación del principio “*pro homine*” el juez constitucional está obligado a aplicar la norma más beneficiosa a la persona, sea que la norma provenga del derecho internacional o del nacional, sin que ello implique mayor jerarquía de los tratados. Sin embargo, aunque lleva razón en este sentido Hernández Valle, según nuestro punto de vista, esta es una apreciación puramente formal, ya que jurídicamente, para los efectos prácticos derivan en la aplicación “*supraconstitucional*” de la norma internacional. Si consideramos que el artículo 48 de la Constitución, constitucionaliza los “*derechos fundamentales*” que provienen de los instrumentos internacionales, los que a su vez imponen su propia interpretación, la cual incide en la aplicación de los mismos, no encontramos que el efecto jurídico-práctico es la *supraconstitucionalización* interpretativa; por supuesto, haciendo la salvedad de que ello es así, siempre que a través de ellos se otorguen mayores derechos. Finalmente, debe aceptarse, que todo tratado, de previo a su aprobación e ingreso a la normativa interna, conlleva consulta preventiva de constitucionalidad realizada ante la Sala Constitucional, de manera tal que, una vez aprobado su aplicación es de pleno derecho (siempre que no medie otro tipo de acción que permita la normativa). Carolina León acepta que la *supraconstitucionalización* debe darse, no en relación al tratado, sino a los derechos reconocidos como fundamentales. Según nuestro punto de vista, esta posición parece bastante aceptable; sin embargo, no se ahondará en estos aspectos por no constituir parte de nuestra investigación.

⁵⁹⁶ LEÓN BASTOS, Carolina (2010), *Op. cit.* p. 275.

cual fue creada para tal efecto, según la Ley de la Jurisdicción Constitucional (Ley 7135, vigente desde el 19 de octubre de 1989).

Ley, que en su artículo 1º, señala lo siguiente:

“La presente Ley tiene como fin regular la jurisdicción constitucional, cuyo objeto es garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica.”

De manera tal, que la jurisdicción constitucional o Sala Constitucional, será la encargada de interpretar y aplicar uniformemente, la normativa constitucional e internacional, así como los derechos y libertades por ellas contenidas; por lo que puede decirse, desde esta perspectiva, que la existencia misma de dicha jurisdicción puede ser considerada por sí, como una garantía para tales derechos y libertades frente a la misma ley ordinaria, en virtud de la supremacía de la Constitución. En este sentido Pérez Tremps (2002) dice: “buena parte de la tarea de protección de los derechos fundamentales se hace descansar sobre los instrumentos de justicia constitucional, esto es, sobre los Tribunales Constitucionales.”⁵⁹⁷

La Sala Constitucional, en sentencia 7818-2000, indica claramente que su función es ante todo jurisdiccional, estima que a ella compete lo referente a las normas, valores y principios constitucionales, así como también las del derecho internacional y comunitario aplicables, en particular sobre derechos humanos, en busca de “armonía contextual, de la racionalidad y razonabilidad del propio Derecho de la Constitución y de las normas y actos subordinados a él, de su congruencia con otras normas, principios

⁵⁹⁷ PÉREZ TREMPs, Pablo. *“La justicia constitucional y su defensa de los Derechos Fundamentales en Europa”*. *Memorias del Seminario de Justicia Constitucional y Derechos Humanos: Homenaje al Dr. R.E.Piza E.* Corte IDH, Sala Constitucional de la República de Costa Rica, Instituto Costarricense de Derecho Constitucional. San José, Costa Rica. Realizado del 2 al 6 de diciembre de 2002., p. 348.

o valores fundamentales, de su proporcionalidad con los hechos, actos y conductas que tienden a regular o a ordenar.”

En ese orden de cosas el Tribunal Constitucional, de acuerdo con la Ley de Jurisdicción, tiene competencia para pronunciarse acerca de los recursos de hábeas corpus y amparo que tramiten los administrados en su sede, los cuales son caracterizados como mecanismos de garantía jurídica o tutela de los derechos fundamentales⁵⁹⁸.

La Sala Constitucional, también conocerá de cuestiones de constitucionalidad, como: la acción de inconstitucionalidad, las consultas legislativas y judiciales de constitucionalidad, así como de conflictos constitucionales. Todos estos aspectos, sin ser propiamente mecanismos de garantía jurídica o tutela de los derechos fundamentales, es posible considerarlos como medios que inciden en la protección y defensa de los derechos fundamentales, en el tanto y en el cuanto, estos derechos se encuentran inmersos dentro del bloque de constitucionalidad y deben ser armoniosamente interpretados, en relación con el ordenamiento jurídico en su generalidad.

Ahora bien, las resultas que se producen en virtud de las decisiones⁵⁹⁹ de la Sala Constitucional, tienen su fundamento en el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, según el cual “La Jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma”. Se propicia de esta manera la supremacía de la función del tribunal constitucional, la cual se irradia sobre todas las restantes jurisdicciones y, así mismo lo reconoce la Sala en su jurisprudencia (sentencia 1185-95 y sentencia 03657-2006, entre otros)

⁵⁹⁸ Ellos cobran importancia no solo internamente como medio de impugnación interna, sino en el sentido que los mismos siempre deberán ser agotados a fin de acceder a la justicia internacional (Art. 2do. Del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas y el Art. 46, inciso 1º, de la Convención Americana de Derechos Humanos, ambos instrumentos ratificados por Costa Rica).

⁵⁹⁹ Decisiones que son producto de consultas de constitucionalidad, acciones de inconstitucionalidad y, problemas concretos tramitados en esa sede, a propósito de los recursos de habeas corpus, habeas data y amparo.

En relación con los derechos humanos, la actividad de la Sala Constitucional, incide sobre todo el ordenamiento jurídico costarricense⁶⁰⁰. Esto no solo a partir de la interpretación que ella hace de la normativa constitucional asociada al tema; sino, también con la que concierne con su apertura a la aplicación de la normativa internacional⁶⁰¹ y, los pronunciamientos y jurisprudencia del tribunal regional. En relación con la normativa internacional, se debe mencionar de manera especial, la tendencia a la aplicación directa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados en el tema a nivel interno⁶⁰². Tampoco puede obviarse, la acogida que se ha brindado internamente, a los pronunciamientos y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Nuestro Tribunal constitucional, en lo referente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, toma como punto de partida un hecho particular; a saber, que Costa Rica soberanamente aceptó la competencia de la Corte Interamericana; lo cual, en principio, implica que sus resoluciones son de acatamiento obligatorio para Costa Rica. Sobre este punto la Sala Constitucional, se pronuncia en el sentencia 5274-05; en los siguientes términos:

“mediante el Decreto 7060-RE publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 114 del 16 de junio de 1977, la República de Costa Rica reconoció sin condiciones y por la totalidad de la vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la competencia tanto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los casos contenciosos y opiniones consultivas. Con ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene autoridad suficiente para decidir sobre el mérito de los derechos y

⁶⁰⁰ La Sala Constitucional en Sentencia 1185-95, de 2 de marzo sostiene que su competencia es exclusiva y excluyente, respecto a la legalidad constitucional y, por ende, deberá entenderse que también respecto a la interpretación de la misma.

⁶⁰¹ La aplicación en no pocas ocasiones se hace de manera directa, ello es evidente cuando en Sentencia 282-90 de 13 de marzo de 1990 dice: “[...] cuando las disposiciones del tratado resulten ejecutivas y ejecutorias por sí mismas, sin necesidad de otras normas que las desarrollen en el derecho interno, las legales que las contradigan deban tenerse simplemente por derogadas en virtud precisamente del rango superior del tratado.”

⁶⁰² Ver lo relativo a este punto, Sentencia 282-90 del 13 de marzo y Sentencia 719-90, de 26 de junio, en ellos el Derecho Internacional opera de manera inmediata y es aplicable por sí, sin que medien leyes o normas que las desarrollen, salvo si la norma internacional así lo exige.

libertades que se consideren conculcados por nuestro país, contenidos en el tratado internacional, como también posee las atribuciones jurídicas necesarias para ordenar la ejecución de sus sentencias. Ello es más claro, cuando en virtud del Convenio entre el Gobierno de la República de Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ratificado por Ley N° 6889 del nueve de septiembre de 1983, al instaurar la sede de esa Corte en nuestro país, estableció que: “Artículo 27. Las resoluciones de la Corte y, en su caso, de su Presidente, una vez comunicadas a las autoridades administrativas o judiciales correspondientes de la República, tendrán la misma fuerza ejecutiva y ejecutoria que las dictadas por los tribunales costarricenses.”⁶⁰³

León Bastos (2010), sostiene que la Sala Constitucional, no solo reconoce la fuerza vinculante de las resoluciones de la Corte Interamericana, sino que les atribuye el carácter de fuente obligatoria.⁶⁰⁴

En relación con las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional Costarricense, sostiene que aún cuando en principio, solo tienen valor interpretativo y sirven de precedente al interior del Estado; no obstante, también estima que lo dicho anteriormente, no es válido para los casos en que la opinión consultiva que emite la Corte Interamericana, responde a una consulta efectuada por nuestro país. Para la Sala Constitucional, en estos casos, la opinión emitida por la Corte Regional cobra legitimidad y resulta obligatoria para Costa Rica (*contrario sensu* a la opinión consultiva realizada por otro país). Esta posición la sostuvo la Sala Constitucional, en Sentencia 2313-95⁶⁰⁵, a propósito de la opinión consultiva efectuada por Costa Rica a la Corte Interamericana, sobre la “*colegiatura obligatoria de los periodistas*”, en el se pronuncia en los siguientes términos:

⁶⁰³ El artículo 27 del Convenio entre Costa Rica y la Corte, citado en el sentencia 5274-05, de 4 de mayo fue publicado en la Gaceta de 23 de noviembre de 1983.

⁶⁰⁴ Ver: También Sentencia 719-90 de 26 de junio de 1990. LEÓN BASTOS, Carolina. Op. cit., p. 299.

⁶⁰⁵ Ver también sentencia 6614-06 de 5 de mayo.

“La tesis de “fuerza moral de la opinión consultiva”, si cabe llamarla así, puede ser sostenida válidamente con respecto de otros países-Estados- que ni siquiera se apersonaron o intervinieron en el proceso de consulta. Pero aplicada al propio Estado consultante, la tesis suena un tanto ayuna de consistencia y seriedad, porque vano sería todo el sistema y obviamente el esfuerzo intelectual de análisis realizado por los altos magistrados de la Corte, si la sentencia que se dicta-Opinión Consultiva-la puede archivar aquel lisa y llanamente.”

Sin embargo, en jurisprudencia posterior, la Sala Constitucional atribuye fuerza vinculante a las opiniones consultivas de la Corte Interamericana, sin que medie consulta alguna por parte de Costa Rica; esto claro está, si de interpretar derechos fundamentales se trata. Ello se evidencia en sentencia 6014-06, en ella la Sala Constitucional sostiene que las sentencias y las opiniones consultivas emanadas de la Corte Interamericana, son parámetro de desarrollo para los derechos humanos a nivel regional; a la vez que resultan “vinculantes en la interpretación y aplicación de los alcances, contenido y límites de los Derechos humanos en el ámbito del Derecho interno costarricense.”

Por último, cabe mencionar, que la Sala Constitucional atribuye especial valor a las interpretaciones que sobre derechos humanos realiza la Corte Interamericana, ello bajo el entendido que “[...] si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá-de principio-el mismo valor de la norma interpretada”, según lo expone en sentencia 2313-95. Más allá de eso, en la interpretación de los derechos humanos y en especial de los derechos fundamentales, la Sala constitucional, tiene como tendencia basarse en la normativa internacional en la materia, en principio, el parámetro para ello será el “principio pro homine”.

El jurista Armijo Sánchez (2003), considera que la Sala Constitucional costarricense, a través de su función jurisdiccional, valora y revitaliza los derechos humanos provenientes de los diferentes instrumentos internacionales y los hace exigibles, con los consecuentes efectos para el Estado en general, los jueces y particulares.⁶⁰⁶

Por tanto, si bien la protección primaria de los derechos fundamentales, radica en la Constitución, el Tribunal constitucional adquiere radical importancia a través de sus pronunciamientos, en tanto estos gozan de fuerza vinculante, que incide en la aplicación que de la normativa constitucional se haga en tribunales ordinarios y colegiados. En lo que interesa a nuestro caso, en todo lo que concierne a los derechos humanos.

Por último es importante acotar, que lo dicho va más allá de las posibles contradicciones que se puedan generar y que de hecho se han generado al interior de la Sala Constitucional en sus pronunciamientos ya sea por efecto de cambios ocurridos en la composición de la Sala Constitucional; o, por cambios no previstos en sus lineamientos, los que pueden responder a diferentes razones, que no interesa enumerar en este momento.

5 DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE.

La Constitución Política vigente define a Costa Rica como un Estado democrático de derecho, se encuentra estructurado conforme los cuatro principios fundamentales que identifican este tipo de gobiernos, a saber: 1) el límite y control del poder, a través de la división de poderes⁶⁰⁷; 2) la legitimación popular del poder (visión según la cual el poder y soberanía del Estado residen en el pueblo)⁶⁰⁸; 3) el principio de legalidad, con el cual toda actividad del Estado está sometido al derecho y; 4) por

⁶⁰⁶ ARMIJO, Gilbert. “La tutela Supraconstitucional de los Derechos Humanos en Costa Rica” *Ius et Praxis*, Vol. 9 (nº 1) 2003, p. 62.

⁶⁰⁷ La doctrina considera a este principio la base del Estado de Derecho, con él se pasa del Estado absoluto al Estado de derecho.

⁶⁰⁸ La Democracia representativa, en tanto traslada de manera legítima el Poder del Pueblo hacia los representantes del Poder Público, se constituye en eje esencial del Estado de Derecho.

último, el conjunto de Derechos ⁶⁰⁹ fundamentales y sus respectivas garantías constitucionales.⁶¹⁰

Ahora bien, en relación con los Estados de Derecho, González Poblete (1999), sostiene que:

“el fundamento y fin del Estado de Derecho es asegurar, respetar, garantizar y promover los Derechos Humanos [...] El Estado se legitima y justifica en la medida que reconoce, garantiza y promueve los derechos humanos. No hay auténtico Estado de Derecho sin el reconocimiento de la eminente dignidad de la persona humana y sus derechos fundamentales y la protección jurídica de ellos mediante recursos y procedimientos eficaces”.⁶¹¹

Brewer-Carías (2005), en sentido semejante al autor supra citado, participa de la idea de que la Constitución en sí misma, como texto de organización política, radica en limitar y dividir el poder, así como en declarar y garantizar los derechos fundamentales.⁶¹² Así se tiene que, partiendo de esta percepción del texto constitucional, el autor de cita sostiene que la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, tienen como primer mecanismo de protección, al texto constitucional⁶¹³ mismo. Sobre ello se pronuncia en los siguientes términos:

⁶⁰⁹ Brewer-Carías, como muchos otros autores, al referirse a los Derechos contenidos en la Constitución, usa indistintamente el concepto de “*Derechos Humanos*” o “*Derechos Fundamentales*”. Ver: INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *Mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos: Garantías judiciales de los derechos humanos en el derecho constitucional comparado latinoamericano*/Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Allan R. Brewer-Carías—San José. CR.: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2005. Página 27.

⁶¹⁰ Estos derechos, ante todo pretenden proteger al individuo de las arbitrariedades del Poder Público.

⁶¹¹ González Poblete, Alejandro, citado por CHACÓN MATA, Alfonso Manuel. Tutela y aplicabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales dentro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. *Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho*. Universidad de Costa Rica. 1999, p. 88.

⁶¹² INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *Mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos: Garantías judiciales de los derechos humanos en el derecho constitucional comparado latinoamericano*. Op. cit. p. 27.

⁶¹³ De acuerdo a Antonio D’atena, la constitución en virtud de supremacía como texto normativo” se configura en garantía frente a la misma ley ordinaria”. En: D’ATENA, Antonio. “La vinculación entre Constitucionalismo y protección de los Derechos Humanos”. *Memorias del Seminario de Justicia Constitucional y Derechos Humanos: Homenaje al Dr. R.E.Piza E*. Corte IDH, Sala Constitucional de la República de Costa Rica, Instituto Costarricense de Derecho Constitucional. San José, Costa Rica. Realizado del 2 al 6 de diciembre de 2002.

“El primer mecanismo interno de protección de los derechos humanos, sin duda, es la declaración expresa de los mismos en los textos constitucionales, como situaciones jurídicas de poder; proceso que se ha venido universalizando y ampliando”⁶¹⁴

Este proceso de universalización y ampliación de los derechos humanos en los textos constitucionales responde, según el mismo autor, básicamente a dos aspectos fundamentales: 1) A la voluntad soberana del Pueblo de incluir tales derechos en el texto constitucional; o 2) de manera más reciente en la historia, a su paulatina internalización y nacionalización, en cumplimiento de obligaciones internacionales asumidas por los Estados en los diferentes tratados internacionales, que sobre derechos humanos han suscrito. Obligaciones que incluyen reconocer, proteger, garantizar y hacer efectiva la vigencia de los derechos humanos y las libertades fundamentales.⁶¹⁵

Partiendo de los derechos contenidos en el documento constitucional y la estructura orgánica del Estado en él descrita, Costa Rica se concibe, no solo como un Estado democrático de derecho, como ha sido dicho, sino que se le reconoce verdaderamente como un Estado democrático y social de derecho.

En Costa Rica, el tránsito desde un Estado de Derecho a un Estado Social de Derecho, se produce cuando se supera el constitucionalismo clásico, propio de los siglos XVIII y XIX, que se enfoca principalmente en las libertades fundamentales. No será, hasta mediados del Siglo XX, cuando el número de derechos se amplía, para incluir en el texto Constitucional, derechos de naturaleza social⁶¹⁶ como lo son: el derecho al trabajo (art. 56), la protección de la familia (art.51), el derecho a un salario mínimo (art. 57), entre otros a citar y será precisamente, en tal momento histórico, cuando se produce

⁶¹⁴ Brewer-Carías define las situaciones de poder como el derecho que tienen las personas de hacer, gozar, disfrutar y disponer de determinados bienes. Ver: INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *Mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos: Garantías judiciales de los derechos humanos en el derecho constitucional comparado latinoamericano*. Op. Cit. p. 33.

⁶¹⁵ Este aspecto se hace evidente en la Sentencia del Caso: Velásquez Rodríguez de 1988 de la Corte IDH.

⁶¹⁶ La Constitución de Costa Rica pasó del constitucionalismo clásico propio de los siglos XVIII y XIX, que tutela derechos fundamentales reconocidos, de manera usual, como libertades públicas y, luego en el siglo XX, se enriquece con la incorporación de los derechos sociales. Ver D’Antena Antonio. Op. cit. pp. 152-156.

de manera contundente el paso desde un Estado de derecho a un Estado Social de Derecho.

La Sala Constitucional, en sentencia 17612-2005, indica que:

“La Constitución Política, leída en forma conjunta y sistemática, determina la vigencia de un Estado Social de Derecho. Lo anterior implica que todas las actuaciones públicas, además, de ser necesariamente conformes con el ordenamiento vigente [...] la Constitución Política reconoce a favor de los individuos y grupos sociales una gama extensa y muy variada de derechos, algunos en forma expresa, otros colegibles a partir de la comprensión del sistema que forman sus normas y principios. Algunas de estas prerrogativas (sin importar si son individuales o colectivas) tienen un carácter eminentemente social, al constituir derechos a la recepción de determinadas prestaciones por parte del Estado.”

Por tanto, en consideración a todo lo antes mencionado, es posible decir que la Constitución Política de Costa Rica, no se encuentra ajena al proceso continuo de consolidación y declaración de derechos humanos, al igual que lo han experimentado buen número de constituciones latinoamericanas. Evento que inicia con la declaración en el texto constitucional, de las libertades fundamentales o derechos de primera generación, propia del constitucionalismo clásico⁶¹⁷; y continúa en el Siglo XX, al introducirse en la Constitución Política, derechos de la segunda⁶¹⁸ y tercera

⁶¹⁷ Entre los que se incluyen los derechos civiles y políticos. Estos imponen un deber de abstención por parte del Estado (se limita a permitir su ejercicio). Los derechos civiles los ejerce toda persona. Los derechos políticos, por lo usual se restringen a los ciudadanos en ejercicio. Ver: ESQUIVEL SALAS, Hernán. *Los Derechos Fundamentales en las Constituciones de Costa Rica*. En: Costa Rica. Sala Constitucional, Poder Judicial. *20 años de Justicia Constitucional: 1989-2009*. Historia, memorias y derechos fundamentales.-San José, CR.: UNED, 2009, p. 47.

⁶¹⁸ Estos derechos imponen al Estado obligaciones de hacer, asociados a prestación de servicios que vienen a satisfacer necesidades de la sociedad en general. Ingresan primero con las reformas que sufre la Constitución de 1871 en la década de los 40, y posteriormente, se enriquecen con la Constitución de 1949. *Ibid.*.

generación⁶¹⁹. De esta forma se produce la constitucionalización de las libertades fundamentales y de los derechos humanos. Tendencia que se ha visto enriquecida en el presente siglo, aún más, con la ulterior internacionalización de la tutela de derechos humanos, que usualmente se produce a través de suscripción de instrumentos internacionales en el tema⁶²⁰.

El Estado de Costa Rica, no solo se inscribe en el proceso supra citado, sino que a su vez ha mostrado gran amplitud en la recepción de la normativa internacional sobre Derechos Humanos, la que ha pasado a ser parte de su ordenamiento jurídico interno⁶²¹.

⁶¹⁹ Se les conoce como derechos de solidaridad, son obligaciones que se reclaman ante el Estado, están relacionados a derechos como la paz. Ellos implican tanto obligaciones de hacer como de no hacer. *Ibíd.*, p. 48.

⁶²⁰ La Internalización se inicia como respuesta a los horrores de la Segunda Guerra Mundial, con la Declaración Universal de Derechos Humanos (de la ONU) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (de la OEA), y se consolida con el Pacto Internacional de Derechos Civiles, Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. A la internalización la precede el consenso de la Universalización de los Derechos Humanos que se produce por intermedio de la Comunidad de Naciones Unidas. Ver: ABREGÚ, Martín. *Op.cit.*; INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *Mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos: Garantías judiciales de los derechos humanos en el derecho constitucional comparado latinoamericano*. *Op. cit.*; y D'ATENA, Antonio. *Op. cit.*

⁶²¹ La lista de instrumentos internacionales sobre derechos humanos vigentes en Costa Rica es amplio, entre ellos, los más importantes son: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, aprobados ambos según Ley 4229 del 11 de diciembre de 1968; Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por Ley 7907 de 23 de febrero de 1970; Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), adoptado por la Asamblea General de la OEA EN 1988, aprobado en Ley 7907 del 3 de setiembre de 1999; Convenciones Interamericanas de Derechos Civiles y Políticos de la Mujer, aprobada por Ley 3877 del 2 del 6 de 1967; Convención sobre nacionalidad de la Mujer, aprobada por Ley 1573 del 23 de mayo de 1953; Convención sobre los derechos del Niño, aprobada por Ley 7148; Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial, aprobada por Ley 3844 del 5 de enero de 1967; Convención sobre eliminación de la discriminación de la Mujer, Ley 6968 del 2 de octubre de 1984, vigente desde 3 de setiembre de 1991; Convención contra la discriminación en la enseñanza, Ley 3170 del 12 de agosto de 1963, vigente desde 22 de mayo de 1962; Protocolo a la Convención sobre discriminación en la enseñanza, Ley 4463 del 10 de noviembre de 1969; Convención sobre prevención y sanción del delito de genocidio, Ley 1205 del 4 del 10 de 1950; Convención Contra la tortura y tratos o penas crueles o degradantes, Ley 7551 de 21 de julio de 1995; Convención sobre asilo, Ley 40 de 20 de diciembre de 1932; Convención sobre asilo político, Ley 1774, de 28 de mayo de 1954; Convención sobre asilo diplomático, Ley 1802 de 8 de octubre de 1954; Convención sobre asilo territorial, Ley 1803 de 8 de octubre de 1954; Convención sobre estatuto de refugiados, Ley 6079 de 29 de agosto de 1977; Protocolo a la Convención sobre estatuto de refugiados, Ley 6079 de 29 de agosto de 1977; Convención sobre estatuto de los apátridas, Ley 6079 de 29 de agosto de 1977; Convención sobre reducción de casos apartida, Ley 6079 de 29 de agosto de 1977; Convenio para la Protección de la Propiedad Industrial, Ley 7484 de 28 de marzo de 1995; Convención para erradicar la violencia contra la mujer, Ley 7499 de 2 de mayo de 1995; Convenio para la protección al niño y Cooperación en adopción internacional, Ley 7517 de 22 de junio de 1995; Convención Interamericana sobre Condenas Penales en el Extranjero, Ley 7569 de 1 de febrero de 1996; Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, Ley 7573 de 1 de febrero de 1996; Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, Ley 7746 de 23 de febrero de 1998; Protocolo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos para abolir la Pena de Muerte, Ley 7747, de 23 de febrero de 1998; Convenio sobre la Transferencia de

Ello se hace evidente, de manera especial, a través del artículo 48 de la Constitución Política, en el tanto, por su intermedio, se produce una suerte de constitucionalización de los derechos fundamentales provenientes de los diferentes instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables; fenómeno al que Brewer-Carías (2005) denomina con el nombre de “constitucionalización de la internalización de los derechos humanos.”⁶²²

Lo anterior, se ve reafirmado, a su vez, por las resoluciones de la Sala Constitucional, la que recurre, cada vez más, a normativa y parámetros de interpretación provenientes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a fin de interpretar a la luz de los mismos, las normas constitucionales.⁶²³

Personas Sentenciadas, Ley 7749 de 23 de febrero de 1998; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, Ley 7934 de 28 de octubre de 1999; Convención Interamericana contra la Discriminación de Discapacitados, Ley 7948 de 22 de noviembre de 1999; Convención Interamericana sobre Extradición, Ley 7953 de 21 de diciembre de 1999; Tratado de OMPI sobre Interpretación o Ejecución de Fonogramas, Ley 7967 de 22 de diciembre de 1999; Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor, Ley 7968 de 22 de diciembre de 1999; Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, Ley 8032 de 19 de octubre de 2000; Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, Ley 8053 de 8 de diciembre de 2000; Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores, Ley 8071 de 14 de febrero de 2001; Protocolo Facultativo de la Convención para Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, Ley 8089 de 6 de marzo de 2001; Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y utilización de niños en pornografía, Ley 8172 de 7 de diciembre de 2001; Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en Conflictos Armados, Ley 8247 de 22 de abril de 2002 y Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, Ley 8253 de 2 de mayo de 2002.

⁶²² INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *Mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos: Garantías judiciales de los derechos humanos en el derecho constitucional comparado latinoamericano*. Op.cit. p., 61.

⁶²³ Podemos encontrar un ejemplo de ello en el Sentencia 3435-92, de 11 de noviembre. En esta sentencia, la Sala Constitucional, basándose en la Opinión Consultiva 4/84 del 19 de enero, a propósito del beneficio de la naturalización que se otorga por causa del matrimonio a favor de uno solo de los cónyuges, de manera polémica interpreta que, con el fin de restituir el principio de igualdad; allí, donde la legislación utilice el vocablo “*hombre*” o “*mujer*”, éste debe ser sustituido por el concepto “*persona*”. Para otro ejemplo, ver sentencia 3550-92, de 24 de noviembre, en el cual la Sala Constitucional, en relación a la posibilidad de imponer límites a los derechos fundamentales, cita la opinión consultiva OC-5/ 85, y en virtud a ella, estipula que únicamente es posible imponer límites a los derechos fundamentales, si media una necesidad social imperiosa y si la limitación se sujeta al objetivo legítimo que persigue.

5.1 ACERCA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: SU CONCEPTO Y RELACIÓN CON LOS DERECHOS HUMANOS.

La doctrina caracteriza como derechos fundamentales aquellos derechos humanos que adquieren la positivación⁶²⁴ en el ordenamiento jurídico interno, de preferencia en el orden constitucional⁶²⁵. Hecho que se produce mediante su reconocimiento e incorporación explícita al texto constitucional⁶²⁶; o resulta de la posibilidad de fundamentarlo en un enunciado que pertenece a la norma fundamental *que* le atribuye igual carácter; o bien, surge adscriptivamente (por inferencia hermenéutica del texto constitucional⁶²⁷). Por tanto, resulta claro, que no todo derecho fundamental proviene de manera necesaria e irrestricta de la Constitución. El catálogo de derechos reconocidos como fundamentales, puede verse ampliado en virtud de normas internacionales, cuyo ingreso ha sido enunciado en la norma constitucional o han sido interpretadas en ese sentido.

León Bastos (2010), por su parte, de manera resumida, conceptualiza los derechos fundamentales “como aquellos derechos humanos que se encuentran insertos dentro del ordenamiento jurídico ya sea dentro de la Constitución Política del Estado, o

⁶²⁴ Según Chinchilla Herrera, en este caso la “positivización” implica su inclusión en el catálogo o carta de derechos de una Constitución. Ver: CHINCHILLA HERRERA, Tulio Elí. *¿Qué son y cuáles son los Derechos Fundamentales?* Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá-Colombia. 1999. Otros autores que comparten esta posición son: RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos. *Constitución, Derechos Fundamentales, y Derecho Privado*. Tomo I. Primera Edición. Ediciones Jurídicas Areté. 2001.; HABA, Pedro Enrique. *Axiología Jurídico Fundamental: bases de valoración en el discurso jurídico, materiales para discernir en forma analítico-realista las claves retóricas de esos discursos/ Enrique Pedro Haba.-1 ed.-San José, C.R.:* Editorial de la Universidad de Costa Rica, 2004; PECES-BARBA, Gregorio. *Derechos Fundamentales*. Universidad de Madrid: Facultad de Derecho, Sección Publicaciones. Madrid. 1986; PÉREZ LUÑO, Antonio. *Los Derechos Fundamentales*, Madrid, Editorial Tecnos, 1988; CHACÓN MATA, Alfonso Manuel. *Op.cit.*; CALDERÓN BARRANTES, Marcela. *Justicialidad de los derechos fundamentales: el papel de nuestra jurisdicción constitucional en la efectiva tutela de los derechos económicos, sociales y culturales*. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. Facultad de Derecho: Universidad de Costa Rica. Ciudad Universitaria Rodrigo Facio. 2008.

⁶²⁵ CHINCHILLA HERRERA, Tulio Elí. *¿Qué son y cuáles son los Derechos Fundamentales?* Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá-Colombia. 1999, p. 58 y 61. Pérez Luño comparte el enfoque citado sobre los derechos fundamentales, ver para ello: PÉREZ LUÑO, Antonio. *Los Derechos Fundamentales*, Madrid, Editorial Tecnos, 1988, p. 44.

⁶²⁶ RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos. *Constitución, Derechos Fundamentales, y Derecho Privado*. Tomo I. Ediciones Jurídicas Areté. 2001, p. 78.

⁶²⁷ CHINCHILLA HERRERA, Tulio Elí. *Op. cit.*, p. 58.

bien a través de tratados internacionales sobre la materia”⁶²⁸ Son derechos altamente abstractos, cuya interpretación recae sobre el operador constitucional.

Los derechos fundamentales, como contenidos de la norma constitucional, contribuyen a dar fundamento a un orden social determinado, organizado sobre ciertos valores y facultades imprescindibles para el modelo de Estado previsto y, sobre todo, para el libre desarrollo de la personalidad de sus administrados.

Chinchilla Herrera, en otro sentido, considera que los derechos fundamentales, se definen como tales, en tanto su reconocimiento se produce en la norma que dentro del ordenamiento interno ostenta la más alta jerarquía, de manera tal que, un derecho fundamental es “en primer término un derecho constitucional o de rango constitucional o de origen constitucional” que posee “fuerza de irradiación para todo el ordenamiento”. Así las cosas, encontramos que los Derechos Fundamentales, considerados en su dimensión subjetiva, gozan de la máxima consideración legal ⁶²⁹, en razón a que se ubican en el más alto nivel de jerarquía en el ordenamiento jurídico, desde donde se imponen al legislador.

Otro aspecto que define los derechos fundamentales, sobre el carácter subjetivo, que gozan estos derechos en el ordenamiento jurídico interno. Los derechos fundamentales se caracterizan por contar con remedios procesales específicos ⁶³⁰ o de tutela reforzada⁶³¹, que permite asegurar⁶³² tales derechos frente al Estado y al Poder Público en general. Lo anterior es posible, de acuerdo con la doctrina, en tanto los Derechos Fundamentales son derechos delimitados espacial y temporalmente, en el marco de un Estado de Derecho, de manera que estos se identifican con cierto grupo privilegiado de derechos constitucionalmente reconocidos que, según Chinchilla

⁶²⁸ LEÓN BASTOS, Carolina. La Interpretación de los derechos fundamentales según los tratados internacionales sobre derechos humanos: Un estudio de la Jurisprudencia en España y Costa Rica. Madrid: Editorial Reus, S.A. 2010, p 42.

⁶²⁹ PECES-BARBA, Gregorio. Derechos Fundamentales. Universidad de Madrid: Facultad de Derecho, Sección Publicaciones. Madrid. 1986, p 13.

⁶³⁰ RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos. Constitución, Derechos Fundamentales, y Derecho Privado. Tomo I. Primera Edición. Ediciones Jurídicas Areté. 2001, p 79.

⁶³¹ PÉREZ LUÑO, Antonio. Los Derechos Fundamentales, Madrid, Editorial Tecnos, 1988, p 44. Los derechos constitucionales que no sean reconocidos explícitamente en el texto constitucional, deben gozar de garantía reforzada o ser susceptibles de recibirla.

⁶³² Lo dicho implica no solo que son susceptibles de tutela judicial, sino que su contenido es determinado o determinable.

Herrera (1998), reciben un tratamiento garante cualificado. La primera garantía que le es atribuida a un derecho fundamental, viene dada por su reconocimiento e incorporación en el texto constitucional, garantía que se ve reforzada por mecanismos de protección que a su vez le atribuye la Constitución. Se dota así a los derechos fundamentales de una fuerza vinculante e informadora sobre todos los poderes públicos⁶³³. Son derechos que en razón de su naturaleza se encuentran protegidos por la garantía de reserva de ley. Así, toda posible regulación que se imponga a su disfrute, debe estar previamente avalada por el poder legislativo a través de la ley. Y, toda limitación impuesta a su disfrute, debe ser de tal naturaleza que en la práctica no torne nugatorio el derecho.

Los Derechos Fundamentales, no solo imponen límites a la actuación del Estado, sino que en principio sirven en su conjunto como piedra angular para la consecución de un orden de convivencia social pacífica y justa. Como dice Rubén Hernández “tales derechos tienden a proteger la libertad, autonomía y seguridad de la persona no sólo frente al poder público, sino también frente a los demás miembros de la comunidad”⁶³⁴

En consideración a la naturaleza de los derechos humanos y los derechos Fundamentales, es posible suponer que los catálogos de derechos de uno y otro no siempre coinciden necesariamente, para que ello se produjera siempre y sin excepción todo derecho humano sería reconocido como fundamental, hecho que no siempre se produce en esos términos. No obstante, otra razón para considerar que no se produce la equivalencia entre ambos catálogos, radica en que el concepto de derechos fundamentales, de acuerdo con la doctrina, no solo involucra los derechos humanos provenientes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que se han incorporado o internalizado, sino que este también incluye a las denominadas libertades públicas⁶³⁵.

⁶³³ Rubén Hernández, identifica este aspecto con la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, la que se relaciona con la consecución de fines y valores constitucionalmente proclamados. Ver HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. *Régimen jurídico de los derechos fundamentales*. Op. cit., p. 11.

⁶³⁴ *Ibid.* Página 9. Esto remite a la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales, que se asocia con la posibilidad que tienen los individuos de exigir estos derechos a través de los diferentes mecanismos de garantía que indique la normativa.

⁶³⁵ Rivero sostiene que las libertades públicas (usualmente derechos civiles), se constituyen un subsistema de los derechos fundamentales. Ver. RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos. Op.cit., p. 79. Las libertades públicas garantizan las esferas subjetivas de los individuos (ellas se ejercen en la esfera privada de las personas). En sentido semejante Hernández Valle considera que el concepto de derechos fundamentales es omnicompreensivo del de libertades públicas (facultades o situaciones jurídicas de carácter subjetivo,

Caracterizados los derechos humanos y los derechos fundamentales, se encuentra que los primeros son derechos atribuibles a toda persona humana por el mero hecho de serlo. A través de ellos se concretan exigencias de dignidad, libertad e igualdad de los seres humanos. En relación con ellos, se considera que, los Estados se limitan a reconocerlos y, en algunos casos, se encuentran a la base de derechos de carácter fundamental. Su expresión primaria se suscita en el Derecho Internacional

Por otra parte, los derechos fundamentales son derechos positivados, su carácter es esencialmente constitucional y son directamente aplicables. Son derechos subjetivos, delimitados espacial y temporalmente que gozan de tutela especial reforzada.

La relación que entre los derechos humanos y los fundamentales, que se pueda forjar, en esencia, gira en torno al ingreso de los primeros al orden positivo de los Estados, lo que permite, en no pocas oportunidades, a estos derechos hacerse acreedores del carácter atribuido a los segundos. Desde esta perspectiva, ambos tipos de derecho se inspiran en la dignidad humana. Sin embargo, es preciso tener siempre presente que no todo derecho humano es un derecho fundamental, ni todo derecho fundamental siempre se deriva necesariamente de un derecho humano. Por otra parte, no se puede obviar que el concepto de derechos fundamentales remite en su contenido tanto a las libertades fundamentales como a los derechos humanos que son reconocidos, garantizados y, ante todo, incluidos en una norma jurídica positiva.

5.2 LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE.

Nos limitaremos en este punto a recordar de manera general aspectos de previo planteados en apartados anteriores. Se iniciará por indicar una vez más que el elenco de derechos fundamentales existentes en el ordenamiento jurídico costarricense, no se limita a aquellos derechos explícitamente proclamados y protegidos en el texto constitucional, sino que también se incluyen, aquellos derechos “de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos

reconocidas y tuteladas por el ordenamiento). Ver HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. *El Derecho de la Constitución*, vol. I, San José, Costa Rica: Juricentro, 1993.

aplicables en la República”, según lo establece el artículo 48 de la Constitución Política. Asimismo, aquellos derechos que “deriven del principio cristiano de justicia social y que indique la ley”, de acuerdo con lo esbozado en el artículo 74 de la Constitución.

Deben considerarse como derechos fundamentales todos aquellos derechos que son adscritos o interpretados en ese sentido (a partir de derechos ya reconocidos o a la luz del texto constitucional o de un instrumento internacional aplicable en la República). En definitiva, nos referimos a todos aquellos derechos que gozan de un rango superior y se encuentran incorporados al derecho positivo⁶³⁶; y, que en definitiva pueden ser exigidos ante el más alto Tribunal, a saber la Sala Constitucional.

5.3 TUTELA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y FUNDAMENTALES

El Estado costarricense, al suscribir instrumentos internacionales sobre derechos humanos, asume compromisos que implican legislar y tomar las previsiones pertinentes (legislativas, políticas, económicas, culturales y sociales) tal que permita a sus habitantes⁶³⁷ el ejercicio efectivo de los derechos humanos. No obstante, también, a la luz de la normativa internacional⁶³⁸, se espera que internamente, estos derechos consagrados constitucionalmente, sean garantizados judicialmente⁶³⁹ y, por tanto, en caso de ser violentados, ser exigidos y restituidos ante los tribunales locales, a través de procedimientos breves y sencillos. En este sentido, será precisamente la Constitución Política, el texto normativo que, en específico, se pronuncie sobre la naturaleza de los instrumentos jurídicos creados para tal efecto.

⁶³⁶ Rivero Sánchez, Juan Marcos (2001). Op.cit., p. 82.

⁶³⁷ El concepto “habitantes”, comprende tanto a nacionales como a extranjeros viviendo en territorio nacional. Se entiende que ambos grupos de personas son titulares de los derechos fundamentales; no obstante, las salvedades que indique el texto constitucional, las cuales deben ser consideradas en los casos en que sea preciso. En principio, es importante señalar que ambos grupos en tanto titulares de derechos fundamentales, pueden realizar acciones que en defensa de sus derechos deseen realizar de manera particular, colectiva o, en reclamo de intereses difusos (en este último caso se dice que no existe relación jurídica alguna entre los titulares, como si la existe en una acción colectiva; pero, en ambos casos siempre se trata de un bien jurídico indivisible).

⁶³⁸ La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 25, dice: Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención [...]” Ver también Artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre y Artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

⁶³⁹ Sean estos de justicia constitucional, administrativa u ordinaria.

5.3.1 LA TUTELA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN COSTA RICA

Garantizar⁶⁴⁰ o tutelar los Derechos Fundamentales en el ordenamiento interno, será una tarea que estará fundamentalmente a cargo de los órganos jurisdiccionales, nos referimos en este sentido, tanto a los tribunales ordinarios como al tribunal constitucional. En el caso de los primeros, la jurisdicción ordinaria cuenta con los recursos comunes que la legislación provee⁶⁴¹. En el segundo caso, se cuenta con recursos especiales que la Constitución otorga para la tutela de los derechos fundamentales.

No obstante, en doctrina, cuando de la Constitución se trata, se asegura que la mayor manifestación de los derechos fundamentales se produce en el Derecho Constitucional⁶⁴² y, desde allí, se distingue para los mencionados derechos, dos clases de garantías⁶⁴³, a saber: las “garantías normativas” y las “garantías judiciales”⁶⁴⁴.

Las “garantías normativas” o también conocidas como “*garantías conceptuales*” remiten a principios y valores aplicables a la Constitución, que no se encuentran expresamente reflejadas en su texto. Entre ellas, se reconocen las siguientes: 1) el contenido esencial de los derechos, 2) la razonabilidad de las Leyes y, 3) la reserva de ley. Estas garantías se estiman indispensables para el desarrollo y regulación de los derechos fundamentales.

⁶⁴⁰ De acuerdo a Guillermo Cabanellas, garantizar consiste en “dar una garantía material o moral; afianzar el cumplimiento de lo estipulado o la observancia de una obligación o promesa.” CABANELLAS, Guillermo, Op. cit.

⁶⁴¹ Frente a los procesos que se tramiten en los estrados judiciales ordinarios, sus jueces deben asegurar y velar por el respeto hacia los derechos fundamentales vulnerados en las controversias que resuelvan. Es importante señalar que la actividad de los abogados en los diferentes estrados judiciales, es de vital importancia, pues a ellos corresponde invocar y exigir la aplicación de los derechos humanos en los casos que representan

⁶⁴² Ver: PÉREZ TREMPES, Pablo. “*La justicia constitucional y su defensa de los Derechos Fundamentales en Europa*”. Op. cit. Y también ver a LEÓN BASTOS, Carolina. Op.cit.

⁶⁴³ Carolina León cita a Luis Díez-Picazo para quien “*la expresión “garantías de los derechos fundamentales”*, no tiene un significado jurídico preciso.” Sostiene que el concepto se refiere tanto a procedimientos como a requisitos sustantivos, que tienen en común “*asegurar la observancia y efectividad de los derechos fundamentales*”. Ver: LEÓN BASTOS, Carolina. Op.cit., p. 199.

⁶⁴⁴ *Ibíd.*

Como garantía normativa, el contenido esencial de los derechos, va dirigido a imponer límites a la Administración Pública y, en especial, al legislador; de manera tal que este, al emitir las leyes, no haga nugatorio el derecho⁶⁴⁵

En sentencia 425-91, la Sala Constitucional, establece que la regulación de los derechos fundamentales está reservada a la ley y, en sentencia 2134-95, indica que al regular un derecho, si la norma creada para limitarlo, lo hace impracticable y lo despoja de su necesaria protección; entonces se debe entender que, en ese sentido, “el legislador desconoce o viola el contenido esencial” del derecho y con ello de la Constitución. Entendiendo por contenido esencial “la medula misma del derecho” o aquello que lo caracteriza, tal que si es despojado de ello, el derecho pierde su particularidad.

El contenido esencial no solo se impone como límite al legislador, sino que también a la aplicación del derecho y la norma que lo contiene, en los estrados judiciales y, por ende, al operador judicial. En ambos casos se debe conservar el contenido mínimo del derecho, tal que de no existir este, el derecho pierde su sentido.

Visto desde otra perspectiva, se espera que limitaciones⁶⁴⁶ que se le imponen a los derechos y las libertades constitucionales, estén permitidas por la Constitución, siempre en virtud de exigencias de carácter público o social y al amparo de los principios de proporcionalidad y razonabilidad de la ley.

Tal como dice la Sala Constitucional en el sentencia 110-98: “La razonabilidad implica que el Estado puede limitar o restringir el ejercicio del derecho, pero debe hacerlo en forma tal que la norma jurídica se adecue en todos sus elementos, con el motivo y el fin que persigue, con el sentido objetivo que se contempla en la Constitución” En otras palabras, se prohíbe establecer un límite arbitrario o injustificado

⁶⁴⁵ En este sentido se pronuncia la Sala Constitucional en varias sentencias, entre ellas: Sentencia 2134-95, del 2 de mayo, Sentencia 425-91, del 20 de febrero; Sentencia 6482-96, del 28 de noviembre; Sentencia 1139-97, de 21 de febrero.

⁶⁴⁶ Rodríguez Oconitrillo, Pablo, quien es citado por Carolina León señala que “Las sujeciones de un derecho fundamental tiene varios orígenes [...] pueden surgir del precepto constitucional que lo consagra, del precepto de un tratado que lo establece, de disposiciones como las de la Convención Americana relativas a los límites de las regulaciones de derechos fundamentales que puede estatuir el legislador, del deber de defender a la “Patria” y de contribuir a los gastos públicos...pueden provenir también de la interpretación sistemática, histórica o sociológica de la Constitución o de los tratados sobre derechos humanos [...]” Ver: LEÓN BASTOS, Carolina. Op. cit. p. 205.

del derecho. De manera tal que, toda limitación impuesta a los derechos fundamentales debe ser necesaria, idónea y mantenerse en un ámbito tal que, se logre con ella el fin u objeto perseguido, sin que con ello lo que se persigue obtener pierda sentido o resulte en un exceso. Es importante considerar que todo ello debe de lograrse a través de los medios que se adecuen al fin perseguido, sin alejarse de las normas, principios y valores contenidos en la Constitución Política.

Por otra parte, el principio de reserva de ley, aplicable a los derechos fundamentales, no se encuentra de manera explícita en el texto constitucional, este tiene su fundamento en el artículo 19 de la Ley General de la Administración Pública (Ley 6227, la que rige desde el 20 de diciembre de 1978), que sostiene que el “régimen jurídico de los derechos constitucionales estará reservado a la ley, sin perjuicio de los reglamentos ejecutivos correspondientes”. De acuerdo con este principio, el desarrollo y las posibles limitaciones a los derechos fundamentales, dentro ordenamiento interno, siempre están regidos por la ley formal (competencia del poder legislativo, de acuerdo con el procedimiento establecido) y su reglamento (el que se ha de limitar a lo impuesto en la ley).

En cuanto a las garantías judiciales de los derechos fundamentales, se consagran en el artículo 48 de la Constitución Política, entre los cuales se reconoce de manera específica: el recurso hábeas corpus y el recurso de amparo.

6 CONSTITUCIÓN Y DERECHOS REPRODUCTIVOS EN COSTA RICA

6.1 DERECHOS REPRODUCTIVOS EN COSTA RICA⁶⁴⁷

Los derechos reproductivos no están expresamente reconocidos en la Constitución Política de Costa Rica. Asimismo, algunos Tratados Internacionales,

⁶⁴⁷ Es importante señalar en este punto que, de acuerdo a la información suministrada por el Centro de Jurisprudencia Constitucional de la Sala Constitucional, los pronunciamientos sobre derechos reproductivos emitidos por la Sala Constitucional, son escasos. La jurisprudencia mayoritariamente, hace referencia a la esterilización (femenina o masculina), excepto la sentencia relativa a la FIV (sentencia 2000-2306). Las restantes sentencias se citan a continuación: 2002-3791 (sobre la vasectomía), 1999-2950, 2000-11015 y 1992-2196 (todos son relativos la esterilización femenina – sobre consentimiento informado y autonomía de la mujer al decidir sobre la esterilización-).

tampoco hacen referencia expresa a ellos. No obstante, la Sala Constitucional de Costa Rica, afirma que es posible derivar tales derechos, de la “interpretación armónica” de otros derechos⁶⁴⁸, que sí están reconocidos en los diferentes instrumentos internacionales suscritos por Costa Rica, de los cuales forman parte de aquellos. Lo anterior se dice atendiendo a la definición que de los derechos reproductivos, es aportada en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo realizada en el Cairo en 1994, la cual es avalada por la Sala Constitucional, en la sentencia 2002-03791⁶⁴⁹. Los derechos reproductivos responden así, a un conjunto de derechos previamente reconocidos por Costa Rica en diversos instrumentos internacionales.

La Sala Constitucional, señala que los Derechos Reproductivos, se encuentran contenidos en instrumentos internacionales como: la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 3, 12, 16); El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, (artículos 2, 3, 10 y 12); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 1, 4, 7, 11, 13 y 17) y su Protocolo adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, OEA, 1948); la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículos 10 inciso h, 12, 16, ap. I, inciso e y 24) y la Convención Sobre Derechos del Niño⁶⁵⁰ (art. 24, incisos d y f).

De los documentos internacionales mencionados, los tres citados al inicio hacen referencia con derechos como: el derecho a la vida, a la seguridad de las personas, al derecho a la privacidad, al derecho a la libertad, a la libertad de pensamiento, opinión y consciencia; al derecho a la salud (física y mental), a la asistencia médica y la protección de la maternidad; a la no discriminación por razones de sexo; a la garantía de igualdad de goce de hombres y mujeres de los derechos sociales y culturales; así como,

⁶⁴⁸ Sala Constitucional de Costa Rica, sentencia 2002-3791, de abril del dos mil dos. Considerando IV.

⁶⁴⁹ Se debe señalar que, la sentencia 2002-3791 es el único pronunciamiento en el cual, la Sala Constitucional hace un abordaje detallado de los derechos reproductivos. Se debe rescatar que esta sentencia en cuestión, es la más reciente de las existentes en el tema de derechos reproductivos.

⁶⁵⁰ Otros instrumentos y documentos internacionales a considerar son: La Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 6, 18 y 23), la Convención Contra la Discriminación Racial (1965), la Recomendación 24 del Comité de la CEDAW (1999) que en el párrafo 11 sostiene que “La negativa de un Estado Parte a prever la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria”, el Programa de Acción de Viena, dice: “La Conferencia Mundial de Derechos Humanos reconoce la importancia del disfrute por la mujer del más alto nivel de salud física y mental durante toda su vida”,

al reconocimiento a la dignidad y la protección de la privacidad y la protección de la familia.

En lo que respecta a las dos últimas convenciones citadas, a diferencia de los otros documentos internacionales señalados, estas sí hacen alusión de manera expresa a los Derechos Sexuales y Reproductivos. Derechos que buscan asegurar la atención sanitaria prenatal, la atención sanitaria preventiva, así como aspectos relativos a la salud sexual y reproductiva y a los servicios médicos en materia de planificación familiar, entre otros aspectos a considerar. La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, pretende afirmar para mujeres y hombres los mismos derechos a decidir libre y responsablemente con respecto al número de hijos y espaciamiento entre el nacimiento de los mismos; así como también, a tener acceso a los medios que les permitan ejercer esos derechos. Serán los Estados, de acuerdo con el artículo 12 de la CEDAW, que se deberán adoptar las medidas requeridas para eliminar la discriminación relativa al “acceso a los servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación familiar”, compromiso que se ratifica, en el artículo 24 de la misma Convención, esto, por cuanto existe la obligación de adoptar todas las medidas internas que resulten necesarias para la plena realización de los derechos en ella consagrados.

Constitucionalmente, como bien se ha dicho, no hay norma expresa sobre los derechos reproductivos; sin embargo, con ocasión a ellos debe hacerse referencia a los siguientes artículos constitucionales: artículo 21, artículo 28, artículo 33 y, el artículo 51, como los artículos más significativos en el tema.

De acuerdo con la Sala Constitucional: “los derechos reproductivos están reconocidos en la Constitución Política y en los documentos internacionales sobre derechos humanos suscritos en Costa Rica. [Estos] se fundan en el reconocimiento básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos que desean tener, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre estos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. Los instrumentos sobre derechos humanos

garantizan también al derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia.”⁶⁵¹

De lo antes dicho deberá entenderse que los derechos reproductivos, son de orden constitucional y, se ubican dentro del bloque de constitucionalidad, bien porque se encuentren expresamente reconocidos en la Constitución a través de aquel conjunto de derechos previamente reconocidos o, bien porque, provienen de instrumentos internacionales en derechos humanos y, para ello habrá que remitirse sin duda alguna, al principio de expansibilidad de los derechos, en acuerdo con el artículo 48 de la Constitución Política de Costa Rica.

Asimismo, la Sala Constitucional, asegura que los derechos reproductivos tutelan a favor de las personas, el derecho a la libre disposición de su cuerpo, siempre que este derecho no incida con un derecho equivalente de terceros o de orden público (sentencias 2002-3791, 2000-11015, 1999-2950). La Sala Constitucional, no es clara en relación con lo dicho, pues de ello no es posible deducir si se refiere a la necesidad de sopesar derechos o, si por el contrario, el derecho desaparece desde el momento que incide con un derecho equivalente de terceros o de orden público. Cuando se hace relación al tercero, por lo usual se cita al feto. Por otra parte, en cuanto al orden público, debe pensarse que la razón aludida, en ese sentido debe ser primordial en función de la convivencia social, ya que, de lo contrario estaríamos ante una disposición arbitraria.

Siempre en continuidad de planteado en los dos párrafos anteriores, la Sala Constitucional sostiene que, los derechos reproductivos se inscriben al interior del ordenamiento jurídico como derechos de ejercicio individual y personal, por cuanto ellos son intrínsecos a la persona y responden a un derecho de naturaleza fundamental como lo es el “de libre autodeterminación”. Igualmente sostiene, la Sala Constitucional, que los derechos reproductivos “preexisten en virtud de libertades y garantías del más alto nivel normativo” ⁶⁵². En este orden de cosas deberá entenderse que la Sala Constitucional, reafirma que los derechos reproductivos gozan de protección constitucional e internacional y devienen de la dignidad humana.

⁶⁵¹ Sala Constitucional, sentencia 2002-3791.

⁶⁵² Ídem. Esta argumentación es igualmente sostenida por la Sala Constitucional en las siguientes sentencias: sentencia 1999-02950 del 23 de abril de 1999 y sentencia 2000-11015 de diciembre de 2000.

Los instrumentos internacionales de derechos humanos aprobados y ratificados por Costa Rica en el tema de Derechos Sexuales y Reproductivos, se convierten en verdadera fuente de derechos, en especial, si se considera que la Sala Constitucional en sentencia 3435-92, asegura que los derechos humanos contenidos en los instrumentos suscritos (en consideración al artículo 48 de la Constitución) gozan de igual jerarquía que los derechos de orden constitucional y, que en caso de conceder mayores derechos, tendrán un orden jerárquico mayor, con los efectos que ellos supone para su aplicación a nivel interno.

Los Derechos Reproductivos ingresan a nuestro país en el marco del derecho a la salud en general. No obstante, los mencionados derechos se inscriben de manera específica en el derecho a la salud sexual y reproductiva. No obstante, tampoco se puede dejar de lado el régimen de libertades asociadas a los derechos en cuestión. Libertades plenamente consagradas en la Constitución Política.

Los temas relativos al derecho a la salud, son contemplados internamente en diversas normas, entre ellas: la Ley General de Salud (Ley 5395 del 30 de octubre de 1973), Ley General de Protección a la Madre Adolescente (Ley 7735 del 19 de diciembre de 1997; modificada a partir de la Ley 8312 del 30 de setiembre de 2002), Ley de VIH-Sida (Ley 771 del 20 de mayo de 1998). Ello sin contar los reglamentos y decretos ejecutivos emitidos en el tema o encaminados a crear instancias⁶⁵³ encargadas de llevar adelante acciones sobre salud reproductiva. En especial debe mencionarse el Decreto Ejecutivo N° 27913-S publicado el 9 de junio de 1999, que permite la creación de la Comisión Interinstitucional sobre Salud y Derechos Reproductivos y Sexuales, en el cual se establece la responsabilidad del Estado costarricense de velar por la protección de la salud sexual y reproductiva y cumplir los compromisos internacionales en la materia⁶⁵⁴. De acuerdo con el Instituto Nacional de las Mujeres, es importante resaltar que las acciones, en temas de salud sexual y reproductiva, se encuentran

⁶⁵³ Consejería en Salud Sexual y Reproductiva (en centros de salud de la Caja Costarricense del Seguro Social creados en 1999), el Consejo Integral de Sexualidad Humana (2001), Consejo de Atención Integral del Sida (1998). Los temas de derechos humanos asociados a la salud sexual y reproductiva, también son abordados desde la Política Nacional para la Igualdad y Equidad de Género.

⁶⁵⁴ Decreto Ejecutivo N° 27913-S Publicado en la Gaceta el 9 de junio de 1999, párrafos 5 y 6.

focalizadas principalmente en la planificación familiar⁶⁵⁵ y en la educación sexual, aunque esta última no ha recibido una atención sostenida”. No obstante, los derechos reproductivos no se agotan en las normas antes propuestas, ya que, no es posible obviar la normativa relativa al aborto terapéutico existente en el Código Penal, artículo 121. Así como también deberá considerarse el artículo 72 del Código de Familia, el cual se pronuncia sobre la inseminación artificial.

En Comunicación que hiciera la Cancillería Nacional de la República, en relación con la salud sexual y reproductiva, en julio de 2012, con motivo de “Río + 20”, Costa Rica, sostuvo que “la salud sexual y reproductiva” no se reduce meramente a la planificación familiar, sino que ella comprende temas como: la maternidad y salud materna, prevención y atención de enfermedades de transmisión sexual, acceso e información a métodos anticonceptivos, educación sexual, temas de violencia, así como la promoción de la participación y responsabilidad masculina en temas de reproducción y atención a la familia; se hace sin embargo, énfasis, en el acceso a servicios de salud reproductiva de calidad. Se asegura la necesidad de tomar medidas, para asegurar el pleno disfrute de los derechos humanos y libertades fundamentales de las mujeres entre los que se encuentran el derecho a la salud sexual y reproductiva.⁶⁵⁶

7 DERECHOS FUNDAMENTALES, DERECHOS REPRODUCTIVOS Y SU RELACIÓN CON EL ACCESO A LA FIV

Se pretende en el presente apartado hacer una breve reseña a los derechos fundamentales y derechos humanos relacionados con los derechos reproductivos y, en tal sentido, con las TRHA y, de manera muy particular, con la FIV.

7.1 ACERCA DEL DERECHO A FUNDAR UNA FAMILIA

El ejercicio de la procreación en sentido estricto, no se encuentra explícitamente estipulado, como un derecho fundamental, en la Constitución Política de Costa Rica; sin embargo, ello no conlleva que, carezca de sustento en la normativa constitucional e

⁶⁵⁵ La planificación familiar debe ser vista desde esta perspectiva en su connotación negativa o asociada a la anticoncepción.

⁶⁵⁶ Este documento se encuentra contenido entre otros en dispositivo de memoria electrónico, del Instituto Nacional de las Mujeres.

internacional sobre los derechos humanos aplicable en nuestro ordenamiento jurídico y, por tanto, al denominado “derecho de la Constitución”; en lo particular, si es visto desde el derecho a fundar una familia y a la protección que a esta es debida.

El fundamento constitucional para la protección de la familia y la posibilidad de fundar una, se encuentra en lo esencial en los artículos 51 y 48 de la Constitución Política de Costa Rica, así como también, deben ser considerados los artículos 52, 53 y 54 del texto constitucional.

En lo que toca al artículo 51, este se encuentra especialmente dirigido a la protección de la familia y en su texto dice:

“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.”

La norma arriba citada implica para el Estado, la obligación de otorgar especial protección a la familia.

Ahora bien, a través de la reforma al artículo 48 del texto constitucional (por Ley 7128 de 18 de agosto de 1989), se introduce, según la misma Sala Constitucional señala, sistemáticamente en “nuestro ordenamiento la carga normativa y principal de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos- y con ellos, consiguientemente, de su interpretación por los órganos judiciales correspondientes” configurándose, lo que la misma Sala ha dado en llamar el <<derecho de la Constitución>>. ⁶⁵⁷ De manera que, la protección que el Estado debe prestar y garantizar a la familia, se afirma en diversos instrumentos internacionales y nacionales de protección de los derechos humanos. Siendo que tal derecho –dice la Sala Constitucional de Costa Rica- ha sido de continuo desarrollo y aplicación por parte de los órganos de tutela de derechos humanos de los ámbitos regional e interno.

⁶⁵⁷ Sala Constitucional: sentencia 2008015461 de octubre de 2008.

En el sentido de lo dicho y al amparo de la normativa internacional, en adelante, viene a resultar posible referirse, no solo al deber de protección a la familia, que recae en el Estado, según lo señala la normativa constitucional e internacional; sino que, también es dable referirse al derecho a fundar una familia.

Derecho que encuentra amparo y fundamento en la normativa internacional, citándose al efecto, la siguiente⁶⁵⁸: el artículo VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que dice: “toda persona tiene derecho a *constituir* familia, elemento fundamental de la sociedad y a recibir protección para ella”; por otra parte, el artículo 16 inciso 3, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, señala que “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”, mientras que, el inciso primero del mismo artículo del documento internacional citado, reza así: “los hombres y mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y *fundar* una familia”. El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 23 incisos 1 y 2, se pronuncia en términos semejantes, al instrumento internacional antes citado.

Por otra parte, el artículo 17 de la Convención Americana, también hace referencia al tema que nos ocupa. Siendo que, en el inciso primero del artículo antes citado, enuncia el derecho a la protección de la familia en igual forma que lo hace la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aspecto que se complementa con lo dicho en el inciso 2 del artículo arriba indicado, cuyo texto sostiene que: “Se reconoce el derecho del hombre y la mujer [...] a *fundar* una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que estas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención”.

Dado lo anterior es posible decir que, en la normativa internacional, la posibilidad de “*constituir*” o “*fundar*” una familia, es un derecho del que gozan igualmente hombres y mujeres. Asimismo se mantiene la preocupación por la protección que se debe a la familia, en esencia, porque se le considera elemento natural y fundamental de la sociedad.

⁶⁵⁸ En los artículos que se citan a continuación, la cursiva no está contenida en el texto original.

Es importante señalar que aún cuando, desde un punto de vista jurídico, se suele poner especial énfasis en la familia que surge a partir del matrimonio como institución legalmente establecida, esto no necesariamente es así.

Lo anterior es evidente cuando la Sala Constitucional costarricense, al analizar, el artículo 51, considera que el concepto de familia contenido en él, “es de carácter amplio y no restrictivo”. En otras palabras, se entiende que cuando se habla de familia, dicho concepto remite tanto a una familia que responde a vínculos formales -como el matrimonio, como también a la que surge en función de lazos afectivos de convivencia estable (y no formales, como lo son: las uniones hecho). Considerándose que, en ambos casos, la motivación para constituir una familia se sustenta en el amor, el deseo de compartir, auxiliarse, apoyarse y tener descendencia. Puede entenderse, en el sentido de lo inmediatamente señalado, que la Sala Constitucional parte de la posibilidad de tener descendencia sin más, aunque de acuerdo con la experiencia, esto no siempre es así⁶⁵⁹, sobre todo porque la reproducción es un evento que, no siempre se produce de manera inmediata. Esto se dice porque de la jurisprudencia de la Sala Constitucional, no es posible deducir lo contrario.

En relación con la familia, la Sala constitucional⁶⁶⁰ sostiene que esta: 1) tiene derecho a la especial protección del Estado; 2) que la protección a la familia se reconoce como un derecho de naturaleza social, que más que una norma, se erige como un “[...] valor constitucional que debe informar toda actuación del Estado [...]”; 3) que en relación con el derecho que nos convoca, ante posibles afectaciones, las soluciones institucionales a brindar deben de adoptar “con especial cuidado y respeto [...] todas aquellas condiciones que determinen el menor riesgo posible para los integrantes del grupo familiar, toda vez que existe el deber y la obligación de darles protección especial precisamente por su situación de pertenencia a la familia” tal que – sostiene la Sala Constitucional- cualquier limitación no fundamentada – es decir, ilegítima o arbitraria- se constituye en una violación al deber de respetar y garantizar la protección de la familia y como tal, contraria al Derecho de la Constitución (para lo cual la Sala

⁶⁵⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2006007262 de mayo de 2006.

⁶⁶⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia Sentencia 2008015461 de octubre 2008.

Constitucional, cita el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁶⁶¹).

Asimismo, la Sala Constitucional, en sentencia número 0346-94, con respecto del artículo 51, aprecia que existen dos aspectos de consideración contenidos en el artículo en cuestión, a saber: 1) considerar la familia como elemento natural y 2) fundamento de la sociedad.

En otras palabras, se sostiene que la familia para ser reconocida y protegida constitucionalmente, no tiene que responder necesariamente a convenciones jurídicas, pues ante todo, la familia es un elemento natural, que deviene como fundamento de la sociedad y, en función a ello, debe ser reconocida y protegida. Aún cuando la Sala Constitucional no define aquello que entiende por “elemento natural”, es posible suponer, que se refiere al particular hecho que convierte a la familia en unidad primigenia de la sociedad y, que a partir de ella, se da lugar al gran conglomerado de personas llamado sociedad. Desde el punto de vista reproductivo, la familia también es elemento natural en cuanto, la existencia misma de la sociedad toma lugar a partir de un hecho tan básico como lo es la reproducción. Aunque, debe entenderse que la familia que resulte no necesariamente, se inscribe en aquellas formas reconocidas por ley (matrimonio y unión de hecho); no obstante, la Sala Constitucional, suele hacer énfasis en aquellas formas de familia jurídicamente reconocidas.

Así las cosas, lo anterior es dicho, más allá de los elementos jurídicos existentes que se relacionan directamente con dicha construcción social; ya que, ciertamente, se debe señalar que de acuerdo con el artículo 52 de la Constitución Política de Costa Rica, el matrimonio es considerado base esencial de la familia. No obstante, como bien dice Hernández Valle (2010), ello “no impide que las personas, en el ejercicio de su libertad individual, puedan optar por fundar una familia sin cumplir con las formalidades propias del matrimonio.” Por tanto- sigue diciendo Hernández Valle- el Estado no puede “impedir ni obstaculizar, de manera irrazonable el matrimonio de las personas y,

⁶⁶¹ El artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dice: “Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta 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”.

por otra parte, no es posible que imponga como única forma de constitución de una familia, la opción matrimonial⁶⁶².

Por otra parte, el magistrado Vargas Benavides ha sostenido que, del artículo 51 no se desprende “cuál es la definición del concepto de familia del que se debe partir”⁶⁶³, más aún, a pesar de que la Sala Constitucional, da privilegio a la familia conformada a partir del matrimonio, lo cierto es que, dicho concepto puede comprender diversas realidades, fundadas en la libre voluntad de los individuos. Tanto es así, que la norma constitucional, de alguna manera contempla dicha eventualidad, en sus artículos 53 y 54, en los cuales se establece la protección de los hijos habidos fuera del matrimonio (o extramatrimoniales), tal que prohíbe toda calificación personal, sobre la base de la naturaleza de la filiación.

No obstante, hasta el momento, poco o nada se ha dicho sobre el ejercicio de la procreación y su relación con la familia. Sin embargo, no es posible, obviar que la familia se concibe como un elemento natural (tal y como ya se ha señalado) y, desde este enfoque, la reproducción se encuentra legitimada. La reproducción, aunque no es la única vía existente para fundar una familia, si es la más común, en tanto es connatural al individuo humano, tanto en su dimensión biológica, como en su dimensión social.

De acuerdo con la Sala Constitucional (en sentencia 2006007262 de 2006 ya citada) “toda la estructura del derecho de familia institucionaliza el reconocimiento de las dos relaciones biológicas básicas que dan origen a la familia: la unión intersexual, que es la dada entre el hombre y la mujer y donde- en principio- la pareja se realiza como tal,- individual y conjuntamente; y la procreación [...]” Ciertamente, debe indicarse, que desde este enfoque la Sala Constitucional privilegia, la idea de que la procreación supone necesariamente, primero la unión de la pareja y luego el ejercicio de la sexualidad, que para el caso es vista en su carácter heterosexual (tal y como es planteada). No obstante, hoy la procreación, puede ser concebida y de hecho resulta

⁶⁶²HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. Régimen jurídico de los derechos fundamentales/ —2º ED. —San José, Costa Rica: Juricentro, 2010 p.571.

⁶⁶³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2006007262 de mayo de 2006. Voto Salvado: Adrian Vargas B.

posible, sin que se dé el intercambio sexual. Aspecto que nuestra ley no ha contemplado y nuestra jurisprudencia aunque la ha aceptado, la ha considerado no viable.

A partir de nuestro ordenamiento jurídico (constitucional y ordinario), es posible deslindar que la familia tiene su origen en virtud de dos hechos fundamentales, por un lado, la existencia de lazos biológicos (en tanto descendencia de quienes se unen con intención de formar una familia) y, por otra, los de naturaleza afectiva, que responden a la esencia social del individuo humano⁶⁶⁴. Siendo que los lazos de filiación en uno u otro caso pueden ser reconocidos jurídicamente⁶⁶⁵.

En relación con el primer aspecto citado, la reproducción adquiere un papel preponderante; mientras que la adopción, es determinante con respecto del segundo; lo anterior claro está, sin considerar otras variaciones posibles a vislumbrar en la actualidad, (pero, por no encontrarse contempladas en nuestro ordenamiento, en este punto, no se hace especial referencia a ello, pero no por ello se cree que son menos importantes).

Así las cosas, en orden a los hijos, los vínculos filiales pueden ser de dos posibles tipos: uno de “origen natural” (filiación por naturaleza) o biológico (como preferimos llamarle) y, otro, fabricado (por adopción) o de carácter afectivo. Vínculos de filiación que responden a necesidades y afectos de quienes los conforman.

Es en la construcción de la familia y los diferentes lazos de filiación, que el concepto de “planificación familiar” cobra especial importancia. Término que contiene tanto un componente positivo como otro negativo, siendo que ambos conforman la misma realidad. En otras palabras, planificar una familia, conlleva la decisión de procrear o de no hacerlo.

⁶⁶⁴ No se omite, señalar que pueden existir familias con lazos afectivos, o de consanguinidad (no de filiación), como sería un grupo de hermanos huérfanos que permanecen juntos o, la familia constituida por los abuelos y sus nietos, dentro de otras opciones posibles a concebir.

⁶⁶⁵ El ordenamiento jurídico costarricense se pronuncia sobre temas dirigidos a la protección y constitución de lazos de filiación, en la Constitución Política, el Código de Familia, Reglamento para los Procesos de Adopciones Nacionales e Internacionales, la Ley de Paternidad Responsable, entre algunas otras que es posible citar.

Por tanto, la planificación familiar, en sentido negativo remite a quienes al reflexionar sobre el evento de fundar una familia, descartan la posibilidad de procrear. En otro sentido, en su connotación positiva, refiere a quienes, en su proyecto de vida, tener hijos es esencial para la vida familiar. La decisión a tomar, en ambos casos, se funda en el ejercicio de la libertad individual. Será también, en este sentido que aquellos que responsablemente decidan procrear, definan el número de hijos que desean y el espaciamiento entre uno y otro, así como la vía o métodos accesibles para lograrlo.

Por último, cabe mencionar que conformar una familia, es un concepto mucho más amplio, que aquel que conduce al mero ejercicio de la procreación o la adopción, ya que, dentro de tal esquema es posible pensar una familia desde diversas modalidades, las que puedan surgir por efectos de lazos de afecto o de filiación, tema que no se abordará más ampliamente, por encontrarse más allá del propósito perseguido con esta investigación. Solo debe importarnos para el caso, la procreación como evento a partir de cual se viene a hacer posible conformar una familia, a partir del ejercicio de la reproducción, libertad que encuentra amparo tanto en la normativa internacional como en la constitucional.

7.2 DERECHO A LA REPRODUCCIÓN

El derecho a la reproducción, de acuerdo con la Sala Constitucional, tanto en su connotación positiva como negativa, es decir, en cuanto implica el derecho de reproducirse o de no hacerlo, deriva de un “derecho fundamental a la disposición del propio cuerpo por causas legítimas”⁶⁶⁶, siempre que no incida en derechos de orden público o de terceros de igual naturaleza (como serían los del embrión o feto de la mujer)⁶⁶⁷. El derecho a la reproducción, concebido como el derecho básico a la reproducción es un derecho, de ejercicio individual y personal, en cuanto es un derecho intrínseco a la persona humana. Su origen- según dispone la Sala Constitucional- debe buscarse en preceptos constitucionales y de derechos humanos que son los que determinan esa libertad⁶⁶⁸. El derecho a la reproducción, se ampara a la vera de

⁶⁶⁶ Sentencia 2002-3791 de la Sala Constitucional. También ver sentencias 2000-11015 y 1999-2950 de la Sala Constitucional.

⁶⁶⁷ En este sentido la Sala Constitucional, equipara el embrión con el feto; pues de lo contrario, diría: el embrión y el feto.

⁶⁶⁸ Ver: Sentencias 2002-3791, 1999-02950 y 2000-11015, todas ellas emitidas por la Sala Constitucional.

derechos fundamentales como el derecho fundamental a la intimidad y no injerencia del Estado en la vida privada de las personas y su derecho de autodeterminación.

Autores como Trejos (2008), consideran que el derecho a la procreación, puede ser enfocado desde el derecho a la vida, en una dimensión individual y otra colectiva. La primera asociada a la decisión de reproducirse o no hacerlo; la segunda, vista como posibilidad de perpetuar la especie. Esta posición también se sostiene en voto de minoría de la sentencia 2000-02306

7.3 DERECHO A LA VIDA

El derecho a la vida se consagra en el artículo 21 de la Constitución Política costarricense, cuyo texto dice:

“La vida humana es inviolable”

El artículo en cuestión, es escueto y no define aquello que entiende por vida, así como tampoco hace alusión a los sujetos que han de gozar de tal derecho. La tarea de definir el contenido del derecho, así como a sus titulares, recae sobre la Sala Constitucional como intérprete legítima de la Constitución y la normativa proveniente del Derecho Internacional sobre derechos humanos, relativa al derecho a la vida. De acuerdo con Trejos (2008), el artículo 21 constitucional, tuvo como antecedente histórico, exclusivamente, abolir la pena de muerte.

El derecho a la vida, se despliega como un derecho de naturaleza personal y concerniente a la dimensión vital de la persona.

Este derecho aparece como un derecho oponible a terceros y al Estado. En otras palabras – de acuerdo con la Sala Constitucional- el ser humano como titular del derecho a la vida, no puede ser “privado de su vida ni a sufrir ataques ilegítimos por parte del Estado o de particulares” (sentencia 2000-02306 y 1668-10). Derecho que también implica el reclamo de conductas positivas encaminadas a conservarlo (reclamable, para el caso, al Estado y a las instituciones con el deber genérico de asistencia).

De acuerdo con la Sala Constitucional, sobre el derecho a la vida, se asientan los restantes derechos y libertades, ahí radica el superior rango que se le atribuye a este derecho, en la escala de derechos del hombre. “Sin la existencia humana es un sin sentido hablar de derechos y libertades” (sentencia 1668-10). La vida es un hecho y un derecho. Este conlleva dos posibles obligaciones para el Estado: 1) no llevar ataques ilegítimos que puedan hacer nulo el derecho y, 2) proteger el derecho incluso frente a terceros.

Ahora bien, el derecho a la vida, posee diferentes dimensiones de aplicación y protección. 1) protección ante aquellos peligros que puedan incidir sobre este. Citándose para el efecto, peligros como la insalubridad y el hambre y otras condiciones necesarias para la continuidad de la vida (sentencia 02306-2000); entre ellas un ambiente libre de contaminación (en su dimensión física y de bienestar psíquico)⁶⁶⁹. En este sentido la Sala Constitucional señala: “la protección del derecho a la vida garantiza, dentro de su marco de tutela, la posibilidad de desarrollo de la existencia misma en condiciones de bienestar”⁶⁷⁰ 2) Un segundo enfoque a la vida es aquel que conduce a su dimensión salud. En sentencia 4423-93, la Sala Constitucional sostiene que “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 se asigne a su protección.” El derecho a la vida, implica la protección de ella en toda su extensión y en consecuencia a una vida sana ⁶⁷¹3) un tercer, aspecto a considerar, de acuerdo con la Sala Constitucional, vinculado al derecho a la vida, es el derecho a la integridad física y psíquica. En ese sentido se dirá: “Este derecho demanda condiciones de salud en su más amplio sentido” (sentencia 1405-94).

Aplicar este derecho implica la necesidad de definir quién o quiénes son titulares de tal derecho. Como se ha dicho el artículo 21 constitucional, no se pronuncia sobre

⁶⁶⁹ Ver sentencia 3705-93 de La Sala Constitucional

⁶⁷⁰ Sentencia 752-94 de La Sala Constitucional.

⁶⁷¹ Sentencia 1915-92 de La Sala Constitucional

este punto, así que el contenido del derecho viene a ser interpretado por la Sala Constitucional.

¿Cuándo comienza la vida?

Sobre el delicado tema de cuando comienza la vida, Costa Rica acoge la denominada Teoría de la Fecundación⁶⁷², por entender que este enfoque se encuentra más acorde con las normas del Derecho Internacional sobre derechos humanos, vigente en el país, así como lo dicho en el artículo 21 de la Constitución Política. Aún cuando como ya se ha mencionado, el artículo citado no resulta determinante con respecto a cuándo inicia la vida y es omiso con respecto a quién o quiénes son titulares del derecho.

La Sala Constitucional, interpreta que a partir del principio de inviolabilidad de la vida humana deviene declarar que tal derecho cubre a “todos sin excepción”, incluido el embrión, aspecto que se evidencia cuando el órgano Constitucional sostiene que el derecho a la vida debe protegerse tanto en el ser ya nacido como en el ser por nacer, pues una persona es tal, desde que ha sido concebida y ello conlleva, que a partir de dicho momento, se adquiere el derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico.⁶⁷³ En resumen, la Sala Constitucional, viene a completar la normativa existente a través de su interpretación, al definir no solo a partir de cuando se es acreedor del derecho a la vida, sino a partir de qué momento se es titular de tal derecho desde la concepción o, más bien desde la fecundación, todo individuo humano es acreedor del derecho a la vida, en el ordenamiento jurídico costarricense.

De acuerdo con la Sala Constitucional, el enfoque antes propuesto encuentra sustento en la siguiente normativa internacional: El artículo 1 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, todos ellos documentos que se pronuncian sobre el derecho que tiene

⁶⁷² Sala Constitucional de Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, sentencia 2000-0236. En esta sentencia se dice textualmente: “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 a partir de esa fase todo individuo es único, rigurosamente diferente de cualquier otro.”

⁶⁷³ *Ibíd.*

toda persona a la vida, por ser un derecho inherente a ella. Esto según lo plantea el último documento de los antes citados.

Siempre en continuidad de lo expuesto, se cita también el artículo 4.1 de la Convención Americana (Pacto de San José) y, el artículo 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño, documentos que de acuerdo con la Sala Constitucional, aportan más elementos a considerar sobre el derecho que nos ocupa; pues, “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” (sentencia 2000-2306).

Se dice que el derecho a la vida es esencia de los derechos humanos, ya que, sin vida no hay humanidad. Así las cosas, la Sala Constitucional refiriendo al artículo 1.2 y 3 de la Convención Americana, sostiene que persona es todo ser humano y, que toda persona tiene derecho a que se le reconozca su personalidad jurídica, en general a partir de la concepción (de acuerdo con la art. 4.1 de la Convención Americana); según lo señala la Sala Constitucional en sentencia 2004-02792. Es importante señalar que, en particular, este enfoque viene a sufrir un giro, en especial, a partir de la interpretación que del artículo 4 inciso 1, hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como intérprete legítimo de la Convención Americana, en sentencia de 28 de noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica, aspecto que será abordado en el capítulo V.

Entre algunos otros documentos, a los que alude la Sala Constitucional, sobre el tema, se encuentran la Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración de los Derechos del Niños de 1959, siendo que se hace referencia a la primera en relación con su artículo 6, en el cual se reconoce la personalidad del no nacido; mientras se indica que la segunda, otorga la debida protección al niño antes y después del nacimiento. Estos elementos, son retomados en la legislación interna, en específico en el Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley N° 7739 de 6 de enero de 1998), tal que el menor de edad tiene derecho a la vida desde la concepción (art. 12) y en lo que toca, lo regulado por el artículo 13 en relación con la protección debida al niño (desde la concepción).

La Sala Constitucional sostiene que de la conjunción y sistematización de la normativa citada se concluye que el ordenamiento jurídico costarricense no hace distinción alguna entre nacidos y no nacidos para efectos de darles el estatus de ser humano, equivalente al de persona a fin de reconocerles protección de su derecho a la vida (sentencia 2004-02792).

En la sentencia 2004-02792, partiendo de un análisis de la normativa penal relativa al aborto y del artículo 31 del Código Civil, en relación con la sentencia 2000-02306, la Sala Constitucional aborda el tema de los no nacidos y la naturaleza de protección que les cubre, sosteniéndose que dicha protección se evidencia, en la normativa penal, que criminaliza conductas que puedan violentar al feto y, por tanto, la vida humana. No obstante – la Sala Constitucional de Costa Rica- señala que existe una incorrecta apreciación de las cosas, relativas al derecho a la vida del no nacido, si se considera que el legislador “no puede tomar en cuenta otras circunstancias diferentes en la calidad de persona de quien sufre la acción”. Sobre lo señalado es preciso hacer referencia a los dos aspectos destacados, a saber: las circunstancias y la calidad, que parece vienen a aportar claridad a la cuestión.

En cuanto, a las circunstancias se refiere, estas pueden ser de diferente naturaleza y relevancia, tal que puedan incidir sobre la valoración de la acción, en el marco de la normativa penal, que suele responder a sentimientos y creencias de una sociedad en un determinado contexto histórico, de manera tal que, labor legislativa no solo ha de tomar ello en consideración, sino que además, se ha de mover en el marco de la normativa constitucional e internacional sobre el tema.

Con relación al concepto de “calidad”, este no es definido por la Sala Constitucional, aunque bien debe entenderse que, se encuentra relacionado con el grado de desarrollo que posea el ser humano, tal que, se establece una suerte de diferencia, no de naturaleza, sino de “situación”, entre un ser humano nacido y la de un ser humano que aún no ha nacido.

Sobre el particular, la Sala Constitucional, dice: “Aunque en los dos casos se trata de seres humanos, es también verdad que se encuentran en etapas de desarrollo

claramente diferenciadas, no solo desde el punto de vista médico, sino desde una perspectiva social, de modo que existe una base objetiva y perceptible para diferenciar”.

Asimismo, en relación con la persona no nacida, se presenta “una particular relación de absoluta dependencia con la segunda persona, [a saber la madre] la cual incluso se traduce en que en los primeros estadios de su desarrollo no podría incluso sobrevivir de otra forma y en los últimos estadios del desarrollo antes de nacer, esa relación de dependencia es, si no vital, por lo menos considerada la ideal y apropiada”, aspecto sobre la que viene a radicar una “circunstancia diferenciadora [...] que puede y debe ser válidamente tomada de consideración” teniendo en cuenta a su vez, los derechos fundamentales de la madre, circunstancia que no se suscita, en los nacidos.

Por último, debe tenerse en consideración que la diferenciación en el trato, en la protección del derecho a la vida del nacido y el no nacido, responde, además, a una concreta percepción, vivencia y sentimiento que componen nuestro entorno cultural, que aún cuando no puede privar a la hora de la valoración, debe ser considerado y servir como guía, al juzgar la proporcionalidad y adecuación de la reacción penal legislativa del Estado. Por tanto, la protección en el caso del no nacido se ve atenuada, en relación con el ya nacido. En resumen, aunque en los dos casos de lo que se trata es de seres humanos, lo cierto es que se encuentran en etapas distintas de desarrollo claramente diferenciadas, tanto desde un punto de vista médico, como desde una percepción de carácter social, condición a reconocer; pero, no por ello puede decirse que a partir de allí se suscite una afectación en la dignidad humana del no nacido (encontrándose todo ello en el marco de la legítima discrecionalidad del que goza el legislador sobre estos temas).

En el contexto de lo anterior se viene a inscribir, el artículo 121 del Código Penal, que aborda lo que en doctrina se conoce como aborto terapéutico o aborto no punible, realizado con el consentimiento de la mujer y practicado por un médico o una obstetra autorizada, cuando no es posible la intervención del primero. De acuerdo con la Sala Constitucional, dicha acción se realiza “con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y dicho peligro no pudo ser evitado por otros medios”. De manera tal, que aún cuando el derecho a la salud pueda ser considerado de menor jerarquía, debe considerarse que se trata de “una amenaza grave y seria que aún cuando no pone

directamente en riesgo su vida [...] representa un peligro de lesión a su dignidad como ser humano de tal magnitud que – por ello mismo- el cuerpo social no está en situación de exigirle que la soporte [...]” (sentencia 2004- 02792).

Por último se llama la atención, sobre el artículo 31 del Código Civil, sobre la existencia de las personas, artículo que dice:

“La existencia de la persona física principia al nacer viva y se reputa nacida para todo lo que la favorezca desde 300 días antes de su nacimiento. La representación legal del ser en gestación corresponde a quien la ejercería como si hubiera nacido y en caso de imposibilidad o incapacidad suya, a un representante legal.”

De acuerdo con la Sala Constitucional, si bien toda persona es tal desde la concepción (fecundación) y por ende titular del derecho a la vida, no por ello, lo argumentado es contradicho cuando se sustenta que la existencia de la persona física principia al nacer viva, ya que, para lo que interesa, inmediatamente se señala que se le considera nacida para todo lo que la favorezca, desde 300 días antes de su nacimiento. De manera tal que, la Sala Constitucional, sin más desarrollo acerca del tema, sostiene que el *nasciturus* no se encuentra desprotegiendo en nuestro ordenamiento jurídico, aún cuando se señale que la existencia física inicia al nacer. Lo anterior, lleva a pensar, que el planteamiento de la Sala Constitucional, puede ser interpretado en aquel sentido que conlleva suponer que, el sujeto es tal, en sentido pleno, en tanto goza de independencia orgánica que se produce solo con el nacimiento; pero, ello no supone, bajo ninguna circunstancia, que en el periodo previo a nacer, el ser humano no se encuentra protegido por el ordenamiento jurídico, ya que, la previsión se encuentra hecha cuando se señala que la ley le protege la *nasciturus* para todo lo que le favorezca, desde 300 días antes de nacer. En otras palabras, la obligación de protección de Estado se cumple, aunque lo claro es que la protección del desarrollo humano no tiene que ser equivalente en todas sus etapas de desarrollo, ya que, como se ha dicho también a ello se responde a la valoración que socialmente se hace de esas etapas.

Pese a lo dicho, la Sala Constitucional, sostuvo que todo lo dicho no hacía variar la posición que en aquel entonces sustentaba, sobre que el embrión era persona y tenía un derecho absoluto a la vida, aspecto que como podría estimarse no resulta del todo coherente y que definitivamente, tendría que ser necesariamente replanteado a partir del alcance e interpretación reciente que ha dado la Corte IDH al artículo 4.1 de la Convención Americana.

7.4 DERECHO A LA SALUD

El derecho a la salud en el orden constitucional y jurídico costarricense, se asienta en el artículo 21 de la Constitución Política, relativo al derecho a la vida. Derecho que, el Magistrado Fernando Cruz⁶⁷⁴ (2011), califica como piedra angular de los restantes derechos. En el tanto y en el cuanto, la vida, solo es posible si el Estado garantiza a la persona humana condiciones mínimas para un adecuado y armónico equilibrio psíquico, físico y ambiental⁶⁷⁵. Es en este sentido surge y tiene cabida el derecho fundamental a la salud.

Ahora bien, el concepto de salud, puede ser contemplado desde dos posibles puntos de vista: desde un enfoque restringido, tal que la salud se percibe como ausencia de enfermedades; o desde un enfoque amplio o integral de la salud, considerada en sus distintas manifestaciones, a saber: espiritual, emocional y física.

Interesa señalar que, de acuerdo con Cruz (2011), el derecho a la salud, en su enfoque constitucional, se encuentra regido por diversos principios. Entre ellos: el Principio de universalidad, el de igualdad y no discriminación, el de autonomía de la persona, el de principios propios del servicio público (eficiencia, eficacia, solidaridad, entre otros), de primacía del médico tratante (libre prescripción médica) y, del de tratamiento más favorable a las necesidades del paciente.

El concepto de salud fue definido por la OMS, en 1946, como el estado general de bienestar físico, mental, espiritual, emocional y social y no solo la ausencia de afecciones o enfermedades. En tal tesitura de las cosas, “[...] el derecho a la salud tiene

⁶⁷⁴ Cruz, Fernando (2011). Derecho a la Salud: Recientes evoluciones de la jurisprudencia constitucional

⁶⁷⁵ Sala Constitucional de Costa Rica, sentencia 2012-02598 y sentencia 2012-16155.

como propósito fundamental hacer efectivo el derecho a la vida, porque este no protege únicamente la existencia biológica de la persona, sino también los demás aspectos que de ella deriven”⁶⁷⁶, remitiendo a una visión del derecho a la salud desde un enfoque integral.

Ahora bien, en relación con el derecho a la salud, de acuerdo con Rubén Hernández (2010), garantizar la salud en sí misma no es posible, lo que sí se puede garantizar es la atención a ella, en orden a mantener, restablecer o superar condiciones a fin de lograr una vida saludable. Así las cosas la atención a la salud supone la prevención de las enfermedades, el tratamiento y rehabilitación.

El derecho fundamental de atención a la salud, de acuerdo con Rubén Hernández (2010), no solo se ampara en el artículo 21 constitucional, sino que también encuentra sustento en los artículos 46, 50, 73 y 48 de la Constitución Política costarricense. El primero de los artículos ahora citados, se relaciona con los servicios de salud; el segundo, se relaciona con un ambiente sano; el tercero, con la seguridad social y riesgos y contingencias asociadas a la salud de las personas; el cuarto, hace posible otorgar a los derechos fundamentales contenidos en instrumentos internacionales, en temas de sobre derechos humanos, protección equivalente a los derechos fundamentales contenidos en el texto constitucional.

En el ámbito internacional el derecho a la salud es desarrollado en el Declaración Universal de derechos Humanos (art. 25), se refiere al derecho a un nivel de vida adecuado, que asegure la salud, asegurándose además, la asistencia médica y servicios sociales necesarios. En otro sentido, el Pacto internacional de derechos económicos sociales y culturales (art. 12) se pronuncia sobre el derecho de toda persona a gozar el más alto nivel de salud, tanto física como mental. La CEDAW (art. 12) y la Convención sobre los Derechos del Niño (art.24) también se pronuncian sobre el tema.

Las obligaciones del Estado, en razón del derecho a la salud son de carácter negativo, en el contenido de libre autodeterminación que posee la persona asociados a los tratamientos de salud y, también implica la actuación positiva en tanto, debe

⁶⁷⁶ Sentencia 1915-92 de la Sala Constitucional.

garantizar la atención a la salud y proteger el derecho para acceder a los servicios de salud y vigilar para que la acción de las instancias públicas que puedan estar relacionadas con condiciones que beneficien la salud se conduzcan hacia ello.

El Estado, por tanto, debe velar por la efectiva prevención y tratamiento de las enfermedades, la creación de condiciones que aseguren la asistencia y servicios médicos de calidad en caso de enfermedad. La disponibilidad de servicios y programas suficientes para los usuarios que pretenden mejores condiciones de salud. La Sala Constitucional sostiene que “el derecho a la salud [...] conlleva la accesibilidad a estos servicios y programas”, cuyas cuatro dimensiones son: no discriminación en el acceso a los servicios, accesibilidad física, accesibilidad económica, accesibilidad a la información. De igual forma, los servicios y programas de salud deben ser aceptables: es decir respetuosos con la ética médica, culturalmente apropiados, destinados a mejorar la salud de los pacientes. Asimismo, el derecho a la salud implica servicios y programas de calidad, “lo que significa que tales servicios deben ser científica y médicamente apropiados”.⁶⁷⁷ Lo relativo a la protección en los servicios de la salud, está protegido por el artículo 46 de la Constitución Política, artículo que a pesar de que se perfila como un derecho del consumidor, no es menos cierto que la salud en su enfoque de tratamiento y búsqueda de restablecimiento de ella, se vea más o menos favorecida en razón de la calidad de los servicios.

De acuerdo con la Sala Constitucional, tanto la vida como la salud, adquieren especial preponderancia, como valores supremos de las personas, cuya especial tutela queda a cargo del Estado (sentencia 10498-00).

7.5 ACERCA DEL DERECHO A LA SALUD REPRODUCTIVA

Cuando del derecho a la salud reproductiva se trata, es necesario señalar que la Sala Constitucional de Costa Rica, acepta y acoge el concepto de salud reproductiva, tal y como se definió en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, celebrada en El Cairo, en 1994. El derecho a la salud reproductiva es un derecho del

⁶⁷⁷ Ver sentencia 4222-12 de la Sala Constitucional.

cual gozan tanto hombres como mujeres.⁶⁷⁸ Siendo que esta comprende tres aspectos: información, prevención y planificación, todos interrelacionados entre sí.

De acuerdo con la Sala Constitucional, la salud reproductiva, no solo refiere al disfrute de la sexualidad sin riesgos, sino que se está estrechamente relacionada con la procreación y el derecho a decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia⁶⁷⁹. La procreación lleva implícito el derecho a la planificación familiar, a recibir información y acceso a los métodos permitidos, accesibles y aceptables para ello, así como al derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud, que permitan embarazos sin riesgos y den la posibilidad de tener hijos sanos. Así las cosas, la Sala Constitucional sostiene que la atención de la salud reproductiva “se define como el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivos, al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva”, según se dispone en sentencia 2002-03791. En otras palabras, el derecho a la salud reproductiva, implica la elección métodos a utilizar, en relación con el derecho a la reproducción.

La Sala Constitucional, en sentencia 2002-03791, señala como objetivo de la atención de la salud reproductiva “el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual.” Desde tal punto de vista, tendría que interpretarse que la Sala Constitucional, percibe, que los temas reproductivos tienen especial incidencia en la vida de las personas y en sus proyectos de vida, así como en las relaciones que podrían interpretarse tanto en su connotación familiar como social, ya que, las relaciones personales se dan irremediamente en dichos ámbitos de convivencia.

7.6 DERECHO A LA LIBRE AUTODETERMINACIÓN

La libertad en el sentido de autodeterminación, implica independencia y libre albedrío, autónomamente ejercidos; que desde el plano jurídico, implica considerar las consecuencias legales de los actos que ella conlleva (aspecto que en el marco del

⁶⁷⁸ Sentencia 2002-3791, de la Sala Constitucional

⁶⁷⁹ *Ibíd.*

derecho a la salud, se concretiza en el consentimiento informado), es en este sentido se pronuncia, la Sala Constitucional en sentencia 1992-2196, a propósito de la salud reproductiva en el contexto y despliegue de los derechos reproductivos.

La Sala Constitucional, siempre en la misma sentencia, sostiene que la libertad “permite el desarrollo pleno de la persona, del ser humano; y una sociedad democrática civilizada sólo puede crecer y alcanzar un futuro mejor, si cada uno de los individuos tiene la posibilidad de crecer y desarrollarse libremente en todos los campos de su vida [...] es la que otorga a los hombres y mujeres la capacidad jurídica plena, la libertad de pensamiento, la libertad sexual y de expresión y todas aquellas que como bien lo dispone el artículo 28 constitucional, se pueden realizar sin dañar la moral o el orden público”.

En otras palabras, el individuo se hace así mismo y se relaciona con sus congéneres en virtud del ejercicio de su libertad. Carácter que le es propio y, por tanto, parte constitutiva de su dignidad. El propio desarrollo del ser humano y su sentido creador se expresa en tanto es capaz de ser un sujeto de voluntad, siendo la libertad la principal expresión de la voluntad.

Ahora bien, es claro que existe, un doble ámbito de libertad para toda persona, por un lado, se encuentra aquel que compete a su propia existencia y que corresponde al ámbito privado y, por otro, aquel que se despliega ante los demás y frente al Estado mismo.

Desde un punto de vista jurídico, los aspectos antes citados son igualmente contemplados, tal que existe un plano de libertad personal y de libre autonomía, que se manifiesta, en toda aquella actividad privada que no incida sobre terceros y no sea contraria a las leyes, que por tanto, se encuentra libre de toda injerencia de los congéneres y del Estado. Siendo que toda intromisión estatal en dicho ámbito de acción no puede ser arbitraria y ha de ser justificada.

El derecho fundamental a la libre autodeterminación, se asienta en el artículo 28 de la Constitución Política. De acuerdo con la Sala Constitucional, el artículo en mención preserva tres valores fundamentales del Estado de Derecho costarricense, a

saber: a) el principio de libertad que, en su forma positiva, implica el derecho de los particulares a hacer todo aquello que la ley no prohíba y, en la negativa, la prohibición de inquietarlos o perseguirlos por la manifestación de sus opiniones o por acto alguno que no infrinja la ley. “Este último aspecto se consolida en la aquella garantía de que ni aún la ley puede invadir esa esfera de actividad, excepto los supuestos taxativamente impuestos por ley. En resumen, la ley no puede invadir la esfera de privada, salvo las excepciones prevista, tal que toda lo no contenida en ellas lleva a que el segundo párrafo del artículo 28 sea considerado como “una verdadera “reserva constitucional” a favor del individuo⁶⁸⁰; b) el principio de reserva de ley, en virtud del cual el régimen de los derechos y libertades fundamentales sólo puede ser regulado por ley en sentido formal y material, no por reglamentos y otros actos normativos de rango inferior; y c) el sistema de la libertad, conforme las acciones privadas que no dañen la moral, el orden público o las buenas costumbres y que no perjudiquen a tercero están fuera de la acción, incluso, de la ley”⁶⁸¹. Se garantiza así a favor del individuo, su libertad frente a congéneres y frente al poder público.

De acuerdo con el Magistrado Vargas Benavides en Voto Salvado en sentencia 2006007262, sobre el principio de libertad dice: “la potestad regulatoria del Estado no puede menoscabar el régimen de libertad de los individuos, por lo que ante cualquier medida restrictiva, debe sopesarse el perjuicio que genera en el titular de la libertad y el beneficio que la colectividad obtiene a partir de ello, para determinar si existe una justificación objetiva y razonable”. En otras palabras, los derechos en colisión deben ser valorados y sopesados, tal que de existir una restricción que impida su ejercicio este debe ser razonablemente justificado, según los fines perseguidos.

El derecho a la autodeterminación reproductiva, así como todo relativo a la salud reproductiva, en orden a los métodos relativos a la procreación y planificación familiar, deben ser abordados desde este derecho.

Así las cosas, la libertad reproductiva, implica la posibilidad de elegir libremente y sin coerción procrear y, aquello que compete a dicho ejercicio, que incluye decidir cuándo y cuántos hijos tener y bajo qué circunstancias.

⁶⁸⁰ Sentencia 2001-1465 de la Sala Constitucional.

⁶⁸¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, sentencia 6519-96.

7.7 DERECHO A LA INTIMIDAD O PRIVACIDAD

El derecho fundamental a la intimidad, se encuentra consagrado de manera conjunta con la libertad, en el artículo 24 de la Constitución Política costarricense. Este derecho que se inscribe en el ámbito privado de las personas, cubre aspectos muy propios de la persona, ligados a su propia dignidad.

Hernández Valle (2010), sostiene que: “la característica esencial del derecho a la intimidad es que garantiza un ámbito privado reservado a la propia persona y del que quedan excluidos los demás, salvo, desde luego, que el titular del derecho desee compartir esa zona de privacidad con otros semejantes.”⁶⁸²

De acuerdo con Bidart Campos, el derecho a la intimidad, no se sustrae a la esfera meramente personal, antes bien también puede incluir conductas exteriorizables, pero que aún bajo dichas circunstancias pertenecen al ámbito privado. En ese sentido Bidart sostiene que muchas situaciones “que pueden ser advertidas por terceros y ser conocidas públicamente admiten refugiarse en la intimidad cuando hacen esencialmente a la vida privada; tales, por ej., se refieren al modo de vestir, de usar el cabello , de asistir a un templo o un lugar determinado”⁶⁸³

En lo que cabe al derecho a la privacidad, la intromisión estatal en dicha dimensión del ejercicio de la libertad, solo es posible sobre la base de ponderación de juicios, tal que se demuestre, que las restricciones conciernen a la subsistencia de la propia sociedad.⁶⁸⁴ Este derecho protege al individuo de toda acción del Estado o de terceros que pueda debilitar su libertad e independencia.

El derecho a la intimidad es visto desde muy diversas aristas en lo que compete a la vida privada de las personas, en lo que nos interesa, se debe hacer especial mención a lo relativa a la ámbito de la salud y la familia. De acuerdo con la Sala Constitucional, a través del derecho a la intimidad el constituyente pretendió garantizar la esfera privada

⁶⁸² HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. Régimen jurídico de los derechos fundamentales/ Rubén Hernández Valle. —2º ED. —San José, Costa Rica: Juricentro, 2010, p. 180.

⁶⁸³ Citado por: GIL DOMÍNGUEZ Andrés; FAMA, María Victoria y HERRERA, Marisa. *Derecho Constitucional de Familia*. Tomo I. Buenos Aires: Ediar, 2010, p.219.

⁶⁸⁴ *Ibid.*, p. 221.

de las personas “que en principio es inviolable y sólo particularmente allanable con intervención de Juez en procura de resguardar bienes jurídicos de mayor jerarquía” (678-91).

En el ámbito internacional el derecho a la intimidad está contemplado en los siguientes documentos: Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 12), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. V), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 17) y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 16) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 11), entre algunos documentos. El último citado se dirige a proteger la honra y dignidad y, específicamente en el inciso 2, dice: “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, la de su familia [...]”.

7.8 PRINCIPIO DE IGUALDAD Y EL DERECHO A NO SER DISCRIMINADO

El principio de igualdad y el derecho a no ser discriminado, se encuentra consagrado en el artículo 33 de la Constitución Política de Costa Rica, que en su texto dice: “Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana. (Así reformado por el artículo 1° de la Ley N° 7880 de 27 de mayo de 1999)”. En el ámbito internacional, también se encuentra reconocido en el artículo II, artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 1 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 8 de la CEDAW, entre los textos más significativos a mencionar, como lo es la Convención Americana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad”.⁶⁸⁵

En los Estados democráticos y en el ordenamiento jurídico internacional, el principio de igualdad, es de especial trascendencia. Con él se pretende evidenciar que toda persona, sin importar su condición económica, su sexo, creencias, nacionalidad y otra circunstancia, goza en virtud de su dignidad, de los mismos derechos que cubre a

⁶⁸⁵ Esta Convención fue ratificada por Costa Rica, mediante Ley N° 7948. Con rango legal se encuentra la Ley de Oportunidades para las personas con Discapacidad, Ley 7600, publicada en la Gaceta en fecha 29 de mayo de 1996.

todo y cada uno de sus congéneres. No obstante, la igualdad a la que se hace alusión no responde, a un sentido de igual consideración a todos, sin tomar en cuenta las diferencias. Este punto es dilucidado por la Sala Constitucional cuando dice: “El principio de igualdad contenido en el Artículo 33 de la Constitución Política, no implica que en todos los casos, se deba dar un tratamiento igual prescindiendo de los posibles elementos diferenciadores de relevancia jurídica que pueda existir, o lo que es lo mismo, no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación”. La igualdad es violada, cuando la desigualdad no se justifica objetiva y razonablemente; que en caso de darse, deberá responder con su finalidad y efectos, existiendo una relación de “razonable proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad propiamente dicha.” La igualdad debe valorarse según el caso concreto, tal que pueden dar como resultado soluciones y tratamientos dispares. Es a fin de cuentas, tratar igual a los iguales y a los desiguales según su condición. No obstante, la diferencia en el trato debe responder a fines legítimos y diferencias relevantes, tal que existe “proporcionalidad entre el fin constitucional y el trato diferenciado que ha hecho y el motivo y el contenido del acto.”⁶⁸⁶

7.9 ADELANTOS CIENTÍFICOS

Sobre el derecho al acceso a los avances científicos, nuestra norma constitucional es totalmente omisa. Este derecho, sin embargo, encuentra protección y sustento en la normativa internacional, citada en el primer capítulo de esta investigación. La Sala Constitucional, sostiene en sentencia 1915-92, que en relación con el derecho la vida, los adelantos científicos “nos han traído innumerables bondades y específicamente en el caso de la muerte”. Siendo que los adelantos científicos son vistos como el medio para favorecer y coadyuvar a mejorar la condición de salud de las personas.

8 APLICACIÓN Y CUMPLIMIENTO DE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS.

Tomando en consideración, que los Derechos Reproductivos, encuentran su expresión más clara en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de

⁶⁸⁶ Ver: sentencia 2006007262 y Sentencia 4883-97, ambas de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención sobre los Derechos del Niño, es importante mencionar que las recomendaciones hechas en relación con los derechos citados, por las entidades internacionales autorizadas para ello, parten de informes proporcionados por el Estado, tal que en ellos se evidencian las medidas adoptadas por el país en el cumplimiento de las obligaciones contraídas al firmar las convenciones citadas. Así encontramos que, el Comité CEDAW, en sesión realizada en Julio de 2011, al analizar el informe de Costa Rica, insta a nuestro país a dar prioridad a la aprobación de un proyecto de ley que introduzca a la Ley General de Salud, un capítulo relativo a los derechos sexuales y reproductivos; así como considerar la posibilidad de levantar la prohibición a la Fertilización in Vitro, fortalecer programas de atención en los derechos señalados, adoptar medidas conducentes a facilitar y ampliar el derecho de las mujeres a ejercer la procreación, adoptar medidas que hagan asequibles los métodos anticonceptivos modernos y, a elaborar directrices relacionados con el aborto legal (art. 121 CP sobre el aborto impune) con el fin de brindar seguridad jurídica al personal de salud y garantizar el derecho. Así como también se recomienda, la posibilidad de ampliar el derecho al aborto para aquellos casos en que el embarazo sea producto de violación e incesto; e igualmente, se recomienda fortalecer programas de educación sexual y prevención de embarazos no deseados. El Comité CEDAW, solicita al Estado costarricense, informar sobre sus avances en el año 2013.

Preocupaciones relativas a la elevada tasa de embarazos precoces, el alto riesgo de defunción materna en adolescentes, la falta al aborto legal y de seguridad para quienes deben prestar estos servicios en las instancias institucionales; así como la no disponibilidad de anticonceptivos de emergencia, la falta de programas de educación y otros aspectos relacionados a la salud sexual y reproductiva, son algunos de los asuntos que señala el Comité de los Derechos del Niño, como ente encargado de supervisar el cumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño, en relación con el Estado de Costa Rica. En sus recomendaciones en materia de derechos sexuales y derechos reproductivos (en el 57° periodo de sesiones, realizado en mayo de 2011), la entidad antes indicada, de común acuerdo con el informe aportado por el Estado costarricense, sobre el cumplimiento de las obligaciones contraídas en relación con la Convención citada en este párrafo, insta a Costa Rica a crear y poner en práctica una política pública intersectorial relativa a los derechos sexuales y reproductivos; al igual que la necesidad de adoptar directrices con respecto a la aborto legal (incluyendo los embarazos producto

de la violencia sexual y cuando el feto tenga malformaciones graves y garantice el derecho ante los servidores de la salud), garantizar el acceso a los anticonceptivos de emergencia e incluir en los planes de estudio cursos sobre salud sexual y reproductiva (tal que en ellos se toquen los temas citados, así como lo relativo a las enfermedades de transmisión sexual y otros aspectos relacionados).

En el año 2011, en el documento titulado “Primer Estado de los derechos de las Mujeres en Costa Rica”, el Instituto Nacional de las Mujeres (INAMU), indica que “aunque ha habido avances importantes en el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos, estos aún resultan insuficientes y por ello su abordaje se convierte prioritario”, sobre lo cual se dice lo siguiente:

“Dado que los avances, problemas o retrocesos en materia de salud sexual y reproductiva impactan a las personas, a las familia y al país en general, tanto en lo que tiene que ver con el desarrollo personal y social como en cuanto al respeto a los derechos humanos reconocidos en las leyes nacionales e internacionales, este tema requiere atención nacional en los próximos 10 años”⁶⁸⁷

Costa Rica, internacionalmente, es considerado un país con especiales avances en el respeto y protección de los derechos humanos, al igual que en términos de respeto a los derechos humanos de las mujeres. No obstante, en temas de salud sexual y reproductiva, el énfasis se ha centrado en temas asociados al embarazo, parto y puerperio, adquiriendo también cierto interés otros temas como: planificación familiar, atención VIH-Sida, esterilización voluntaria y otros temas de atención a la salud. Existen deficiencias en temas de prevención, se producen algunos grados de desigualdad en el acceso a los servicios. Algunos otros temas en torno a los derechos reproductivos no son mencionados, a pesar, de no ser ajenos a otros países y son discutidos en foros internacionales como lo son las técnicas de reproducción asistida y la Fecundación In Vitro.

⁶⁸⁷ Instituto Nacional de las Mujeres. Primer Estado de los derechos de las Mujeres en Costa Rica/ Instituto Nacional de las Mujeres.-1.-San José: Instituto Nacional de las Mujeres. (Colección Estado de los Derechos de las Mujeres en Costa Rica; n. 1), 2011, p. 172.

Sin embargo, en el II Congreso Latinoamericano sobre Derechos Sexuales y Reproductivos, realizado en Costa Rica en noviembre de 2011, diferentes grupos no gubernamentales, con una percepción distinta al gobierno, han sostenido que Costa Rica no cuenta con un acceso a una gama completa de tecnologías anticonceptivas. Que tiene bajos índices de uso de anticonceptivos en poblaciones adolescentes y que existe una disparidad entre las zonas rurales y urbanas. Se indica la existencia de un inadecuado acceso, en especial en el caso de las mujeres a los servicios de salud y se señalaba que el acceso a la planificación familiar no es una realidad.

Asimismo se señalaba, que la CCSS, no cuenta con tecnologías modernas y seguras en cuanto a anticonceptivos se refiere (condones masculinos, Diu de cobre, pastillas anticonceptivas hormonales de primera generación, los anticonceptivos hormonales inyectables y la esterilización quirúrgica). Se indicaba que anticonceptivos no son saludables y no responden a necesidades de ciertos grupos de población (adolescentes, por ejemplo).

En igual forma, se indicaba que no existe el acceso a la anticoncepción de emergencia, tal que ni siquiera está incluida en el protocolo de atención a víctimas de violación, a pesar de que constituyen un importante recurso para las víctimas de violencia sexual. En igual sentido, se señalaba que la prohibición a la FIV, representaba una violación en cuanto con ellas se concreta, una interferencia arbitraria sobre la vida privada de las personas y sobre el derecho a formar una familia. Igualmente, se señalaba que el proyecto de ley, en ese entonces propuesto, sometería a las mujeres a enormes obstáculos económicos, emocionales, psicológicos y de salud; ello sin contar que el proyecto en cuestión no venía a acoger los estándares internacionales relativos a la técnica. Del mismo modo, se denuncia la imposibilidad de acceder al aborto legal, a pesar de que según el artículo 121, no es punible para riesgos a la vida o la salud de la mujer. Sobre todo, dado la inexistencia de protocolos de atención, ya que, no se acredita el medio a partir del cual legalmente la mujer puede recurrir al uso de tal derecho, hecho que retrae al personal de salud a llevar a cabo la interrupción del embarazo a pesar de que la salud de la mujer se encuentre en riesgo. Igualmente, se señala, que los servicios de la salud, no proporcionan una adecuada atención médica post-aborto, esto a pesar de existir guías de atención para ello.

La Defensoría de los Habitantes de Costa Rica, en relación con los compromisos estatales asociados a los Derechos Reproductivos, sostiene lo siguiente:

“[...] La omisión del deber y debida diligencia y la injerencia arbitraria estatal en materia de salud sexual y reproductiva, particularmente hacia las mujeres, es un patrón sistemático del Estado costarricense”.

9 CHOQUE DE DERECHOS FUNDAMENTALES

La Sala Constitucional en sentencia 2001-1465, sostiene que en relación con los derechos fundamentales, el ejercicio de los mismos no es de naturaleza irrestricta, ni absoluta, “salvo el derecho a la vida”. Así las cosas, debe entenderse que es posible establecer restricciones a los mismos.

No son absolutos, en tanto responden a una convivencia social y, en cuanto, el contenido específico del derecho se inscribe dentro de determinados alcances definidos por norma constitucional y la ley (que responden a determinadas condiciones y circunstancias), de no ser así, ello implica alejarse de su legítimo ejercicio.

Las limitaciones aplicables a los derechos fundamentales deben estar contenidas en el texto constitucional y vienen a ser impuestos desde de tres posibles vías: 1) el derecho de terceros, 2) la moral y, 3) el orden público. Todos ellos supuestos previstos taxativamente en el artículo 28 de la Constitución Política que, de acuerdo con la Sala Constitucional, “son de naturaleza excepcional y por ende, de interpretación restrictiva,” ya que, aún cuando involucran cierta flexibilidad, no implican arbitrariedad y deben ser ejercidos “según criterios de racionalidad y razonabilidad” (sentencia 2001-1465).

El derecho de terceros se constituye en límite de los derechos fundamentales, en tanto que, los derechos propios deben coexistir con los ajenos. Desde esta perspectiva, en la consecución de una convivencia pacífica, los derechos fundamentales vienen a ser limitados en la medida que permita a todos y cada uno de los individuos que componen la sociedad un disfrute semejante de ellos.

La moral como límite para el ejercicio de las acciones privadas, de acuerdo con la Sala Constitucional, responde al “conjunto de principios y de creencias fundamentales vigentes en la sociedad”, tal que, su violación ofenda “gravemente” a la generalidad de sus miembros (sentencia 2001-1465 de la Sala Constitucional).

En relación con el orden público como límite de los derechos fundamentales, se ha dicho este corresponde a conceptos jurídicos indeterminados de difícil definición – según lo plantea la Sala Constitucional.⁶⁸⁸ Sin embargo, en sentencia 2001-1465, se dice que, el orden público actúa como límite, cuando existen amenazas graves para orden público; cuando pueda verse comprometida “la integridad y supervivencia de los elementos fundamentales del Estado”, o bien, cuando se relacione con el conjunto de principios que “atañen a la organización del Estado y a su funcionamiento” y “concurran a la protección de los derechos del ser humano y de los intereses de la comunidad” que en justo equilibrio hagan posible la paz y el bienestar de la convivencia social (tal como fue señalado por la Corte Plena, actuando como Tribunal Constitucional, en sesión extraordinaria del 26 de agosto de 1982).

Así las cosas cualquier restricción impuesta a los derechos fundamentales, para ser legítima, debe ser necesaria, útil, razonable u oportuna, tal que responda a “una necesidad social imperiosa que la sustente o este dirigida a “hacer posible la vigencia de los valores democráticos y constitucionales”⁶⁸⁹.

La Sala Constitucional, en sentencia 3550-92, sostiene que la legítima restricción de los derechos fundamentales, debe realizarse en orden a los siguientes principios⁶⁹⁰ : a) satisfacer un interés público imperativo (tal y como ya se ha señalado); 2) para alcanzar tal interés, ha de elegirse la opción que restrinja en menor escala el derecho protegido (idoneidad de la medida); 3) “la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrictamente al logro de ese objetivo

⁶⁸⁸ Sentencias 2001-1465 y 03173-93 de la Sala Constitucional.

⁶⁸⁹ Ver sentencia 4205-96 de la Sala Constitucional

⁶⁹⁰ Los principios sin ser equivalentes a las normas, se constituyen en espíritu de ellas, siendo que se encuentran estrechamente relacionados con los derechos fundamentales y los límites relacionados con estos.

(proporcionalidad de la medida); 4) “la restricción debe ser imperiosa socialmente y por ende excepcional”.

Por tanto, los límites taxativos aplicables a los derechos fundamentales, contenidos en el artículo 28 de la Constitución Política, deben ser interpretados y aplicados rigurosamente, sin que se extiendan más allá de su propio sentido, ya que, estos deben ser armonizados con el “principio pro libértate” y el “principio pro homine”, ambos principios, medulares para la doctrina de los derechos humanos (sentencia 2001-1465). Por tanto, en orden a la regulación y limitación de los derechos fundamentales, en razón de su correcta interpretación y aplicación, deben considerarse que, estos se rigen por el principio de reserva de ley; tal que solo a través de ley formal, emitida por el poder legislativo en cumplimiento de los procedimientos previstos, es posible regular y restringir los derechos y libertades fundamentales, tal que solo pueden ser desarrollados por reglamentos ejecutivos, sin ampliar o aumentar su contenido, siendo además, que la actividad administrativa no puede arrogarse potestades discrecionales.

La Sala Constitucional, reconoce, por tanto, dos ámbitos en lo que puede concretarse la restricción de los derechos fundamental: el primero, un ámbito interno, que remite básicamente al contenido esencial del derecho, que se entiende como aquello que le hace reconocible y perteneciente a un determinado tipo de derecho, que de no tenerlo pierde su particularidad, ya que, de lo contrario se le deja sin contenido. Es por ello que no caben límites o restricciones que hagan imposible su ejercicio, lo dificulten irrazonablemente o lo despojen de protección. El ámbito externo, por su parte, está representado por las autoridades públicas y terceros⁶⁹¹.

Sentado los anteriores argumentos, la Sala Constitucional sostiene en sentencia 5178-12 que, en relación con conflictos entre derechos de igual rango normativo – constitucionales o de derechos humanos-“los tribunales deben buscar el equilibrio y la proporcionalidad y tratar de privilegiar la solución que mejor proteja los derechos de que se trata, con el menor menoscabo para los derechos que puedan verse afectados o limitados” o criterio del interés más legítimo, tal que se prefieran soluciones que

⁶⁹¹ Ver sentencias 2001-1465 y 2858, ambas de la Sala Constitucional

desarrollen más y afecten menos el contenido esencial de los derechos en colisión, valorándose los beneficios a obtener con uno y otro derecho, prefiriéndose la solución “que logre alcanzar los fines más y mejor delimitados, [...] por los que estarían protegidos menos claramente” prefiriéndose la solución que con mayor proporcionalidad entre contenido de acto y norma, o entre contenido y motivo del acto.

10 TEST DE RAZONABILIDAD CONSTITUCIONAL

El principio de razonabilidad de acuerdo con la Sala Constitucional, se instituye como un parámetro de interpretación constitucional (sentencia 1739-92), en cuanto es requisito de validez constitucional de las leyes y actos públicos.

La razonabilidad debe ser entendida, en el sentido de idoneidad en relación con los “fines propuestos, los principios supuestos y los valores presupuestos en el Derecho de la Constitución” (sentencia 2001-1465). La razonabilidad puede ser técnica, jurídica y de los efectos. La primera corresponde a la relación proporcionalidad entre fines y medios; la segunda, responde a la adecuación a la Constitución en general y en especial a los derechos y libertades reconocidos por ella; en relación con los efectos, se señala que no se puede imponer a los derechos personales más limitaciones y cargas que aquellas que resultan de su naturaleza y régimen de derechos, ni más allá de las indispensables para que funcionen razonablemente en la vida en sociedad.

La Sala Constitucional, sostiene que un acto limitativo de los derechos fundamentales es razonable si el acto en cuestión es: necesario, idóneo y proporcional. Es legal si acto y objetivo pretendido, no está prohibido por ley. Será necesario, cuando se haga preciso proteger un bien o conjunto de bienes de la colectividad o grupo de ella, adoptando una medida diferenciadora, tal que de no hacerlo puede suscitarse la lesión a un interés público. La idoneidad, remite a la correspondencia que debe existir entre la restricción por adoptar y la satisfacción de la necesidad detectada. La idoneidad es tal que, entre las posibles soluciones para solventar la necesidad detectada, debe preferirse aquella que cumplen con la finalidad propuesta “sin restringir el disfrute del derecho en cuestión” (sentencia 2001-1465). La proporcionalidad, por su parte, conduce a una necesaria comparación entre el fin del acto perseguido y la restricción que se impone o

pretende imponer, siendo que la restricción a imponer no debe superar al beneficio que con ella se logre.

10.1 COMPONENTES DE LA RAZONABILIDAD

Se distinguen como componentes de la razonabilidad, los siguientes aspectos: la legitimidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Todos ellos reconocidos por la jurisprudencia constitucional. Siendo que la legitimidad, consiste en que el acto o disposición, impugnado no esté legalmente prohibido; la idoneidad conduce a que la medida cuestionada ha de ser apta en el alcance del objetivo pretendido; la necesidad es de tal naturaleza que entre las medidas aptas para alcanzar un objetivo, la autoridad competente debe elegir aquella que menos afecte la esfera jurídica de las personas; y la proporcionalidad, en sentido estricto, requiere que la norma sea apta y necesaria con respecto a lo pretendido.

11 CONSIDERACIONES FINALES

El ordenamiento jurídico internacional sobre derechos humanos está conformado fundamentalmente por normas que tienen como fin primordial, proteger la dignidad y los derechos y libertades de la persona humana e, imponer límites al poder arbitrario del Estado. La protección de estos derechos y libertades, se consagra y sustenta en el Sistema de Protección de los Derechos Humanos. Sistema integrado por tratados y convenios internacionales, así como por instancias u organismos internacionales.

Importa al respecto destacar que, dicho ordenamiento jurídico es de obligado cumplimiento para los países que soberanamente que lo aceptan; siendo que las obligaciones se establecen y concretan en tres sentidos: entre los Estados que los suscriben –pacta sunt servanda-; entre los Estados y el ordenamiento jurídico internacional –obligaciones derivadas de las fuentes del derecho internacional de derechos humanos- y, entre los Estados y su relación frente a los individuos.

Lo anterior –las obligaciones y la forma en la que se concretan- se constituye en un aspecto diferenciador esencial entre el ordenamiento jurídico internacional sobre derechos humanos y los tratados internacionales clásicos. Elemento diferenciador que tiene explicación en virtud del fin perseguido, el sujeto tutelado, la naturaleza de los

derechos protegidos, la relación jurídica que se produce, el carácter de las obligaciones impuestas y los efectos ante el incumplimiento.

Identificados los elementos diferenciadores que informan el ordenamiento jurídico internacional sobre derechos humanos, interesa ahora hacer referencia a las fuentes positivas primarias de dicho ordenamiento, reconociendo en primer lugar, la Carta de las Naciones -1945-; a partir de la cual se instaura dicho ordenamiento; posteriormente -con la Carta de la Organización de los Estados Americanos de 1948- se reconoce explícitamente la existencia de un orden jurídico internacional, fundado en el respeto a los derechos fundamentales del hombre, que se desarrolla posteriormente en una serie de declaraciones, pactos, convenios y tratados que aseguran un sistema normativo de promoción y protección de los derechos y libertades fundamentales.

A fin de asegurar el sistema normativo en mención, a través de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -1969-, se constituyen los medios de protección y órganos competentes como son: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La primera, ostenta una función esencial de control a fin de promover la observancia y defensa de los derechos humanos y; la segunda instancia, es judicial autónoma y le compete conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o cualquier otro tratado de derechos humanos, concertado por los Estados Parte de la Organización de Estados Americanos (OEA).

Es así como se conforma e integra todo un sistema normativo, estructural y funcional de promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Interesa destacar que el sistema antes señalado impone a los Estados parte obligaciones genéricas y particulares. Las primeras, responden a deberes generales y universales de respeto, promoción universal de los derechos humanos, adopción de medidas para hacer efectivos los derechos y libertades fundamentales consagrados, así obligaciones de garantía y goce de los derechos protegidos; y, finalmente, de cooperación internacional. Las segundas, imponen compromisos particulares asociados a temas específicos, como es el caso de los derechos reproductivos y su incidencia en la

práctica de la técnica de fertilización in vitro (esto considerado para ese caso en particular, ya que, los derechos humanos, se despliegan ampliamente, abarcado otro buen número de derechos).

Con respecto de las obligaciones de respeto y promoción universal de los derechos humanos, las mismas se encuentran claramente dispuestas en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, se constituyen en obligaciones erga omnes, superiores inclusive al poder mismo de los Estados y, por ello, son de naturaleza declarativa y no constitutiva, es decir, el Estado se limita a aceptar y no a crear los derechos consagrados en el sistema normativo internacional de derechos humanos. En virtud de ello, es que cada Estado debe asegurar el cumplimiento, desarrollo y estímulo de esos derechos.

Así por ejemplo, con respecto de los derechos civiles y políticos –seguridad, integridad física, libertad, propiedad privada, entre otros- y, los derechos económicos, sociales y culturales –entre los que se encuentran los de salud, educación, vivienda digna, etc.-; la obligación de respeto implica, para los Estados, obligaciones negativas en el sentido de no hacer o no limitar el ejercicio de dichos derechos de manera arbitraria; no desmejorar los mencionados derechos y, abstenerse de impedir el ejercicio pleno de los derechos antes señalados. Asimismo, implica para los Estados obligaciones positivas o de hacer, dentro de las cuales se considera el compromiso de los Estados a fin de promover y regular los derechos señalados antes.

En el mismo sentido, los derechos colectivos o de tercera generación como el derecho a un ambiente sano o al desarrollo y la paz implican para los Estados obligaciones de comportamiento y de resultado.

Estas obligaciones de respeto recaen directamente sobre los Estados y la responsabilidad por transgredirlas debe necesariamente ser afrontadas por estos.

En relación con las obligaciones orientadas a la adopción de medidas necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades fundamentales, estas se encuentran en diversos instrumentos internacionales. Un Estado al celebrar un convenio internacional debe, introducir en el derecho interno las modificaciones que aseguren el ejercicio de la

obligación asumida; lo cual implica, la revisión, creación, ampliación, supresión y reformas legislativas pertinentes a fin de asegurar el pleno ejercicio de los derechos reconocidos y progresividad de estos –artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Por su parte, la obligación de garantía y goce de los derechos protegidos, implica el deber de los Estados de organizar todo el aparato gubernamental, a fin de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos –artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos-.

Lo cual lleva al compromiso de los Estados de promover los derechos y prevenir e investigar situaciones lesivas, identificar y sancionar a los responsables, procurar restablecer el derecho lesionado y crear medios jurídicos que aseguren su reparación.

Esta obligación se despliega tanto a nivel internacional, por medio del sistema normativo de derechos humanos y el sistema de protección, que garantiza su cumplimiento a través de la CIDH y de la Corte IDH. En el ámbito nacional se realiza mediante la adecuación del ordenamiento jurídico interno, que implica organizar el sistema judicial, establecer recursos internos (como el recurso de amparo, habeas corpus y habeas data) y la creación de un sistema de control de constitucionalidad.

Ahora bien, teniendo claramente definidas y delimitadas las obligaciones positivas y negativas, de los Estados parte de los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos, interesa en este punto, concretar la forma en la que los Estados incorporan los tratados de derechos humanos a su ordenamiento jurídico.

Lo anterior tomando en consideración una premisa fundamental, en el sentido de que el derecho interno se subordina al derecho internacional, en materia de derechos humanos, a fin de hacer efectivos los derechos humanos proclamados en los diferentes instrumentos internacionales.

Con respecto de la incorporación de dichos tratados al ordenamiento jurídico de cada Estado, se ha señalado que, corresponde a la norma suprema de cada Estado incorporar los tratados internacionales al ordenamiento jurídico interno; así como

definir la jerarquía que ellos ostentan, a fin de dar cabida a un orden jurídico universal de protección de los derechos humanos.

Es así como, la jerarquía de los tratados de derechos humanos es definida por cada Estado; puede ser supra constitucional; ostentar rango equivalente a la constitución política, o bien, inferior a la constitución, pero superior a la ley, es decir, supra legal y finalmente, puede ostentar un rango legal.

Así, por ejemplo, en Costa Rica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 de la Constitución Política, los tratados internacionales en general poseen una jerarquía supra legal. No obstante, con respecto de los tratados internacionales sobre derechos humanos, de conformidad con la lectura que ha hecho la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en relación con los artículos 48 y 74 de la Constitución Política, dichos tratados ostentan un rango constitucional –resolución 3805-1992-.

Sin embargo, de conformidad con lo señalado por la misma Sala Constitucional, mediante resolución N° 5759-1993 (ver s. 3435-1992), los derechos humanos consagrados en tratados internacionales tienen rango supra constitucional, en la medida en la que otorguen mayores derechos a las personas.

Por otra parte, la Sala Constitucional, sostiene que en caso de conflicto entre normas provenientes de la normativa internacional y la interna, prevalecerá aquella que reporte un mayor grado de protección.

También es de importancia recapitular sobre lo relativo a la fuerza vinculante de las opiniones jurídicas y sentencias de la Corte IDH al interior del ordenamiento jurídico costarricense Costa Rica. Sobre el particular la Sala Constitucional, ha sostenido que en relación con los derechos humanos que, tanto las opiniones (relativas a consultas realizadas por Costa Rica) como las sentencias asociadas a Costa Rica, son vinculantes para el país, en lo relativo a la interpretación y aplicación de los alcances, contenido y límites de los derechos humanos. Se ha señalado incluso, que tal punto de vista rige con independencia, de si Costa Rica, hizo o no la consulta o fue o no parte del proceso litigioso de carácter internacional (sentencias: 2313-1995 y 6014- 2006).

Importa señalar que la Carta Fundamental de Costa Rica, hace una declaración expresa tanto de las libertades fundamentales o derechos de primera generación, segunda y tercera generación, referidos a obligaciones, abstención de hacer y prestación de servicios.

Adicionalmente introduce e internaliza los derechos humanos a través de convenios y tratados internacionales, al respecto cabe destacar el hecho de que Costa Rica ha suscrito alrededor de 60 instrumentos internacionales, los mismos que se encuentran vigentes.

Asimismo, la Sala Constitucional acude a opiniones jurídicas de la Corte IDH para fundamentar sus resoluciones –al respecto ver sentencias N° 3435-1992 y 3550- 1992-

En relación con los derechos fundamentales, precisa señalar que, en síntesis, son aquellos derechos humanos que han sido positivizados en el ordenamiento jurídico interno, de preferencia en el ámbito constitucional. Son derechos de carácter subjetivo y gozan de fuerza procesal, a fin de hacerlos valer frente al Estado y el Poder Público, son derechos delimitados espacial y temporalmente y tienen como finalidad primordial proteger la libertad, autonomía y seguridad de las personas ante al Estado y sus miembros.

De ahí, la diferencia de los derechos fundamentales con respecto de los derechos humanos, siendo que estos últimos se concretan en la exigencia de dignidad, libertad e igualdad; tal que se asegura que los Estados se limitan a reconocerlos y su expresión primaria reside en el derecho internacional.

Los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico costarricense se encuentran en la Constitución Política, en los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por Costa Rica. Ellos sirven para la interpretación y aplicación de la normativa interna.

La tutela de los derechos fundamentales en Costa Rica, es normativa o conceptual y judicial. La primera integrada por principios o valores que se extraen de la Constitución Política, como el contenido esencial de los derechos como límite al legislador, los

principios de razonabilidad y proporcionalidad o bien el principio de reserva de ley. La tutela judicial, se encuentra consagrada en el artículo 48 de la Constitución Política y responde a un sistema de control de constitucionalidad mediante los recursos de amparo, hábeas corpus y acciones de inconstitucionalidad y consultas de constitucionalidad. Se adiciona la jurisdicción contenciosa administrativa como un pilar más de carácter judicial y controlador de legalidad de los actos y conductas de la administración pública.

En el marco del bloque de constitucionalidad, los derechos reproductivos en Costa Rica, aparecen como derechos que gozan de protección constitucional. De acuerdo con la Sala Constitucional, ellos pueden ser interpretados armónicamente a partir de derechos fundamentales ya consagrados en la Constitución Política de Costa Rica. Asimismo, se indica que algunos otros ingresan desde la normativa internacional y al amparo del artículo 48 de la Constitución. En este sentido, los derechos reproductivos, se identifican como aquellos derechos relacionados con el sistema reproductivo, sus funciones y procesos; a partir de ellos se define el derecho de hombres y mujeres a decidir procrear o no hacerlo, cuántos hijos tener y cuál ha de ser el espaciamiento entre ellos.

La Sala Constitucional ha interpretado que existe un derecho a fundar una familia, derecho que se apara a fundamentalmente, en la normativa internacional y se reconoce a partir del artículo 51 de la Constitución. Se asegura que el Estado costarricense debe protección a la familia, siendo que esta protección más que un derecho es un valor constitucional.

El derecho a la reproducción, de acuerdo con la Sala Constitucional, deriva de un derecho fundamental, cual es la libre disposición del propio cuerpo, aunque suele considerarse que este se ve limitado frente a derecho equivalente de terceros.

El derecho a la vida, es un derecho fundamental, desde el cual los restantes derechos tienen cabida. La Sala Constitucional, tiene una amplia visión del derecho a la vida, este contempla aspectos como proteger la vida de las personas frente a los ataques arbitrarios del Estado o de terceros; conlleva aspectos relativos a las condiciones de vida, integridad e, incluso, de la salud de las personas. El derecho a la vida contempla un

régimen gradual de protección, en relación con la vida intrauterina frente la persona nacida.

El derecho a la salud viene a ser dilucidado por la Sala constitucional, como un derecho de orden constitucional, interpretado de manera armónica bajo el resguardo del artículo 21 de la Constitución Política.

El derecho a la salud sexual y reproductiva, viene a su vez interpretado desde el derecho mismo a la salud. Siendo que tanto uno como otro derecho, se encuentran explícitamente contenidos en normativa de orden internacional.

El derecho de libre autodeterminación, el derecho a la intimidad, así como el principio de igualdad y no discriminación, se consideran normas constitutivas del bloque de constitucionalidad.

El derecho al acceso a los adelantos científicos, no está contenido en la Constitución, pero sí en la normativa internacional. Con respecto a este, la Sala Constitucional sostiene que tal derecho implica beneficios para la salud, de allí que suele ser interpretado en conjunto al derecho a la salud.

Todos los derechos antes citados, son derechos constitutivos de los derechos reproductivos y, ellos son especialmente significativos, en lo relativo al acceso y aplicación de las TRHA.

En el régimen de derechos fundamentales, no es absoluto, este responde a la convivencia social y, en ese sentido, pueden ser limitados. No obstante, las posibles restricciones deben responder a parámetros determinados, como lo son: el derecho de terceros, la moral y el orden público. Asimismo, toda limitación debe venir impuesta desde enfoques de proporcionalidad y razonabilidad que los hagan aceptables, tal que no sean vaciados de su contenido esencial, o se exija al individuo una conducta que va más allá de lo razonable.

En el ordenamiento jurídico costarricense, los derechos reproductivos, suelen ser vistos por lo general desde el ámbito de la salud. Estos derechos a pesar de haber sido

reconocidos en una amplia forma de posibilidades, con frecuencia, cuando ellos involucran la vida embrionaria o de los no nacidos, tales derechos son depuestos categóricamente, con poca o ninguna valoración ponderada y razonable sobre los derechos en conflicto, tal que se estimen excepciones dirigidas a proteger derechos existentes de sujetos tutelados.

CAPÍTULO V

LA TÉCNICA DE FERTILIZACIÓN IN VITRO EN COSTA RICA

1. ANTECEDENTES DE LA FERTILIZACIÓN IN VITRO (FIV) EN COSTA RICA

Este capítulo ofrece una descripción cronológica de lo sucedido en Costa Rica, desde un punto de vista jurídico, en relación con la implementación y regulación de la FIV así como la posterior prohibición en cuanto a la ejecución de la técnica en el país.

En tal sentido, se hace una descripción sucinta desde el año 1983 momento en el cual se dan los primeros casos de la aplicación de la técnica en el país hasta el año 2012, etapa última en la que Costa Rica es sancionada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)⁶⁹² por prohibir la aplicación de la FIV a partir de un fallo suscrito por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia⁶⁹³; así como los efectos generados por la resolución de la Corte IDH.

Asimismo se ofrece una serie de criterios de los actores más relevantes, tanto en el sector público como a nivel de agrupaciones privadas y la Iglesia Católica, con respecto de la prohibición de la Fecundación In Vitro.

1.1. PRIMEROS PASOS DE LA FIV EN COSTA RICA⁶⁹⁴

Se presentan los primeros casos de embarazo en el año 1983, mediante la guía ultrasonográfica del fenómeno de ovulación en mujeres con disfunción ovulatoria, realizadas en el Hospital Max Peralta, Cartago⁶⁹⁵; y con ello se inicia la preparación necesaria en tecnología y capacitación para realizar la técnica de FIV⁶⁹⁶ en Costa Rica.

⁶⁹² Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de noviembre de 2012 en el caso *Artavia Murillo y otros "Fecundación in Vitro"*

⁶⁹³ Resolución Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia N° 2306 de las 15:21 horas del 15 de marzo de 2000.

⁶⁹⁴ La primera parte de este acápite se basa en un extracto del Artículo. Gerardo Escalante López. Médico. Comentario de la sentencia 2000-2306. Fertilización in Vitro en Costa Rica. Análisis de un fallo jurídico controversial. Tomado del libro: 20 años de Justicia Constitucional 1989-2009. Historia, memoria y derechos fundamentales. San José. Costa Rica: UNED. 2009. Narrativa secuencial y cronológica de lo actuado en materia legal en Costa Rica sobre el tema de la fertilización in vitro.

⁶⁹⁵ Trabajo realizado por el Doctor Gerardo Escalante López.

⁶⁹⁶ Para ese momento el primer ser humano concebido con esta técnica, tenía 5 años de edad (nacida en Inglaterra 1978)

El 26 de noviembre de 1993 el Instituto Costarricense de Infertilidad (ICI) y la empresa de Diagnóstico Sonográfico Ultrasonografía S.A., estudiaron el marco legal correspondiente a la eventual práctica de la FIV en Costa Rica, para concluir que no existía legislación específica al respecto y que en relación con la práctica de inseminaciones, estas estaban autorizadas por el Código de Familia, artículo 72, párrafo tercero, promulgado en el año 1974.

Así las cosas, el 01 de setiembre de 1994, en los laboratorios del ICI, se logra la primera FIV en un óvulo humano.

Aproximadamente un año después –el 03 de marzo de 1995- se publica en el diario oficial La Gaceta, el Decreto Ejecutivo N° 24029-S que “Regula realización de técnicas de reproducción asistida in vitro o FIV”, mediante el cual se regulaba la práctica de la FIV en el país. Hecho que vino a significar un primer paso, en el tema de las TRHA y en la solución a los problemas de infertilidad.

Al respecto, en los considerandos del decreto en mención se señalaba como función esencial del Estado velar por la salud de la población y con ello su obligación de promover el citado derecho. Se indicaba a su vez que de conformidad con el artículo 31 del Código Civil, la existencia de la persona física comienza al nacer viva y se reputa nacida para todo lo que le favorezca desde 300 días antes de su nacimiento. Con dicho pronunciamiento se dejaba por sentado que, al regular la técnica se cumplía con una obligación de protección a la salud, a la vez que se enunciaba la necesidad de velar por la protección de la vida embrionaria.

Considera por tanto, el Poder Ejecutivo en dicho decreto que, de conformidad con la Constitución Política, la vida humana es inviolable y todo hombre es igual ante la ley y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana, siendo obligación del Estado promover y garantizar la igualdad de derechos entre los hombres y las mujeres. Aspecto, que venía a evidenciar, una vez más, la preocupación existente por la vida humana embrionaria.

La normativa en particular, no mencionaba en su justificación o motivación razón alguna que se encontrara directamente asociada a los derechos reproductivos en

particular o, en específico los problemas de fertilidad, pero es claro que la práctica de la FIV, resultaba viable para resolver dichos problemas.

El decreto en cuestión aludía a la posibilidad de utilizar los adelantos científicos tecnológicos en beneficio de las personas, no sin antes hacer referencia a la necesidad de que los profesionales en el ramo se ajusten a cánones morales.

Así, las cosas, el decreto ejecutivo en mención conceptuó la técnica de reproducción asistida como todas aquellas técnicas artificiales en la que la unión del óvulo y el espermatozoide se logra mediante una forma de manipulación directa de las células germinales a nivel de laboratorio. – Art. 2-.

En sus aspectos más fundamentales en torno a la FIV, se indicó que la aplicación de dicha técnica estaba destinada, en lo fundamental, para aplicarse únicamente entre cónyuges (art. 1), dejándose de lado la posibilidad de acceso a parejas sexuales en uniones de hecho, de manera tal que, el ámbito de aplicación y los sujetos a beneficiarse era reducido.

En esencia se aceptaban, exclusivamente, técnicas de naturaleza homóloga –art. 4-, siendo que las de naturaleza heteróloga son vistas como último recurso médico terapéutico –art. 5-

El artículo 8, del decreto ejecutivo, aseguraba que el hijo que naciera como resultado de un tratamiento de técnicas de reproducción asistida, sería considerado hijo de matrimonio, aún cuando en dicho tratamiento haya participado un donante, quien no tendría derechos ni obligaciones con el nacido. De esta manera, se pretendió salvar la filiación del niño, cuyo nacimiento estuviese asociado al uso de las TRHA, en especial, las de naturaleza heteróloga, pues la homóloga quedaba a salvo, incluso a través de la normativa existente sobre el tema en el Código de Familia.

Los artículos 9, 10, 11 y 12 prohibían: fertilizar más de seis óvulos por ciclo de tratamiento; desechar o eliminar, o preservar embriones para posteriores transferencias; así como la manipulación del código genético del embrión y toda forma de experimentación sobre el mismo; al igual que, comerciar con células germinales – óvulos y espermatozoides- para el tratamiento de pacientes en técnicas de reproducción asistida, sean estas homólogas o heterólogas.

En los artículos citados, se ponía especial énfasis en la protección de la vida intrauterina, incluso, con respecto a la salud de la mujer. Pues el artículo 10 obligaba a transferir todos los embriones al útero de la mujer, hecho que suponía abrir la posibilidad a embarazos múltiples, con los consiguientes efectos que de suyo podían derivar para la salud de la mujer (por exposición a nuevas terapias hormonales); así como para su descendencia (ante la potencial eventualidad de nacimientos prematuros).

El 7 de abril de 1995 se presentó ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, acción de inconstitucionalidad contra el decreto ejecutivo de cita.

El fundamento de la acción versó sobre el hecho de que la práctica de esta biotecnología promovía la muerte embrionaria y contravenía la Constitución Política, que establece que la vida humana es inviolable –art. 21- y el principio establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos que en su artículo 4, establece que toda persona humana tiene derecho a que se respete su vida, derecho a ser protegido por ley y, por lo general, a partir de la concepción. Se señalaba además, la dificultad en el control de aplicación de la técnica por parte del Estado. Que la FIV, no tenía efectos curativos, ni corresponde a un tratamiento. A la vez, se aludía a problemas de filiación asociados en caso de recurrirse a un donante.

El 14 de octubre de 1995, nació en el Hospital de la ciudad de San Carlos, Esteban Kopper Brenes, el primer costarricense nacido producto de fertilización In Vitro en Costa Rica. En total entre los años de 1995 y 2000, nacen 15 costarricenses, haciendo uso de la FIV, al interior del territorio costarricense.

El 15 de marzo de 2000, mediante resolución de la Sala Constitucional N° 2306 de las 15:21 horas, se declaró con lugar la acción de inconstitucionalidad interpuesta, anulándose el decreto ejecutivo N°24029-S.

Como primer parámetro de inconstitucionalidad, se señaló, la infracción al principio de reserva de ley. Tal que, regular o restringir cualquier derecho o libertad fundamental, implicaba necesariamente, hacerlo a través de ley formal. Aspecto, que se consideró aplicable al caso, por tratarse del derecho a la vida.

La Sala Constitucional advirtió en la resolución de cita, que en el futuro no se podía autorizar legislación alguna al respecto, mientras las características de la técnica

no garantizaran que dicho procedimiento no entrañe la posibilidad de muerte embrionaria derivada de la técnica o de la impericia de quienes la practiquen.

La Sala Constitucional razonó su voto en el sentido de que, si bien acepta, que la naturaleza elimina naturalmente embriones humanos que por defectos en su formación no estaban destinados a generar un embarazo y un recién nacido normal, no aceptó que en dicho proceso medie la ciencia (manipulación consciente y voluntaria de las células reproductoras por parte del personal de laboratorio), aún cuando se tenga como objetivo dotar de un hijo a una pareja incapaz de engendrar uno. Se argumenta que el embrión es sujeto y no objeto y que merece protección desde la concepción y, la FIV atenta contra su vida y dignidad. Finalmente, se aseguró que dado el estado de desarrollo de la técnica, no era posible autorizar su aplicación ni aún por ley y que no bastaba con establecer restricciones.

Con lo previamente señalado, se generó un cierre a toda posibilidad de implementar la FIV, pues la Sala Constitucional, no dejaba abierta vía alguna para una legislación más favorable. Esto, aún cuando, el decreto que permitía y regulaba la práctica era por sí mismo restrictivo, en relación con las conductas permitidas y, mucho más amplio al enumerar conductas prohibidas que pudieran lesionar la vida embrionaria. Así las cosas, la Sala Constitucional en su razonamiento no señalaba parámetros objetivos y precisos para superar la imposibilidad de legislar sobre la FIV. Por ejemplo: no se logra deducir de la argumentación, si el problema radicaba en el número de embriones a procurar y transferir al útero de la mujer o, si de lo que se trataba era de implementar mayor vigilancia por parte del Estado en relación con la práctica de la FIV o, si por el contrario, de lo que se trataba era de asegurar mayores cuidados a la madre y establecer protocolos de aplicación relacionados con la técnica que asegurasen aún más la aplicación de la TRHA y la integridad de la vida embrionaria.

Por contrario, la argumentación procurada por la Sala Constitucional, sobre la imposibilidad de legislar sobre la FIV, conduce a que se considere que los cuestionamientos a la técnica son planteados en términos muy generales, en tal medida que conducen a que se interprete que se está ante una verdadera prohibición, ya que, se cuestionan fundamentalmente dos aspectos: la manipulación humana consciente en el proceso de procurar la vida (argumento que deja fuera cualquier técnica que implique la

actividad científica humana) y, en segundo lugar, aún cuando se aceptaba que, naturalmente, se generan pérdidas embrionarias, ellas no eran de recibo, si en el proceso hay intervención humana; pues la misma Sala Constitucional, señalaba en su resolución que la etapa más delicada en la FIV, gira en torno a la imposibilidad que tienen los embriones de continuar su desarrollo una vez que los mismos son depositados en el útero de la mujer (siendo que estos pueden no implantarse y, de hacerlo, su desarrollo puede interrumpirse a causa de un aborto espontáneo). Aspecto, que nuevamente da como argumento de fondo la censura de la intervención humana en el proceso de reproducción de nuestra especie, (ya que, depositados los embriones en el útero, el proceso de gestación continúa su normal desarrollo en condiciones naturales).

Los anteriores puntos de vista, fueron mantenidos por la Sala Constitucional, aún cuando la Sala misma acepta que los avances científicos y tecnológicos, en general, tienden a mejorar las condiciones de vida del ser humano y, admita que las TRHA, permiten que parejas estériles consigan tener hijos.

La sentencia de cita, hace poca referencia al derecho a conformar una familia. En general, el análisis de la cuestión, gira en torno a la vida embrionaria, a la luz de una percepción absoluta de derecho a la vida que, se interpreta, cubre a esta.

Los magistrados, Arguedas Ramírez y Calzada Miranda, salvaron su voto y razonaron su posición favorablemente a la práctica de fertilización in vitro en Costa Rica; importa al respecto señalar las consideraciones hechas por los magistrados antes mencionados al declarar mediante voto salvado, sin lugar la acción de inconstitucionalidad.

En la primera consideración indicaron que la técnica de FIV en los términos regulados en el decreto ejecutivo N° 24029-S, no es incompatible con el derecho a la vida o la dignidad humana. La FIV como instrumento científico-tecnológico favorece al ser humano, ya que, la infertilidad, a juicio de los magistrados, debe ser vista como consecuencia de un estado genuino de enfermedad, a ser atendida en tal contexto, a los efectos preventivos, diagnósticos y terapéuticos.

Defendieron los magistrados que el engendrado no nacido es sujeto de tutela, conforme a la Constitución Política y los Tratados Internacionales de Derechos

Humanos –especialmente, el Pacto de San José- que le reconocen su derecho a la vida, a la dignidad y a recibir protección del Estado; en ese sentido estiman inaceptable su manipulación con fines experimentales; así como ser objeto de crío conservación o descarte.

Las técnicas de reproducción asistida, son percibidas, por los magistrados, como una vía para aumentar las posibilidades de concepción (por el acercamiento entre el óvulo y espermatozoide). Ellas vienen a permitir el ejercicio del legítimo derecho a la reproducción humana. Derecho no expresamente reconocido en la Constitución Política, pero derivable de derechos tales como: el derecho a la libertad, la autodeterminación, a la intimidad personal y familiar y, el derecho a la libertad para fundar una familia, todos ellos, derechos de naturaleza fundamental.

Según los magistrados, el derecho de la reproducción involucra el propio derecho a la vida ya no en su dimensión individual, sino en la colectiva, visto como el derecho a contribuir a la preservación y continuidad de la especie humana. Se valora así, el fundamental hecho que conlleva aceptar que de no darse la reproducción, tampoco hay vida.

No compartieron la decisión de la mayoría, en cuanto declararon inconstitucional el decreto de mérito por infracción al principio de reserva de ley, pues, a juicio de los magistrados antes señalados, la titularidad de los derechos mencionados autoriza su ejercicio sin necesidad de que exista una regulación permisiva.

Se considera que la anterior argumentación de los magistrados responde, a la naturaleza de las obligaciones que el Estado tiene frente a los titulares de los derechos arriba indicados, siendo que dicha obligación es de abstención. Sobre todo si se toma en consideración, que el ejercicio de las libertades fundamentales es amplio y que la libertad es parte de la dignidad humana, eje esencial del ser humano.

En el segundo considerando destacaron los magistrados que, el derecho a la reproducción, como derecho a la autodeterminación física, permite al sujeto acceder tanto a la reproducción natural, como valerse de las nuevas tecnologías reproductivas. En el argumento propuesto por los magistrados, el derecho a la reproducción no es considerado irrestricto, pues se plantea la necesidad de establecer límites destinados a

proteger la integridad física y la vida del nuevo ser. No obstante, también se admite la necesidad de proteger la integridad no solo física sino psíquica y social, de los pacientes que recurren a estos procedimientos y que, se plasman en el decreto impugnado. En otras palabras, se parte de una necesaria valoración y ponderación de los derechos en conflicto.

Indicaron que a través del artículo 9 y del 10 del decreto cuestionado, que prohibía fertilizar más de seis óvulos y obligaba a implantar todos los óvulos fecundados en el útero materno, se proscribía su eliminación o conservación, y se protege de forma suficiente el derecho a la vida y la dignidad de los no nacidos.

Estimaron, a diferencia del criterio de mayoría, que aún cuando todos los embriones colocados en el útero materno como parte de la técnica de FIV, no lleguen a implantarse o, en caso de hacerlo, el embarazo no llega a término, ello depende de la natural configuración genética de los embriones. Característica que determina si se da o no un embarazo, en tanto responde a la selección natural y, en ella, no interviene en forma alguna, el equipo médico que desarrolla la técnica.

Por lo anterior, los magistrados salvaron su voto, por considerar que la técnica de FIV, tal y como estaba regulada en el decreto cuestionado, no atentaba contra el derecho a la vida y a la dignidad humana; por el contrario, la consideran una herramienta de la ciencia dispuesta para que las personas puedan ejercer su derecho a la reproducción y a fundar una familia; ambos, valores protegidos por un Estado Democrático de Derecho.

1.2. LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS ANTE LA PRESUNTA VIOLACIÓN DE DERECHOS.

El 19 de enero de 2001, el señor Gerardo Trejos, presenta formal petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH o la Comisión), en la cual se alega responsabilidad internacional del Estado costarricense, al prohibir la práctica de la Fecundación In Vitro, como consecuencia de la resolución de la Sala Constitucional N°2306 del 15 de marzo de 2000; de manera tal que, en sus efectos, la mencionada resolución vino a impedir que las parejas infértiles pudieran recurrir a dicha técnica biomédica, para hacer posible la procreación.

El peticionario alegó violación los artículos 1, 2, 4, 5, 8, 11 (2), 17, 24, 25, 26 y 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; al igual que los artículos 3, 10 y 15 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (protocolo de San Salvador) ; y la violación de los artículos 1 y 7 (h) de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer -Convención de Belem do Pará-.

El 11 de marzo de 2004 la CIDH, a través de informe N° 25/04, se declara competente y admite la denuncia contra el Estado costarricense⁶⁹⁷, únicamente en relación con la presunta violación a los artículos 1, 2, 11, 17 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en perjuicio de las presuntas víctimas⁶⁹⁸

El 28 de octubre de 2008 se realizó audiencia pública en la CIDH, en la que las partes interesadas, expusieron sus argumentos, en defensa de sus posiciones.

Al respecto, en lo que interesa, el peticionario indica que al anularse el decreto ejecutivo que regulaba la FIV, mediante la sentencia N° 2306 - 2000, se lesionaron varios de los derechos protegidos por la Convención Americana.

Hecho que se agrava, en tanto las presuntas víctimas eran pacientes diagnosticados con infertilidad severa, que a consecuencia de la decisión de la Sala Constitucional, mediante la resolución indicada, no pudieron someterse a dicho tratamiento en el país o tuvieron que recurrir al extranjero.

Aún cuando la FIV se recomienda para diversos casos de infertilidad. No obstante, Costa Rica es el único Estado de la región que prohíbe su práctica. Evento que se produjo cuando la Sala Constitucional anuló el decreto de cita.

Se alegó, además, que el fundamento de la Sala Constitucional para prohibir la FIV, se sustenta en la equiparación entre el embrión humano y la persona humana, tal que atribuye al primero igual estatuto jurídico que al segundo. Con ello, le otorga al embrión humano un derecho a la vida de carácter absoluto, tal que no se admiten excepciones, ni condiciones, ni restricciones, frente al cual es preciso sacrificar todos

⁶⁹⁷ Mediante informe N° 25/04 Petición 12.361: Admisibilidad: Ana Victoria Sánchez Villalobos y Otros: Costa Rica. 11 de marzo de 2004.

los demás derechos. De acuerdo con el peticionario, no es cierto que todo embrión humano evolucione hasta su nacimiento. Antes bien existen porcentajes de hasta un 80%, de embriones que no se implantan en el útero materno y, si lo hacen, detienen su normal evolución en forma de aborto bioquímico (cuando el embarazo no es clínicamente evidente), o bien en forma de aborto clínico (cuando ya es evidente).

Sostiene el peticionario que, la pérdida gestacional temprana de la especie, no se cuestiona si es producto de la naturaleza; pero lo es cuestionada y no permitida, cuando el hombre medie para la existencia de los embriones.

En virtud de lo anterior, se alegó la violación del artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en tanto el Estado interfiere en la decisión de la pareja de tener hijos, en cuanto invade su privacidad e interfiere en su vida sexual y reproductiva.

Prohibir la práctica de la FIV, es vista, como una intromisión arbitraria y abusiva en la vida privada y familiar de quienes necesitan y desean someterse al procedimiento para procrear y fundar una familia. Lo anterior, aunado al hecho de que la decisión de someterse o no a un tratamiento médico, pertenece al ámbito privado de las personas y el Estado no debe incidir sobre este. Siendo que las acciones que no contraríen el orden público, la moral o las buenas costumbres, están fuera de la acción de la ley.

Sobre la violación al derecho a fundar una familia, se alega que existe una estrecha relación entre el reconocimiento del derecho a procrear o tener descendencia y el derecho a fundar una familia; derechos que se estima han sido vulnerados cuando el Estado costarricense al prohibir la FIV.

Finalmente, el peticionario sostiene que prohibir la técnica de FIV en Costa Rica, vulnera los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la medida en que se discrimina y se trata de forma desigual a las personas que pueden procrear recurriendo a la FIV.

Por su parte, el Estado argumentó que la declaratoria de inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo N° 24029-S, no vulneraba derecho alguno, por cuanto la FIV no es cura para la infertilidad, sino un complejo recurso técnico que intenta superar artificialmente dicha condición. Si bien, el Estado reconoce el sufrimiento que la

incapacidad para concebir conlleva para quienes son infértiles, ello no implica condenar a los afectados, a no tener descendencia, ya que, en la prohibición de la técnica no se origina la incapacidad para concebir, así como tampoco asegura esta la posibilidad de tener descendencia.

De acuerdo con el Estado, la regulación que existía a propósito de la FIV, violaba el derecho a la vida de los embriones. Además, se asegura, que todo tratamiento, siempre está limitado por la normativa por las disposiciones constitucionales y el marco jurídico internacional.

Asimismo, el Estado indicó una vez más, que de acuerdo con la Sala Constitucional, el derecho relativo a procrear debe subordinarse al derecho absoluto a la vida. Siendo que con respecto del derecho relativo a procrear, solo se aceptan algunas técnicas de procreación asistida, como la inseminación artificial, pero no como la FIV, ya que, esta afecta el disfrute de derechos absolutos de otras personas. En otras palabras, aquellas técnicas que afecten el derecho a la vida, por sí, deben ser obviadas.

Asimismo, destaca el Estado, 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 precisamente esta posibilidad de protección, la que ha sido escogida a nivel interno.

Así las cosas, según lo señalado por el Estado costarricense, con independencia de la interpretación que se dé a la calificación “en general” del artículo 4.1 de la Convención Americana, lo cierto es que se establece la protección de la vida a partir de la concepción y el Estado ha elegido esa última posibilidad.

Para el Estado el derecho a la vida es presupuesto de realización de los demás derechos y, en consecuencia, su actuación se encuentra conforme a las obligaciones internacionalmente reconocidas. A la vez, sostuvo que ni la ciencia y ni la técnica han dado respuestas claras sobre el tema, siendo que corresponde al Estado determinar el avance de dicha técnica a nivel interno.

Según el Estado, la Sala Constitucional, al emitir la cuestionada sentencia, consideró que dado el estado del desarrollo científico aplicable a la FIV, en el momento

de la sentencia, este violaba el derecho a la vida, por lo que la técnica no era acorde con el Derecho de la Constitución, ni el artículo 4 de la Convención Americana.

Señaló además, la posibilidad de restablecer su práctica, considerando que los avances de la ciencia y la biotecnología son vertiginosos. De manera tal que, la FIV como método de reproducción asistida, no fue declarado inconstitucional, sino que se interpretó que de acuerdo con la normativa nacional e internacional, “la práctica que se desarrollaba en el año 2000, [...] colocaba más allá de cualquier duda a los embriones en un riesgo desproporcionado de muerte”, pero podía llevarse a cabo cuando se perfeccionara la técnica y la pérdida embrionaria fuera baja. No obstante, la posición del Estado costarricense, en audiencia de periodo 133 de sesiones de la CIDH, mantiene una vez más que la pérdida embrionaria sigue siendo alta.

1.2.1. INFORME DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La CIDH emitió el informe N° 85/10 del 14 de junio del 2010 y con respecto del análisis de fondo del caso concreto, consideró lo que de seguido se expone y que interesa a este trabajo de investigación.

En primer término, realizó un análisis sobre la infertilidad en el ámbito internacional y al respecto indicó que la misma es reconocida por diversas organizaciones como una fuente de sufrimiento físico y psicológico para las parejas, particularmente las mujeres, que incluso puede generar presión en la relación de la pareja.

Indicó que la definición clínica más actualizada emitida por el Comité Internacional para el Monitoreo de las Tecnologías de Reproducción Asistida y la Organización Mundial de la Salud, 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”⁶⁹⁹.

⁶⁹⁹ Cita “a disease of the reproductive system defined by the failure to achieve a clinical pregnancy after 12 months or more of regular unprotected sexual intercourse”; véase también British Fertility Society, disponible en Internet: <http://www.britishfertilitysociety.org.uk/public/factsheets/keyfacts.html>

Hace referencia a las causas más comunes de infertilidad e indica que existe un porcentaje no superior al 5% de parejas que son infértiles por razones desconocidas no tratables.

Destaca que la infertilidad es experimentada en niveles más altos en países en desarrollo. En algunos países, hasta un 25% de parejas no pueden tener hijos sin asistencia médica y en los países latinoamericanos se estima que la incidencia de la infertilidad asciende a un 15% o más.

Indica que no hay consenso en que la infertilidad sea una enfermedad. Sin embargo, muchas de sus causas se deben a problemas físicos concretos que requieren tratamiento médico, tal que la imposibilidad de lograr un embarazo puede generar trastornos psicológicos o sufrimiento psíquico.

Sobre el derecho a la salud, la Comisión Interamericana indica que, tal como lo ha señalado la Corte Interamericana, este derecho responde a un bien público cuya protección está a cargo de los Estados, de acuerdo con la definición de salud dada por OMS, que se consagra en el artículo 10 del Protocolo de San Salvador. Por tanto, 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.

Así, destaca la CIDH que los Estados están obligados a garantizar el acceso a servicios sanitarios tan esenciales como es el tratamiento de la infertilidad. Posición confirmada en el párrafo 7.6 del Programa de Acción de El Cairo, que exhorta a los Estados a incluir servicios para la prevención y el tratamiento apropiado para la infertilidad dentro de la provisión de servicios de salud. Siendo que la Fecundación In Vitro es específicamente mencionada, pues se establece que las técnicas de Fecundación In Vitro deberían ofrecerse conforme directrices éticas y normas médicas apropiadas (parr 7.17 Conferencia del Cairo).

Asimismo, adiciona el hecho de que, la utilización de la FIV para combatir la infertilidad, se vincula con el goce de los beneficios del progreso científico, derecho reconocido internacionalmente y, en el ámbito interamericano, se encuentra contemplado en el artículo 14.1 b) del Protocolo de San Salvador.

Posteriormente, define las técnicas de reproducción asistida, tal que estas se constituyen para algunas personas y parejas, en el único medio para concebir.

Refiriere la Comisión Interamericana que, actualmente, Costa Rica sólo permite la inseminación homóloga; tratamiento recomendado para casos de infertilidad leve, técnicas que no logran resolver la gran parte de problemas de infertilidad. Se indica de esta manera, por parte de la Comisión, un vacío de servicios para atender problemas de infertilidad severos.

Dilucidado lo relativo al problema de la infertilidad y las preocupaciones manifiestas, sobre este tema desde el ámbito internacional, tal que la FIV, es contemplado como una vía posible para dar respuesta al mencionado problema, la Comisión procede al análisis de los derechos que presuntamente han sido vulnerados por el Estado costarricense.

Con respecto de los derechos a la vida privada y familiar dispuestos en los artículos 11 y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la compatibilidad de estos con la prohibición de la técnica de FIV en Costa Rica, la Comisión evalúa, en primer término, si los hechos se enmarcan dentro del alcance de dichos derechos y, en segundo lugar, si la prohibición constituye una interferencia en el ejercicio de tales derechos.

En virtud de lo anterior, la Comisión analiza los argumentos de las partes e información contenida en el expediente, en el siguiente orden: i) Consideraciones sobre el alcance del artículo 11 de la Convención Americana; ii) Consideraciones sobre el alcance del artículo 17 de la Convención Americana; iii) Análisis de si la prohibición de la Fecundación In Vitro constituye una injerencia en el ejercicio de los derechos consagrados en los artículos 11 y 17 de la Convención; y iv) Análisis de la compatibilidad de dicha injerencia con la Convención Americana.

Con respecto al alcance del artículo 11 de la Convención Americana, se señala que dicho numeral establece que toda persona tiene derecho a que se respete su honra y reconozca su dignidad. De acuerdo con el artículo 11, nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada y familiar, domicilio, correspondencia, o ataques ilegales contra su honra o reputación. Es un derecho que

debe ser protegido por la ley y, es de interpretación amplia, de acuerdo con la jurisprudencia de la misma Comisión y de la Corte Interamericana.

La CIDH destaca que un objetivo fundamental del artículo 11 citado es proteger a las personas de la acción arbitraria de las autoridades del Estado que infrinjan su esfera privada. En este sentido, cita a la Corte Interamericana que sostiene 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”, protección se extiende a la esfera familiar.

Después de referir y ahondar en lo considerado por la Corte europea de Derechos Humanos, sobre el caso concreto en estudio, la Comisión 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 y, la decisión, relativa a ella, es parte de la autonomía y de la identidad de las personas tanto individualmente como en pareja y, en consecuencia, protegida por el artículo 11 de la Convención Americana.

Con respecto del derecho a fundar una familia, la Comisión señala que el artículo 17 de la Convención Americana, 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 que no se puede derogar ni aún en circunstancias extremas. Siendo que la familia, como elemento natural y fundamental de la sociedad, merece protección de la sociedad y el Estado. Derecho también consagrado en otros instrumentos internacionales.

Indica la CIDH, que el derecho a fundar una familia está sujeto a ciertas condiciones del derecho nacional, aunque las limitaciones que por esa vía se introducen no deben ser tan restrictivas que se dificulte la propia esencia del derecho.

Según las consideraciones anteriores, la Comisión sostuvo que de una lectura conjunta de los artículos 11 y 17 de la Convención resulta que: i) 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; ii) 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; y iii)

cualquier intento de interferencia por parte del Estado en estas decisiones, debe ser evaluado con base en los criterios establecidos en la Convención Americana.

No obstante, la CIDH admite que el derecho a la vida privada y familiar y a fundar una familia, pueden ser objeto de ciertas limitaciones. Estas, sin embargo, no pueden aplicarse si no es de conformidad a leyes dictadas por razones de interés general y en virtud de un propósito establecido, de lo contrario existe la obligación “especial” de prevenir interferencias arbitrarias o abusivas (en acuerdo al art. 30 de la Convención). Sostiene que toda restricción implica criterios de proporcionalidad que deben ser evaluados. Siendo el concepto de proporcionalidad entendido como sinónimo de no arbitrariedad y de compatibilidad de la injerencia estatal con la Convención.

La CIDH, sostiene que ella misma ha sostenido, en previas ocasiones, que la idea de “interferencia arbitraria” remite a elementos de injusticia, imposibilidad de predecir y falta de razonabilidad. A la vez señala, que de acuerdo con la Corte IDH, toda restricción, que no debe ser abusiva o arbitraria, debe ajustarse a ciertos requisitos.

Así las cosas, la CIDH evaluó si la prohibición de la fecundación en vitro era compatible con la Convención Americana, a partir de un análisis escalonado de los criterios definidos por la Corte IDH, a saber: i) legalidad; ii) fin legítimo; iii) idoneidad; iv) existencia de alternativas menos restrictivas; y v) proporcionalidad en sentido estricto.

Valora la CIDH, de manera primaria el requisito de legalidad, que informa sobre las condiciones y circunstancias que autorizan una restricción al ejercicio de un derecho humano determinado, las que deben estar claramente establecidas por ley en sentido formal y material.

En el caso en análisis, la Comisión señaló que la prohibición de la FIV emanó de la Sala Constitucional, entidad a la que corresponde emitir dicha decisión conforme la legislación interna de Costa Rica. Según lo establece el artículo 2 b) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Compete a la Sala Constitucional ejercer el control de la constitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público, así como la conformidad del ordenamiento interno con el Derecho

Internacional o Comunitario, mediante la acción de inconstitucionalidad y demás asuntos de constitucionalidad⁸⁰.

Así las cosas, la Comisión concluye que el requisito de legalidad -por estar previsto- se encuentra cumplido por parte del Estado costarricense.

Seguidamente, procedió a determinar si el fin legítimo perseguido por el Estado de Costa Rica al prohibir la FIV, es legítimo a la luz de la Convención Americana.

Al respecto se consideró que el argumento principal del Estado para prohibir la práctica de la FIV en Costa Rica, giró en torno a la protección de la vida de los embriones no implantados, tal que de acuerdo con el Estado la técnica en aquel momento tenía como resultado de acuerdo con su apreciación, la destrucción o eliminación voluntaria o derivada de la impericia de quien ejecuta la técnica o de la inexactitud de esta – viola el derecho a la vida y con ello el Derecho a la Constitución, con la consecuente infracción del artículo 21 de la Constitución Política y 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Estima la CIDH, que el fin perseguido es legítimo, en razón del alcance atribuido por la Sala Constitucional a la normativa interna y, en cuanto, el fin perseguido era proteger y tutelar el bien jurídico vida.

No obstante, en opinión de la CIDH, las medidas que se adopten en ejercicio de dicho fin, deben ser compatibles con las obligaciones que derivan de la Convención Americana y no pueden restringir o interferir arbitrariamente en los derechos contemplados en la misma.

Así, consideró que, en el análisis de la prohibición a la FIV para proteger la vida desde el momento de la concepción, el Estado vino a restringir indebidamente el derecho a la vida privada y familiar y el derecho a conformar una familia.

Siendo que, según la CIDH, la idoneidad de la medida, debe establecerse a partir de la relación de medio a fin entre la medida que interfiere o restringe el ejercicio de un derecho y el fin perseguido. El juicio de idoneidad no incorpora, en principio, un juicio de valor sobre la medida. Juicio objetivo, que ha de ser objetivo, a través del cual se establezca, si existe, una relación lógica de causalidad.

Estima la CIDH que existe un legítimo interés del Estado en proteger el derecho a la vida, dándose la relación causal entre el interés y la imposición de controles sobre la práctica de la FIV. Por lo tanto, la Comisión consideró que la misma cumple con el requisito de idoneidad.

Finalmente, sobre la existencia de alternativas menos restrictivas, la Comisión pretendía determinar si el Estado contaba con medios alternos, igualmente idóneos y menos restrictivos para lograr el fin legítimo perseguido.

Según la Comisión, en el presente caso, la existencia de medios menos restrictivos se relaciona con los avances científicos. En este sentido, una revisión de la práctica de la FIV indica que no consiste en una sola práctica, sino es un conjunto de procedimientos en cuanto al tratamiento, cuya disponibilidad o pertinencia depende de una serie de factores.

En el análisis de alternativas restrictivas, la Comisión, señaló que es posible identificar métodos diversos de FIV; siendo que existe un tratamiento uniforme relacionado con el control y utilización de los mismos.

En virtud de la valoración realizada, la CIDH consideró que a raíz de la sentencia de la Sala Constitucional, Costa Rica se convirtió en el único país en el hemisferio americano en el que se prohíbe la FIV. Países como Argentina, Chile, Colombia, Guatemala, Ecuador, Panamá, Perú, Uruguay, al igual que lo hace Costa Rica, protegen la vida del no nacido; no obstante, tales países a diferencia de Costa Rica satisfacen los derechos de las personas y/o parejas infértiles a la vida privada y familiar y a fundar una familia junto con el interés del Estado en proteger la vida.

La Comisión observó que algunos Estados americanos han promulgado legislación que regula la FIV, pero mayormente se deja a cargo de la práctica médica. Recurre además, la Comisión al análisis de la práctica y legislación en otros países, tal que concluye que existen formas menos restrictivas para satisfacer el objetivo buscado por el Estado y responder a los intereses en conflicto, adoptándose formas de regulación que pueda asimilarse más al proceso natural de concepción, tal como una regulación que disminuya el número de óvulos fecundados.

Por tanto, señala la Comisión que si el decreto impugnado en Costa Rica ante la Sala Constitucional, no era suficiente, era preciso analizar otras formas de regulación a fin de acomodar los intereses en juego. Según la información ante la Comisión, la Sala Constitucional no consideró otras alternativas para proteger la vida y también respetar los derechos de las parejas infértiles.

En conclusión, la Comisión consideró que la medida de prohibir de manera absoluta la práctica de la FIV no cumple con este punto del test y, por lo tanto, constituyó una interferencia arbitraria y una restricción incompatible con la Convención Americana 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.

La Comisión, por otra parte, realizó consideraciones adicionales relativas al requisito de proporcionalidad, que se relaciona con la ponderación entre el derecho restringido la injerencia que sobre este se realiza y los beneficios que de ella devienen en términos de lograr el fin perseguido.

Así, consideró que, la prohibición de la FIV como único medio para procrear a causa de la infertilidad, significó una 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. Siendo que los efectos negativos ser prolongan a lo largo de la vida de las personas, – por afectación de su salud, de su privacidad, la frustración en el deseo de tener hijos biológicos. Tal que consideró la Comisión la afectación a los derechos fue severa, haciendo nula la posibilidad de decidir sobre aspectos de la vida privada y familiar, relativos al ejercicio del derecho a fundar una familia, según deseos y aspiraciones propias.

La Comisión, admitió la dimensión social que implica crear e implantar embriones, dejando de ser meramente privado; no obstante, indicó que el Estado puede adoptar medidas proporcionales que proteja los embriones humanos, tal que sean compatibles con la Convención Americana, evitando la destrucción arbitraria, la venta o el tráfico.

En virtud de todas las anteriores consideraciones, la Comisión concluyó 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.

Con respecto del principio de igualdad y posterior análisis jurídico realizado por la CIDH, esta consideró que la prohibición de la FIV en Costa Rica tuvo dos efectos que se encuentran bajo el alcance del derecho a la igualdad: i) impidió a las víctimas superar la situación de desventaja en la que se encontraban a través del beneficio del progreso científico, en particular, de un tratamiento médico; y ii) tuvo un impacto específico y desproporcionado frente a las mujeres.

La CIDH consideró que al impedir el acceso a este medio, el Estado intervino en la vida privada y familiar de las víctimas, así como en la posibilidad que tenían de superar la situación de desventaja para tener hijos biológicos como consecuencia de su infertilidad. Así las cosas, aún cuando la desventaja no fue creada por el Estado, superar tal condición o al menos disminuirla, sí es atribuible al Estado; e incluso les impuso mayores cargas, debieron recurrir en busca de alternativas fuera del país, con el impacto económico, personal, familiar y emocional que ello implica.

Estimó que prohibir 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, ya que, ello perpetúa la distinción que sólo es compatible con la Convención Americana si es razonable y objetiva.

En cuanto a la discriminación alegada por los denunciante, la CIDH indicó que, si bien la infertilidad afecta a mujeres y hombres, lo cierto es que la FIV en cuanto procedimiento, se relaciona más directamente con el tratamiento y cuerpo de la mujer y se centra especialmente en lo que esta desea y decide, de ahí que la decisión emitida por la Sala Constitucional de Costa Rica, tiene especial impacto en las mujeres. En ese sentido la prohibición tiene un efecto diferenciado para las mujeres, a las decisiones autónomas de la mujer con respecto de su cuerpo.

Con base en las consideraciones antes expuestas, la CIDH concluyó que el Estado de Costa Rica violó 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 del mismo instrumento.

Con fundamento en el análisis y las conclusiones del presente caso, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recomendó al Estado de Costa Rica:

1. Levantar la prohibición de la Fecundación In Vitro según los procedimientos legales previstos.

2. Regular la FIV posterior al levantamiento de la prohibición, a fin de que esta sea compatible con las obligaciones estatales con respecto de los derechos consagrados en los artículos 11.2, 17.2 y 24; tal que las personas y/o parejas que lo requieran y así lo deseen, puedan acceder a las técnicas de la Fecundación In Vitro y contribuya efectivamente a su finalidad.

3. Reparar integralmente a las víctimas tanto en el aspecto material como moral y las medidas a fin de satisfacer los daños.

1.2.2. ACCIONES DEL ESTADO COSTARRICENSE PARA DAR CUMPLIMIENTO A LAS RECOMENDACIONES DE LA CIDH. PROYECTOS DE LEY SOBRE FIV

Así las cosas, Costa Rica en su intento por cumplir con las recomendaciones efectuadas por la Comisión, a partir de la recepción del informe de la Comisión se tramitaron en la Asamblea Legislativa tres proyectos de ley.

El primero fue presentado por el Poder Ejecutivo ante la Asamblea Legislativa en octubre de 2010; “Proyecto de Ley N° 17.900: “Ley Sobre Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria”; el mismo fue tramitado bajo el número de expediente 18.057.

La motivación del proyecto de ley en mención se basa en la necesidad de responder a lo dispuesto por la CIDH en el informe N° 85/10 y se expone un resumen de lo señalado por la Comisión en dicho informe.

Adicionalmente, importa señalar que, en la motivación del proyecto el Poder Ejecutivo ampara la resolución de la Sala Constitucional N° 2306-2000 y al respecto señala que dicha resolución se basó, fundamentalmente “[...] en que la técnica de la Fecundación In Vitro regulada en el Decreto Ejecutivo N° 24029-S de 3 de febrero de 1995 era inconstitucional porque implicaba la eliminación o un altísimo riesgo de eliminación o muerte de embriones humanos.”

No obstante, indica dicha motivación que, a pesar de “[...]la posición del Estado de Costa Rica a lo largo de todo este proceso ante la CIDH ha sido la de sostener que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, lejos de procurar un daño a los peticionarios en cuanto a sus derechos fundamentales, en el fallo cuestionado quiso preservar el más fundamental de los derechos que es el derecho a la vida, [...]” hoy, indica la motivación del proyecto, que es posible “[...] legislar para permitir la práctica de una técnica de Fecundación In Vitro y transferencia embrionaria que concilie los derechos a la salud, a fundar una familia, a tomar decisiones de pareja en un ambiente de intimidad y a procrear respetando, al mismo tiempo, el valor absoluto de la vida y la dignidad humanas[...].”

El proyecto de ley en mención partía así de la protección de todos los derechos de la persona humana a partir de la fecundación –artículo 6- 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 –artículo 8-; además, prohibía la reducción o destrucción de embriones –artículo 8-. No obstante, dicho proyecto no fue aprobado por la Asamblea Legislativa.

En virtud de lo anterior y siendo infructuosa la iniciativa del Poder Ejecutivo, en virtud de que el mismo no contó con apoyo mayoritario requerido, algunos diputados propusieron⁷⁰⁰ una alternativa muy básica, solicitando al Ejecutivo regular la técnica de fecundación asistida mediante decreto y, mediante norma legal, eliminando la prohibición de la técnica de FIV en Costa Rica.

⁷⁰⁰ Diputados Patricia Pérez Hegg, Damaris Quintana Porras, Danilo Cubero Corrales, Carlos Humberto Góngora Fuentes, Ernesto Chavarría Ruíz y Manuel Hernández Rivera. Legislatura 2009-2014.

Dicho proyecto denominado “Ley sobre Fertilización in Vitro y Transferencia Embrionaria” fue tramitado bajo el número de expediente 18.058 y propuesto en abril del 2011.

En la motivación del proyecto, fueron considerados los siguientes aspectos: 1. Que existe un derecho de la mujer a ser madre, sea esta fértil o no. 2. Que siendo que la familia es base y eje de la sociedad, con respecto de ella, la FIV, en la búsqueda de la libertad de engendrar y procrear, aparece como un método alternativo ante la falla de otros 3. Que el Estado está facultado para proteger la vida embrionaria. 4. Que la decisión de tener hijos biológicos pertenece a la vida privada y familiar de pareja y con respecto a ella la injerencia del Estado es restringida. 5. Que la infertilidad conyugal es una discapacidad individual o colectiva de la pareja y los Estados interesados en la protección de la vida pueden armonizarlo con los intereses de las parejas infértiles.

Así las cosas, dicho proyecto proponía autorizar la técnica de FIV y, vía reglamento, regular los diversos aspectos atinentes a la técnica, de manera tal que se concilien los derechos asociados a la técnica –salud, familia, procreación e intimidad- con el derecho absoluto a la vida y a la dignidad humana.

Así, el proyecto propone un único artículo el cual reza:

“ARTÍCULO ÚNICO.- Fertilización in vitro (FIV)

Autorícese la fertilización in vitro y transferencia embrionaria, en todos los centros de salud debidamente habilitados en el país.

La implementación y operativización de esta ley se hará por reglamento emitido por el Poder Ejecutivo en un plazo no mayor a seis meses a partir de su publicación

La práctica de la fertilización in vitro queda autorizada a partir de la vigencia de esta ley y su reglamento.”

Asimismo, se incluyó un transitorio único el que indica:

TRANSITORIO ÚNICO.- Para los efectos de la aplicación de la presente ley sobre su implementación y operativización, el Estado, en concordancia con el artículo 73 de la Constitución Política, tendrá un plazo hasta de 2 años, a partir de la publicación de esta ley, para cumplir estos objetivos.”

El proyecto pasó a estudio de la Comisión Especial de Derechos Humanos de la Asamblea Legislativa, no obstante, no contó con el apoyo mayoritario requerido y fue archivado.

Finalmente, mediante el expediente N° 18.151 se dio trámite al proyecto de ley denominado “Ley sobre Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria y creación de Depósito Nacional de Gametos”

La motivación del proyecto en mención se centra en tres aspectos: el primero, consiste en dar valor absoluto a la vida humana, se asegura que el país opta por una línea personalista y, que el ser humano es persona desde que es concebido hasta que muere. El proyecto parte de una equiparación entre el nacido y el no nacido, incluso en su forma más temprana.

En segundo lugar, se señala la pretensión de proteger los derechos de los sujetos involucrados, madre, padre y niño, siendo que se sostiene que el derecho de este debe primar.

En tercer lugar, después de aceptar que la infertilidad no es poco frecuente, se indica que la postura del proyecto se centra dentro de una corriente “restrictiva”, en relación con la utilización de las TRHA.

Dicho proyecto fue desarrollado en treinta y nueve artículos, divididos en cinco capítulos. El primero de ellos contiene disposiciones generales, el segundo dispone, los requisitos y procedimientos para utilizar la técnica de fertilización in vitro y transferencia embrionaria; el tercero referente a los establecimientos y servicios involucrados en esta técnica; el cuarto desarrolla los delitos y sanciones a que se exponen las personas que violenten las disposiciones contenidas en la presente ley; y, el quinto desarrolla las disposiciones finales, así como, dos normas transitorias.

Al lado de los requisitos de los centros de salud autorizados para aplicar la técnica de fertilización que se regulan de la ley, se establece un control de los centros sanitarios y equipos biomédicos en el Capítulo V, incluso se prevé la realización de “Auditorías de funcionamiento” a cargo del ente rector en materia de salud, al considerar que estas especies de “auditorías” son necesarias para mantener el nivel de idoneidad necesario y obligatorio, dar la especificidad y especial carácter de la materia legislada.

El proyecto autorizaba al Ministerio de Salud, establecer depósito de gametos, para conservar mediante congelamiento (crio conservación) óvulos y espermatozoides, por separado y para fines de posibilitar la reproducción a futuro. Mediante este procedimiento, se procede a la congelación y almacenaje de los espermatozoides y óvulos, en nitrógeno líquido por períodos largos para su posterior uso, ya sea meses o años después, cuando los dueños decidan reproducirse o tener familia.

Dicho proyecto fue presentado en junio del 2011 y pasó a estudio de la Comisión Permanente de Asuntos Sociales de la Asamblea Legislativa; no obstante, el mismo no obtuvo la mayoría requerida y fue archivado.

Precisa en este punto señalar que, en el ínterin de la prohibición de la técnica de FIV por parte de la Sala Constitucional y la interposición del caso ante la Comisión Interamericana, se encontraban en la corriente legislativa cuatro proyectos de ley relacionados con la técnica de FIV, todos propuestos por diputados de las diferentes fracciones legislativas.

El primero de ellos se tramitó bajo el número de expediente 15780 denominado “Ley que regula la investigación científica en seres humanos”; y el objeto del mismo era regular las investigaciones científicas, en las que se contemplen intervenciones en seres humanos o se interactúe con ellos y que se realicen en instituciones de salud públicas o privadas, de manera que dichas investigaciones se ajusten al principio de inviolabilidad de la vida humana, al derecho a la salud, la intimidad y la dignidad humana, establecidos en la Constitución Política y en la normativa internacional que regula la materia –artículo 1-.

Cabe destacar que el artículo 2 de dicho proyecto, con respecto del ámbito de protección al ser humano consideró que, para todos los efectos de la ley propuesta, se considera que el ser humano disfruta de todo derecho y debida protección por parte del Estado, desde trescientos días antes de su nacimiento.

El proyecto desarrollo aspectos como el consentimiento informado a fin de someterse a experimentación científica –artículo 5-, derecho a la confidencialidad – artículo 9, derecho a disfrutar de los beneficios que resulten de la investigación –artículo 10- y finalmente la prohibición de la clonación con fines de reproducción de seres humanos –artículo 19-

Este proyecto pasó a estudio de la Comisión Permanente de Asuntos Sociales de la Asamblea Legislativa el 21 de noviembre de 2005 y posteriormente fue archivado.

El segundo proyecto de ley asociado a la técnica de FIV se tramitó en la Asamblea legislativa bajo el número de expediente 16887 “Adición de un nuevo capítulo III referente a los derechos en salud sexual y salud reproductiva, al título I del Libro I de la Ley General de Salud N° 5395 de 30 de octubre de 1973 y sus reformas”.

Cabe destacar, lo dispuesto en el artículo 37 del proyecto propuesto en el que se indica que se entiende por salud sexual un proceso que conduce al bienestar físico, emocional, mental, social y cultural relacionado con la sexualidad y no solamente a la ausencia de enfermedad; adicionalmente indicaba que la salud sexual requiere condiciones de libertad, autonomía, equidad y responsabilidad.

Con respecto de la salud reproductiva, el artículo 38 propuesto señala que la misma responde a un proceso que conduce al bienestar físico, emocional, social y cultura, en todos los aspectos relacionados con la reproducción humana. Indicó además, que no se trata solamente de la ausencia de enfermedades, sino de un proceso que integra las múltiples facetas humanas comprendidas en las decisiones, comportamientos y vivencias reproductivas que incluyen entre otras la libertad para reproducirse o no; en caso afirmativo, cuándo, con quién y con qué frecuencia

Asimismo, proponía la responsabilidad del Estado, mediante las instituciones correspondientes, promover los cambios culturales, sociales, económicos, políticos e institucionales, así como definir las políticas públicas, para hacer efectivo el pleno

ejercicio de esos derechos –artículo 39 propuesto-; adicionalmente proponía que dichas políticas públicas, programas, servicios y acciones sobre sexualidad y reproducción, deberán garantizar el ejercicio de los derechos en salud sexual y reproductiva –artículo 40 propuesto-.

El artículo 43 inciso b) proponía puntualmente que todas las personas tienen derecho a decidir de manera informada acerca de los aspectos relacionados con su salud sexual y su salud reproductiva, así como de los servicios y tratamientos que desea o no recibir; asimismo, los incisos f y g proponían el derecho de todas las personas a decidir libre y responsablemente si desean o no reproducirse y con quién desean hacerlo así como el derecho de definir el número e intervalo de los nacimientos, respectivamente.

El proyecto en mención pasó a estudio de la Comisión Permanente Especial de la Mujer de la Asamblea Legislativa el 5 de diciembre de 2007 y posteriormente fue archivado.

El tercer proyecto asociado se tramitó en la corriente legislativa con el número de expediente 17.622 denominado “Ley contra la violencia reproductiva, hospitalaria, obstétrica y postnatal” y como uno de los fines propuestos fue regular la aplicación de las medidas de protección necesarias para garantizar que las mujeres gestantes, en proceso de parto y postparto, tengan una atención personalizada, profesionalizada, técnica y respetuosa de su intimidad, de tal suerte que se evite el abuso de la medicalización y patologización de los procesos de reproducción –artículo 1-

Además, de garantizar los recursos científicos, entre otros, que permitan la sustentabilidad de los planes, proyectos, programas, acciones, misiones y toda otra iniciativa orientada a la prevención, castigo y erradicación de la violencia reproductiva –artículo 1-

Con respecto del ámbito de aplicación, el artículo 2 propuesto establecía que el objetivo de la ley era prevenir, sancionar y erradicar la violencia reproductiva hospitalaria, obstétrica y postnatal en todas sus modalidades contra las mujeres en proceso de procreación, embarazo, parto, postparto, postnatal, aborto, postaborto, en los servicios de salud públicos y privados.

Adicionalmente proponía una definición de violencia contra la libertad reproductiva como “aquella que vulnere el derecho de las mujeres a decidir libre y responsablemente el número de embarazos o el intervalo entre los nacimientos” – artículo 3 inciso a)-

Con respecto de los derechos de la atención de la salud reproductiva, el artículo 4 incisos a), b) y c) proponían que toda mujer tiene derecho a decidir de manera informada acerca de los aspectos relacionados con su salud reproductiva, así como los tratamientos que desea o no recibir, el derecho a definir el número e intervalo de los nacimientos de sus hijos e hijas, mediante métodos seguros, modernos, eficaces y aceptables y finalmente que todas las mujeres sin discriminación alguna, tienen derecho a una maternidad libre, deseada, acompañada, segura, que respete la diversidad, la cultura específica y la condición de discapacidad; derecho que incluirá, según proponía, las mejores condiciones sociales, físicas y emocionales para un embarazo, un parto y período postnatal.

Este proyecto de ley pasó a estudio el 16 de febrero de 2010 y posteriormente fue archivado.

El último proyecto de ley asociado con la materia reproductiva y técnicas asociadas, se tramitó con el número de expediente 18.285 denominado “Atención Integral de la Infertilidad”; en el mismo se propone crear la Unidad de Infertilidad de la Caja Costarricense de Seguro Social, con sede en el Hospital de la Mujer y el fin propuesto es el diagnóstico y el tratamiento de todas las patologías que producen la infertilidad en las personas –artículos 1 y 2 del proyecto de ley-.

Adicionalmente, se propone crear el programa nacional de diagnóstico temprano de infertilidad y adicionalmente, se propone crear un fondo del presupuesto de la Caja Costarricense del Seguro Social que permita la capacitación del personal médico de la Unidad de Infertilidad –artículos 4 y 5 del proyecto propuesto-.

El proyecto en mención fue trasladado para estudio a la Comisión Permanente Especial de Derechos Humanos de la Asamblea Legislativa el 24 de octubre de 2011.

En síntesis es importante destacar que los proyectos de ley señalados antes proponen la regulación específica de la FIV en Costa Rica por lo que no establecen o

disponen regulación sobre las TRHA en general e interesa en este punto destacar los aspectos más relevantes propuestos en los diferentes proyectos de ley antes descritos.

Sobre la FIV. El proyecto 18.057 ofrece una definición de la técnica de FIV e indica expresamente que la técnica queda autorizada con la vigencia de la ley, adicionalmente permite la técnica de FIV en forma homóloga y heteróloga –artículos 1 y 2-.

Por su parte, el proyecto 18.058 dispone de un único artículo mediante el cual autoriza la FIV en todos los centros de salud debidamente habilitados en el país y dispone que la implementación y operativización de la ley se llevará a cabo mediante reglamento emitido por el Poder Ejecutivo; finalmente, al igual que el proyecto 18.057, indica que la práctica de la FIV queda autorizada a partir de la vigencia de dicha ley y el reglamento.

Sobre la técnica específicamente, el proyecto 18.151 establece que la técnica de FIV deberá ser practicada únicamente por prescripción médica y en tanto se hayan descartado otras terapias para lograr procrear.

Ofrece, dicho proyecto, una definición de la técnica de FIV –artículo 1-, al igual que el proyecto 18.057, no obstante, regula un aspecto adicional relacionado con el depósito nacional de gametos y autoriza la crio conservación de gametos en tanto los mismos se mantengan en forma separada los masculinos de los femeninos.

El artículo 2 de este proyecto, al igual que los anteriores, autoriza expresamente el empleo de la técnica de FIV.

Sobre los beneficiarios. El proyecto 18.057 indica como beneficiarios de la técnica de FIV a la mujer mayor de edad, con plena capacidad cognitiva y volitiva, en buen estado de salud física y psíquica y aceptación consciente –artículo 3-.

Interesa destacar que el artículo 15 del proyecto 18.057 dispone la condición de la aplicación de la técnica de FIV en tanto los beneficiarios se sometan a exámenes físicos y psíquicos completos a fin de detectar, tal y como lo señala el artículo 16, enfermedades hereditarias o males congénitos, misma condición establecida en el artículo 14 del proyecto de ley 18.151, con la diferencia de que en este último se

prohíbe la realización del procedimiento de FIV a la pareja que haya recibido un dictamen negativo como resultado de los exámenes antes señalados.

Adicionalmente, de los artículos 14 y 17 del proyecto 18.057 se desprende que no es un requisito necesario e indispensable que la mujer beneficiaria sea casada, ya que, refiere en ambos artículos a la mujer sin pareja.

Por su parte, el proyecto 18.151 establece que los beneficiarios de la técnica de FIV son dos personas de sexo diverso o heterosexuales, unidas por matrimonio o por unión de hecho judicialmente reconocida, mayores de edad, potencialmente fértiles, con plena capacidad cognoscitiva y volitiva, que se encuentren en buen estado de salud físico y psíquico –artículos 2 y 3-

El mismo artículo 2 del proyecto en mención prohíbe la FIV heteróloga, de mujeres solteras o que no se encuentren en una unión de hecho judicialmente reconocida y la transferencia del embrión en el cuerpo de una mujer distinta de aquella que ha provisto el óvulo –maternidad subrogada o vientre subrogado-.

Rol de los entes públicos. El proyecto 18.057 indica que el Ministerio de Salud funge como vigilante de los centros médicos que lleven a cabo o implementen la técnica de FIV –artículo 5-. El proyecto 18.151 dispone que es la misma entidad ministerial la encargada no solamente de la vigilancia de los centros médicos –artículo 22- sino de acreditar y aprobar las instalaciones adecuadas, el equipamiento y los medios necesarios requeridos por dichos centros a fin de llevar a cabo la práctica de FIV –artículo 19-.

Adicionalmente, el artículo 21 del proyecto 18.151 autoriza al Ministerio de Salud a crear un depósito de gametos, a fin de mantener separados y crio conservados los gametos femeninos y masculinos a fin de que los donantes puedan utilizarlos.

Sobre la naturaleza jurídica del embrión. El proyecto 18.057 equipara los derechos fundamentales del nacido con respecto del no nacido al señalar que la persona humana gozará de todos los derechos fundamentales a partir de la fecundación; derechos como: la vida, la salud, la integridad física, la identidad genética, biológica y jurídica, la gestación en el seno materno, el nacimiento, la familia y la igualdad – artículo 6-.

El proyecto 18.151 establece exactamente lo mismo en relación con la persona humana y que es considerada así a partir de la fecundación, igualmente establece los mismos derechos fundamentales del nacido para con el no nacido –artículo 4-.

Sobre la protección del embrión el proyecto 18.057 condiciona la práctica de la FIV al hecho de que todos los óvulos fertilizados en un ciclo de tratamiento sean transferidos a la misma mujer que los produjo. Sobre este aspecto interesa destacar que no establece un número límite de embriones a transferir –artículo 8-.

Por su parte, el proyecto 18.151 establece el mismo hecho condicionante con respecto de la aplicación de la FIV en tanto todos los óvulos fertilizados en un ciclo de tratamiento sean transferidos a la misma mujer, no obstante, este proyecto, a diferencia del 18057, sí establece una cantidad máxima a transferir de tres embriones –artículo 6-.

El mismo artículo 8 del proyecto 18.057, así como el artículo 6 del proyecto 18.151 prohíben expresamente la reducción, destrucción, experimentación, preservación o almacenamiento mediante congelamiento, comercio, donación de embriones en tanto ello atenta contra la vida y la dignidad humanas.

El artículo 19 del proyecto en mención establece una sanción de uno a seis años a quien, en aplicación de la técnica de FIV destruyere, redujere o diere muerte a uno o más embriones humanos, asimismo, el artículo 20 dispone delito culposo con respecto de la destrucción de embriones.

En el mismo sentido, el artículo 21 establece una sanción de prisión de uno a cuatro años a quien manipule embriones humanos, con ocasión de la aplicación de la técnica de FIV.

Adicionalmente, el artículo 9 establece la protección del embrión transferido y la prohibición de prohibir el embarazo salvo razones terapéuticas demostradas.

Por su parte, el proyecto 18.151 establece como delitos de acción pública la destrucción de embriones humanos, destrucción culposa de embriones humanos, manipulación prohibida de embriones humanos , estableciendo una sanción de prisión de uno a seis años, seis meses a tres años y uno a cuatro años, respectivamente – artículos 25, 26 y 27, respectivamente-.

No obstante lo anterior y a pesar de que varios temas de especial relevancia y asociados a la técnica de la FIV fueron desarrollados por los proyectos de ley propuestos, dichos aspectos no fueron considerados en las propuestas de ley que pretendían cumplir con la recomendación señalada por la Comisión Interamericana.

1.2.3. ACCIONES JUDICIALES A LO INTERNO DE COSTA RICA EN EL ÍTERIN DE LA RESOLUCIÓN DEL CASO POR PARTE DE LA CIDH

Cabe destacar que, en el íterin de la resolución del caso por parte de la CIDH, el 30 de mayo de 2008, algunas de las víctimas interpusieron acción de inconstitucionalidad contra la sentencia de la Sala Constitucional N° 2306, la cual fue rechazada de plano mediante la resolución N° 9578 del 11 de junio de 2008.

Posteriormente y estando en trámite el caso ante la comisión, algunas de las víctimas interpusieron una demanda judicial ante el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda contra la Caja Costarricense del Seguro Social con la finalidad de que se le practicara la técnica de FIV.

Así las cosas, mediante la sentencia N° 835 del 14 de octubre de 2008 el Tribunal Contencioso Administrativo concluyó que la técnica de 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 y con ello 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 técnica de FIV.

Asimismo, señaló que dicho procedimiento se realizaría respetando los lineamientos dictados por la Sala Constitucional, a partir del desarrollo actual de dicha técnica, de tal manera que, no era válida la fecundación de más de un óvulo por ciclo reproductivo de la paciente para su transferencia, ni era 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 con respecto de alguno de ellos.

La CCSS apeló la sentencia emitida por el Tribunal Contencioso y mediante resolución N° 465-F-S1-2009 del 07 de mayo de 2009 la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia anuló la resolución apelada y declaró sin lugar la demanda, indicando que la técnica de FIV estaría contraindicada para la demandante en razón de su edad aunado al hecho de que la demandante luego de la sentencia impugnada manifestó que no se sometería a la técnica de la fertilización in vitro en razón de su edad.

1.3. EL ESTADO COSTARRICENSE ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

Luego de que la CIDH concediera tres prórrogas al Estado para el cumplimiento de las recomendaciones señaladas en el informe de fondo 85/10 y ante los infructuosos intentos del Poder Ejecutivo y de la Asamblea Legislativa por cumplir lo recomendado por la Comisión Interamericana, el caso fue sometido por dicha comisión a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), de conformidad con lo dispuesto en los ordinales 51 y 61 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁷⁰¹.

La Comisión señaló a la Corte IDH que el caso se relaciona con alegadas violaciones de derechos humanos que habrían ocurrido como consecuencia de la presunta prohibición general de practicar la FIV que había estado vigente en Costa Rica desde el año 2000, tras una decisión emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Entre otros aspectos se alegó que esta prohibición absoluta constituyó una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada y familiar y a formar una familia. Asimismo, se alegó que la prohibición constituyó una 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 con respecto de la posibilidad de tener hijas o hijos biológicos. Además, se alegó que este impedimento habría tenido un impacto desproporcionado en las mujeres.

⁷⁰¹ La petición inicial fue presentada ante la Comisión Interamericana el 19 de enero de 2001 por el señor Gerardo Trejos Salas.

La Comisión solicitó a la Corte IDH 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 las presuntas víctimas.

El sometimiento del caso fue notificado al Estado y a los representantes de las presuntas víctimas el 18 de octubre de 2011, los cuales presentaron los correspondientes escritos de solicitudes, argumentos y pruebas el 19 de diciembre de 2011.

Cabe destacar que los representantes de las presuntas víctimas alegaron las violaciones a los artículos 4.1, 5.1, 7, 11.2, 17.2 y 24 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma; en perjuicio de las presuntas víctimas.

El 30 de abril de 2012 Costa Rica presentó ante la Corte IDH su escrito de excepciones preliminares –falta de agotamiento de recursos internos, extemporaneidad de la petición por parte de presuntas víctimas e incompetencia de la Corte para conocer “hechos nuevos no incluidos” en los “hechos de la demanda”-, contestación al escrito de sometimiento del caso y las observaciones al escrito de solicitudes y argumentos. En el mismo el Estado presentó dos excepciones y alegó la inexistencia de violaciones de derechos humanos.

La audiencia pública fue celebrada los días 5 y 6 de setiembre de 2012 durante el 96 Período Ordinario de Sesiones de la Corte IDH, llevado a cabo en la sede del Tribunal. En dicha audiencia se recibieron las declaraciones de dos presuntas víctimas y cuatro peritos, así como las observaciones y alegatos finales orales de la CIDH, los representantes del Estado, respectivamente.

Cabe destacar que en el proceso el Tribunal recibió 49 escritos en calidad de *amicus curiae* y el 4,5 y 6 de octubre de 2012 los representantes de las presuntas víctimas y el Estado remitieron sus alegatos finales escritos y la Comisión presentó sus observaciones finales escritas al proceso.

1.3.1. SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Así las cosas y en virtud del caso sometido a su jurisdicción, la Corte IDH emitió sentencia de 28 de noviembre de 2012 en el caso denominado “Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) vs Costa Rica”; la cual fue publicada el 22 de diciembre de ese mismo año.

Para la resolución del fondo del caso la Corte IDH concentró el objeto del proceso en los efectos de la sentencia emitida por la Sala Constitucional N° 2306 para con las presuntas víctimas y con ello la presunta violación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por parte del Estado de Costa Rica al prohibir, por medio de la sentencia en mención, la técnica de FIV en el país.

Para ello, la Corte IDH realizó un análisis con respecto de: alcance de los derechos a la integridad personal, libertad personal y vida privada y familiar en el caso, los efectos de la prohibición absoluta de la técnica de FIV, la interpretación del artículo 4.1 de la Convención Americana en lo relevante para el caso, la proporcionalidad de la medida de prohibición y finalmente, la conclusión sobre el fondo del caso.

La Corte IDH señaló que el artículo 11.2⁷⁰² de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada y familiar. Prohíbe, según indicó la Corte, 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.

Indicó 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.

⁷⁰² Artículo 11.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en lo que interesa reza: “[...] 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 [...]”

Con respecto del artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que indica “1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales”, la Corte destacó que el mismo incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que no esté lícitamente prohibido.

Es un derecho básico propio de los atributos de las personas, el cual se proyecta a través de toda la Convención. Señaló la Corte IDH que este derecho va más allá del derecho a la privacidad (que está más allá de injerencias de terceros y el Estado).

Según lo señalado por la CIDH, el derecho de libertad engloba una serie de posibilidades, entre ellas: organizar la vida individual y social con arreglo a la ley, escoger opciones, responder a aspiraciones, entre otros aspectos a considerar. La vida privada se relaciona con aspectos físicos y sociales de la persona. La efectividad de tal derecho permite el ejercicio de la autonomía personal. En este sentido dirá la Corte que “la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres.” Así las cosas, se sostiene que la decisión de ser padre o madre, se inscribe en el derecho a la vida privada, tanto en su sentido “genético o biológico” (párrafo 143).

Sobre el derecho a formar una familia, la Corte IDH destacó que la Convención cuenta con dos artículos destinados a proteger complementariamente la vida familiar, por una parte el artículo ya citado, por el otro el artículo 17, de la misma Convención. No obstante, este último artículo de cita, tanto el papel central de la familia, así como la vida familiar en su dimensión personal como social en general. Derecho que conlleva obligaciones, que favorecen de manera amplia el desarrollo y fortalecimiento del núcleo familiar.

Según la Corte IDH “la posibilidad de procrear” se inscribe al interior del derecho de fundar una familia.

Indicó la Corte IDH que, el derecho a la vida privada se relaciona con aspectos como: la autonomía reproductiva, el acceso a servicios de salud reproductiva, incluidas en ese sentido acceder a tecnología médicas que colaboren en ese sentido. Asimismo, se asegura que el derecho a la autonomía reproductiva, se encuentra reconocido en el artículo 16.e de la CEDAW. Tal que las mujeres gozan del derecho a decidir libre y

responsablemente la procreación, número de hijos, acceso a la información, educación y medios para ejercer el derecho. Este derecho, de acuerdo con la Corte Interamericana “es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar fecundidad” (párrafo 146).

Por otra parte, sobre el derecho a la integridad personal, la Corte IDH señaló que es posible analizar situaciones de particular angustia y ansiedad que afectan a las personas, visibles a través del impacto que se puede derivar de la carencia de atención médica y accesibilidad a ciertos procedimientos de salud.

En el análisis de pronunciamientos de la Corte Europea de Derechos Humanos relativos al Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Corte IDH, encuentra que aún cuando no se garantiza determinado cuidado médico, el derecho a la vida incluye como parte de él, la integridad física y psicológica de la persona, teniendo el Estado la obligación positiva de garantizarlo.

Sobre el derecho a la salud, indicó que el derecho a la salud se relaciona con el de derecho a la vida privada e integridad personal (física y psicológica) y en ese sentido incluye la salud reproductiva. No tomar medidas sobre lo considerado deviene, según lo indicado por la Corte IDH, en el menoscabo grave del derecho a la autonomía y la libertad reproductiva.

Reitera la Corte, que corresponde a los Estados regular y fiscalizar la prestación de servicios de salud, en relación con la efectiva protección del derecho a la vida e integridad de las personas (ello a la luz del concepto de salud, aportado por la OMS).

Agrega además, la Corte IDH, que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en relación con el derecho a la integridad personal, ha sostenido que la salud genésica implica todo lo relativo a decidir procrear y con ello, disponer cuándo hacerlo y cuántos de hijos tener. Asimismo, incluye el acceso a la información, a los métodos de planificación familiar y aspectos relacionados, a la vez que abarca el derecho de acceso a los servicios de salud requeridos.

En relación con los derechos reproductivos, la Corte IDH toma como parámetros el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, celebrada en El Cairo en 1994 y la Declaración y el Programa de Acción de

la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995, la Corte IDH sostiene, que de acuerdo con el primer documento citado, los derechos reproductivos incluyen ciertos derechos humanos ya reconocidos en las leyes nacionales y en documentos internacionales sobre derechos humanos y, otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas, aprobados por consenso. Derechos que se basan en el reconocimiento del derecho básico a la reproducción.

En segundo lugar, sostiene la Corte IDH, que en acuerdo con el Programa de Acción de la Conferencia, técnicas de FIV deben ser proporcionadas de conformidad con directrices éticas y normas médicas apropiadas. En igual sentido, se encuentra manifiesto en la Declaración de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer. En relación con este documento, la Corte, indicó que en dicha Conferencia los Estados se comprometieron a garantizar la igualdad de acceso y la igualdad de trato de hombres y mujeres en la atención de salud y promoción de la salud sexual y reproductiva.

La Corte destacó que la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica, que resulta necesaria para ejercer ese derecho; reconocido internacionalmente y regionalmente, está contemplado en el artículo XIII de la Declaración Americana y en el artículo 14.1 b) del Protocolo de San Salvador.

En conclusión, la Corte señaló que, “conforme al artículo 29 b) de la Convención Americana, 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 Convención Americana, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones” (párrafo 150).

1.3.2. CONCLUSIONES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL CASO CONCRETO

La Corte IDH observó que en la sentencia N° 2306 de la Sala Constitucional con respecto de los efectos de la prohibición de la FIV en Costa Rica, se incluyó un concepto de protección absoluta de la vida del embrión.

Además, concluyó que la decisión de la Sala Constitucional “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” (párrafo 159).

Dado que la Sala Constitucional estableció como condición que no se produzca pérdida embrionaria alguna al aplicar la técnica, el resultado práctico de ello, según la Corte IDH, devino en una prohibición de la misma, ya que, no se establecen posibilidades alternas.

A su vez, según la Corte IDH, la Sala Constitucional no deja en claro si la FIV, está o no proscrita en el país, no obstante, la sentencia de dicho tribunal constitucional llevó a que la FIV no se practicara más en Costa Rica.

Todos los anteriores hechos, vienen a constituir, de acuerdo con la Corte IDH, una interferencia en la vida privada y familiar de las presuntas víctimas, tal que obliga a las parejas a optar por otras posibilidades, decisión que debía provenir de los afectados en su intento de procrear con ayuda de las técnicas. Injerencia, que de acuerdo con la Corte, se circunscribe a decidir sobre el tipo de tratamiento al que se deseaba recurrir, en el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos.

En resumen la sentencia de la Sala Constitucional, devino en un efecto prohibitivo e impacto negativamente en las víctimas.

1. SOBRE EL DERECHO A LA VIDA.

La Corte IDH, en aras de determinar si la Sala Constitucional tenía o no injerencia para llevar adelante la restricción al ejercicio de los derechos señalados de previo, tomó en consideración, que la Sala Constitucional costarricense tiene como argumento fundamental, para limitar la práctica de la FIV en Costa Rica, que la Convención Americana obliga “a efectuar una protección absoluta del “derecho a la vida” del embrión y, en consecuencia, obliga a prohibir la FIV por implicar la pérdida de embriones” (párrafo 162).

Dado la argumentación anterior, así como lo argumentado por las partes en el proceso, la Corte IDH como intérprete de la Convención Americana, se vio obligada a

interpretar el artículo 4.1, en especial porque la Convención es el único documento internacional que se pronuncia acerca del momento a partir del cual se le otorga protección a la vida humana. En consideración a ello la Corte IDH, tomó como punto de partida lo alegado por las partes, que en lo fundamental, se esboza de la siguiente manera:

La Comisión Interamericana señaló que si bien el artículo 4.1 de la Convención podría ser interpretado en tal sentido que faculte al Estado a “regular la protección de la vida desde el momento de la concepción” ello no implica un mandato a realizarlo en tal sentido. Y, que en todo caso, el argumento en cuestión, no establece un derecho absoluto o categórico en relación con etapas prenatales de la vida. Antes bien, abordando el derecho comparado, existe un reconocimiento internacional del concepto de “protección gradual e incremental de la vida en la etapa prenatal” y que es viable un “escrutinio” por parte de la Corte, del artículo 4.1, sobre todo si está en juego el ejercicio de otros derechos también establecidos en la Convención Americana.

Las partes en sus principales argumentos señalaron: a) la concepción no es un concepto unívoco; no obstante, la Sala Constitucional se apegó a un determinado enfoque al respecto, tal que, optó por no tutelar “la discapacidad reproductiva de procrear”. Asimismo, se señaló que la frase “en general” contenido en el artículo 4.1 de la Convención Americana, supone excepciones (párrafo 164).

Las partes demandantes alegaron además, que el derecho a la vida no es absoluto ni irrestricto, o que la vida del no nacido la tenga especialmente. Se alegó que, si bien, el derecho interno puede otorgar una protección más amplia, ello no supone suprimir el goce y ejercicio de los demás derechos. Se indicó también que el artículo 4.1 dentro de su contenido no se refiere que el embrión sea vida humana, menos persona humana o ser humano.

Por su parte, el Estado costarricense, como parte demandada afirmó que la vida humana empieza desde la concepción y que el cigoto y el adulto son equivalentes. Así, según el Estado costarricense, el cigoto es un ser humano, al que se le debe reconocer su dignidad más allá de su vinculación con el útero materno. El estado argumenta que, si bien al momento de elaborar la Convención Americana (1968), no se tenía certeza de cuando inicia la concepción, la norma (art. 4.1) obliga a proteger la vida humana desde

el momento de la concepción. Siendo que identifica como sinónimos la concepción y la fecundación, admitiendo que desde que se da la fecundación existe individualidad. A favor de su argumentación, cita otros documentos internacionales.

Así las cosas, sobre el tema en cuestión la Corte IDH dio una interpretación del artículo 4.1 de la Convención Americana, haciendo un análisis sobre la interpretación conforme al sentido corriente de los términos, interpretación sistemática e histórica, evolutiva y del objeto y fin del tratado, con respecto específicamente de los artículos 1.2 y 4.1 de la Convención Americana sobre las palabras “persona” “ser humano”, “concepción” y “en general”.

La Corte en párrafo 172, reitera el enfoque que hasta entonces ha dado al derecho a la vida en el marco de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y muertas imputables a la falta de medidas por parte de los Estados. Manifestó que el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, pre requisito de todos los demás derechos humanos y los Estados tienen la obligación de crear las condiciones requeridas para evitar su violación: tomar medidas, proteger y preservar el derecho, para quienes se encuentren en su jurisdicción; incluso garantizar una vida digna.

Sobre el término “concepción”, la Corte IDH señaló que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo del embrión: la fecundación y la implantación. La Corte IDH señaló que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción.

La Corte IDH destacó 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 tal sentido, la Corte IDH entendió 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.

En virtud de ello y siendo 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, se entiende concepción como implantación y no se hizo mención al momento de la fecundación.

En relación con el término “en general”, la interpretación literal indica, según lo señalado por la Corte, que dicha expresión se relaciona con la previsión de posibles excepciones a una regla particular.

En conclusión, la Corte IDH interpretó que el término “concepción” se da desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual consideró que antes de ese 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.

Con respecto de la interpretación sistemática e histórica la Corte IDH consideró que a pesar de que la Sala Constitucional se basó en los artículos 4 de la Convención Americana, artículo 3 de la Declaración Universal, artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959; de ninguno de estos artículos o tratados es posible sustentar que el embrión pueda ser considerado personal en los términos del artículo 4 de la Convención.

En cuanto a la interpretación evolutiva que hace la Corte IDH, cabe destacar que para dicho análisis la Corte consideró 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 evolutiva 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.

Al realizar dicha interpretación la Corte le otorgó especial relevancia al derecho comparado, razón por la cual utilizó normativa nacional o jurisprudencia de tribunales internos a la hora de analizar controversias específicas en los casos contenciosos.

Adicionalmente consideró que la interpretación evolutiva es de especial relevancia para el caso concreto en virtud de que la FIV es un procedimiento que no existía al momento en el que los redactores de la Convención adoptaron el contenido del artículo 4.1 de la Convención, en virtud de ello, hizo un análisis evolutivo con respecto del status legal del embrión y las regulaciones y prácticas del derecho comparado en el relación con la FIV.

Sobre el primer aspecto y después de citar jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁷⁰³, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁷⁰⁴ y el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a la Aplicación de la Biología y la Medicina “Convenio de Oviedo”⁷⁰⁵ la Corte IDH concluyó 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. Antes bien, tomando en consideración que la concepción solo ocurre dentro del cuerpo de la mujer, se puede concluir que con respecto del artículo 4.1 de la Convención que el objeto directo de protección fundamentalmente es la mujer embarazada , ya que, la defensa del no nacido se hace esencialmente a través de la protección a la mujer. El Protocolo de San Salvador, a través del artículo 15.3 obliga a los Estados Parte, ofrecer atención especial a la madre. Enfoque que se mantiene en otros documentos internacionales, como la CEDAW, así como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

En relación con el aspecto referido a las regulaciones y prácticas sobre la FIV en el derecho comparado la Corte IDH consideró que, a pesar de que no existen muchas regulaciones normativas específicas sobre la FIV en la mayoría de los Estados de la región, estos permiten que la FIV se practique dentro de sus territorios, lo cual significa, según la Corte, 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.

⁷⁰³ Caso Vo. Vs Francia (N° 53924/00) GC, Sentencia de 8 de julio de 2004. Caso S.H. y otros Vs. Austria. (N° 57813/00, Sentencia de 3 de noviembre de 2011. Caso Costa y Pavan Vs. Italia. (N° 54270/10). Sentencia de 28 de agosto de 2012.

⁷⁰⁴ Caso Oliver Brustle vs. Greenpeace. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, Sentencia del 18 de octubre de 2011, Asunto C-34/10, Oliver Brustle Vs Greenpeace eV.

⁷⁰⁵ Convenio de Oviedo adoptado el 4 de abril de 1997 en Oviedo, Asturias, y entró en vigencia el 1 de diciembre de 1999. Fue ratificado por 29 Estados Miembros del Consejo de Europa, con seis reservas.

Al respecto la Corte consideró 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 tal sentido, la Corte IDH consideró que dicha práctica generalizada está asociada al principio de protección gradual e incremental y no absoluta de la vida prenatal y llegó a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona.

En cuanto al principio de interpretación más favorable y el objeto y fin del artículo 4.1 de la Convención Americana es salvaguardar el derecho a la vida sin que ello implique la negación de otros derechos que protege la Convención; de tal forma que, la expresión “en general” tiene como objeto y fin el permitir que, ante un conflicto de derechos, sea posible invocar excepciones a la protección del derecho a la vida desde la concepción.

En síntesis, según indicó la Corte IDH, 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.

Para llegar a la conclusión antes señalada, la Corte IDH citó una resolución del Tribunal Constitucional de Alemania para el ámbito Europeo –Sentencia VVerfGE 88, 203, 28 de mayo de 1993- y cuatro resoluciones, la primera de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Roe Vs. Wade*, 410 U.S. 115, 157; la segunda de la Sala Constitucional Colombiana, sentencia C-355 de 2006, la tercera de la Corte Suprema de Justicia Argentina, sentencia del 13 de marzo de 2012 y la última de la Corte de Justicia de la Nación de México del 28 de agosto de 2008, acción de inconstitucionalidad 146/2007.

Así, después del análisis de los diversos métodos de interpretación, la Corte arribó a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona para los efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana y que el término “concepción” en el sentido del artículo 4.1 de la Convención Americana 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.

Adicionalmente concluyó que las palabras “en general” que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general.

2. SOBRE LA PROPORCIONALIDAD DE LA MEDIDA

La Corte IDH en cuanto a la proporcionalidad de la medida de prohibición hizo una ponderación en relación con la severidad de la interferencia ocurrida en los derechos a la vida privada y familiar y los demás derechos involucrados, asimismo, analizó la severidad desde el impacto desproporcionado relacionado con la discapacidad, el género y la situación socioeconómica.

En razón del primer aspecto, la Corte IDH consideró que: 1. 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, 2. Con respecto de la afectación a la autonomía personal y del proyecto de vida de las parejas, la Corte observó 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; 3. 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.

Así las cosas, la Corte IDH consideró que las parejas sufrieron una interferencia severa en relación con la toma de decisiones con 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 con respecto a la posible discriminación indirecta en el caso.

3. EN CUANTO A LA DISCRIMINACIÓN OCASIONADA POR LA MEDIDA DE LA SALA CONSTITUCIONAL.

La Corte IDH en cuanto a la discriminación indirecta en relación con la condición de discapacidad, tomó en consideración la definición de infertilidad como enfermedad desarrollada por la OMS y con ello consideró que la infertilidad es una limitación funcional reconocida como una enfermedad y que las personas con infertilidad en Costa Rica, al enfrentar las barreras generadas por la decisión de la Sala Constitucional, debían considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, que incluyen el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva. Dicha condición demanda una atención especial para que se desarrolle la autonomía reproductiva.

Con respecto de la discriminación indirecta en relación con el género, la Corte IDH señaló que la existencia de estereotipos de género es incompatible con el derecho internacional de los derechos humanos y se deben tomar medidas para erradicarlos.

Finalmente, en cuanto a la discriminación indirecta en relación con la situación económica, la Corte destacó que la prohibición de la FIV tuvo un impacto desproporcionado en las parejas infértiles que no contaban con los recursos económicos para practicarse la FIV en el extranjero.

Un punto abordado por la Corte Interamericana giró en torno a la controversia sobre la alegada pérdida embrionaria y al respecto destacó que, siendo que, tanto en el embarazo natural como en técnicas como la inseminación artificial existe pérdida embrionaria, la protección del embrión que se busca a través de la FIV tiene un alcance muy limitado y moderado.

De todo lo anterior, la Corte concluyó que la Sala Constitucional 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, indicó que, la interferencia tuvo efectos discriminatorios.

Por todo lo anterior, la Corte declaró la violación de los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicios de las

víctimas y estableció las correspondientes medidas de reparación, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, así como la indemnización compensatoria por daño material e inmaterial.

1.4.EFECTOS DE LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN COSTA RICA

Al valorar los efectos de la sentencia al interior del ordenamiento jurídico costarricense, se encuentra en su generalidad tres aspectos a señalar: En primer lugar, lo relativo a las reparaciones y señalamientos hechos por la Corte IDH, en segundo lugar las acciones que ha iniciado el Estado en razón de lo señalado por la Corte y, en tercer lugar, los posibles cambios interpretativos sobre el alcance del derecho a la vida en relación a los no nacidos.

Nos referiremos a los diferentes aspectos en su orden:

1) Sobre lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La sentencia de la Corte IDH al declarar responsable al Estado costarricense 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 sobre Derechos Humanos, dispuso medidas de rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, así como la correspondiente indemnización compensatoria por daño material e inmaterial.

Con respecto de las medidas de rehabilitación dispuso al Estado concretamente la obligación de brindar en forma gratuita e inmediata hasta por un plazo de cuatro años, el tratamiento psicológico que requieran las víctimas de la prohibición de la FIV en Costa Rica, dicho tratamiento incluye la provisión de medicamentos, transporte y otros gastos que estén directamente relacionados y sean estrictamente necesarios.

En relación con las medidas de satisfacción la Corte IDH ordenó al Estado costarricense publicar, en un plazo de seis meses, el resumen oficial de la sentencia por una sola vez en el diario oficial, así como en un diario de circulación nacional,

asimismo ordenó poner a disposición en un sitio Web de la rama judicial, la sentencia íntegra de la Corte IDH.

Con respecto de las garantías de no repetición la Corte IDH recuerda y ordena al Estado costarricense lo relacionado con adopción de las medidas estatales requeridas que no impidan la práctica de la FIV, dentro de las que puntualmente se encuentran:

1. Evitar promulgar leyes que impidan el libre ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y evitar que se supriman o modifiquen las leyes que los protegen.
2. 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 sentencia e informar en seis meses las medidas adoptadas al respecto.
3. Regular a la brevedad los aspectos que considere necesarios para la implementación de la FIV, teniendo en cuenta los principios establecidos en la sentencia que a los efectos ha emitido la misma Corte IDH.
4. Establecer sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen la FIV e informar anualmente la puesta en vigencia de dichos sistemas.
5. La Caja Costarricense del Seguro Social 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 con respecto del principio de no discriminación.

En segundo lugar y como parte de las garantías de no repetición, la Corte IDH ordenó al Estado 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.

Finalmente, ordenó al Estado costarricense la indemnización compensatoria por daño material e inmaterial.

2) Acciones hacia una nueva legislación.

A fin de dar cumplimiento a la sentencia de la Corte IDH, el Poder Ejecutivo – Presidenta de la República y Ministra de Salud- plantearon ante la Asamblea Legislativa el proyecto de ley denominado “Ley de Fecundación In Vitro y Transferencia de Embriones Humanos”, el mismo que se tramita en la corriente legislativa bajo el número de expediente 18.738.

El artículo 1 propuesto dispone que dicha ley tiene por objeto la aplicación de la técnica de la Fecundación In Vitro y transferencia de embriones como parte del tratamiento de la infertilidad, deja por fuera este artículo cualquier probabilidad de incluir técnicas más novedosas en caso de producirse.

El artículo 2, por otra parte, ofrece una serie de definiciones relacionadas con la técnica, dentro de las que se encuentra propiamente la FIV definida como una técnica de reproducción asistida que involucra la fecundación de ovocitos fuera del cuerpo de la mujer y la infertilidad como una enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de doce meses más de relaciones sexuales frecuentes no protegidas.

Por su parte, el artículo 3 propone que sólo podrá practicarse la técnica de FIV si la mujer, el hombre o ambos son infértiles y el procedimiento sólo podrá llevarse a cabo en personas mayores de dieciocho años y con plena capacidad cognoscitiva y volitiva.

En este punto llama la atención el hecho de que no limita la aplicación de la técnica a matrimonios o parejas formalmente constituidas, sino que abre la posibilidad de la aplicación a cualquier persona, siempre y cuando sea infértil. No obstante, debe pensarse que para el caso, del varón parece que por su condición natural (vista a través de su incapacidad de gestar) su acceso debe necesariamente ser en pareja.

Los artículos 4, 5, 6, 7 y 8 proponen regular temas como la recomendación médica para la aplicación de la técnica, la autorización de los equipos profesionales, habilitación de los establecimientos, objeción de conciencia y consentimiento informado.

Llama la atención lo propuesto en el artículo 14 con respecto de la posibilidad de crio conservar gametos, cigotos, embriones o tejido gonadal en el procedimiento de la FIV y el hecho de que la cantidad máxima de ovocitos sometidos a inducción de fertilización será de hasta doce.

El artículo 15 propone la autorización de transferir un máximo de dos embriones por cada ciclo reproductivo y bajo criterio médico, un máximo de hasta tres embriones.

Con respecto de la protección del embrión el artículo 16 prohíbe la destrucción de embriones viables, así como la división y selección genética de embriones, su comercio, experimentación sobre ellos, así como la reducción embrionaria. Interesa recalcar, que de lo expuesto, la normativa supone una distinción, que aunque no se encuentra explícita si está contenida indirectamente, a saber, que es posible distinguir entre embriones viables y no viables.

Adicionalmente dispone que la persona por nacer no ser objeto de ninguna práctica discriminatoria en virtud de su patrimonio genético, sexo, raza o cualquier otro motivo, ni deba ser objeto de técnica alguna tendiente a experimentación de cualquier tipo o a modificar sus características.

Se propone crear, mediante el artículo 17, el registro nacional de donantes, a la que ubican como una dependencia administrativa del Ministerio de Salud en el que se inscribirán las personas donantes de gametos, establece además, que los donantes no tendrán ningún derecho ni obligación atinente a la filiación y paternidad en relación con los hijos e hijas nacidos de los gametos donados, indica que tampoco tendrá esos derechos u obligaciones el donante de embriones crio conservados o vitrificados.

El artículo 18 dispone las sanciones administrativas y del 19 al 27 los delitos asociados a la técnica; además, el artículo 28 dispone que la filiación de los nacidos con la técnica de FIV se regule por las normas establecidas en el Código de Familia y la legislación civil que corresponda.

Finalmente, proponen reformar el artículo 72 de la Ley N° 5476 del 21 de diciembre de 1973 “Código de Familia”, a fin de que quede regulado que la fertilización in vitro y transferencia embrionaria a la mujer con semen del marido o de un tercero, o bien con ovocitos de una tercera, en donde medie el consentimiento de ambos cónyuges,

equivaldrá a la cohabitación para efectos de filiación y paternidad y que dicho tercero o tercera no adquiere ningún derecho ni obligación inherente a tales calidades.

Vale la pena destacar que en la corriente legislativa se encuentra actualmente un proyecto de ley asociado a la técnica de fertilización in vitro, denominado “Ley para la atención integral de infertilidad”, tramitado con el número de expediente 18.665 y propuesto por varios diputados de la presente legislatura el 13 de diciembre de 2012.

En síntesis, el proyecto antes señalado, tiene como objeto regular y promover una política nacional para la atención integral de la infertilidad, a fin de que se promuevan estudios, investigación, prevención, diagnóstico integral y multidisciplinario y el tratamiento de la infertilidad a partir del conocimiento de las causas subyacentes que la producen, a fin de tratarlas integralmente –artículo 1-

Establece un concepto de infertilidad como “inhabilidad para lograr un embarazo, luego de un año de mantener relaciones sexuales con regularidad, sin uso de anticonceptivos.” –artículo 3 inciso a)-; por su parte, el artículo 4 establece que se declare de interés público la atención integral de la infertilidad, orientada al mejoramiento y fortalecimiento de la calidad de vida de los habitantes del país.

Cabe destacar lo dispuesto en el artículo 5 del proyecto en el sentido de que el Ministerio de Salud es la entidad ministerial competente a fin de definir la política nacional para la atención integral de la infertilidad, incluyendo lo relacionado con la formación, planificación, coordinación y ejecución de todas las actividades públicas relativas a la infertilidad, se crea además, el Sistema Nacional para la Atención Integral de la Infertilidad como un órgano desconcentración mínima adscrito al Ministerio de Salud Pública –artículo 6- cuyo fin es el de la investigación y estudio de la infertilidad, de sus causas subyacentes, de su diagnóstico en las parejas que la padecen y de los tratamientos integrales y multidisciplinario y combatirla –artículo 10-

No obstante, el anterior proyecto sigue sin aprobar y por el contrario, recientemente se introdujo en la corriente legislativa un nuevo proyecto de ley denominado “Ley Marco de Fecundación In Vitro” propuesto por un diputado de la presente legislatura.

Dicho proyecto, tramitado bajo el número de expediente N° 18.824 está compuesto de cuatro artículos, el primero establece un concepto de FIV como “[...] un procedimiento mediante el cual los óvulos de una mujer son removidos de sus ovarios, los cuales son fertilizados con espermatozoides en un procedimiento de laboratorio; una vez concluido esto el óvulo fertilizado (embrión) es devuelto al útero de la mujer”.

El artículo 2 dispone que el Ministerio de Salud, como ente rector en materia de salud pública, esté encargado de establecer los sistemas de inspección, control de calidad y requisitos mínimos de funcionamiento de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen la FIV, en coordinación con la Caja Costarricense del Seguro Social.

El artículo 3 prohíbe de manera expresa la implantación de más de tres embriones en el útero de la mujer, permite la congelación de embriones que no se utilicen a fin de ser implantados posteriormente en el útero de la mujer objeto del tratamiento y prohíbe la donación o comercialización de embriones.

Por último, el cuarto artículo dispone una sanción de prisión de 2 a 6 años al que done, negocie, venda, compre o comercie con embriones humanos.

Sopesando los proyectos más recientemente propuestos, el N° 18.665 es un proyecto que parece ser más exhaustivo y congruente con lo relativo a los derechos reproductivos.

3-Sobre los posibles efectos interpretativos de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al interior del ordenamiento jurídico costarricense

Considerando que Costa Rica, ha suscrito la Convención Americana y ha aceptado sin reserva alguna la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ello sin duda alguna lleva a suponer, que existen implicaciones para al Estado costarricense, que van más allá del mero cumplimiento de las reparaciones encomendadas y el restablecimiento del derechos conculcados. Con respecto a la Corte IDH, debe recordarse una vez más que: 1) es interprete autorizado de la Convención Americana y 2) sus resoluciones tienen carácter erga omnes; en otras palabras ellas no son facultativas, sino imperativas. Con respecto a este punto, la Sala Constitucional en

sentencia 5274-05, ha sostenido que en asuntos contenciosos, la Corte IDH tiene “autoridad suficiente para decidir sobre el mérito de los derechos y libertades” que considere vulnerados al interior del territorio costarricense. Dicho así las cosas, debe pensarse que la reciente sentencia de la Corte IDH, de 28 de noviembre de 2012 sobre el Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica, viene a incidir, de manera muy particular sobre la interpretación que hasta ahora se ha dado, en Costa Rica, del derecho a la vida, en específico, a la vida prenatal; y, porque no decirlo, con la prohibición a la práctica de la FIV.

Lo anterior se dice, en especial, si se toma como punto de referencia la argumentación que el Estado Costarricense, sostuvo a lo largo del procedimiento ante la Corte IDH. Costa Rica, preferentemente, sentó su defensa al amparo de la interpretación y alcance otorgado al artículo 4.1 de la Convención Americana en conjunto con el artículo 21 de la Constitución. En ese sentido, el Estado costarricense, interpretó que el derecho a la vida inicia desde la concepción, concepto que es utilizado como sinónimo de fecundación. En igual forma, se sostuvo, que, si bien el artículo 4.1 señala que la vida inicia “en general” desde la concepción; Costa Rica, acepta que el derecho a la vida inicia desde la concepción. En otras palabras, dada la argumentación del Estado costarricense, el concepto “en general”, parece no ser interpretado como una vía de excepciones prevista del artículo 4.1 sobre el derecho a la vida; sino, como una vía alterna y excluyente con respecto del derecho a la vida, dando como resultado una enfoque absolutista del derecho en cuestión. No obstante, no deja de llamar la atención que, Costa Rica, en su normativa, contempla normas que responden a dicha excepción (piénsese en la legítima defensa y el aborto terapéutico). Por tanto, el Estado costarricense, desde el enfoque absoluto del derecho a la vida, viene a sostener que los restantes derechos, puedan entrar en conflicto con el derecho en cuestión son depuestos en virtud de aquel.

No obstante, debe indicarse, que tal apreciación sobre el derecho a la vida, puede verse sustancialmente modificada al interior de la normativa costarricense; pues si bien es cierto, el Estado costarricense puede ampliar los derechos contenidos en la Convención Americana y puede determinar la forma en que los regula; también es indiscutible que existe un compromiso internacional adquirido por Costa Rica de respetar, proteger y garantizar todos los derechos reconocidos en la Convención

Americana, suscrito en razón de su soberanía y, que de común acuerdo con el artículo 29 de la Convención, ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en tal sentido que se suprima el goce y ejercicio de los derechos y libertades en ella reconocidos.

Sobre el derecho a la vida, en lo que respecta al Estado costarricense, desde un enfoque constitucional el derecho se ampara en dos normas en particular: por un lado el artículo 21 de la Constitución y, por el otro el artículo 4.1 de la Convención Americana. En cuanto a la norma constitucional relacionada con el derecho a la vida, el artículo es escueto y de carácter general, no se indica en él, cuales son los sujetos tutelados, ni a partir de qué momento se goza de dicha tutela; lo cual, supone, necesariamente, que este debe ser interpretado por la Sala Constitucional. No obstante, el Estado costarricense, en su interpretación del derecho ante la Corte IDH, apuntala su posición en el artículo 4.1 de la Convención Americana y, desde allí, se sostuvo que la vida embrionaria, goza del derecho fundamental a la vida, como titular del derecho y que tal derecho era de naturaleza absoluta. No obstante, lo anterior pierde fundamento, desde el momento mismo en que la Corte IDH, en sentencia de 28 de noviembre de 2012 emitida por Corte IDH -Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica -, se pronuncia sobre el alcance del derecho contenido en el artículo 4.1 de la Convención, en relación con la vida prenatal.

La Corte IDH, sobre el tema citado, sostiene una vez más, que el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, pre requisito de los restantes. No obstante, en su interés por dilucidar si el derecho en cuestión cubre o no al no nacido y, en específico, a la vida embrionaria, emite los siguientes criterios: 1) la concepción no es un proceso excluyente del cuerpo de la mujer; 2) la fecundación y concepción no son conceptos sinónimos; 3) para efectos de la Convención Americana, la concepción se equipara con la implantación, de manera que antes del evento señalado no procede aplicar el artículo 4.1 de la Convención; 4) al amparo del derecho comparado y, en virtud, de criterios propios, la Corte IDH sostiene que el trato a procrear a la vida embrionaria no es equivalente al de una persona y, que aquella no ostenta el derecho a la vida en forma equivalente a esta última.

Asimismo, interpreta la Corte IDH, que de acuerdo con la Convención Americana, el derecho a la vida no es un derecho absoluto y, que el concepto “en general” tiene por fin considerar posibles conflictos entre derechos consagrados por la

Convención, tal que puedan valorarse y apreciarse conjuntamente. En otras palabras, el concepto “en general” viene a dar cabida a posibles excepciones en la aplicación del derecho contenido y consagrado en la Convención.

En resumen, dichos enfoques vendrían a generar un cambio en la visión existente sobre el derecho a la vida, en el ordenamiento jurídico costarricense. Siendo que Costa Rica ha venido interpretando que el derecho es absoluto; aunque, a pesar de todo, vale la pena recordar, dos aspectos: 1) que Costa Rica, contempla excepciones en el derecho y 2) que la Sala Constitucional en el año de 2004 (sentencia 2004-02792), da lugar a un enfoque de mayor apertura con respecto del derecho a la vida, aceptando y validando una protección gradual de la vida embrionaria. Aspectos a los que no hizo alusión en el procedimiento ante la Corte IDH. No obstante, es necesario aclarar que, la Sala Constitucional, en sentencia 2004-0279, sostuvo que los puntos de vista señalados en el presente párrafo no desvirtuaban lo dispuesto en la sentencia 2000-2306.

Otro posible efecto, al interior de la normativa costarricense, sienta sus raíces en la sentencia misma de la Corte IDH, al concluir que derechos consagrados en la Convención, han sido conculcados a partir de la sentencia 2000-2306 emitida por la Sala Constitucional de Costa Rica, la cual dio lugar a la llamada “prohibición” de la práctica de la FIV, de manera tal que su restablecimiento supone, que de suyo la sentencia en cuestión pierde validez. En especial, si no se pierden de vista los artículos 2 y 29 de la Convención Americana y, el compromiso mismo adquirido por Costa Rica al suscribir la Convención, de acoger lo dispuesto por la Corte IDH en asuntos contenciosos que le competan.

Así las cosas, si se toma como punto de partida el pronunciamiento de la Corte IDH, sobre el alcance del artículo 4.1 de la Convención en relación con la vida embrionaria ya de suyo debe entenderse que no se contraviene de manera alguna el derecho en cuestión. Pues aunque el derecho a la vida es un derecho fundamental, este no se viene a predicar del embrión, dentro del marco existente de la legislación interna. Ciertamente, se entiende, que la protección del embrión deviene de la dignidad y participación de la naturaleza humana que le distingue, pero no en el sentido de ser sujeto de tutela del derecho a la vida en sí mismo.

La Corte IDH insta al Estado de Costa Rica a adoptar las medidas necesarias para hacer efectivo el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención, lo que no necesariamente supone legislar.

Hasta ahora los distintos Estados que han regulado en relación con la FIV, lo hacen no con el fin de permitir su práctica, la cual se acepta como posible y no prohibida; sino para regular aspectos asociados a ella. Los diferentes Estados han considerado de suma importancia regular asuntos relacionados con el destino de los embriones, investigación que los involucre, la comercialización o evitar posibles acciones que los afecten. No obstante, los temas señalados no necesariamente están relacionados con la práctica de la FIV.

Sobre los aspectos relacionados con la FIV, estos pueden ser abordados desde normas administrativas y, por supuesto, por norma específica, las que en todo caso vendrían a dar seguridad jurídica a los sujetos involucrados. Sin embargo, lo anterior no implica, para el caso de Costa Rica, que la prohibición persista y que está necesariamente para ser superada requiere una ley. Pero, cabe indicar que el Estado Costarricense, ha entendido que necesariamente, se debe legislar para que se produzca la práctica de la FIV, apreciación que de acuerdo con la presente investigación y los planteamientos en general aportados no necesariamente es correcta.

El enfoque citado se ha sostenido a partir de lo dispuesto por la Corte IDH en sus consideraciones sobre las garantías de no repetición. La Corte después de recordar al Estado costarricense el deber que tiene de tomar las medidas pertinentes para que no se repita la violación de los derechos, indica que 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”. Texto que, internamente, se ha interpretado en tal manera que, se estima la prohibición persiste hasta no darse una legislación; ya que, se continúa pensando la técnica importa aspectos asociados a la vida y la dignidad humana, que deben estar necesariamente regulados. No obstante, esta interpretación es cuestionable, si se toma en cuenta los compromisos adquiridos por el Estado al suscribir la Convención y si se toma como referencia los argumentos mismos de la Corte IDH. Sin embargo, lo que si resulta claro, es que el Estado como un posible proveedor del servicio en medicina reproductiva, deberá tomar

previsiones normativas para ofrecer el servicio, no obstante, ello no necesariamente implica la creación de una ley relativa a la aplicación de la FIV; más allá de la reserva que puedan tener los profesionales de la salud, para aplicar la técnica en un marco de seguridad jurídica o; en sentido complementario, la seguridad jurídica que se pueda brindar a los beneficiarios en el acceso TRHA y a quienes nacen a partir del uso de las mismas.

El acceso a la FIV tal y como ha sido definido por la CIDH y la Corte IDH, tiene amparo a la luz del derecho a la salud. Una respuesta tardía al acceso, sin duda, sigue implicando la violación a derechos fundamentales como: el derecho a la libre autonomía, a la vida privada y familiar, entre otros.

A nivel interno, el artículo 28 de la Constitución Política costarricense, hace ya posible acceder a la FIV, aún cuando, para el caso se entiende que la regulación es requerida para aspectos relacionados, con asuntos anexos a la TRHA y los sujetos involucrados en la aplicación misma de las técnicas. Así las cosas, aquello que no está prohibido, está permitido en el marco de la dignidad humana y del ejercicio de la libertad.

2. CRITERIOS DE LOS ACTORES MÁS RELEVANTES SOBRE LA TÉCNICA DE FERTILIZACIÓN IN VITRO EN COSTA RICA

Cabe destacar que el tema se ha discutido desde los más diversos ámbitos, tanto políticos como económicos, científicos y religiosos; y ha pasado de ser una aplicación de una técnica científica a convertirse en un tema de discusión tanto nacional como interamericano, que pusieron en discusión aspectos tan trascendentales como el inicio de la vida humana, el concepto de persona humana y de ser humano, asociado todo a la protección que el Estado debe o no dar y la ponderación de dichos aspectos el derecho de la vida con derechos sexuales, reproductivos, intimidad, vida privada y la libertad de decidir sobre la forma mediante la cual se tiene derecho a procrear.

Por lo anterior, importa para esta investigación hacer una breve descripción de las opiniones y criterios que la técnica y los aspectos trascendentales asociados han generado tanto en el Sector Público como en el Sector Privado y religioso.

Por lo anterior, en este apartado se hará una breve descripción y posterior análisis del criterio externado por las instituciones que integran el Estado Costarricense y que tienen una posición relevante tanto política como social, económica, científica y técnica profesional sobre la técnica de FIV y los temas íntimamente relacionados como son el derecho a la vida, a partir de qué momento inicia la vida humana, el derecho a la salud, a la igualdad ante la ley, a tener una familia, los derechos reproductivos, el derecho a la identidad, integridad e intimidad, el derecho al desarrollo científico y tecnológico y los derechos del niño, entre otros.

Las instituciones que nos ocupan en este apartado y que han externado un criterio sobre los temas señalados antes se integra en dos sectores, el público y el privado. Dentro del Sector Público se encuentran: la Procuraduría General de la República (PGR), la Defensoría de los Habitantes (DH), la Caja Costarricense del Seguro Social (CCSS), la Universidad de Costa Rica (UCR); dentro del Sector Privado se señala el criterio experto de los colegios profesionales en ciencias médicas y asociaciones privadas de interés público relacionadas con el tema como la Asociación Demográfica Costarricense (ADC) y otras agrupaciones de carácter privado.

Se incluye además, el criterio de la Iglesia Católica por ser uno de los actores relevantes a nivel nacional y por cuanto el criterio con respecto de la técnica de Fertilización in Vitro incluye aspectos como el inicio de la vida humana, en donde, quiérase o no, se han tomado en consideración aspectos de carácter moral y religioso.

Lo anterior permitirá brindar un análisis integral con respecto del contexto de la aplicación de la técnica de FIV en Costa Rica además, de la medición de criterios diversos sobre el tema y fundamentación de los mismos a fin de realizar una evaluación en relación con el contexto y marco institucional en el que se desarrolló la discusión sobre el tema.

2.1.SECTOR PÚBLICO

2.1.1. Procuraduría General de la República (PGR)

Precisa inicialmente señalar que de conformidad con el artículo 1 de la ley N° 6815 del 27 de setiembre de 1982, la PGR es el órgano superior consultivo, técnico-jurídico, de la Administración Pública y el representante legal del Estado en las materias propias de su competencia; de manera tal que sus dictámenes y pronunciamientos constituyen jurisprudencia administrativa y son de acatamiento obligatorio para la Administración Pública⁷⁰⁶

De conformidad con el artículo 3 inciso 1) la PGR tiene como una de sus atribuciones defender los derechos humanos de los habitantes de la República; entendiendo derechos humanos los derechos y garantías individuales consagrados por la Constitución Política, así como los derechos civiles y políticos definidos en las convenciones que sobre derechos humanos tenga firmadas y ratificadas la Nación.

Dentro del ámbito de su competencia y de conformidad con el artículo 4 de la Ley N° 6815 la PGR emitió criterio –mediante opinión jurídica- sobre la técnica de FIV mediante oficio OJ-O26-2011 del 5 de mayo de 2011, mismo que de seguido se resume.

Sobre la técnica de FIV. La PGR estimó que el Estado puede imponer regulaciones a la práctica de la FIV a fin de proteger la vida humana desde su concepción y siempre que las medidas sean proporcionales e idóneas.

Sobre el derecho a la vida. Sobre este derecho la PGR señaló que al Estado le asiste un deber fundamental de proteger la vida, el cual se sustenta en el artículo 21 de la Constitución Política y que según la PGR ha sido reconocido por la Comisión de Derechos Humanos mediante el Informe 85/10 al estimar que el Estado tiene un fin legítimo en regular la fertilización in vitro para proteger la vida humana desde su concepción –parágrafo 96 del Informe 85/10.

⁷⁰⁶ Artículo 2 de la Ley N° 6815 “Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República”.

Según estimó la PGR, la misma Convención Interamericana de Derechos Humanos (CADH) protege el derecho a la vida desde su concepción, lo anterior de conformidad con lo estipulado en el artículo 4 de la CADH y lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estableciendo que el alcance del artículo 4 de cita comprende una obligación de protección de parte del Estado y que el derecho a la vida es fundamental por cuanto de este depende la realización de todos los demás derechos.

Dicha afirmación la fundamenta citando, en lo que interesa, la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Instituto de Reeducción de Menores vs. Paraguay de 2 de setiembre de 2004, cita que interesa destacar, como sigue:

“156. Este Tribunal ha sostenido que **el derecho a la vida es fundamental en la Convención Americana, por cuanto de su salvaguarda depende la realización de los demás derechos** Al (sic) no ser respetado el derecho a la vida, todos los demás derechos desaparecen, puesto que se extingue su titular. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para el pleno goce y ejercicio de ese derecho.” (Se agregó el destacado)

Así las cosas, la PGR estimó que el Estado no solamente debe proteger la vida de los no nacidos desde su concepción, sino que además, debe resguardar el derecho a la vida y la salud de las mujeres que participen en los procedimientos de FIV.

En síntesis, para la PGR la vida humana inicia a partir de la concepción y es a partir de ese momento que el Estado debe proteger la vida humana; pero además, el Estado debe proteger y velar por la vida y con ello la salud de las mujeres que se sometan a la técnica de FIV, lo anterior mediante una regulación adecuada y proporcionada de dicha técnica.

2.1.2. Defensoría de los Habitantes (DH)

La Ley N° 7319 dispone en el artículo 1 que la DH es el órgano encargado de proteger los derechos y los intereses de los habitantes, a fin de cumplir con la función en

mención, dicho órgano debe velar porque el Sector Público se ajuste a la Constitución, a la leyes, los tratados y convenios suscritos por el Estado, así como a los principios generales del Derecho.

Bajo dicho ámbito de competencia es que la DH mediante el oficio N° DH-MU-0031-2011 del 24 de enero de 2010 emitió criterio en relación con la técnica de fertilización in vitro mismo que se resumirá a continuación, en lo que interesa a esta investigación.

Sobre la técnica de FIV. Según lo señaló la DH la Fecundación In Vitro (FIV) convencional consiste en la estimulación de la maduración folicular múltiple de los ovarios mediante el uso de medicamentos; la aspiración de los ovocitos, justo antes de la ovulación por vía vaginal mediante el uso de ecosonografía y su inseminación con los espermatozoides del donante, fuera del organismo materno. Tras la fecundación y posterior división celular, los embriones así obtenidos son transferidos al útero materno.

La DH describe como inicialmente, cuando Edwards y Steptoe describieron esta técnica, lo hicieron para solucionar el problema de las trompas de Falopio, por obstrucción o por ausencia de estas. Los buenos resultados obtenidos llevaron a extender su aplicación a otras indicaciones, como endometriosis, disfunción ovulatoria, subfertilidad masculina, factor inmunológico, causas mixtas, causa desconocida, edad de la mujer, tiempo de infertilidad pacientes con insuficiencia ovárica prematura, con función ovárica normal, pero sin útero funcional (por agenesias müllerianas, por sinequias intrauterinas severas, o histerectomizadas); parejas con desórdenes recesivos autonómicos ligados al sexo o traslocaciones cromosómicas balanceadas.

Otras indicaciones de FIV se dan en mujeres con cáncer que deseen tener hijos en el futuro, se puede realizar FIV y congelación de embriones antes de comenzar el tratamiento con quimioterapia o radioterapia, para luego transferir dichos embriones en el útero cuando la paciente esté en condiciones de embarazarse. Otra alternativa para estos casos es la congelación de ovocitos o tejido ovárico, sobre todo en pacientes que aún no tienen pareja o no han alcanzado la edad reproductiva.

En pacientes con ovarios normales, pero útero no funcional como resultado de una anomalía congénita, sinequias uterinas severas, pacientes histerectomizadas o

con patología médica que les contraindica un embarazo, se puede realizar la FIV con sus propios óvulos y luego la transferencia de los embriones formados en un útero subrogado, de una mujer que desee ayudar en la gestación.

Según lo indicado por la DH, las complicaciones asociadas a la FIV existen, pero son poco frecuentes: embarazo múltiple, hiperestimulación ovárica, hemorragia e infecciones.

La DH estimó que Costa Rica, como Estado respetuoso de los derechos humanos, debe acatar las recomendaciones del Sistema Interamericano a través de la puesta en práctica de medidas legislativas, administrativas o judiciales que garanticen el pleno goce de los derechos humanos. En el caso concreto, debe proceder a regular la técnica de la Fecundación In Vitro en el marco de los derechos humanos, por cuanto, corresponde al Estado Costarricense desarrollar una legislación que, basada en criterio técnico y evidencia científica, garantice los derechos de las personas que requieren contar con técnicas de reproducción asistida para atender sus necesidades e intereses.

Sobre el derecho a la vida. La DH estimó que el derecho a la vida se encuentra tutelado en el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como en el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José– y la Convención sobre los Derechos del Niño dejó a cada país regular el derecho a la vida de las personas menores de edad.

Sobre el inicio de la vida humana según la DH, el artículo 2 del Código de la Niñez y la Adolescencia (1998) brinda una definición de niño o niña como toda persona desde su concepción hasta los 12 años cumplidos, por su parte, el artículo 31 del Código Civil establece la existencia de la persona física comienza al nacer viva.

No obstante, a pesar de las consideraciones normativas hechas por la DH, dicho órgano señala que el momento mismo en que comienza la vida es un aspecto biológico y la definición de la “concepción” es un debate abierto, que pasa por lo jurídico, lo religioso y que dentro de esas mismas estructuras ha sido, según la DH, cambiante.

Así las cosas, la DH estimó que la vida humana no es lo mismo que la persona humana, por lo que la tutela jurídica también debe ser diferenciada y proporcionada; y

debe responder a la característica de no ser absoluto sino relativo, por lo que tiene una serie de límites intrínsecos y extrínsecos.

Sobre los derechos sexuales y reproductivos. La DH estimó que la salud sexual y reproductiva forma parte del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental y que el Estado Costarricense ha reconocido a través de la ratificación de la Declaración y Programa de Acción de Viena, el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo –El Cairo- y la Plataforma de Acción aprobada en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer – Beijing-.

Indicó la DH que estos derechos reconocidos internacionalmente están asociados a otros derechos humanos como son el derecho a la vida, a la información, a la igualdad, a la libertad y a la privacidad.

La DH refirió a las normas internacionales relacionadas con la salud sexual y reproductiva como el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el artículo 10.1 del Protocolo de San Salvador y los artículos 12 y 14.2 b) de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW).

Sobre el derecho a la familia. La DH señaló que el derecho a constituir una familia está consagrado en el artículo 6 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el mismo que establece la obligación correlativa del Estado de proteger ese derecho.

La DH asocia dicho derecho con el desarrollo científico en el sentido de que este último contribuya a constituir una familia bajo el principio de desarrollo progresivo de los derechos y al respecto destaca lo dispuesto en el artículo 26 de la Convención Americana con respecto del compromiso que adquieren los Estados partes a fin de adoptar providencias tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos

–reformada por el Protocolo de Buenos Aires– en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

La Defensoría estima correcto proteger el no nato, pero, según dicha institución, la protección no puede hacerse por encima de los derechos de quienes van a ser sujetas del tratamiento del FIV, no hay que perder de vista que se trata de un procedimiento en el cuerpo de las mujeres, por lo que privilegiar la tutela del no nacido por sobre la tutela de las mujeres es jurídicamente una tutela desproporcionada.

En este sentido, la DH llama la atención sobre la necesidad de regular los derechos de las personas interesadas en practicarse esta técnica, tales como el derecho a la familia, así como sobre la autonomía de las mujeres.

Sobre el derecho a la identidad y a la dignidad. Según la DH este es un derecho humano y por tanto fundamental para el desarrollo de las personas y de las sociedades; el derecho a la identidad comprende elementos que nos permite diferenciar una persona de la otra.

El derecho a la identidad se encuentra establecido en las normas nacionales e internacionales y se señalan varios elementos, el primero es la identidad otorgada por nuestros padres biológicos que se refiere al origen genético- biológico de una persona y el segundo que se refiere al origen cultural y vital de la personalidad y su desarrollo histórico existencial⁷⁰⁷, su importancia no sólo radica en el hecho de ser un componente importante de la identidad de las personas, ya que, les dota de existencia legal y les permite el ejercicio de sus otros derechos; sino que permite que las personas conozcan sus orígenes, fundamental para el desarrollo de su personalidad.

Según la DH en Costa Rica el derecho a la identidad es parte básico en la protección de los derechos de los niños y niñas, la Convención sobre los Derechos del Niño establece en el artículo 3º el principio rector del interés superior del niño, a su vez el artículo 7º señala:

“1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a

⁷⁰⁷ Bertoldi de Fourcade, María Virginia, “Investigación de paternidad”, La Ley 1999, Argentina, Edición 1230, www.patagonicallegal.com.ar/antiores/mail27-2006.htm visitado el 22/05/2008

adquirir un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.

Los artículos antes señalados se encuentran muy relacionados con el artículo 8 de la misma Convención en la que se establece:

“1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”.

Para la DH el derecho a una identidad presupone entonces el derecho a la nacionalidad, al nombre y las relaciones familiares, entendiéndose además, en la medida de lo posible, conocer a sus padres biológicos, conocer el propio origen como un derecho a la personalidad y lo más importante es que de estos artículos se puede definir el derecho a conocer su verdad biológica.⁷⁰⁸

En tal sentido y en concordancia con lo señalado por las normas internacionales, el artículo 53 de la Constitución Política establece el derecho a conocer quiénes son nuestros padres, a conocer cuál es la identidad biológica, pero más aún la Ley de Paternidad Responsable, La Ley N° 8101 del 16 de abril de 2001 vino a consolidar el derecho de la niñez costarricense a tener una identificación, conocer quién es su madre y su padre, ser cuidado por sus progenitores y tener una nacionalidad, derechos fundamentales de todo ser humano, desde su nacimiento la Convención Internacional de los Derechos del Niño, ratificada por Costa Rica en 1990, como el de tener una vida familiar y gozar de un desarrollo integral, tal como se reconoce en el artículo 4 del CNA: “Es obligación del Estado, adoptar las medidas administrativas, legislativas,

⁷⁰⁸ Fleitas Ortiz de Rozas, Abel. Derecho a la identidad. La Ley, Año LXIX N° 222, Tomo 2005-F Buenos Aires Argentina, 2005

presupuestarias y de cualquier índole para garantizar la plena efectividad de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes”.

Con la entrada en vigencia del Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA), en Costa Rica se establece claramente el derecho a la identidad, aparte de los elementos supra indicados establecidos en la Convención de los derechos del Niño, además, agrega su derecho a portar un documento de identidad otorgado por el Estado.

El artículo 23 del Código de la Niñez y la Adolescencia, específicamente establece que las personas menores de edad tendrán derecho a un nombre, una nacionalidad y un documento de identidad costado por el Estado y expedido por el Registro Civil.

Aunado a lo anterior, la DH destaca que este derecho de conocer cuál es el origen de las personas y propiamente de conocer quiénes son sus padres, la Sala Constitucional lo ha desarrollado, en el Voto N° 2007-011158 de las 14:52 horas del 01 de agosto del 2007.

Sobre el derecho a la igualdad. En relación con el derecho a la igualdad, la DH indica que el Estado costarricense ha aprobado y ratificado la Declaración y Programa de Acción de Viena, el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (El Cairo) y la Plataforma de Acción aprobada en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing) que son acuerdos internacionales de derechos humanos que respaldan la igualdad de género.

Además, ha suscrito convenciones como la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres (CEDAW) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, aprobada por la Ley No.7499 de 2 de mayo de 1995, donde el Estado adquiere compromisos adicionales a los instrumentos generales de Derechos Humanos ratificados por el país para la garantía de igualdad y no discriminación.

Según la DH el principio de igualdad, encuentra en el principio de no discriminación su otra cara de la moneda, para cuyo cumplimiento exige en determinadas ocasiones que el Estado ejerza sus potestades estatales mediante el establecimiento de medidas que correspondan para situar a las mujeres en ese plano de igualdad. La DH cita lo establecido por el Comité de Derechos Humanos en su

Observación General sobre el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que constituye una cláusula general de no discriminación.

Según la DH la igualdad entre hombres y mujeres está “[...] conjugada con la prohibición de la discriminación basada en el sexo o discriminación contra las mujeres, desde el marco de los derechos humanos, es decir, desde la óptica de que estos dos principios generan obligaciones legales para los Estados”⁷⁰⁹.

Para la DH lo anterior es relevante en el tanto facilita comprender cómo el derecho a la igualdad y prohibición de discriminación se concretan en el momento en que las personas y los Estados reconocen las diferencias entre los sectores de la población –en el caso concreto, entre hombres y mujeres- y se procura garantizar las mismas oportunidades para el acceso a los derechos a partir de estas diferencias.

2.1.3. Caja Costarricense del Seguro Social (CCSS)

De conformidad con el artículo 1 la Ley N° 17 “Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social” del 13 de octubre de 1943, la CCSS es una institución autónoma a la que le corresponde el gobierno y la administración de los seguros sociales y está dirigida, de conformidad con el artículo 6 de la ley en mención, por una Junta Directiva.

Dicha institución posee gran relevancia dentro del Sistema de Seguros Sociales costarricense y el criterio médico de dicha institución resulta de especial relevancia para el presente trabajo de investigación.

Es por lo anterior que interesa exponer el criterio de la CCSS con respecto de la técnica de FIV en Costa Rica, el mismo que señaló mediante oficio N° 17667-5-SEC-11 del 2 de marzo de 2011.

Sobre la técnica de FIV. Al respecto la CCSS indica que se obliga a participar a la institución en una técnica que no ha sido absolutamente aceptada desde el punto de vista científico, exponiendo recursos destinados a la seguridad social, por lo tanto, podría ponerse en entredicho el principio de solidaridad social; la prohibición de

⁷⁰⁹ Facio, Alda (2007). La igualdad substantiva: Un paradigma emergente en la ciencia jurídica, Ponencia presentada en Congreso en España.

destinar recursos y fondos de los seguros sociales a actividades diferentes a las que justificaron su creación.

Según lo indicado por la CCSS, la técnica de FIV comprende un conjunto de técnicas en la que además, de la labor del médico converge la participación de otros profesionales sanitarios. Tanto esta técnica como las condiciones bajo las cuales puede ser aplicada, deben ser analizadas dentro del contexto de un acto médico, pero implican por necesidad la coparticipación de servicios de apoyo especializados y ultra especializados.

El término FIV hace referencia a la unión de un gameto femenino con un gameto masculino en un recipiente de laboratorio. El producto de esta unión, el óvulo fecundado, es en sí un ser humano de facto, según lo define el ordenamiento jurídico costarricense. A partir de la concepción in vitro, este ser humano debe ser recolocado o transferido al medio ambiente natural de crecimiento y desarrollo del embrión humano, este es el útero de su madre.

En todo momento, según la CCSS, debe reconocerse que se trata de una técnica prescrita por un médico como parte de un plan terapéutico o remedial y como todo acto médico exige anamnesis, exámenes físicos y pruebas previas de laboratorio y gabinete. Exige una rigurosa secuencia de eventos dentro del contexto de la práctica de la Medicina que lleva al facultativo Gineco-Obstetra a prescribir o a recomendar un procedimiento específico.

Según la CCSS el procedimiento de FIV tiene un grado importante de riesgo para la mujer y para los seres humanos concebidos in vitro, hijos de esa mujer. Este riesgo, según dicha institución, debe ser estimado, expuesto y asumido en cada caso particular por el médico tratante y por la usuaria, exigiéndose que ambos lleguen a un consenso informado, discutido, aceptado y firmado por ambos, estableciéndose una relación contractual en la que idealmente ambas partes asumen el riesgo implícito.

En criterio de la CCSS, la aplicación de la técnica de FIV es una buena alternativa en la medida en que se asegure la protección de los implicados, indica además, que no resulta apropiado atender los derechos reproductivos de algunas mujeres, si al mismo tiempo no se protegen los derechos de los seres humanos

concebidos in vitro. Independientemente de las características genómicas del ser humano recién concebido in vitro, su vida debe prevalecer y ser protegida a la luz del ordenamiento jurídico costarricense.

Con respecto de la eficacia de la técnica, la CCSS señala que, según los resultados arrojados por un centro médico de España, con respecto de dicha práctica, se indica que para obtener éxito en una pareja sometida a ese procedimiento, se requiere por lo menos una proporción de 24 embriones para, por lo menos 5 transferencias, obteniendo, según sus propias manifestaciones, un logro de un 45%.

Indica que otros centros en España señalan un porcentaje de éxito de un 18.7% de los cuales sólo llegarán a término el 75% aproximadamente. La CCSS indica que algunos estudios disponen que la media de éxito de la FIV puede ser comparado con el porcentaje de óvulos fecundados de forma natural, lo cual no es tan certero puesto que, en el caso de la técnica de la Fecundación In Vitro, el número de embriones perdidos se multiplica haciéndolo efectivo solo con respecto al 1%; además, olvidan, según señala la CCSS, que la naturaleza logra el embarazo con un solo embrión frente a los 24 de la técnica.

Apunta que en los Estados Unidos de América la tasa de nacidos vivos mediante la FIV es aproximadamente del 27% por ciclo, con una tasa de embarazo del 33%, sin embargo, las posibilidades de éxito varían mucho dependiendo de la edad de la mujer – cita Donnez y otros 2004)

Sumado a lo anterior, indica que cuando se utilizan los propios ovocitos de la mujer menor de 35 años la tasa de embarazo es alrededor del 43% por ciclo, lográndose el término en un 36.5%, mientras que para mujeres de 42 años la tasa cae en un 4% y cita a Sánchez y otros, 2008.

La Junta Directiva de la CCSS considera necesario que en caso de que se regule la técnica de FIV esta debe garantizar en todo momento la certeza y seguridad jurídica de la implementación de la técnica en función de las partes en el proceso, incluyendo en ese sentido desde el embrión hasta los progenitores, lo anterior con el propósito de no menoscabar los derechos a la vida, a la salud, a la dignidad humana, integridad de la persona, trato no discriminatorio y seguridad social.

Por su parte, el Centro de Desarrollo Estratégico e Información en Salud y Seguridad Social (CENDEISSS) explica que la técnica de FIV tiene que formar parte de un análisis bioético y utiliza como base para el análisis de la técnica de FIV los principios bioéticos de no maleficencia, beneficencia, justicia distributiva y autonomía⁷¹⁰.

Al respecto, dicha instancia señala en primer término que la FIV y transferencia embrionaria o las técnicas de reproducción humana asistida implica el análisis de aspectos bioéticos como son: la capacidad reproductiva de la mano del derecho a la reproducción, el ámbito de la autonomía de la voluntad y sus límites, el origen de la vida y con ello la investigación científica con respecto del tema, entre otros.

Según dicha entidad, la Fecundación In Vitro ocurre de manera extracorpórea o fuera de la mujer, de manera tal que, los óvulos fertilizados no son implantados en el útero de la mujer receptora de la técnica, la implantación es el proceso por el cual el óvulo fertilizado, se implanta en el endometrio, por tanto, no es correcto indicar que los óvulos fertilizados se reimplantan sino que se reintroducen dentro del cuerpo de la mujer, esperando que ocurra el fenómeno de la implantación o anidación.

Al respecto, la entidad recomienda que dicha técnica sea aplicada únicamente por la CCSS, a fin de que el Ministerio de Salud centralice dicha competencia, no obstante, el inconveniente que apunta está relacionado con el costo que debe asumir dicha entidad.

Indica que Costa Rica al regular la técnica de FIV debe estar preparada para enfrentar situaciones como el derecho del hijo de conocer la identidad del donante, el derecho del hijo de reclamar derechos al donador, determinar la relación jurídica de filiación y establecer el conjunto de efectos que comporta –patria potestad, obligaciones de custodia, apellidos, alimentos, derechos sucesorios-; los requisitos que deben tener los donadores.

Sobre el derecho a la vida. La CCSS considera que, en Costa Rica por disposición legal la vida es considerada a partir de la conceptualización biológica de la

⁷¹⁰ Oficio CENDEISSSS-AB-027-01-2011 del 10 de enero de 2011 mediante el cual aporta criterio técnico respecto del “Proyecto de ley sobre Fecundación in vitro y Transferencia Embrionaria” Expediente N° 17.900.

existencia humana, aspecto que se interrelaciona directamente con lo dispuesto en el numeral 31 del Código Civil, el mismo que reafirma la protección del no nacido de los derechos patrimoniales que pudiesen surgir, mientras se encuentra en esa condición sin embargo, la protección a la vida de la persona es entendida a partir de la concepción.

Lo anterior está reconocido por los instrumentos internacionales como los artículos 5.1 y 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 4.1 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el preámbulo y artículo 6 de la Convención sobre los derechos del niño.

En cuanto al ordenamiento interno que establece la protección de la vida de la persona a partir de la concepción se encuentra el artículo 69 del Código de Familia, artículos 2 y 12 del Código de Niñez y la Adolescencia.

Así, según la CCSS, dentro del desarrollo científico, la teoría que ha aplicado Costa Rica comprende el inicio de la vida a partir de la unión de gametos –uno masculino y otro femenino- que forman un cigoto, el cual contiene la identidad genética del nuevo individuo, lo anterior refiere al reconocimiento del ser humano cuando es un organismo, lo cual quiere decir que se encuentra reconocido como unidad integrada por estructuras y funciones, sin importar el nivel de complejidad.

Según la CCSS, el cigoto es persona porque posee la capacidad de un desarrollo orgánico, lo cual forma parte de una de las fases del desarrollo humano.

Así, la CCSS señala que la vida humana inicia con la concepción, aspecto que, según dicha institución, está considerado a nivel de la ciencia como del derecho – artículos 21 de la Constitución Política, 51 y 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 31 del Código Civil y 69 del Código de Familia, así como los artículos 2 y 12 del Código de la niñez y la adolescencia.

Según la CCSS, el embrión humano, en todos los estudios científicos y jurídicos, se reconoce como un individuo diferente a sus padres, con un código genético individualizado, irrepetible, inédito, el cual permanecerá invariable y se desarrollará hasta la vejez siempre que cuente con nutrición, oxígeno y tiempo.

La CCSS señala que el ordenamiento jurídico costarricense extiende la protección del no nacido desde 300 días antes de su nacimiento, lo cual implica que antes de concebido ya se encuentra protegido para todos aquellos actos en los cuales le puedan favorecer –artículos 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 31 del Código Civil y 69 del Código de Familia-.

En conclusión, según la CCSS la vida es el derecho por excelencia, sin ella no tienen razón de existir cualquiera de los otros derechos existentes, indica que, si bien es cierto el derecho a la salud es amplio por disposición de la Sala Constitucional, incluyendo la salud sexual y reproductiva, lo cierto del caso es que deja de ser predominante ese derecho cuando se enfrenta al derecho a la vida de otros individuos como lo son los embriones, dicha afirmación la fundamenta en lo señalado por la Sala Constitucional mediante resolución N° 7958 de las 10:30 horas del 7 de junio de 2007.

Sobre el derecho a la salud. Según la CCSS, del derecho a la vida se desprende el derecho a la salud de toda la población, entendido como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social según el artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos.

Este derecho abarca la atención primaria de la salud, donde se ubica la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos directamente asegurados y sus familiares así como, la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos ubicados dentro de la jurisdicción del Estado. Entendiéndose por servicios de salud, la atención, prevención y tratamiento de enfermedades, la educación de la población en estos temas y la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo, o en condiciones de pobreza, aspecto que los posiciona en una condición más vulnerable, lo anterior según la resolución de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia N° 17276 de las 16:46 horas del 18 de noviembre de 2008.

Sobre el derecho del niño. Según la CCSS es importante considerar dentro del tema de FIV los derechos del niño, como son: el interés superior del niño, el desarrollo integral, la aplicación integral o condición más favorable para el menor, la responsabilidad del Estado frente a cualquier abuso cruel o degradante, el derecho a la integridad incluyendo su integridad física, psíquica y moral, el derecho a vida familiar

lo que incluye conocer quiénes son sus padres y crecer y desarrollarse a su lado; el derecho a tener contacto con su círculo familiar, el derecho a la prestación alimentaria y el derecho a la salud, el cual incluye desde la atención médica hasta los medicamentos.

2.1.4. Poder Judicial (PJ)

El Poder Judicial rinde informe con respecto de la FIV en razón de la consulta que hace la Asamblea Legislativa con respecto del proyecto de ley tramitado mediante el número de expediente 17.900 y es en razón de dicho proyecto que la Corte Plena, mediante acuerdo N° 6-11 celebrado el 7 de marzo de 2011 remite el informe con el análisis correspondiente.

Cabe destacar que en el informe rendido el PJ omitió el análisis de fondo del asunto con respecto de temas como el inicio de la vida humana y el reconocimiento del ser humano como tal por cuanto, consideró que debía rendir un informe neutro que no genere problemática por cuanto ya la Sala Constitucional se había pronunciado sobre el fondo de la técnica de FIV mediante la resolución N° 2306 de las 15:21 horas del 15 de marzo del 2000 y en virtud de que, si el proyecto llegaba a ser ley de la República podría entrar a consulta de constitucionalidad.

No obstante, es importante destacar la discusión que se dio en el seno de Corte Plena con respecto del informe rendido sobre el proyecto y específicamente sobre temas de gran relevancia para el presente estudio como el derecho a la vida, cuándo inicia la vida humana, el derecho a la integridad y dignidad y los derechos reproductivos, considerando que lo que se plasma en este resumen son los comentarios de los magistrados con respecto de los temas señalados y no la posición oficial de la Corte Plena del Poder Judicial, por las razones antes señaladas.

Sobre la técnica de FIV. Según el Magistrado Chinchilla en el informe no se toma partido por ninguna posición por la problemática que generaría.

No obstante, interesa destacar la discusión que se da en el seno de la Corte Plena sobre la aplicación o prohibición de la técnica, el Magistrado Arroyo señala que "...Lo que no es posible seguir sosteniendo la prohibición absoluta a la práctica de la Fecundación In Vitro,..."

Sobre el derecho a la vida. El informe aportado por el PJ a la Asamblea Legislativa hace una acotación con respecto a la definición de “embrión” e indica que “...la Real Academia Española, en su vigésima segunda edición, lo define como: “1.m Ser vivo en las primeras etapas de su desarrollo, desde la fecundación hasta que el organismo adquiere las características morfológicas de la especie. 2. En la especie humana, producto de la concepción hasta fines del tercer mes del embarazo.””

Al respecto, el Magistrado Arroyo señala que no existe consenso sobre cuando inicia la vida humana , ya que, existe una gran cantidad de criterios tanto a nivel científico como bioético, no obstante, desde el punto de vista del Derecho existe, según el magistrado Arroyo, un principio de progresividad de protección a la vida y a la persona humana.

El magistrado Arroyo consideró que la protección gradual de la vida es un concepto que se debe tomar en cuenta en la discusión nacional y desde este punto de vista es posible dar una respuesta positiva a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Toma en consideración aspectos como los mecanismos y técnicas existentes a fin de evitar la concepción o implantación, los mismos que están siendo utilizados en el país y que son jurídica y socialmente aceptados.

Sobre el derecho a la dignidad. Sobre este derecho el Magistrado Arroyo señala que de acuerdo con la Corte Europea de Derechos Humanos, la protección de la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo la capacidad para desarrollar su propia personalidad y sus propias aspiraciones, es decir, determinar su propia identidad y definir sus relaciones sociales.

Según el magistrado Arroyo, la dignidad del individuo abarca la formación de la identidad de la persona y esto también es parte fundamental de lo que debe estar resguardado de las injerencias arbitrarias del Estado.

En este sentido, el magistrado en mención destaca que la protección a la vida privada de los individuos incluye la decisión de convertirse en madre o padre, reconociendo que esta es una faceta particularmente importante en la existencia de los individuos.

Sobre los derechos reproductivos. El Magistrado Solís señala que el tema de FIV atañe directamente a los derechos reproductivos de la mujer, es un tema, indica el magistrado, que se dirige directamente con la autonomía que tiene la mujer como sujeto de derecho en definir y en determinar el ejercicio de sus derechos fundamentales para ser madre, esposa e hija y para integrar una familia.

2.2. AGRUPACIONES PRIVADAS DE INTERÉS PÚBLICO Y OTRAS ASOCIACIONES PROFESIONALES Y SOCIALES.

Las agrupaciones privadas de interés público y las asociaciones profesionales y sociales como son los colegios profesionales representan un lugar importante en la sociedad costarricense, es por ello que en este apartado se hace un resumen de lo que han señalado agrupaciones como la Asociación Demográfica Costarricense (ADC), la Asociación Herediana de Médicos y Cirujanos, el Colegio de Médicos Veterinarios, el Grupo de Estudios sobre Derechos Sexuales y Reproductivos de Costa Rica, la agrupación Alianza por tus derechos, la Asociación para el Desarrollo de las Mujeres Negras Costarricenses, la Red Feminista contra la Violencia hacia las Mujeres y la agrupación Colectividad por el Derecho a Decidir; sobre la técnica de FIV y los temas directamente relacionados como el derecho a la vida, a la familia, a la salud y los derechos sexuales y reproductivos, entre otros.

2.2.1. Asociación Demográfica Costarricense (ADC)

Al respecto la Asociación Demográfica Costarricense (ADC)⁷¹¹; mediante el oficio N° DE-355-10 del 20 de diciembre de 2021⁷¹², considera que el país debe transitar hacia el reconocimiento de la autonomía, autodeterminación y privacidad de las personas en cuanto a su derecho a tener control de su sexualidad, a decidir libremente sobre su proyecto de vida, a la identidad personal y la autonomía individual, incluidos el número de hijas e hijos que desean tener, con qué espaciamiento los desean y con quién desean tenerlos.

⁷¹¹ Organización de la sociedad civil fundada en 1966 y declara de bien público según Decreto Ejecutivo N° 1422-J del 20 de abril de 1983.

⁷¹² Dicho criterio fue externado por la ADC en razón del expediente N° 17.900, “Ley sobre fecundación in vitro y transferencia embrionaria” publicado en La Gaceta 216 del 8 de noviembre de 2010.

Para dicha institución, la fertilización in vitro es una técnica asistida que permite el acceso al ejercicio pleno de los derechos a aquellas personas que desean tener hijos e hijas biológicas y que no pueden concebirlo sin asistencia médica-científica.

El criterio de la institución de cita toma como punto de partida el derecho a formar una familia, a la privacidad, a la autonomía, a la igualdad y a la autodeterminación de las personas y en especial de las mujeres; siguiendo lo estipulado por la recomendación general N° 24 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), párrafo 31, e) que establece “exigir que todos los servicios de salud sean compatibles con los derechos humanos de las mujeres, inclusive sus derechos a la autonomía, intimidad, confidencialidad, consentimiento y con opción con conocimientos de causa”.

Señala además, que dicha técnica no debe exponer la vida y la salud de las mujeres, a fin de que la práctica en mención no sea una forma de someter a las mujeres a cargas desproporcionadas desde lo económico, emocional, psicológico y médico; por cuanto, lo contrario llevaría a lesionar lo señalado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –Observación General N°14-; que destaca:

“21. Para suprimir la discriminación contra la mujer es preciso elaborar y aplicar una amplia estrategia nacional con miras a la promoción del derecho a la salud de la mujer a lo largo de toda su vida. Esa estrategia debe prever en particular las intervenciones con miras a la prevención y el tratamiento de las enfermedades que afectan a la mujer, así como políticas encaminadas a proporcionar a la mujer acceso a una gama completa de atenciones de la salud de alta calidad y al alcance de ella, incluidos los servicios en materia sexual y reproductiva.”⁷¹³

Como técnica asistida, señala la ADC, la FIV requiere de la extracción de óvulos del útero de una mujer, necesitándose varios óvulos extraídos, pues no todos logran ser

⁷¹³ Observación general N° 14 (2000). El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 22° período de sesiones, Ginebra, 25 de abril a 12 de mayo de 2000. Tema 3 del programa E/C 12/2000/4; 11 de agosto de 2000.

fertilizados y aún los fertilizados muchas veces no se desarrollan en cigotos y posteriormente en embriones. Si la división celular de los óvulos fertilizados transcurre con éxito, los embriones usualmente no se implantan de inmediato, sino hasta que alcanzan un cierto grado de maduración. Así las cosas, las buenas prácticas médicas recomiendan implantar pocos embriones por cada intento –una mujer menor de 35 años no debería recibir más de dos embriones a la vez- pues el riesgo de múltiples embarazos incrementa el riesgo de aborto espontáneo, complicaciones obstétricas, nacimientos prematuros y morbilidad neonatal con potenciales daños permanentes en la salud de la mujer y el futuro infante.⁷¹⁴

Con respecto de la crio conservación de embriones la ADC señala que resulta necesario en virtud de que en caso contrario sería necesario repetir reiteradamente la técnica para que esta tenga resultados satisfactorios, lo cual ocasionaría la reiterada intervención quirúrgica para extraer los óvulos y su posterior implantación, elevando además, los costos en la práctica de dicha técnica.

En relación con la donación de embriones y la transferencia de embriones producidos con óvulos ajenos, la institución mencionada refiere a que la técnica abre esa posibilidad, de lo contrario, sería una práctica discriminatoria con respecto al derecho a formar una familia y el derecho a la privacidad de aquellas mujeres que necesitan acudir a la técnica producto de la imposibilidad biológica para la concepción en condiciones naturales.

Lo contrario, es decir, limitar dichas posibilidades lesionaría lo dispuesto en el artículo 12 de la CEDAW, el cual indica, en lo que interesa que:

“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso

⁷¹⁴ American Society for Reproductive Medicine and Society for Assisted Reproductive Technology, the Practice Committee of the Society for Assisted Reproductive Technology, Guidelines on Number of Embryos Transferred. (2009) http://www.asrm.org/uploadedFiles/ASRM_Content/News_and_Publications/Practice_Guidelines/Guidelines_and_Minimum_Standards/Guidelines_on_number_of_embryos.pdf

a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.”

Si bien, según la institución de cita, es preciso regular la práctica de FIV en Costa Rica, dicha regulación no puede limitar las posibilidades de ejercer el derecho a formar una familia, a la privacidad y a la igualdad de las mujeres que presentan alguna afección a su salud o bien con defectos genéticos.

2.2.2. Asociación Herediana de Médicos y Cirujanos

La agrupación en mención considera que desde el punto de vista biólogo y dejando de lado las creencias sociales, culturales, económicas y religiosas, si una mujer no puede tener hijos, por alguna razón biológica, debe aceptarse dicha condición, por cuanto, de acuerdo con la ley de la evolución “...sobrevive el más fuerte y más apto, para poder sobrevivir a todas las inclemencias en las que el mundo actual se está desarrollando, desde enfermedades nuevas, enfermedades ya erradicadas que han resurgido, así como al desastre ecológico que el ser humano ha provocado.”

Indican que, la función que les compete como médicos es velar por la salud, educar, prevenir enfermedades, tratarlas, así como promover estilos de vida saludables, pero nunca “...el papel de jugar a ser Dios, decidir sobre el curso natural de la evolución universal.”

2.2.3. Colegio de Médicos Veterinarios

El Colegio de médicos veterinarios aporta una serie de consideraciones interesantes sobre la técnica de FIV, tomando en consideración dos aspectos, el primero en el sentido de que la medicina veterinaria ha hecho uso de las técnicas de reproducción asistida por lo que cuenta con la experiencia necesaria en dicho campo que puede ser de utilidad en cuanto a la aplicación de la misma en seres humanos.

El segundo aspecto a considerar es que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 de la ley N° 5395 “Ley General de Salud” la medicina veterinaria es parte de las ciencias de la salud y tiene un amplio historial ético en este campo, por lo que está apropiadamente calificada para la emisión de juicios con respecto de la técnica de FIV.

Sobre la técnica de FIV y los temas asociados como el concepto de persona, la agrupación profesional en mención señala que el concepto de persona es una construcción social, jurídica y cultural más que biológica, de manera que no es posible un análisis simplista o parcial del término, sino que se requiere de una reflexión filosófica iluminada por hechos biológicos comprobados, a fin de determinar qué es persona y a partir de cuándo un organismo humano puede considerarse de hecho y de derecho persona humana.

En virtud de lo anterior, el concepto de persona humana debe estar integrado por el concepto o definición de vida humana y también de organismo humano. Por cuanto, es necesario considerar que por ejemplo, en las células sanguíneas que se transfieren de persona a persona mediante un proceso de transfusión sanguínea hay vida humana, no tendría sentido, según lo señalado por los profesionales en medicina veterinaria, transfundir sangre completa con células muertas, lo mismo ocurre con el trasplante de órganos.

2.2.4. Alianza por tus derechos

Según esta agrupación privada, de conformidad con el oficio de fecha 08 de febrero de 2011 remitido a la Asamblea Legislativa, los derechos sexuales y reproductivos forman parte integral de los derechos humanos, son un conjunto de derechos en evolución relacionados con la sexualidad, que contribuyen a la libertad, igualdad y dignidad de las personas.

Al respecto apunta que el derecho de procreación como derecho humano inició en 1968 con la Primera Conferencia Mundial de Derechos Humanos, con la aprobación del artículo 16 de la proclama de Teherán y es a partir de la creación de la técnica de FIV, en 1978, que se plantea un panorama que obliga a los Estados a aceptar la viabilidad de la reproducción humana sin la necesidad de que exista una relación coital entre una pareja.

La técnica de FIV da un giro completo al derecho de procrear, ampliándolo no solo a las formas naturales sino también a poder procrear por medio de técnicas o vías asistidas que involucran el desarrollo de la tecnología y la medicina.

En dicho contexto, según la agrupación en mención, conceptos como “libertad reproductiva” y “derechos reproductivos” demandan un ámbito de respeto, de no intromisión ni injerencias de terceros, que permita a los individuos decidir sobre la reproducción.

Concluye señalando que los avances científicos y el uso de estos son un gran desafío para mejorar la calidad de vida y la salud reproductiva, especialmente la de las mujeres, sin crear aún más formas de discriminación y violencia en su contra o sin negar la autonomía reproductiva y dignidad de las mujeres, para lo cual la solución debe procurarse desde un enfoque de los derechos humanos.

2.2.5. Asociación para el desarrollo de las mujeres negras

Mediante oficio de fecha 14 de febrero de 2011, la Asociación para el Desarrollo de las mujeres negras remitió criterio a la Asamblea Legislativa sobre el proyecto de ley sobre Fecundación In Vitro y transferencia embrionaria y refiriéndose concretamente a la técnica destacó que Costa Rica no debe prohibir la posibilidad de que cualquier pareja o mujer utilice la técnica de fertilización in vitro y que la normativa que se dicte al respecto sea acorde con el compromiso del Estado, adquirido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Carta de San Francisco, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; que protegen conceptos como los derechos sexuales y reproductivos, la salud sexual y reproductiva de las mujeres, incluyendo su autonomía y autodeterminación.

Dicha agrupación considera que la técnica de FIV consiste en un mecanismo que permite el acceso al ejercicio pleno de derechos a las personas que desean tener hijos biológicos que no puedan concebirlo sin asistencia médico-científica, incluso debería incorporarse como uno de los servicios que preste la CCSS para que no se generen distinciones odiosas.

Adiciona el hecho de que se debe alcanzar un equilibrio entre la protección de los óvulos fecundados y el derecho a la privacidad e intimidad de las personas, a pesar de que el tema involucra el discutir el momento mismo en que comienza la vida, aspecto biológico que debe ser abierto al debate amplio y sin estigmatizaciones.

2.2.6. Red feminista de violencia contra las mujeres

La agrupación en mención señala que es necesario que el país legisle en materia de FIV a fin de que se asegure a las personas con problemas de infertilidad, el acceso a este procedimiento como parte de sus derechos reproductivos.

La aplicación de la técnica de FIV en el país lleva implícito el principio rector de acceso a la salud como un derecho fundamental sin discriminación, de manera tal que, tanto a nivel público como privado exista la posibilidad de acceso a la técnica y con ello al derecho fundamental de procrear.

2.3. IGLESIA CATÓLICA

La Conferencia Episcopal de Costa Rica ofrece la posición oficial de la Iglesia Católica con respecto de la FIV y los temas íntimamente asociados a dicha técnica que permite la procreación, lo anterior mediante el oficio de fecha 24 de enero de 2011.

Sobre la técnica de FIV. La iglesia es contraria desde el punto de vista moral a la Fecundación In Vitro, esta es, según la Iglesia, ilícita y contraria a la dignidad de la procreación y de la unión conyugal, aún cuando se pusieran todos los medios para evitar la muerte del embrión humano.⁷¹⁵

La Iglesia retoma lo señalado por la Sala Constitucional mediante la resolución N°2306 de las 15:21 horas del 15 de marzo de 2000, e indica que la misma implica la manipulación de embriones, los cuales, previamente fecundados en un laboratorio, son transferidos al útero a sabiendas de que, según la iglesia, la mayor parte de ellos están destinados a morir.

Según la iglesia, primero se procura darle vida a los embriones, pero luego, deliberadamente y con intervención humana, su vida se frustra. Así, según la iglesia, dicha técnica acarrea una elevadísima pérdida de embriones y la deliberada manipulación de células.

La iglesia señala como existen abundantes estudios técnicos que demuestran que los procedimientos de Fecundación In Vitro permanecen todavía en un estado de

⁷¹⁵ Congregación para la doctrina de la fe, Instrucción Donum Vitae, sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación N°5.

desarrollo contrario a la dignidad humana y a la vida, debido a los altos riesgos para el embrión y la madre.

Para la iglesia, el fin –querer procrear- no justifica los medios –Fecundación In Vitro-, nadie puede pretender un derecho a la existencia de otro ser humano. Según la iglesia, aceptar esa afirmación, colocaría al ser humano producido en el laboratorio, en un plano de inferioridad frente al que invoca ese derecho.

En resumen, las objeciones que señala la Iglesia, a través de la comisión nacional pastoral familiar son tres: la primera en el sentido de que la técnica implica un nuevo modo de venir al mundo los hijos, los cuales, no son el fruto de las relaciones conyugales normales, sino que es el resultado de una manipulación técnica que permite calificar a estos niños producidos o fabricados, este modo de llegar a la existencia es indigno de la persona humana, pues supone su cosificación con vistas a un fin.

La segunda objeción es que la técnica de la Fecundación In Vitro implica la pérdida de numerosas vidas humanas embrionarias, entre un 96% y un 99% de los embriones producidos fallecen en el procedimiento. Ninguna de esas muertes es éticamente contraria a la inviolabilidad de la vida humana prevista en el artículo 21 de la Constitución Política, en los diversos instrumentos internacionales ratificados por Costa Rica y en las leyes que conforman el ordenamiento jurídico costarricense.

La tercera objeción es que la técnica altera el uso humano de la sexualidad, reduciéndola a mera reproducción biológica, desvinculada de su contenido humano de entrega mutua de los esposos. Este inconveniente seguiría estando presente aunque se consiguiera practicar la técnica sin que muriera ninguno de los embriones producidos.

Bajo este mismo criterio la agrupación Juventud Católica Renovada se pronunció con respecto de la FIV y mediante el oficio N° JCR-86-11 del 06 de abril de 2011 señaló su oposición a la legalización de la técnica en Costa Rica , ya que, consideran que desde el momento de la fecundación del embrión existe vida humana, por cuando, según indican “Los embriones son seres humanos , ya que, desde el momento en que se da la unión del espermatozoide y el óvulo inicia la vida.”

Al respecto citan al biólogo Alejandro Leal y al especialista en bioética y química, doctor Rodrigo Álvarez indican que dichos especialistas han dado argumentos

científicos para sustentar la tesis de que la FIV es un procedimiento abortivo, ya que, la técnica implica la manipulación de embriones que son transferidos al útero de la madre y la mayor parte de ellos están destinados a morir.

En el mismo sentido el ministerio católico “El Sembrador”, mediante el oficio de fecha 01 de abril de 2011 hace una transcripción de lo señalado por SS Benedicto XVI en su encíclica *Caritas in Veritate* de junio de 2010 al señalar que:

“75 *Pablo VI* había percibido y señalado ya el alcance mundial de la cuestión social (*Populorum progressio*). Siguiendo esta línea, hoy es preciso afirmar que la cuestión social se ha convertido radicalmente en una cuestión antropológica, en el sentido de que implica no sólo el modo mismo de concebir, sino también de manipular la vida, cada día más expuesta por la biotecnología a la intervención del hombre. La Fecundación In Vitro, la investigación con embriones, la posibilidad de la clonación y la hibridación humana nacen y se promueven en la cultura actual del desencanto total, que cree haber desvelado cualquier misterio, puesto que se ha llegado ya a la raíz de la vida. Es aquí donde el obsolutismo de la técnica encuentra su máxima expresión. En este tipo de cultura, la conciencia está llamada únicamente a tomar nota de una mera posibilidad técnica. Pero no han de minimizarse los escenarios inquietantes para el futuro del hombre, ni los nuevos y potentes instrumentos que la “cultura de la muerte” tiene a su disposición. A la plaga difusa, trágica, del aborto, podría añadirse en el futuro, aunque ya subrepticamente in nuce, una sistemática planificación eugenésica de los nacimientos. (...). A su vez, estas prácticas fomentan una concepción materialista y mecanicista de la vida humana [...]”

Con base en dicha transcripción, el ministerio católico en mención indica que “[...] refutamos todo aquello que atente contra la vida del ser humano, digno desde su concepción, imagen y semejanza y elevado a la condición de Hijo de Dios por la Muerte y Resurrección de Nuestro Señor Jesucristo. Toda práctica que incluya exclusión o

selección dirigida de la vida humana e interrupción de la misma. No tenemos el derecho de elegir quién es apto para la vida y cuáles seres humanos son material de desechable.”

Sobre el derecho a la vida. La Iglesia presenta como criterio básico que el fruto de la generación humana desde el primer momento de su existencia, es decir, desde la constitución del cigoto, exige el respeto incondicional que es moralmente debido al ser humano en su totalidad corporal y espiritual. El ser humano debe ser respetado y tratado como persona desde el instante de su concepción y, por eso, a partir de ese mismo momento se le deben reconocer los derechos de la persona, principalmente el derecho inviolable de todo ser humano inocente a la vida.

Según la Iglesia, la defensa del derecho a la vida desde la concepción, no es un tema exclusivamente religioso, aunque se quiera llevar el debate solo a este terreno y en este sentido indica que el principio “in dubio pro vida” en caso de duda científica –y no religiosa- razonable se debe optar por aquella tesitura que más favorezca el bien supremo vida.

La Iglesia señala que existe coincidencia entre las normas internacionales y la posición de la Iglesia con respecto del derecho a la vida; así, el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que se debe respetar los derechos y libertades reconocidos en la convención a toda persona sin discriminación alguna e indica que persona es todo ser humano; así como el artículo 3 de la norma internacional de cita que dispone que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

La Iglesia cita además, el artículo 4 de la Convención que dispone que toda persona tiene derecho a que se respete su vida, derecho que estará protegido por la ley y en general a partir del momento de la concepción y nadie puede ser privado de la vida de forma arbitraria; lo cual se complementa con el artículo 5 de la misma convención en el sentido de que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

Por su parte, cita la Iglesia la Convención sobre los Derechos del Niño en donde, en el artículo 6 afirma que todo niño tiene derecho a la vida y especialmente, se reconoce la personalidad del no nacido.

En este sentido y asociado a lo señalado por la Iglesia católica, la Comisión Nacional de Pastoral Familiar se pronuncia sobre el derecho a la vida en el sentido de que este derecho es un derecho primario y fundamental y la dignidad de la persona, dotado de alma espiritual, de responsabilidad moral y llamada a la comunión beatífica con Dios.

La Comisión cita la Dignitatis Personae número 1 que señala “A cada ser humano, desde la concepción hasta la muerte natural, se le debe reconocer la dignidad de la persona. Este principio fundamental, que expresa un gran “sí” a la vida humana, debe ocupar un lugar central en la reflexión ética sobre la investigación científica biomédica, que reviste una importancia siempre mayor en el mundo de hoy.”

Según la Comisión antes señalada, la ciencia y la técnica deben estar siempre al servicio de la persona humana, puesto que Dios ha creado al hombre a su imagen y semejanza, dándoles la tarea de dominar la tierra y en consecuencia, toda investigación científica debería ser una expresión del señorío del ser humano sobre la creación, esta investigación debe respetar el derecho a la vida que es el primero y más importante de los derechos humanos.

Para la comisión y con ello, para la Iglesia católica, el inicio de la vida se da a partir de la fecundación, ya que, en el cigoto hay una individualidad biológica, existe un proceso continuo desde la fecundación hasta la muerte y todo el desarrollo biológico se da desde el principio hasta el final de manera autónoma.

En conclusión, sobre el derecho a la vida la comisión señala que el niño por nacer, como todo ser humano, tiene el derecho inalienable a la vida como primer derecho, lo que, según la comisión, no se respeta en la Fecundación In Vitro.

Sobre este derecho a la vida se pronunció la agrupación “Juventud Católica Renovada” y al respecto señaló, mediante el oficio N° JCR-86-11 antes citado que la técnica de FIV violenta el artículo 21 de la Constitución Política y lo señalado en el artículo 31 del Código Civil, por cuanto la misma comporta la pérdida de embriones.

Según dicha agrupación, la FIV lesiona el derecho a la vida y a la dignidad, los mismos que están debidamente protegidos y garantizados por el ordenamiento jurídico costarricense así como por convenios y tratados internacionales ratificados por Costa Rica, como son: artículo 41 de la Convención de los Derechos Humanos, artículo 21 de la Constitución Política, artículo 31 del Código Civil, artículos 1.1 y 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño.

La agrupación en mención destaca que la Iglesia no se opone a los avances científicos, pero siempre estará a favor de la vida.

Sobre el derecho a la salud. La Iglesia señala que Costa Rica debe continuar reconociendo y garantizando el derecho del niño por nacer y de su madre a la asistencia médica necesaria y a recibir el tratamiento y el cuidado especial que requiera su situación particular, por lo que no se puede permitir bajo ningún concepto que se desechen embriones.

La agrupación “Juventud Católica Renovada” señaló, mediante oficio N° JCR-86-11 de reiterada cita que es importante tomar en consideración que la mujer puede sufrir problemas de salud al ser sometida a una hiper ovulación que podría llevarle a graves problemas médicos, entre ellos: desbalance electrolítico, disfunción hepática y fenómenos tromboembólicos. Puede además, provocar complicaciones en el parto, preclampsia, así como un mayor riesgo de aparición de cáncer en el endometrio.

Sobre el derecho a la igualdad. Indica la Iglesia que Costa Rica debe reconocer y garantizar la igualdad de derechos de todos los niños por nacer, lo que implica que no pueden ser discriminados ni seleccionados en razón de su patrimonio genético, características físicas o biológicas.

Sobre el derecho a la identidad y a la dignidad. Sobre este derecho la Iglesia destaca que es la piedra angular de la Declaración Universal de Derechos Humanos destacada en el preámbulo de la misma. Adiciona el significado de la palabra “dignidad” como “preeminencia”, “excelencia”, digno; señala, es aquello por lo que algo destaca entre otros seres, en razón del valor que le es propio.

La iglesia concluye que, si se ha determinado en forma científica que el cigoto es un ser humano en estadio unicelular, que no pueden discriminarse a los seres humanos en razón de haber nacido o no, que todos los seres humanos son personas, dado que no existen seres humanos de distinta categoría, ha de reconocerse que el cigoto tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, siendo que lo primero que reclama dicha personalidad es el derecho a la vida, por ser el primero y más fundamental de los derechos humanos, dado que sin vida no pueden ejercerse el resto de los demás derechos.

Así, la comisión señala que Costa Rica debe reconocer y garantizar el derecho del niño por nacer a no ser manipulado genéticamente ni clonado; en este sentido se debe reconocer y garantizar el derecho del niño por nacer, a no ser sometido a procedimientos que afecten su dignidad, integridad e identidad.

3. CONSIDERACIONES FINALES

La técnica de FIV en Costa Rica, pasó de una cortísima implementación en la práctica a una discusión que se extendió por espacio de doce años aproximadamente; controversia mediante la cual emergieron temas tan básicos, fundamentales e intrínsecos al ser humano como lo es el inicio de la vida humana y el derecho de procreación consustancial al ser humano.

Así, en un aspecto tan específico y propio de la medicina, como lo es la aplicación de una técnica de reproducción humana asistida –en concreto la FIV-, a fin de solventar un problema de infertilidad, se involucró el Estado costarricense mediante la regulación, por medio de un decreto ejecutivo de la técnica de FIV, sin embargo, dicha regulación con la pretensión de normar aspectos más allá de los derechos involucrados con la técnica, fue cuestionada y con ello, anulada por el máximo órgano constitucional del Estado –la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia-.

Importa destacar que la anulación del decreto antes señalado conllevó efectos que no fueron tomados en consideración por parte de la Sala Constitucional, misma que fue más allá de sus competencias al prohibir acciones que responden al ámbito privado de las personas.

Así las cosas y en virtud de los derechos humanos lesionados mediante la sentencia emitida por la Sala Constitucional, el Estado es cuestionado, no solo en el ámbito interno, sino a nivel internacional, lo que le ameritó ser sancionado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) por violación a derechos humanos como el derecho a la libre determinación y a formar una familia, entre otros, en el marco del ejercicio del derecho básico a la reproducción.

Cabe en este punto destacar que la Corte IDH se ve obligada por el Estado costarricense a decidir y pronunciarse sobre el momento en el cual ella misma considera –una instancia judicial- que inicia la vida humana, pronunciándose sobre un aspecto que, tal y como se ha señalado en el transcurso de esta investigación. Aspecto sobre el cual, aún hoy, no existe consenso científico.

Ahora bien, a pesar del esfuerzo hecho por las diferentes instancias estatales – Asamblea Legislativa y Poder Ejecutivo- en la propuesta de proyectos de ley tendientes a regular la técnica de FIV, lo cierto es que no se ha logrado cumplir a cabalidad con lo ordenado por la Corte IDH.

Lo anterior se debe a tres razones, según nuestro criterio, en primer término, la regulaciones se orientan a normar una técnica científica, o bien a normar ciertos aspectos que corresponde a la comunidad científica definir y delimitar dado los constantes adelantos en el campo, aspectos ciertamente importantes, no obstante, se considera que el derecho debe centrar su labor en la protección de los derechos humanos fundamentales, que se encuentren asociados a la técnica de FIV, como son el derecho a la vida, a la integridad, a la salud, a la filiación, entre otros; velando por su protección.

Por otra parte, y quizás el más relevante, al Estado costarricense muestra reticencia en el abordaje a temas relacionados con la FIV, aspecto que es posible vislumbrar, en los diferentes textos de los diferentes proyectos de ley dirigidos a regular la FIV. La intención que ampara los proyectos de ley señalados, no se perfilan como una posible legislación destinada a velar por los derechos reproductivos involucrados en la aplicación de la técnica, sino parecen estar dirigidos hacia el mero cumplimiento con lo señalado por la Corte IDH, no muestran los proyectos especial sensibilidad por el problema a abordar.

Sobre este punto, un aspecto que llama la atención y es posible ilustrar, se relaciona con posiciones contradictorias por parte del Estado costarricense, tal que, en su búsqueda de cumplir inicialmente con las recomendaciones de la CIDH, mediante el proyecto de ley N° 17.900, propuesto en la corriente legislativa, se encuentra que el mencionado proyecto más que estar motivado en razón del derecho que le convoca a legislar, se manifiesta en el de manera clara, que la acción responde a un compromiso, asociado a la recomendaciones de la CIDH; siendo que, en el mismo texto se realiza una defensa de la posición de la Sala Constitucional en relación con la prohibición de la técnica.

Interesa anotar además, que existen proyectos de ley asociados no solamente a la FIV sino a los derechos reproductivos y la protección del embrión, sin embargo, dichos proyectos han sido archivados, sin haber sido considerados.

Una tercera razón es la cantidad de actores involucrados en el tema, entre los que se encuentra desde el Instituto Demográfico Costarricense hasta la Iglesia Católica, los cuales tienen, como es natural, tienen diferentes posiciones, para nada desdeñables. No obstante, las consultas realizadas a los sectores diferentes sectores por parte de la Asamblea Legislativa, no son analizadas de forma consciente y seria; de manera tal que pueda dar lugar a un criterio que sirvan de sustenta a los proyectos de ley propuestos en la materia.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. CONCLUSIONES

Siendo el objetivo que motivó esta investigación, el análisis de la dimensión de reconocimiento de los derechos reproductivos contenidos en el ordenamiento jurídico costarricense, se considera debe ser este, el que se convierta en eje y guía de nuestras conclusiones, claro está, bajo la consideración elegida para ello, lo que toca a las técnicas de reproducción asistida y, muy en específico, a la FIV.

I

Antes de referirse a cualquier otro asunto, es preciso recordar que, el concepto derechos reproductivos hace su aparición por vez primera, en el marco de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, realizada en el Cairo en 1994. Estos derechos se relacionan con el sistema reproductivo y sus procesos. Son derechos atribuibles tanto a hombres como mujeres, pero cobran especial preponderancia para estas últimas.

Los derechos reproductivos están relacionados al derecho básico a la reproducción que, desde 1968 en la Conferencia Internacional de Derechos Humanos realizada en Teherán, se perfila como un derecho fundamental a ser tutelado.

Los derechos reproductivos según su definición están relacionados con el derecho a decidir libre y responsablemente sobre relativo a la procreación y, en ese sentido, a definir el número de hijos y el espaciamiento entre ellos. Estos derechos se inscriben en el marco de la vida privada de las personas.

Asimismo, los derechos reproductivos, se encuentran abarcados por ciertos derechos humanos, previamente reconocidos en diferentes instrumentos internacionales y leyes nacionales. Derechos caracterizados como subjetivos, de naturaleza individual. Así la cosas, ellos incluyen derechos personalísimos tales como: el derecho a la vida, el derecho de libre autodeterminación, el de igualdad, de no discriminación, entre algunos otros.

Estos derechos, como ya se ha dicho encuentran fundamento, en derechos humanos ya reconocidos. No obstante, estos vienen a ser re conceptualizados y replanteados, en virtud de un nuevo interés, a saber: la protección del derecho a la reproducción. Los derechos reproductivos son, por tanto, derechos inherentes a la propia naturaleza humana y, en sentido, son inviolables y de naturaleza universal y se vienen a inscribir, en lo fundamental, en la primera generación de derechos humanos.

II

Los derechos reproductivos hacen su ingreso al ordenamiento jurídico costarricense, en virtud de la suscripción que hace Costa Rica de diferentes instrumentos de orden internacional sobre los derechos humanos.

En relación con tal normativa, Costa Rica adquiere y asume una serie de compromisos u obligaciones, a la vez que hace suyos los derechos en ellos contenidos.

El Estado, al suscribir los diferentes instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, se compromete a respetar y promover, así como adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades consagrados en ellos. Asimismo, se obliga a garantizar el goce y el pleno ejercicio de esos derechos.

Estas obligaciones son de naturaleza *erga omnes*, en virtud de la dignidad humana. Asimismo, representan para el Estado una obligación de carácter unilateral, en cuanto existe un compromiso de no violar los derechos que les han sido reconocidos a las personas al interior de su territorio. De manera tal que, Costa Rica, en principio, debe conducir sus esfuerzos hacia la realización y concreción de los compromisos asumidos.

Es de utilidad recordar en este punto que, de acuerdo con el Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos, Costa Rica, al igual que cualquier otro Estado Parte, en principio, se ve imposibilitado de llevar a cabo regresiones sobre la aplicación de un derecho. En relación con este punto, Costa Rica, ciertamente, dio una vuelta atrás, en lo que a la prohibición de la FIV se refiere, aspecto que se evidenciará a lo largo de esta disertación.

Entre los compromisos adquiridos por Costa Rica, al suscribir la Convención Americana sobre derechos humanos, está la de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y el goce y pleno ejercicio de los mismos al interior de su jurisdicción (art. 1.1). Sobre el particular, la Convención Americana, no hace un señalamiento especial, que pueda conducirnos a pensar que un derecho puede ser suprimido frente al goce y ejercicio de otro. La Convención Americana, define como titular de los derechos que consagra a la toda persona, en su generalidad y sin mayor precisión.

De acuerdo con la Convención, toda limitación a un derecho humano debe aplicarse, en razón de un interés general y un propósito establecido. No obstante, ello no necesariamente supone una absoluta negación de alguno de los derechos.

III

En el contexto de lo antes dicho, los derechos reproductivos se inscriben al interior del bloque de constitucionalidad. No obstante, se debe recordar que en razón del texto constitucional, la jerarquía atribuible a los tratados internacionales viene determinada por el artículo 7 de la Constitución, siendo que, la categoría aplicable a los tratados internacionales, es de orden supralegal y no constitucional, esto; sin embargo, no es plenamente ajustable a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Lo anterior básicamente con ocasión a dos eventualidades, que es preciso señalar: la primera, responde a la decisión del Estado costarricense, de equiparar, de manera muy particular, los derechos fundamentales provenientes de instrumentos internacionales aplicables en Costa Rica, en materia de derechos humanos, con aquellos derechos fundamentales contenidos en el texto constitucional. Esto se produce, en virtud de la reforma realizada al artículo 48 de la Constitución Política (por Ley N° 7128 de 18 de agosto de 1989). De manera que, en razón de la norma citada, los derechos fundamentales provenientes de instrumentos internacionales sobre derechos humanos, adquieren en adelante, un valor normativo equivalente a los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Siendo que, los derechos fundamentales contenidos en los instrumentos de derechos humanos, pasan a formar parte del bloque de constitucionalidad y del denominado Derecho a la Constitución, según el principio de expansibilidad de los derechos.

Este punto de vista lo sostiene la Sala Constitucional, como órgano interno de protección de los derechos fundamentales y de interpretación de la Constitución y tratados internacionales. En sentencia 3805-92, asegura la Sala Constitucional que, en virtud del artículo 48 de la Constitución, aparece una nueva categoría de normas asociadas a los instrumentos internacionales sobre derecho humanos. Normas de superior rango a los demás instrumentos internacionales, cuya fuerza normativa es de orden constitucional, tal que vienen a complementar la Constitución misma.

En segundo lugar, la Sala Constitucional, sostiene en sentencia 2313-95 que los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales, en la medida en que otorguen mayor protección, deben primar sobre la Constitución. Lo anterior vendría a responder a dos aspectos importantes a mencionar. Uno de ellos, se relaciona con la interpretación de los derechos humanos y lo relativo al alcance de su contenido, siendo que tales aspectos vienen determinados desde el Sistema Internacional de Protección de Derechos Humanos y, de los órganos de interpretación reconocidos internacionalmente para los efectos. El otro aspecto incumbe a que, los derechos humanos contenidos en los diferentes instrumentos internacionales, se perfilan como un piso mínimo de protección, que debe ser ampliado al interior de los Estados. En otras palabras, podría interpretarse que la Sala Constitucional en la sentencia 2313-95, toma en consideración lo arriba señalado, tal que, valora y sopesa aquellos casos en que la protección interna no alcanza el mínimo a procurar, según parámetros señalados internacionalmente. De manera tal, que la Sala Constitucional a través de su pronunciamiento, puede asegurar ese mínimo, al menos a través de esta vía propuesta.

IV

Es a través de la suscripción de una serie de instrumentos internacionales, que los derechos reproductivos encuentran cabida al interior del ordenamiento jurídico costarricense.

Derechos que, de acuerdo con la Sala Constitucional, se derivan de la interpretación armónica de aquellos derechos que le dan fundamento, siendo algunos de ellos de orden constitucional e igualmente contenidos en varios instrumentos

internacionales; otros, en cambio, hacen su ingreso en virtud del artículo 48 de la Constitución Política.

Entre los derechos reproductivos, especialmente relacionados con la FIV, se pueden citar, los siguientes:

1-El derecho a la protección de la familia es un derecho de orden constitucional, de naturaleza social. Este se ve complementado en su contenido con el derecho a fundar una familia, derecho contenido en instrumentos de orden internacional.

2-El derecho a la reproducción, está reconocido internacionalmente como un derecho básico de carácter fundamental, este se encuentra estrechamente relacionado con el derecho previamente citado. Este derecho, de acuerdo con la Sala Constitucional, debe buscarse en preceptos constitucionales y de derechos humanos que determinen esa libertad.

3-El derecho a la vida, por su parte, es un derecho fundamental de naturaleza constitucional.

4-El derecho a la salud, es considerado un derecho de orden constitucional interpretado armónicamente a partir del derecho fundamental a la vida y, directamente contenido en diversos instrumentos internacionales. Por otra parte, el derecho de atención a la salud está contenido en el artículo 46 de la Constitución Política. El derecho a la salud sexual y reproductiva, debe inscribirse como un derecho de orden constitucional, en el tanto, está íntimamente ligado al derecho a la vida y a la salud en general. Este derecho es constitutivo de los derechos reproductivos y, debe ser interpretado de manera armónica, en relación con otros derechos ya reconocidos, tal y como lo ha señalado la Sala Constitucional.

4-Derechos como la libre autodeterminación, el derecho a la intimidad y la privacidad, así como el principio de igualdad y no discriminación, son derechos subjetivos reconocidos en la Constitución, así como en la normativa internacional.

5-El derecho para acceder a los adelantos científicos, no se encuentra contenido expresamente en la Constitución Política. Sin embargo, este derecho si se encuentra claramente contenido en algunos instrumentos internacionales, como ya ha sido señalado en el Capítulo I.

La Sala constitucional, asegura que los derechos reproductivos, tutelan a favor de las personas el derecho a la libre disposición del cuerpo; no obstante, se afirma que ello sucede siempre que los mismos no incidan en un derecho equivalente de tercero (embrión o feto) o de orden público. La Sala, sobre el particular, no se pronuncia en términos claros, tal que de ello se pueda dilucidar si, sobre lo planteado, hace alusión a la necesidad de ponderar derechos o más bien debe entenderse que el derecho a disponer del cuerpo pierde o debe sustraerse ante derechos equivalentes de tercero (entiéndase feto o embrión), a quienes otorga pleno derecho a la vida o, por decirlo de otra manera, un derecho absoluto a la vida.

El derecho a la libre disposición del cuerpo, tiene especial relevancia en todo lo relativo a procedimientos médicos en los cuales esté involucrado el cuerpo, salvo lo antes indicado. Sin embargo, desde nuestro punto de vista ante la colisión de derechos, deberá valorarse el caso.

V

Costa Rica, cuenta con legislación relativa a los temas de salud sexual y de derechos reproductivos. En algún sentido, ha dirigido parte de sus esfuerzos a fortalecer algunos derechos asociados a los temas antes citados. Sin embargo, en el marco del reconocimiento, de protección y garantía de los derechos humanos, los esfuerzos realizados por Costa Rica, de acuerdo con los diferentes órganos destinados para vigilancia y cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados, no son suficientes. En lo particular el Comité CEDAW, encargado de vigilar el cumplimiento de la CEDAW, en el marco de su sesión 49º, con fundamento en informes aportados por el Estado de Costa Rica y el “Informe sombra” suministrado por las organizaciones sociales, establece una serie de recomendaciones en relación con los derechos reproductivos, con respecto de los cuales nos interesa recordar, especialmente dos: la necesidad de aprobar un proyecto de ley dirigido a adicionar un capítulo centrado en los derechos sexuales y reproductivos a la Ley General de Salud y, aquella relativa a levantar la prohibición de la Fertilización in vitro (párrafo 33-2011).

El Comité de los Derechos del niño, por su parte, en Observación general N° 4 (2003) también hace una serie de recomendaciones asociadas a temas de educación, prevención de embarazos no deseados, elaborar políticas intersectoriales, ampliar el aborto legal a casos de violación y violencia sexual intrafamiliar entre otros temas.

Costa Rica, en salud sexual y reproductiva, hace énfasis sobre derechos asociados a temas de asistencia a la salud, en especial, aquellos relacionados con el embarazo, parto y puerperio, la esterilización voluntaria y el VIH-Sida. Es importante, señalar que se han producido avances en temas de educación y contracepción. Sin embargo, ha venido obviándose lo relativo al aborto, a los métodos modernos de contracepción, el uso de la pastilla del día después y el acceso a la FIV.

Tal parece que, aquellos temas que involucren la colisión de los derechos, destinados a proteger al embrión o al feto por un lado y, los derechos de la mujer, por otro, han sido depuestos categóricamente, si se toma como referencia para el caso las recomendaciones realizadas por los organismos internacionales señalados y, más específicamente, si se toma como referencia lo relativo a la FIV, que como TRHA abre la opción de que hombres y mujeres infértiles puedan llegar a ser padres y madres.

VI

Debe recordarse que las técnicas de reproducción asistida, remiten a un conjunto de técnicas, procedimientos y tratamientos que pretender coadyuvar en el proceso de procreación, a quienes se ven imposibilitado de concretar un embarazo y tener un hijo.

El fin perseguido con las mencionadas técnicas está dirigido, de manera especial, a eludir las dificultades y los efectos se puedan suscitarse a causa de la infertilidad y esterilidad.

Las causas citadas de infertilidad, son variadas. No obstante, entre las principales se encuentran aquellas asociadas a una escasa reserva ovárica, a factores masculinos severos, endometriosis severas, problemas inmunológicos, infertilidad inexplicable y obstrucción de las trompas de Falopio, entre otras a señalar. Es preciso señalar que, si bien los problemas de infertilidad suelen ser evidentes cuando existe un proyecto de la

pareja de tener hijos y no lograrlo; lo cierto es que, en no pocas ocasiones, los problemas de infertilidad son evidentes de manera individual. Por tanto, se puede decir que los problemas de infertilidad, es un asunto tanto de parejas como de individuos.

De acuerdo con la OMS, la infertilidad se clasifica como una enfermedad del sistema reproductivo, criterio que es adoptado en esta investigación.

De acuerdo con lo expuesto a lo largo de este documento, la infertilidad, puede y debe ser abordada a la luz del concepto de salud (aportado por la OMS) y el concepto de salud sexual y reproductiva (dada el Cairo 1994, en la Conferencia sobre Población). Tal que, la infertilidad no debe necesariamente estar asociada a la cura de enfermedades, sino, a un estado de bienestar general, que debe ser enfocado desde lo físico y lo psicológico. Enfoque que acogen diferentes países y, para el caso se comparte.

Las TRHA como se ha dicho buscan favorecer el acercamiento entre los gametos de ambos sexos. En técnicas de alta complejidad, como la FIV, el acercamiento de gametos se produce de manera extracorpórea al cuerpo de la mujer, en condiciones que simulan las naturales. Así las cosas, una vez confirmada la fecundación y comprobado el normal desarrollo del óvulo fecundado, este se transfiere posteriormente al útero de la mujer, con intención de que la naturaleza siga su curso.

Es importante señalar que, existe una serie de técnicas conexas a la FIV, que buscan favorecer y optimizar los resultados de la FIV, en lo relativo a la procreación (criopreservación de gametos y embriones, diagnóstico genético preimplantacional y otras).

Por otra parte, también existen otras técnicas, no directamente relacionadas con la FIV, al menos en su dimensión procreativa, concernientes a la manipulación del patrimonio genético (clonación, creación de quimeras, investigación básica y otras). Aspectos que de acuerdo con nuestra opinión, deben ser especialmente considerados, al regular las técnicas, pero desde su correcta apreciación. En otras palabras, ellas tienen cabida a partir de la FIV, pero no están asociadas a su dimensión reproductiva, sino preferentemente asociadas a la investigación científica.

Las TRHA, desde nuestro punto de vista, pueden y deben ser vistas como técnicas coadyuvantes, en el proceso de la procreación humana. Ellas vienen a permitir que personas infértiles y con pretensiones de ejercer el derecho básico a la procreación, puedan recurrir a dichas técnicas a fin de tener un hijo.

VII

Como se ha hecho evidente en esta investigación, existen diferentes debates relativos al acceso a las mencionadas técnicas. Uno de ellos, gira en torno a si, el acceso a las técnicas puede ser visto a la luz del derecho a procrear o, si por el contrario, lo que se alega es un derecho a la asistencia, en el proceso de procreación.

Ahora bien, más allá de considerar posiciones extremas, con respecto a lo señalado, tal que se alegue un derecho a procrear irrestricto o, por el contrario se niegue toda posibilidad, nos interesa hacer referencia a posiciones intermedias que contemplan el acceso a la FIV como una vía para llevar adelante el derecho a procrear, al amparo del principio de libertad o, bien, en cuanto ven el acceso a las técnicas como un elemento que se circunscribe al derecho a procrear, a partir del derecho a la salud y, de manera, especial, a la salud sexual y reproductiva. Es claro que, cada enfoque responde a un concepto de familia, más o menos amplio, según se la defina.

En Costa Rica, a la luz de la legislación interna y la normativa internacional reconocida, es perfectamente viable, admitir el acceso a las técnicas de reproducción asistida, desde un enfoque del derecho a la asistencia médica, visto a la luz del derecho básico a la reproducción y, de forma muy particular, de la salud sexual y reproductiva.

VIII

Ahora bien, esta demás decir que las discusiones relativas al acceso no se limitan a lo planteado anteriormente. Antes bien, las discusiones, más profundas se encuentran relacionadas al embrión y el valor jurídico atribuible a este.

Se debe señalar que, aún aquellas posiciones que admiten la aplicación de las TRHA, tienen claro que la FIV abre una serie de posibilidades para manipular el

material genético humano y los embriones desde etapas muy tempranas. No obstante, su mayor preocupación no suele estar relacionada con la FIV, en su dimensión reproductiva; sino con aquellas técnicas relacionadas con la investigación, clonación, producción de quimeras y, algunos otros temas que se dan en este sentido.

Asimismo, hay quienes ponen reparos al uso de técnicas conexas que involucren embriones, no obstante, estas suelen ser consideradas viables por algunos, en tanto se encuentren encaminadas a lograr el éxito de las TRHA, mejorar las técnicas, favorecer a terceros o al embrión mismo; mientras para otros, deben ser absolutamente prohibidas. Estos últimos temas deben ser considerados en tanto estén encaminadas a mejorar la técnica, pretendan proteger la salud de la mujer, o se dirija a beneficiar al embrión.

No obstante, según nuestro punto de vista en el marco de respeto al derecho de salud de las mujeres y su derecho al ejercicio del derecho básico a la reproducción, cualquier legislación motivada en ellos, debe contemplar aquellas excepciones necesarias para proteger dichos derechos, sin desproteger la vida embrionaria.

IX

Por demás está decir que Costa Rica, durante años se ha sustraído de cualquiera de las alternativas citadas, desde que se anuló el Decreto Ejecutivo N° 24029-S, que regulaba las técnicas de reproducción asistida en el país. Esto se produjo mediante sentencia 2000-2306 de la Sala Constitucional, la cual dio lugar a lo que se denominó “la prohibición”.

La Sala Constitucional alega en la citada sentencia que si bien existe pérdida embrionaria en el proceso natural de reproducción, importa que ella esté relacionada en con la actividad humana. El Estado costarricense alega en su momento, que el embrión es sujeto y no objeto y en ese sentido merece protección desde la concepción. Por tanto, el embrión es visto como acreedor del derecho a la vida y, en ese sentido, participa de la dignidad humana. Por lo anterior, se alega que la FIV incide en los aspectos antes citados y, por ello, se la considera inviable como práctica médica. Se ha sostenido además, que partiendo del estado de la ciencia, al momento de la sentencia, no era posible autorizar la práctica de la FIV, ni aún por ley. Asegurándose a la vez que, establecer restricciones no era suficiente.

En la sentencia en cuestión, la Sala Constitucional, se pronunció en un sentido tal que, que sin establecer técnicamente y jurídicamente hablando una prohibición con respecto del uso de la técnica, ella viene tener efectos prácticos equivalentes. Lo anterior fundamentalmente porque la Sala Constitucional, declara inconstitucional la práctica de la FIV, bajo una condición suspensiva que la hace impracticable. Acceder a la FIV, se hace depender de que no se produzca pérdida embrionaria, parámetro que de acuerdo con nuestro punto de vista, no puede ser objetivamente interpretado desde lo planteado por la Sala Constitucional; pues a fin de cuentas se pretende algo que ni aún naturalmente es posible, por lo que ya de suyo implica una prohibición absoluta. Aunado a lo antes dicho, es preciso tener presente que los pronunciamientos de la Sala Constitucional son vinculantes erga omnes.

IX

Debido a la prohibición de la FIV, Costa Rica es denunciada ante la CIDH. El Estado costarricense, alega no haber violado de los derechos alegados (1,2, 4, 5, 8,11 (2), 17, 24, 25, 26 y 32 de la Convención Americana) en la denuncia inicial.

Sobre el análisis del caso, la CIDH, recomienda al Estado costarricense, levantar la prohibición de acuerdo a la normativa existente en Costa Rica, así como regular la FIV. Ello en cumplimiento de los artículos 11.2. 17.2 y 24 de la Convención Americana. Abriendo la posibilidad de que parejas infértiles, puedan acceder a al FIV.

No obstante, el Estado costarricense hace tibios esfuerzos por responder a las recomendaciones de la CIDH, muy alejados de una clara convicción por restablecer los derechos lesionados. Este aspecto es perfectamente evidente en textos propuestos para dar lugar a una legislación encaminada a regular el tema. Documentos cuya justificación para legislar, adolece de un enfoque que aluda de manera especial a los derechos reproductivos, aspecto que solo tímidamente es mostrado en el antepenúltimo proyecto de ley en análisis.

XI

El Estado Costarricense tanto ante la CIDH como ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sostenido reiteradamente que la FIV, incide sobre el derecho absoluto de las personas a la vida (para el caso la vida embrionaria). Asimismo el

Estado costarricense, ha señalado que en virtud del artículo 4.1 de la Convención Americana, se ha optado por un enfoque de protección del derecho a la vida desde la concepción. Ahora bien, es claro que, el Estado costarricense interpreta, que fecundación equivale a concepción.

Costa Rica ha sostenido, en lo fundamental, que el derecho a la vida goza de mayor jerarquía y valor normativo que el derecho a la reproducción. Derecho que califica de valor relativo y, señala claramente, que el derecho a la reproducción debe subordinarse con respecto del derecho a la vida, en tanto este último es de naturaleza absoluta.

La argumentación del Estado costarricense, se ampara en esencia en dos parámetros de evaluación: 1) que el derecho a la vida es sustento de los restantes derechos y es de naturaleza absoluta; y 2) que la vida debe ser protegida desde la concepción, entendiéndose por ello la fecundación.

Con todo, llama la atención que la posición del la Sala Constitucional, puede ser clasificada de contradictoria, pues en sentencia 2004-02792 posterior a la número 2000-2306, sostiene que el derecho a la vida puede ser visto desde una dimensión gradual, en lo que a la vida prenatal se refiere. Se establece en ese sentido, regímenes de protección distintos entre el nacido y no nacido, siendo que esa protección es de naturaleza escalonada, según el grado de desarrollo embrionario.

No obstante, en relación con la FIV, la Sala Constitucional, obvia cualquier posible excepción, esto aún, cuando existe otro derecho consagrado a valorar. Se sostiene para el caso, una valoración absoluta del derecho a la vida del no nacido, en etapas aún más tempranas en relación con el feto, con respecto del cual si se acepta una valoración escalonada en relación con el derecho a la vida, en el análisis de otras circunstancias, en este caso el aborto terapéutico.

XIII

La pérdida embrionaria como producto de la posible impericia de aquellos que deben llevar adelante la aplicación de la FIV, está sobrevalorada por la Sala Constitucional, en especial, si se considera, que en principio el decreto que regulaba la

técnica, establecía explícitamente, el número máximo de embriones a dar lugar, siendo que todos ellos debían transferidos al útero de la mujer.

El enfoque de la Sala Constitucional sobre el derecho a la vida, específicamente en lo relativo a la FIV, se aleja bastante de lo que es posible encontrar en el ámbito internacional. Ámbito desde el cual se reconoce la importancia del valor del derecho a la vida, aún cuando no existe ningún documento que explícitamente señale que este derecho goce de mayor jerarquía en relación con los restantes.

No obstante este derecho suele ser especialmente apreciado, pero dicha consideración viene dada desde y a partir de los órganos sobre los que recae la responsabilidad de definir el alcance e interpretación de los derechos humanos, que han sido consagrados en los diferentes instrumentos internacionales, sean estos de naturaleza universal o regional.

En nuestra región la Corte IDH, señala que el derecho a la vida es un derecho fundamental, sobre el cual se hacen posibles los restantes derechos humanos, tal que, los Estados asumen con respecto de tal derecho la obligación de respetar, proteger y tomar las medidas pertinentes, para el efectivo goce y disfrute del derecho a la vida, en todas sus dimensiones.

No obstante, esos mismos órganos de interpretación señalan que el derecho a la vida no es un derecho de naturaleza absoluto. La Corte IDH, señala que la expresión “en general” contenida en el artículo 4.1 de la Convención Americana, está relacionada con la previsión de posibles excepciones, asociadas al derecho a la vida y su valoración frente a la colisión de derechos, tal que puedan alegarse las excepciones.

Visto el derecho a la vida desde una perspectiva, asociada al nasciturus o al embrión, es dable encontrar –desde el derecho comparado- que la protección a la vida no es vista desde una percepción absoluta; sino que, en general se admiten excepciones. La protección al no nacido, es de naturaleza gradual.

Si se toma como parámetro de análisis, la relación entre el derecho a la vida del no nacido y la aplicación de la FIV, se encuentra que, en los distintos países, más allá los diferentes enfoques encontrados (a partir de cuándo inicia la vida), apuestan por un régimen de protección gradual del no nacido, según el grado de desarrollo del mismo. Así las cosas, el derecho a la vida no es absoluto y, ha existido una tendencia general a sopesar derechos e intereses, que se encuentran involucrados, en lo relativo a las TRHA.

No obstante, no es posible, dejar de lado el reciente pronunciamiento de la Corte IDH, el cual sin duda alguna viene a variar el panorama, en especial, para aquellos países, que como Costa Rica, admiten su competencia en lo relativo a la violación de los derechos humanos contenidos en la Convención Americana.

En ese sentido la Corte IDH, hace hincapié sobre algunos aspectos que sin duda vienen a modificar el enfoque hasta ahora sustentado por Costa Rica, en relación con el alcance del artículo 4.1 de la Convención Americana.

El primero, consiste en señalar que el término “concepción”, no remite a un proceso excluyente del cuerpo de la mujer. La Corte IDH, considera que de no implantarse el embrión en el útero de la mujer, este no podría desarrollarse. Asimismo, asocia el concepto de concepción con el de implantación.

Entiende la Corte que el embrión no puede ser entendido como persona, para los efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. De igual manera la Corte sostiene, que si bien, el embrión merece protección, esta no debe ser de tal magnitud que haga imposible la práctica de la FIV

La Corte IDH, emite a su vez, una serie de importantes puntos de vista en relación con los derechos reproductivos, que sin duda alguna ayudarán a su posterior interpretación y promoción. Señala la Corte IDH que el artículo 11.2 de la Convención Americana, prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida de las personas, incluida la vida privada de las familias. Ámbito que debe quedar exento de las agresiones abusivas de terceros o de la autoridad pública.

Sobre el artículo 7 de la Convención, sostiene que dicho artículo remite a un concepto de libertad en un sentido extenso. El cual viene a incluir la posibilidad de organizar la vida individual y social, escoger opciones, responder a aspiraciones, entre otras cosas a considerar, tal que, la maternidad, de acuerdo con la Corte IDH, viene a ser incluida en este derecho. Sostiene la Corte IDH que la decisión de ser padre o madre, en su sentido biológico viene a inscribirse en este derecho.

Serán precisamente los artículos 7 y 17 de la Convención, los que de manera complementaria protejan la vida familiar. Así las cosas, la autonomía reproductiva, viene a relacionarse con el derecho a la vida privada, derecho reconocido en el artículo 16.c de la CEDAW.

Tanto la Corte IDH como la CIDH sostienen que, aún cuando la FIV, se relaciona con una dimensión social, en tanto ella implica la necesidad de prodigar protección embrionaria, lo que si resulta claro es que, dicha protección no puede implicar vaciar de su contenido a otro derecho.

La Corte IDH, reconoce que el derecho a la salud está vinculado con el derecho a la vida privada y el de integridad personal, donde este último debe ser interpretado integralmente (su dimensión física y psicológica) Acepta la Corte IDH que la vida privada y libertad reproductiva están relacionadas con el acceso a las tecnología médica, aspecto dentro del cual pueden suscribirse las TRHA. No se omite mencionar que, la Corte IDH hace referencia a posibles formas de discriminación indirecta (económica y de género) que pueden afectar el acceso a la FIV.

En resumen, en el análisis de la dimensión de reconocimiento de los derechos reproductivos en el ordenamiento jurídico costarricense, si bien Costa Rica ha hecho importantes avances, en temas asociados a los derechos reproductivos, también es cierto, que los esfuerzos se han encaminado hacia aquellos enfoques de los derechos reproductivos que puedan generar menor discusión y probablemente menos controversia. No obstante, se debe aclarar que los compromisos han sido asumidos en igual forma con respecto a todos los derechos reproductivos y humanos en general. Costa Rica entre sus compromisos, está el relativo a la educación en temas de derechos reproductivos. No obstante, en lo que a la FIV, se refiere, ha estado plagado de enfoques

muy parcializados y en ocasiones, desinformados, sobre lo relativo al acceso a la FIV, aspectos todos ellos, que ha resultado evidentes con la reciente condenatoria por la violación de los derechos asociados a los derechos reproductivos.

XV

Finalmente, sobre los efectos inmediatos de la sentencia de la Corte IDH al declarar responsable al Estado costarricense 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 sobre Derechos Humanos, interesa señalar que, la Corte IDH con respecto del término “concepción”, indica que debe ser identificado con la implantación en el proceso de gestación. Tal que deberá entenderse, que la protección del derecho a la vida, se produce a partir de ese momento. Pues con respecto al origen mismo de la vida, no existe acuerdo, ni aún desde el ámbito científico.

Lo antes indicado tiene implicaciones en la interpretación del artículo 21 de la Constitución Política, a la luz de lo dispuesto por la Corte.

Por otra parte, debe entenderse que a partir de los argumentos expuestos por la Corte IDH en sentencia emitida a propósito de la denominada “prohibición de la FIV”, viene de alguna manera a dejar sin efecto los contenidos de la resolución de la Sala Constitucional N° 2306-2000.

Así las cosas, actualmente, la práctica de la FIV en Costa Rica no se encuentra prohibida por norma o disposición alguna que así lo señale. En consecuencia, aún y cuando la FIV, no se encuentre debidamente regulada, su implementación no está prohibida. El acceso a ella en pro del ejercicio de la libertad, del principio de autonomía de la voluntad y lo dispuesto por la Corte IDH, la implementación de las TRHA es absolutamente viable, en el marco del ejercicio de los derechos humanos, derechos reproductivos y de derechos fundamentales como el derecho a la intimidad y privacidad de las personas y derecho básico a la reproducción, entre otros.

Adicionado a lo anterior, interesa señalar que, tratándose del ejercicio de la libertad de procrear, esta no está sujeta a autorización por parte del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 de la Constitución Política, aún cuando

se acepta que como todo derecho no es irrestricto. Sin embargo, al interior de todo el contexto expuesto en esta investigación, la práctica de la FIV y de las TRHA en general, en tanto coadyuvantes al ejercicio de la procreación y enfocadas desde el ámbito de la salud, de los derechos reproductivos y desde lo dicho por la Corte IDH sobre los sujetos de tutela del derecho a la vida, son absolutamente posibles como práctica médica para evadir problemas de infertilidad.

Lo antes dicho, se hace sin demérito de que se considere necesario regular las conductas que podrían estar relacionadas con los embriones originados de forma extrauterina haciendo uso de la FIV. Acciones que en lo fundamental se encuentran asociadas a la posible manipulación genética e investigación científica, en que puedan estar involucrados los embriones extrauterinos. No se niega la importancia de regular en este sentido, pues está involucrado el patrimonio genético de la especie, pero no por ello se estima que se deba negar o cerrar la posibilidad de acceder a la FIV como tratamiento coadyuvante para hacer posible la procreación, sopesando derechos en tutela que han sido reconocidos por el ordenamiento jurídico costarricense.

2. RECOMENDACIONES

Las recomendaciones de esta investigación giran en torno a tres aspectos fundamentales, el primero con respecto de la suscripción de instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la conciencia real y material que debe tener el país antes y después de la suscripción de los mismos.

Importa, sobre este aspecto recomendar la elaboración de un diagnóstico sobre los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos que ha suscrito y ratificado el país, incluyendo específicamente lo referido al reconocimiento de los derechos reproductivos. Dicho diagnóstico no debe agotarse en un simple listado de instrumentos internacionales ratificados por el país; sino que deberá ir acompañado de un análisis sobre los compromisos y obligaciones puntuales que Costa Rica ha adquirido a través de dichos instrumentos internacionales; determinando la forma mediante la cual ha honrado dichos compromisos y cuáles obligaciones han quedado pendientes, o bien, qué vacíos a nivel legislativo, funcional u organizacional, debe llenar el país.

Las acciones concretas que surjan del diagnóstico antes señalado pueden convertirse en un insumo importante de un posible Plan Nacional de Desarrollo con rostro humano, de manera tal que el país no se vea compelido, por organismos internacionales, a cumplir con obligaciones que por voluntad propia ha adquirido y puede contar con respuestas claras ante cuestionamientos sobre dichos temas.

También resultará de importante insumo para el Poder Judicial, a fin de que el mismo, al dictar resoluciones que involucren temas tan relevantes como el de derechos reproductivos, tome en consideración los compromisos concretos que el Estado ha adquirido.

En segundo lugar y aunado a la recomendación anterior, se recomienda hacer una revisión exhaustiva del ordenamiento jurídico y administrativo que regule de manera directa e indirecta los derechos reproductivos, a fin de que dicho ordenamiento se encuentre acorde con los tratados y convenios internacionales suscritos por Costa Rica, relacionados con dichos derechos.

Dicha revisión debe ir acompañada de acciones concretas tanto a nivel de reformas legislativas como de ajustes a nivel funcional y organizacional del Estado.

El tercer aspecto que resulta de especial relevancia para esta investigación es la regulación en materia de FIV, misma que no debe, bajo ningún criterio, constituirse en una copia de la regulación que ha llevado a cabo otros países en el marco europeo o latinoamericano, ya que, la realidad del país difiere de la de otros, aún y cuando, es posible tomar dicha regulación únicamente como referencia.

Sobre este punto, importa señalar que, previo a formular un proyecto de ley tendiente a regular la FIV, el Poder Ejecutivo o bien la Asamblea Legislativa deben tomar en consideración aspectos que resultan básicos, como lo es la delimitación entre lo que es meramente científico y sobre lo cual no es posible regular, simplemente porque la ley no responde a los cambios vertiginosos de la ciencia y porque al derecho no le corresponde regular aspectos que son propios de la comunidad científica. Tal que se limite la nueva normativa a lo que es jurídico y que debe ser verdaderamente

regulado o bien protegido, como lo son los derechos asociados a la implementación de las TRHA.

Para lo anterior, de manera previa a la regulación de la FIV, debe realizarse un análisis desde la Constitución Política hasta legislación específica como el Código de Familia, a fin de determinar y analizar los derechos asociados a la implementación de la técnica y la debida protección de los mismos.

Específicamente sobre la FIV y siendo que el país no cuenta con normas específicas sobre el tema, se recomienda regular los aspectos asociados a las TRHA en general, incluyendo claro está la FIV, de manera tal que no se cree normativa solamente con una lista taxativa de técnicas, esto con el fin de abrir la posibilidad a nuevos avances científicos que estén orientados a colaborar con el proceso natural de procreación para quienes así lo requieran.

Se recomienda, sobre este aspecto, en primer lugar, que la motivación del proyecto de ley a proponer esté orientada a la protección de los derechos reproductivos, en primer orden, de manera que el estudio y la propuesta del proyecto cuente con la información clara y pertinente tanto en la materia de derechos reproductivos como la materia específica relacionada con las TRHA.

Sobre las TRHA propiamente, se recomienda, mediante la regulación que se lleve a cabo al efecto de “subsanan” problemas de infertilidad.

Adicionalmente, se recomienda que la utilización de las TRHA esté sujeta a parámetros médicos de aplicación, que respondan a protocolos definidos de atención, que introduzcan parámetros de valoración para el caso concreto.

Se recomienda establecer con claridad las personas beneficiarias de las TRHA, definiendo la edad mínima en 18 años –mayoría de edad-, así como su plena capacidad mental. Debe en este sentido recordarse que las TRHA, llevan análisis médicos previos y tiempos de espera y aplicación de métodos menos invasivos. Asimismo, pensar en aplicar las TRHA antes de la edad señalada, contraviene la normativa interna y todas las

recomendaciones aportadas por los organismos internacionales sobre el embarazo en adolescentes.

Indicar en la regulación que se lleve a cabo al efecto, los derechos y obligaciones de los beneficiarios, incluyendo el consentimiento informado con el que deben contar las personas beneficiarias de las TRHA. Lo anterior, con el fin de proteger los derechos de los involucrados y proporcionarles seguridad jurídica.

Se recomienda proteger la vida humana extrauterina, delimitando conductas aceptadas o prohibidas con respecto al trato a brindar. Este tipo de regulación no necesariamente, debe estar relacionada con el acceso de la FIV, pues muchas de las reservas respecto a su trato se relacionan, de manera especial, con la investigación científica (clonación, formación de quimeras, comercialización) y podría crearse legislación específica respecto a ello. No obstante, de regularse la FIV y las técnicas conexas, se estima es preciso definir claramente en la ley, las posibles eventualidades que puedan surgir y estar relacionadas con la aplicación de las TRH (vg. enfermedad sobreviniente de la beneficiaria o muerte de alguno de los beneficiarios).

Se considera de especial relevancia regular aspectos relacionados con la filiación y la confidencialidad del donante, así como proteger aspectos relacionados con la carga genética del embrión o de los gametos.

Se recomienda regular sobre la utilización de las TRHA para fines distintos a la procreación, como son la clonación, experimentación o investigación así como la manipulación de material genético y establecer las sanciones correspondientes.

BIBLIOGRAFÍA CITADA Y CONSULTADA

LIBROS Y ARTÍCULOS DE REVISTAS

Abramovich, Víctor; Courtis Christian (2004). *Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales. La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Abregú, Martín (2004). *La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales: una introducción*. La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Abreu Burelli, Alirio (2005). Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*. Corte Interamericana de Derechos Humanos.-San José, CR.: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Adorno, Roberto (2008). *Libertad y dignidad de la persona: ¿Dos paradigmas rivales o complementarios en el campo de la Bioética?* Bioética en medicina. Coordinado por Garay, Oscar Ernest. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Alexy, Robert (2007). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. (2ª Ed.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Amoedo Souto, Carlos Alberto (2001). *Las carencias del sistema de regulación y control administrativo de las prácticas de la reproducción asistida*. Reproducción Asistida: promesas, normas y realidad. España, Madrid: Editorial Trotta.

Ansuátegui Roig, Francisco Javier (1997). *Poder, Ordenamiento Jurídico, Derechos*. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid. Dykinson.

Armijo, Gilbert (2003). *La tutela Supraconstitucional de los Derechos Humanos en Costa Rica*. Ius et Praxis, Vol. 9, N° 1.

Arribére, Roberto (2008). *Bioética y Derecho. Dilemas y Paradigmas en el siglo XXI*. Buenos Aires: Cathedra Jurídica.

Ayala Corao, Carlos M. (1998). *Del Amparo Constitucional al Amparo Interamericano como Institutos para la Protección de los Derechos Humanos*. San José, CR: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Ayala Corao, Carlos M. (s.f.). *La Jerarquía de los Tratados de Derechos Humanos. Material Didáctico de Apoyo. Material didáctico de apoyo: XVIII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos. (Antología)*, San José, Costa Rica: IIDH.

Barberis, Julio (1998). *Consideraciones sobre la Convención Americana sobre Derechos Humanos como Tratado Internacional*. Volumen II.-San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea.

Barnard Mainar, Rafael (1999). *Tratamiento legal en España de las nuevas técnicas de reproducción humana y sus repercusiones legales*. *Revista de la facultad de derecho. Las nuevas técnicas de reproducción humana y sus repercusiones legales en el derecho español* (54): 155-183. Mes: junio. Venezuela.

Barreiro, Agustín Jorge (2006). *El derecho penal ante los avances de las nuevas técnicas genéticas, con especial referencia al código penal español*. En: *Derecho y Justicia Penal en el Siglo XXI: Liber Amicorum en Homenaje al profesor Antonio González-Cuellar García*. España: Editorial Constitución y Leyes, Colex, p. 555-588.

Barrionuevo, Daniel (2008). *Bioética y Derecho: Cómo plantear y resolver algunos casos*. Córdoba: Advocatus.

Bergallo, Paola. (2011) *Argumentos para la defensa legal de la anticoncepción de emergencia en América Latina y el Caribe*. San José, Costa Rica: Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA). Consorcio Latinoamericano de Anticoncepción de Emergencia (CLAE), Consorcio Internacional sobre Anticoncepción de Emergencia (ICEC).

Bidart Campos, Germán (1994). *La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Derecho Interno* (nota a la Opinión Consultiva (OC) 14/94 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos). En: *El Derecho*, Buenos Aires. nº 162.

Bidart Campos, Germán (1998). *Jerarquía y Prelación de Normas en un Sistema Internacional de Derechos Humanos*. Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudii/ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Vol, I. San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea.

Bidart Campos, Germán J. (2004). El artículo 75, inciso 22, de la constitución y los derechos humanos. En: *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales/* Martín Abregú..et. al. Buenos aires: Editores del Puerto.

Bolívar, Ligia. Derechos Económicos Sociales y Culturales: Derribar Mitos, Enfrentar Retos, Tender Puentes. Una Visión desde la (in) experiencia de América Latina. En: *Material Didáctico de Apoyo. XVIII Curso Interdisciplinario de Derechos Humanos*. San José. CR.: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Brewer-Carías, Allan (2005). Mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos: Garantía de los derechos humanos en el derecho constitucional comparado latinoamericano). En: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos: Garantía de los derechos humanos en el derecho constitucional comparado latinoamericano*. San José, Costa Rica: IIDH.

Brewer-Carías, Allan (2003). *Mecanismos Nacionales de Protección de los Derechos Humanos. Justicia Constitucional*, 23 de junio al 4 de julio de 2003. En IIDH, XXI Curso Interdisciplinario de Derechos Humanos Justicia y Seguridad, San José, Costa Rica. (Ponencia).

Brewer-Carías, Allan (s.f.). Hacia el fortalecimiento de las Instituciones de protección de los derechos humanos en el ámbito interno. *Material Didáctico de Apoyo. XVIII Curso Interdisciplinario de Derechos Humanos* (Antología). San José. CR.: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Cabanellas de Torres, Guillermo (2006) Diccionario Jurídico elemental. (18.Ed). Buenos Aires: Heliasta.

Cabrón Infante, Ascensión (2001). Fecundación In Vitro y agresiones al cuerpo de la mujer: una aproximación desde la perspectiva de los derechos. *Reproducción Asistida: promesas, normas y realidad*. España, Madrid: Editorial Trotta.

Carrillo Salcedo, Juan Antonio (1995). *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo*. ED. Tecnos, Madrid.

Celly Galindo, G. (2001). *Donde la Vida y la Ética se articulan*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Instituto de Bioética.

Chacón Echeverría, Ana Helena (2009). *Retos de la Jurisdicción Constitucional y sus reformas*. En: *20 años de Justicia Constitucional: 1989-2009*. Historia, memorias y derechos fundamentales.-San José, CR.: UNED.

Chinchilla Herrera, Tuli Elí (1999). *¿Qué son y cuáles son los Derechos Fundamentales?* Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá-Colombia.

Chinchilla, José Carlos y Otro (2004). *El Debate costarricense sobre la Fertilización In Vitro: La disyuntiva de Frankenstein!* José Carlos Chinchilla Coto, Maynor Antonio Mora Alvarado. San José, C.R.: IJSA.

Constela, Carlos R. (1985). *Aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los tribunales de la República Argentina*. Revista IIDH. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, (1) enero/Junio 1985. San José, CR.: El Instituto.

Cook, Rebecca J. (Ed.). (1997). *Derechos Humanos de la Mujer: Perspectivas Nacionales e Internacionales*. Bogotá, Colombia: PROFAMILIA.

Cruz Castro, Fernando (2009). Poder y Jurisdicción constitucional. La inevitable trascendencia política de las decisiones constitucionales. En: *20 años de Justicia Constitucional: 1989-2009*. Historia, memorias y derechos fundamentales.-San José, CR.: UNED.

D'Atena, Antonio (2002). La vinculación entre Constitucionalismo y protección de los Derechos Humanos. *En: Memorias del Seminario de Justicia Constitucional y Derechos Humanos: Homenaje al Dr. R.E.Piza E.* Corte IDH, Sala Constitucional de la República de Costa Rica, Instituto Costarricense de Derecho Constitucional. San José, Costa Rica.

Díaz Muñoz, Oscar (2010). *La vida del concebido ante el tribunal constitucional.* Comentario a la Sentencia 02005-2009-PA/TC sobre la Píldora del día siguiente. *Revista de Derechos Humanos.* Vol 1 (enero-diciembre 2010)

Díaz-Ambrona Bardají, María Dolores (2004). Genética y Filiación (Ponencia). *El Derecho a la Reproducción Humana: Fundamento y Nuevos Problemas. Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI: XIII Congreso Internacional de Derecho / coord. por Carlos Lasarte Álvarez, Araceli Donado Vara, María Fernanda Moretón Sanz, Fátima Yáñez Vivero,* España: Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España.

Diniz, Débora y Gomes Costa, Rosely (2005). Infertilidad e Infecundidad: Acceso a las Nuevas Tecnologías Conceptivas. *En: Seminario Regional Salud Sexualidad y Diversidad en América Latina,* en Lima, Perú.

Dulitzky, Ariel E (2004). La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado. *En: La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales/ Martín Abregú..et.al.,* Buenos Aires: Editores del Puerto.

Escalante López, Gerardo (2009). Comentario de la sentencia 2000-2306. Fertilización In Vitro en Costa Rica. Análisis de un fallo jurídico controversial. *En: 20 años de Justicia Constitucional 1989-2009. Historia, memoria y derechos fundamentales.* San José, Costa Rica: UNED.

Esquivel Salas, Hernán (2009). Los Derechos Fundamentales en las Constituciones de Costa Rica. *En: 20 años de Justicia Constitucional: 1989-2009. Historia, memorias y derechos fundamentales.-*San José, CR.: UNED.

Facio, Alda (2008). Los derechos reproductivos son derechos humanos. En: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Los derechos reproductivos son derechos humanos* (1) ; San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH).

Fernández, Eusebio (1982). El problema del fundamento de los Derechos Humanos. Anuario del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Madrid: Editorial Universidad Complutense de Madrid.

Fernández Segado, Francisco. (1988, s. 1). El derecho a la vida en la jurisprudencia constitucional. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. (6) 843.

Ferrajoli, Luigi (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*: Luigi Ferrajoli. Debate con Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Ricardo Gustini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale y Danilo Zolo. Edición Antonio Cabo y Gerardo Pisarello. Editorial Trotta, S.A.

García Ramírez, Sergio (2005). La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Reparaciones. En: Corte Interamericana de Derechos Humanos. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*. San José, CR.: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

García-Sayán, Diego (2005). Una viva interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos. En: Corte Interamericana de Derechos Humanos. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*. San José, CR.: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Gil Domínguez, Andrés (2008). Estado constitucional de derecho y aborto voluntario. Bioética en medicina. Coordinado por Oscar Ernesto Garay. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Gil Domínguez, Andrés; Fama, María Victoria y Herrera, Marisa (2006). *Derecho Constitucional de Familia*. Tomo II. Buenos Aires: Ediar.

Gómez-Robledo V, Alonso (1998). *Naturaleza de los Derechos Humanos y su Validez en Derecho Internacional Consuetudinario*. San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea.

Gozaíni, Osvaldo Alfredo (1998). *Los efectos de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Derecho Interno*. San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea.

Haba, Pedro Enrique (2004). *Axiología Jurídica Fundamental: bases de valoración en el discurso jurídico, materiales para discernir en forma analítico-realista las claves retóricas de esos discursos*. San José, C.R.: Editorial de la Universidad de Costa Rica, 2004.

Hernández Ibañez, Carmen (1993). Los Aspectos Jurídicos de las Técnicas de Reproducción asistida: Ley Española y Marco Europeo. *Revista de derecho* (193), mes: enero-junio, vol. Año LXI. Chile, pp.:37-68.

Hernández Valle, Rubén (1993). *El Derecho de la Constitución, Volumen I/ Rubén Hernández Valle*. San José, Costa Rica: Juricentro,

Hernández Valle, Rubén (2009). Los aportes de la jurisdicción Constitucional en Costa Rica durante veinte años de existencia. En: *Costa 20 años de Justicia Constitucional: 1989-2009. Historia, memorias y derechos fundamentales*.-San José, CR.: UNED.

Hernández Valle, Rubén (1993). *La Tutela de los Derechos Fundamentales*, San José: Costa Rica: Juricentro.

Hernández Valle, Rubén (2010). *Régimen jurídico de los derechos fundamentales/ Rubén Hernández Valle*. (2da ed.). San José, Costa Rica: Juricentro.

Ibarguen Burgos, Guido (1985). *Derecho internacional, derecho internacional de los derechos humanos y Tribunal Constitucional: un repaso al caso boliviano*. Revista IIDH/ Instituto Interamericano de Derechos Humanos (1) enero/junio 1985. San José, C.R.: El Instituto.

Iglesias País, Margarita. (2001). Fundamentos jurídico-constitucionales y contenido de los derechos de consentimiento e información en la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida. *Reproducción Asistida: promesas, normas y realidad*. España, Madrid: Editorial Trotta.

Iñigo, Delia (1989). Técnicas de reproducción asistida: consideraciones sobre su aplicación a mujeres solas. *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, (nº 2). Buenos Aires, Argentina: Artes Gráfica Candil S, R. L.

Jausoro A. (2000). *Reproducción Humana Asistida: Descripción de las opciones terapéuticas disponibles*. Vitoria-Gasteiz. Departamento de Sanidad, Gobierno Vasco, 2000. Informe nº: Osteba E-00-05

Jiménez Madrigal, Gustavo Adolfo (2007). *Modernidad y Derechos Humanos*. San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas SA.

Kabawata, J. Alejandro (2004). *Reparación de las violaciones derechos humanos en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales. Buenos aires: Editores del Puerto.

Lema Añon, Carlos (2001). El futuro de la regulación jurídica española sobre reproducción asistida y embriones: Problemas pendientes y Constitución. *Reproducción Asistida: promesas, normas y realidad*. España, Madrid: Editorial Trotta.

León Bastos, Carolina (2010). *La Interpretación de los derechos fundamentales según los tratados internacionales sobre derechos humanos: Un estudio de la Jurisprudencia en España y Costa Rica*. Madrid: Editorial Reus, S.A.

López de Lera, Diego (2001). *Estudio de la información estadística sobre reproducción humana asistida en España (199-1998)*. *Reproducción Asistida: promesas, normas y realidad*. España, Madrid: Editorial Trotta.

López-Moratalla, Natalia (2007). *El estatuto del embrión humano en el contexto de la Fecundación In Vitro*. Acta Académica. Chile.

Loyarte, Dolores (2008). Fecundación Asistida. *Bioética en medicina* coordinado por Oscar Ernesto Garay. Buenos Aires; Ad-Hoc.

Marlasca, Antonio (2002). *Introducción a la bioética*. Heredia: Facultad de Filosofía y Letras, Universidad Nacional.

Masiá Clavel Juan (2006). *Tertulias de Bioética: manejar la vida, cuidar a las personas*. 2da Edición. Madrid: Editorial Trotta.

Massaglia de Bacigalupo, María Valeria (2001). *Nuevas formas de procreación y el derecho penal: protección jurídica de la entidad humana en desarrollo. Distintos enfoques sobre la procreación asistida. Ingeniería y manipulación genética. Encuadre jurídico*. Buenos Aires, República de Argentina: AD-HOC S. R. L.

Medina Quiroga, Cecilia (2005). Las obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En: Corte Interamericana de Derechos Humanos. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*. San José, C.R.: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Moncayo Guillermo (2004). Reforma constitucional, derechos humanos y jurisprudencia de la Corte Suprema. En: *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*/ Martín Abregú...et.al., Buenos aires: Editores del Puerto.

Montiel Arguello, Alejandro (1998). *El derecho interno y los tribunales internacionales de derechos humanos*. Volumen I.-San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea.

Mora Mora, Luis Paulino y Hernández L. Nancy (1999). *El derecho internacional y su influencia en la jurisdicción costarricense, AA.VV.*, La Jurisdicción constitucional y su influencia en el Estado de Derecho, Editores Bertolini, Anarella y Fernández Hubert. San José: EUNED.

Moro Almaraz, María Jesús (1988). *Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación <<In Vitro>>*. Barcelona, España: Librería Bosch.

Muñoz Quesada, Carmen y Maxera Herrera, Rita (2012). *Amicus Curiae: Caso Grettel Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica (Fecundación In Vitro)*. Documento presentado ante la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos (inédito).

Navarro del Valle, Hermes (2001). *El Derecho a la vida y la inconstitucionalidad de la fecundación in-vitro*. San José, Costa Rica: Ediciones Promesa.

Nikken, Pedro (s.f.). El Concepto de Derechos Humanos. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. En: *Material Didáctico de Apoyo. XVIII Curso Interdisciplinario de Derechos Humanos (Antología)*. San José. C.R.: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Orozco Solano, Víctor Eduardo (2008). *La fuerza normativa de la constitución*. San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Peces-Barba (1979), Gregorio. *Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Latina Universitaria, 1979 p.

Pérez Luño, Antonio (1991). *La Evolución del Estado Social y la Transformación de los Derechos Fundamentales*. Madrid, España: Editorial Tecnos.

Pérez Luño, Antonio (1988). *Los Derechos Fundamentales*, Madrid: Editorial Tecnos.

Pérez Tremps, Pablo (2002). La justicia constitucional y su defensa de los Derechos Fundamentales en Europa. En: *Memorias del Seminario de Justicia Constitucional y Derechos Humanos: Homenaje al Dr. R.E.Piza E*. Corte IDH, Sala Constitucional de la República de Costa Rica, Instituto Costarricense de Derecho Constitucional. San José, Costa Rica.

Pinto, Mónica (2004). *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*. En: La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Pinto, Mónica (2009). *Temas de derechos humanos*. (2da. Ed). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto.

Piza Escalante, Rodolfo (1998). *El Valor del Derecho y la Jurisprudencia Internacionales de Derechos Humanos en el Derecho y Justicia Internos: El Ejemplo de Costa Rica*. San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea.

Piza Escalante, Rodolfo (2004). *La justicia constitucional en Costa Rica*. San José, C.R.: IJSA.

Podestá Costa, Luis (1960). *Derecho Internacional Público*. Tomo I. (4ta. ed.). Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.

Puerto, Juan José (2000). *La Consideración de los Nuevos Derechos Humanos en la Legislación Sobre Reproducción Asistida*. Acta Bioética 2000; año VI (nº1). Departamento de Derecho Privado; España: Universidad de Salamanca.

Rivero Sánchez, Juan Marcos (2001). *Constitución, Derechos Fundamentales y Derecho Privado*. Tomo I. Ediciones Jurídicas Areté.

Rolla, Giancarlo (2002). El valor normativo del principio de la dignidad humana: consideraciones en torno a las constituciones iberoamericanas. En: Memorias del Seminario de Justicia Constitucional y Derechos Humanos: *Homenaje al Dr. R.E.Piza E. Corte IDH, Sala Constitucional de la República de Costa Rica*, Instituto Costarricense de Derecho Constitucional. San José, Costa Rica.

Ruiz De Santiago, Jaime. La Protección Internacional de Los Derechos Humanos en su Evolución Histórica. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Material Didáctico de Apoyo. XVIII Curso Interdisciplinario de Derechos Humanos* (Antología). San José. C.R.: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Sagués, Néstor Pedro (1998). *Mecanismos de Incorporación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, al Derecho Interno*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Presente y futuro de los derechos humanos. Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez. San José: IIDH.

Sanz Álvarez, Jaime Enrique (2002). *Fecundación Asistida: Ideas estructurales para la regulación de los métodos de procreación asistida*. Bogotá, D.C.-Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Schwabe, Jürgen (2009). *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán: Extractos de las Sentencias más relevantes. Compiladas por Jürgen Schawabe, Konrad-Adenauer-Stiftung*. Programa Estado de Derecho para Latinoamérica. México: Fundación Konrad Adenauer, A.C.

Slith, Richard (2010). *Los grandes rechazos de la sentencia Roe V. Wade*. *Revista de Derechos Humanos*, vol. 1 (enero-diciembre). Universidad de Píera.

Silva Sánchez, Jesús-María (2010). *Diagnóstico de Preimplantación y Derecho. Una valoración jurídica de la Generación de embriones in vitro con la decisión condicionada de no implantarlos en el útero*. *Revista de Derechos Humanos*. Vol. 1 (enero-diciembre). Universidad de Píera.

Silva Silva, Hernán (1991). *Medicina Legal y Psiquiatría Forense: Medicina Legal*. Tomo II. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Silverthorn, Dee Unglaub (2009). *Fisiología Humana: un enfoque integrado*. (4ta ed.). Buenos Aires: Médica Panamericana.

Stavenhagen, Rodolfo. *El Problema de los Derechos Culturales*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Material Didáctico de Apoyo. XVIII Curso Interdisciplinario de Derechos Humanos/Instituto Interamericano de Derechos Humanos*. San José. C.R.: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Thompson, José. *Derechos Humanos, Garantías Fundamentales y Administración de Justicia*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Material Didáctico de Apoyo. XVIII Curso Interdisciplinario de Derechos Humanos/Instituto Interamericano de Derechos Humanos*. San José. CR.: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Trejos Salas, Gerardo (2009). *Constitución y democracia costarricense*. 2ª ed. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro.

Trejos, Gerardo (2002). *Fecundación In Vitro y el derecho a la vida*. OEA. Comité Jurídico Internacional. Curso de Derecho Internacional XXVIII. Rio de Janeiro, Brasil. Organizado por el Comité Jurídico Internacional y Secretaria General de la OEA. Agosto de 2001. Secretaría General Subsecretaria de Asuntos Jurídicos, D.C.

Trejos, Gerardo (2008). *La Prohibición de la Fecundación In Vitro en Costa Rica. (Una sentencia de la Sala Constitucional: Arbitraria, Injusta, Discriminatoria y Violatoria de los Derechos Fundamentales Consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Protocolo de San Salvador)*. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro.

Valiña Liliana (2004). El margen de apreciación de los Estados en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno. En: *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Varela Quirós, Luis A. (1996). *Las Fuentes del Derecho Internacional Público*. Santa Fe de Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.

Yen, Samuel S.C. y Otros (2001). *Endocrinología de la reproducción: fisiología, fisiopatología y manejo clínico*. (4ta Ed.). Buenos Aires, Argentina: Editorial Médica Panamericana.

Zegers Hochschild, Fernando (2010). *Descripción y Análisis de las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) como tratamiento de la Infertilidad*. Documento preparado para la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Costa Rica, setiembre, 2012. (Inédito).

INSTITUCIONES Y ENTIDADES

Acción Social y Salud Pública; Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia; Legislación General; Presupuesto y Hacienda (2010). *Incorporar al programa médico obligatorio (PMO) la infertilidad como enfermedad*. Argentina.

Acción Social y Salud Pública; Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia; Legislación General; Presupuesto y Hacienda (2012). *Técnicas de reproducción asistida: regulación*. Argentina.

Asociación Costarricense Pro-Naciones Unidas (1979). *La Declaración Universal de Derechos Humanos: Comentarios y Texto*. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro S.A.

Asociación Demográfica Costarricense y Colectiva por el Derecho a Decidir. *Instrumentos Internacionales de Protección a los Derechos Humanos de las Mujeres y sus Recomendaciones para Costa Rica* (Boletín)

Defensoría de los Habitantes, Despacho de la Diputada María Eugenia Venegas, Fondo de Población de las Naciones Unidas, Asociación Demográfica Costarricense y Colectiva por el Derecho a Decidir. *Fecundación In Vitro: Los puntos de mayor relevancia de la sentencia CIDH*. Costa Rica (Desplegable).

Clínica de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santa Clara. (2012) Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Gretel Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica (“Fecundación In Vitro”) caso N° 12.361. Escrito de Calidad de Amicus Curiae Santa Clara, CA. 19 de setiembre.

Comisión Costarricense de Derechos Humanos (1987). *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Costa Rica*. San José: Comisión Costarricense de Derechos Humanos.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2004). *Informe N° 25/04. Petición 12.361. Admisibilidad. Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros*. Costa Rica.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2010). Informe N° 85/10. Caso 12.361. Fondo. Gretel Artavia Murillo y Otros (Fecundación In Vitro). Costa Rica.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). *Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano: Actualizado a febrero de 2012*. San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos; Organización De Estados Americanos (2011). *Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el*

Sistema Interamericano. San José. CR: Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Defensoría de los Habitantes, UNFPA, Colectiva por el derecho a decidir, Asociación Demográfica Costarricense. Fecundación in Vitro: Los puntos de mayor relevancia de la sentencia CIDH, Costa Rica. Desplegable.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2003). *Acercándonos a los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos de las mujeres*. San José, Costa Rica: IIDH.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2009). *El protocolo facultativo de la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer: análisis de los casos ante el comité de la CEDAW*. San José, Costa Rica: IIDH.

Instituto Nacional de las Mujeres (2006). *Los derechos humanos políticos de las mujeres: normativa, doctrina y jurisprudencia*. Compendio 2006. Instituto Nacional de las Mujeres. San José: Instituto Nacional de las Mujeres. (Colección Legislación, N° 16).

Instituto Nacional de las Mujeres (2011). *Primer Estado de los derechos de las Mujeres en Costa Rica/ Instituto Nacional de las Mujeres*. San José: Instituto Nacional de las Mujeres. (Colección Estado de los Derechos de las Mujeres en Costa Rica; N° 1).

Real Academia Española (2006). *Diccionario esencial de la lengua española*. Madrid: Espasa Calpe S. A.

Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva (2008). *Proyecto de Ley para la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida*. Buenos Aires: Argentina.

Sociedad de Medicina Reproductiva y la Asociación Civil Develar (s.f.) *Proyecto de Ley: Accesibilidad y Regulación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Argentina.

CONFERENCIAS, PONENCIAS, CONGRESOS, FOROS, CURSOS Y OTROS

Cooke, Ian (2011). Cómo enlazar la comunidad científica, abogados y público en general en las decisiones relacionadas con las técnicas de reproducción asistida. La experiencia de la Human Fertility and Embriology Authoroty (HFEA) de Londres. *En: III Curso Internacional de Valoración de daño corporal: Simposio Fertilización In-Vitro*. Evidencia Científica Reciente, Guías Internacionales y las Mejores Prácticas Mundiales. Aspectos Éticos, Sociales y Legales. Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica, Asociación Latinoamericana de Derecho Médico, Asociación de Derecho Médico de Costa Rica, Red Latinoamericana de Reproducción Asistida. San José: Costa Rica.

Do Carmo, Maria (2011). Red Latinoamericana de Reproducción Asistida. Hacia la Transferencia de un solo embrión. *En: III Curso Internacional de Valoración de daño corporal: Simposio Fertilización In-Vitro*. Evidencia Científica Reciente, Guías Internacionales y las Mejores Prácticas Mundiales. Aspectos Biológicos y Clínicos de la FIV. Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica, Asociación Latinoamericana de Derecho Médico, Asociación de Derecho Médico de Costa Rica, Red Latinoamericana de Reproducción Asistida. San José: Costa Rica.

Escalante López, Gerardo (2011). Desarrollo de la FIV en Costa Rica. El embrión humano y su realidad biológica, jurídica y ética en relación con la FIV. *En: III Curso Internacional de Valoración de daño corporal: Simposio Fertilización In-Vitro*. Evidencia Científica Reciente, Guías Internacionales y las Mejores Prácticas Mundiales. *Estado actual de la FIV en Costa Rica*. Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica, Asociación Latinoamericana de Derecho Médico, Asociación de Derecho Médico de Costa Rica, Red Latinoamericana de Reproducción Asistida. San José: Costa Rica. 15 de julio de 2011.

Escalante López, Gerardo (2011). El embrión Humano. Aspectos Éticos, Biológicos y Jurídicos. *En: Foro: "Fertilización in Vitro Perspectivas Jurídicas"*. Colegio de Médicos y Cirujanos. San José, Costa Rica.

Hernandez Ibañez Carmen. Los aspectos jurídicos de las técnicas de reproducción asistida: Ley española y Marco Europeo. En: Conferencia dictada en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción con motivo de la invitación a esta.

Marlasca López, Antonio (2011). Fertilización In Vitro. Vida Humana y Persona. En: Foro: *“Fertilización in Vitro Perspectivas Jurídicas”*. Colegio de Médicos y Cirujanos. San José, Costa Rica.

Mora, Alejandra (2011). Estado de la legislación costarricense sobre la FIV en relación con los derechos humanos reproductivos y la salud de la mujer. En: *III Curso Internacional de Valoración de daño corporal: Simposio Fertilización In-Vitro*. Evidencia Científica Reciente, Guías Internacionales y las Mejores Prácticas Mundiales. Estado actual de la FIV en Costa Rica. Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica, Asociación Latinoamericana de Derecho Médico, Asociación de Derecho Médico de Costa Rica, Red Latinoamericana de Reproducción Asistida. San José: Costa Rica.

Raposo, Vera (2011). Legislación de la FIV en Portugal y España. En: *III Curso Internacional de Valoración de daño corporal: Simposio Fertilización In-Vitro*. Evidencia Científica Reciente, Guías Internacionales y las Mejores Prácticas Mundiales. Aspectos Éticos, Sociales y Legales. Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica, Asociación Latinoamericana de Derecho Médico, Asociación de Derecho Médico de Costa Rica, Red Latinoamericana de Reproducción Asistida. San José: Costa Rica.

Ravetós, Jetty (2011). Ventajas y riesgos del análisis genético en la FIV. En: *III Curso Internacional de Valoración de daño corporal: Simposio Fertilización In-Vitro*. Evidencia Científica Reciente, Guías Internacionales y las Mejores Prácticas Mundiales. Aspectos Biológicos y Clínicos de la FIV. Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica, Asociación Latinoamericana de Derecho Médico, Asociación de Derecho Médico de Costa Rica, Red Latinoamericana de Reproducción Asistida. San José: Costa Rica.

Trejos Salas, Gerardo (2011). Derecho y Fertilización In Vitro. En: Foro: *“Fertilización in Vitro Perspectivas Jurídicas”*. Colegio de Médicos y Cirujanos. San José, Costa Rica.

Urbina María Teresa (2011). Mala práctica médica y número de embriones a transferir al útero. Estrategias para reducir embarazos múltiples. Blastocitos y vitrificación. *En: III Curso Internacional de Valoración de daño corporal: Simposio Fertilización In-Vitro*. Evidencia Científica Reciente, Guías Internacionales y las Mejores Prácticas Mundiales. Aspectos Biológicos y Clínicos de la FIV. Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica, Asociación Latinoamericana de Derecho Médico, Asociación de Derecho Médico de Costa Rica, Red Latinoamericana de Reproducción Asistida. San José: Costa Rica.

Vanderpoel, Sheryl (2011). Cómo hacer frente a los dilemas éticos abordando las cuestiones de la infertilidad en un mundo multicultural. *En: Programa de Investigación. Desarrollo y Formación de Investigadores sobre Reproducción Humana*. Organización Mundial de la Salud. III Curso Internacional de Valoración de daño corporal: Simposio Fertilización In-Vitro. Evidencia Científica Reciente, Guías Internacionales y las Mejores Prácticas Mundiales. Aspectos Éticos, Sociales y Legales. *En: Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica, Asociación Latinoamericana de Derecho Médico, Asociación de Derecho Médico de Costa Rica, Red Latinoamericana de Reproducción Asistida*. San José: Costa Rica.

Wierner Klaus (2011). El laboratorio moderno de la FIV: Realidades y Mitos. *En: III Curso Internacional de Valoración de daño corporal: Simposio Fertilización In-Vitro*. Evidencia Científica Reciente, Guías Internacionales y las Mejores Prácticas Mundiales. Aspectos Biológicos y Clínicos de la FIV. Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica, Asociación Latinoamericana de Derecho Médico, Asociación de Derecho Médico de Costa Rica, Red Latinoamericana de Reproducción Asistida. San José: Costa Rica.

TRABAJOS FINALES DE GRADUACIÓN

Alfaro Cortés, Luis y Díaz Jiménez, Maureen (1997). *Análisis de la Normativa Vigente E Integral para la Reproducción Asistida* (Tesis Grado). Universidad Panamericana. Colegio Justiniano. San José, Costa Rica.

Arraigada, Valeria (2010). Estado de los Derechos Sexuales y Reproductivos en Chile. (Tesis Grado). Valdivia- Chile: Universidad Austral de Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Escuela de Derecho. Recuperado de <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2010/fja775e/doc/fja775e.pdf>

Awad Cucalon, Maria Inés, De Narváez Cano Mónica (2001). *Aspectos Jurídicos en las Técnicas de Reproducción Asistida Humana en Colombia*. (Tesis Grado) Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Bogotá.

Calderón Barrantes, Marcela (2008). *Justicialidad de los derechos fundamentales: el papel de nuestra jurisdicción constitucional en la efectiva tutela de los derechos económicos, sociales y culturales*. (Tesis Grado). Universidad de Costa Rica. Facultad de Derecho. San José, Costa Rica.

Chacón Mata, Alfonso Manuel (1999). *Tutela y aplicabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales dentro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*. (Tesis Grado). Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica.

Cubero Jiménez, Erick (2011). *La Ejecución de la Sentencia de la Corte Interamericana en Costa Rica*. Proyecto de Graduación para optar por el Grado de Licenciatura en Derecho. (Tesis Grado), Escuela de Derecho: Universidad del Valle. San José, Costa Rica.

Piza Rocafort (R.), Monterrosa Rojas (H.) (1983). *Mecanismos internos de protección de los derechos humanos a la luz del Derecho Internacional* (Tesis Grado). Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, Tomo I. San José, Costa Rica.

DOCUMENTOS EN LÍNEA

Alessadri, Arturo (2011). Principio y Fin de la existencia de las personas naturales. *Tratado de derecho civil; Parte preliminar y general*; Tomo 1. Recuperado el 20 de abril de 2011de <http://doctrina.vlex.cl/vid/principio-fin-existencia-naturales-275058091>.

Araujo Rentería, Jaime (s.l., s.f.) *Algunos problemas jurídicos del debate del aborto en la Corte Constitucional de Colombia*. Recuperado de <http://segundo.congreso.derechosreproductivos.com/files/presentaciones/JaimeAraujoRenteriaAlgunosproblemasjuridicosColombia.pdf>

Avila-Portillo, Luz Mabel y Otros. Fundamentos de Criopreservación. Luz Mabel Ávila-Portillo, José I, Madero, Claudia López, María Fernanda León, Lucía Acosta, Claudia Gómez, Lucy Gabriela Delgado, Claudio Gómez, José Manuel Lozano, María T. Reguero. *Revista Colombiana de Obstetricia y Ginecología*. 2006 Vol. 57 No. 4, (291300). Recuperado de http://www.fecolsog.org/userfiles/file/revista/Vol57No4_Octubre_Diciembre_2006/v57n4a08.pdf

Blasi, Gastón Federico. Análisis biológico, jurídico y filosófico sobre el status del nasciturus en el ordenamiento positivo argentino. En: Revista de Investigación de Ciencias Jurídica y Sociales *Ley Razón y Justicia*, VIII (nº11), (s.l.) 2007. Recuperado de <http://www.circulo.doxa.org/documentos>

Benito Odio, Marta. *Los Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico costarricense*. Recuperado de <http://www.ts.ucr.ac.cr>.

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Departamento de Estudios, Extensión Y Publicaciones (2004). *El Estatuto Jurídico del Embrión en los Convenios Internacionales y en la Legislación de España, Alemania y Francia*. Patricia Canales, Virginie Loiseau. Santiago de Chile: DEPESEX/BCN/SERIE ESTUDIOS. Año IV, (297). Recuperado de http://www.bcn.cl/bibliodigital/pbcn/estudios/estudios_pdf_estudios/nro297.pdf

Brugo-Olmedo, Santiago; Chillik, Claudio; Kopelman, Susana. (2003): Definición y Causas de la Infertilidad. [Versión electrónica]. *Revista Colombiana de Ginecología y Obstetricia*. Vol.54(4). Recuperado de http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0034-74342003000400003&script=sci_arttext

Canales, Patricia. *El Estatuto Jurídico del embrión en los Convenios Internacionales y en la Legislación de España, Alemania y Francia*. Santiago de Chile: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones. Serie. Estudios. Año. XIV. (297), 2004.

www.bcn.cl/bibliodigital/pbcn/estudios/estudios_pdf.../nro297.pdf

CIJUL en línea. Informe de investigación (03-2010). Título: Derecho a la Vida en el Derecho Comparado. www.cijulenlinea.ucr.ac.cr

CIJUL en línea. Informe de investigación (10-2010). Título: Fertilización In Vitro. www.cijulenlinea.ucr.ac.cr

CIJUL en línea. Informe de investigación (03-2011). Título: Reproducción Asistida. www.cijulenlinea.ucr.ac.cr

Conferencia Internacional de Derechos Humanos en Teherán de 13 de mayo de 1968. Recuperado de www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD.../A.3.1.doc.¹ Naciones Unidas. *Resultados sobre la población* Recuperado el 25 de agosto de 2012 de <http://www.un.org/es/development/devagenda/population.shtml>

Congreso de la República de Colombia (2004). Programa de Fortalecimiento Legislativo. Oficina de Asistencia Técnica Legislativa. Marín Valenzuela, Angélica. Estudio de Antecedentes. *Técnicas de Procreación Humana Asistida*. Solicitado: Comisión Séptima de la Cámara de Representantes. Colombia. Recuperado de http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_informacion/biblioteca/Documentos%20compartidos/TA-FIV/Colombia/Legislaci%C3%B3n%20Colombia.pdf

Consejo de Europa. Recomendaciones y Resoluciones del Consejo de Europa. *Recomendación 1046 (1986) sobre el Uso de los Embriones y Fetos Humanos con Fines Diagnósticos, Terapéuticos, Científicos, Industriales y Comerciales*. 38a Sesión Ordinaria. Recuperado de [http://www.urjc.es/z_files/ab_invest/Comite_Etica_Investigacion/Legislacion/Recomendaciones_y_resoluciones_Consejo_E\[1\].pdf](http://www.urjc.es/z_files/ab_invest/Comite_Etica_Investigacion/Legislacion/Recomendaciones_y_resoluciones_Consejo_E[1].pdf).

Cotarelo, Rocío P., Minasi, María G., Greco, Ermanno. Reproducción asistida en Italia: del “salvaje oeste” a la ley de reproducción asistida más restrictiva de Europa. Un

país que se adapta al continuo cambio en la legislación. Recuperado de http://www.hvn.es/servicios_asistenciales/ginecologia_y_obstetricia/ficheros/curso2011_reprod_12_reproduccion_asistida_en_italia.pdf

De los Ríos Osorio, Soledad (s.l.s.f.) *Aspectos Técnicos de la Reproducción Asistida*. Recuperado de <http://derecho.udea.edu.co/descargas/Flia2/aspectosTecReproduccion.pdf>

Declaración y Plataforma de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer. Recuperado de <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20S.pdf>

Declaración y Programa de Acción de Viena: Conferencia Mundial sobre derechos humanos. Recuperado de www.fcm.unr.edu.ar/.../1993ConferenciaMundialSobreDDHHViena.do.

Diniz, Debora y Gomes Costa, Rosely (2005). Infertilidad e Infecundidad: Acceso a las Nuevas Tecnologías Conceptivas. *En: Seminario Regional Salud Sexualidad y Diversidad en América Latina*, en Lima, Perú. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24191.pdf>

Genética y Bioética (s.l, s.f). *Programa de Nuevas Tecnologías de la Información y de la Comunicación (P.N.T.I.C.). Reproducción Humana: II Técnicas de Reproducción Asistida*. Recuperado de http://cerezo.pntic.mec.es/~jlacaden/webmec11/repro_human00.html

Gómez Sánchez, Yolanda (1988). Algunas reflexiones jurídico-constitucionales sobre el derecho a la reproducción humana y las nuevas técnicas de reproducción asistida. *Revista de Derecho Político*, 26, pp 85-113. Recuperado de <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:Derechopolitico-1988-26-BF8BB2B2&dsID=PDF>

Ibáñez Pareja Enrique (s.f.). Clonación: Aspectos científicos. Departamento de Microbiología e Instituto de Biotecnología. España: Universidad de Granada. Recuperado de <http://www.ugr.es/~eianez/Biotecnologia/Clonacion.html>

Informe de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (1994) El Cairo, Egipto: Naciones Unidas. Recuperado de http://www.unfpa.org/webdav/site/global/shared/documents/publications/2004/icpd_spa.pdf

Jünemann, Francisca. *Técnicas de Reproducción Asistida: Legislación Española e italiana. Estudios Públicos*. Recuperado de <http://www.cepchile.cl>.

Lacadena, Juan Ramón (2001). *Reproducción Humana. El comienzo de la Vida. Genética y Bioética*. España: Centro Nacional de Información y Comunicación Educativa. Recuperado de <http://cerezo.pntic.mec.es/~jlacaden/reprohumanaI1.html>

Naciones Unidas. *Resultados sobre la población*. Recuperado de <http://www.un.org/es/development/devagenda/population.shtml>

Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo. Recuperado de http://www.unfpa.org/spanish/icpd/icpd_poa.htm.

Raposo, Vera Lucía (2007). La nueva ley portuguesa sobre reproducción asistida. *Revista de Bioética y Derecho* (10), abril. Recuperado de <http://www.bioeticayderecho.ub.es>

Raposo, Vera Lucia (s.f.). *¿De quién es este embrión? El poder de disposición de los embriones sobrantes*. Recuperado de [http://www.vda.pt/xms/files/Publicacoes/De quien es este embrion. El poder de disposicion de los embriones sobrantes.pdf](http://www.vda.pt/xms/files/Publicacoes/De%20quien%20es%20este%20embrion.%20El%20poder%20de%20disposicion%20de%20los%20embriones%20sobrantes.pdf)

Re, Francesca (2009). La Corte Costituzionale ridisegna i confini della procreazione medicalmente assistita lecita. *Revista Pennale* (nº9) setiembre, pp.948-950. Recuperado de <http://vlex.it/vid/ridisegna-medicalmente-assistita-lecita-67639349>.

Rodríguez, Lilia. Derechos Sexuales y Reproductivos en el marco de los derechos humanos. Fondo de Población de Naciones Unidas. <http://www.decidiuresunderecho.org/files/LiliaRodriguez.pdf>

Santoja Lucas, José Juan. Tema 15: *Esterilidad I*, curso 2007-2008. Recuperado de <http://www.losmedicamentos.net/articulo/tema-15-esterilidad-e-infertilidad-i>

Sapena, J y Lloveras, N. (2010). *El diagnóstico Genético Preimplantacional*. Recuperado de <http://www.sapenaley.com/item/298>

Schmidt Hott, Claudia. *Estatuto jurídico del embrión*. Recuperado de <http://derechogeneral.blogspot.com/2007/12/estatuto-juridico-del-embrin.html>

Silva Silva, Hernán (2012). *Medicina Legal. Segunda Parte: obstetricia forense*. Editorial Jurídica de Chile. Recuperado el 20 de mayo de 2011 de <http://doctrina.vlex.cl/vid/fecundacion-artificial-legales-penales-367247454>

Soto Silva, Rodrigo (2001). Informe sobre el Tratamiento del Embrión Humano en la Jurisprudencia Constitucional Española. *Ius et praxis*-(7-2), junio 2001. Id. vLex: VLEX-43472524. Recuperado de <http://vlex.com/vid/informe-tratamiento-embrión-humano-43472524>.

Suarez, Antoine. *El embrión humano es una persona. Una prueba, (s.l.), 2002*. Recuperado de www.aebioetica.org/rtf/El%20Embrion%20Humano.rtf

Suarez Parada, Ana Lucía. Reproducción Humana Asistida y Filiación en el Derecho de Familia Colombiano. Revista Virtual: *Via Inveniendi et iudicandi “Camino del Hallazgo y del Juicio”*, (s.l.,s.f.). Recuperado de http://www.usta.edu.co/programasde_recho/derecho/revista_iniendi/revista/imgs/HTML/revistavirtual/

Ugarte Godoy, José Joaquín (2002). El derecho a la vida de la persona humana en la fase embrionaria y su protección constitucional. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo XCIX, N° 4. 2002. Recuperado de <http://doctrina.vlex.cl/vid/vida-persona-humana-fase-embriónaria-233551765>

Zurrarain, Roberto Germán (2011). *Técnicas de reproducción humana asistida: determinación legal de la filiación y usuarias en el derecho comparado*. Cuad. Bioét. XXII, 2011/2ª-26/5/2011. Recuperado el 05 de julio de 2012 de www.aebioetica.org/revistas/2011/22/2/75/201.pdf

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

Alemania

Alemania. Ley de protección del embrión. N° 745/90 del 13 de diciembre de 1990. Recuperada de http://www.bioeticaweb.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=1014

Argentina

Argentina. Código Penal de la Nación Argentina. Ley 11.179. Recuperado de http://www.codigopenalonline.com.ar/codigo_penal_argentino_delitos_contra_las_personas.html

Argentina. Constitución Política. (1994). [versión electrónica] www.constitution.org/cons/argentin.htm

Argentina (Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en el Congreso). Ley 23.849 Aprobación de la Convención sobre los derechos del niño. Publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el 22/10/1990. Recuperada de http://www.conders.org.ar/pdf/LEY_n_23849.pdf

Argentina (Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en el Congreso). Ley 26.862. Reproducción Medicamente Asistida. Sancionada 5 de 2013. Promulgada de Hecho. Junio. 25. de. 2012. Recuperado de www.infojus.gov.ar/archivo.php?archivo=ley26862.pdf

Brasil

Brasil. Lei Ordinaria N°11105, de 24 de março de 2005. Reregulamenta os Incisos II, IV e V do Paragrafo 1 do artigo 225 da Constituição Federal. Estabelece Normas de Segurança e Mecanismos de Fiscalização de Atividades que Envolvam Organismos Geneticamente Modificados-Ogm e Seus Derivados, Cria o Conselho Nacional de Biossegurança-Cnbs, Reestrutura a Com.. DOU, Diário Oficial da União núm. 11105, 28 de Março de 2005-Lei Ordinaria. [sibdi.ucr.ac.cr/http://br.vlex.com/vid/envolvam-geneticamente-modificados-ogm-cnbs-34335185](http://br.vlex.com/vid/envolvam-geneticamente-modificados-ogm-cnbs-34335185)

Chile

Chile. Código Civil Chileno. Recuperado de http://www.cinder.info/wp-content/uploads/file/Legislacion/Chile/CODIGO_CIVIL_CHILENO.pdf

Chile. Ley 20120. Sobre investigación científica en el ser humano, su genoma, y prohíbe la clonación humana. Legislación Oficial. Ministerio de Salud. Última modificación:29/09/2006.Id.vLex:VLEX-241356274.<http://vlex.com/vid/cientifica-humano-genoma-prohibe-humano-241356274>.

Consejo de Europa

Consejo de Europa. Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y sus protocolos. Recuperado de: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf

Colombia

Colombia. Decreto número 1546 de 1998. Diario Oficial de Colombia n° 43357m 4 de agosto de 1998. Id. vlex: VLEX-59801064.

Colombia. Resolución número 03199 de 1988. Diario Oficial de Colombia n° 43401, 6 de agosto 1998. Ministerio de Salud Pública. Id. vlex: VLEX-59802412.

España

España. Código Penal. (1995). [versión electrónica]. Recuperado de: www.ub.edu/dpenal/CP_vigente_2013_01_17.pdf

España. Constitución Española. (1978). [versión electrónica]. Recuperada de: www.derechoshumanos.net/

España. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Legislación Refundida. Normativa Estatal. Publicado en: BOE. Fecha de Última Modificación: 05/07/2007. Id. vLex: VLEX80915279. Recuperado de: <http://vlex.com/vid/tecnicas-reproduccion-humana-asistida-80915279>.

España. Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica. Última modificación: 02/12/2011. [versión electrónica]. www.boe.es/boe/dias/2007/07/04/pdfs/A28826-28848.pdf

España. Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de Donación y Utilización de Embriones y Fetos humanos o de células, tejidos u órganos (derogada por Ley 14/2007 de 3 de julio, de Investigación biomédica). BOE. Boletín Oficial del Estado núm. 0314, 31 de diciembre de 1988 (I-Disposiciones Generales) Jefatura del Estado. Marginal: 29681. Recuperada de <http://boe.vlex.es/vid/embriones-fetos-celulas-tejidos-15515972>

España. Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y del la interrupción voluntaria del embarazo. Boletín Oficial núm. 55 de jueves 4 de marzo de 2010 (Sec. I) [versión electrónica] www.boe.es

España. Real Decreto 412/1996, de 1 de Marzo, por el que se establecen los protocolos obligatorios de Estudio de los Donantes y Usuarios relacionados con las Técnicas de reproducción humana asistida y se regula la creación y organización del Registro nacional de donantes de gametos y preembriones con fines de reproducción humana. BOE. Boletín Oficial del Estado, número 0072, 23 de marzo de 1996. I-Disposiciones Generales. Marginal 06644. Id.vLex: VLEX-15387896. Recuperado el 10 de marzo de 2011 de <http://vlexcom/vid/protocolos-gametos-preembriones-15387896>.

Francia

Francia (Asamblea Nacional y el Senado). Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain. NOR: JUSX9400024L Version consolidée au 30 juillet 1994. Reduperada.de: www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000549619.

Francia (Asamblea Nacional y el Senado). Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique (1). Journal Officiel . Organización Mundial de la Propiedad Intelectual: Recursos. Recuperado.de: http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=179239

Francia (Asamblea Nacional y el Senado). Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique (1), Journal Officiel num. 157, 8 juillet 2011. Recuperado de <https://journal-officiel.vlex.fr/vid/loi-juillet-relative-biothique-288384770>.

Italia

Italia. Constitución de La República Italiana (1947). Recuperada de http://portu.der.uva.es/constitucional/verdugo/constitucion_italiana_1947.htm

Italia (Parlamento Italiano). Legge 19 febbraio 2004, n. 40 “*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*” publicada nella Gaceta Ufficiale n. 45 del 24 de febbraio 2004. Recuperado de <http://www.camera.it/parlam/leggi/040401.htm>

Portugal

Portugal. Assembleia da República. Lei nº 32/2006, de 26 de Julho de 2006. Procriação medicamente assistida. Diario da República núm. 143, 26 de julho de 2006. Serie I. Id. vLex: VLEX-33368499. Recuperada de <http://vlex.com/vid/lei-julho-33368499>.

Portugal. Asamblea de la República. Ley nº 16/2007 (Aborto). Recuperada de http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/Legislacion/Leyes_internacionales/LeyIntN16-2007.pdf

Portugal. Código Civil (2010). Actualizado até Lei n.º 103/2009 de 11 de Setembro. Verbo. Jurídico. Recuperado de <http://www.verbojuridico.com/download/codigocivil2010.pdf>

Portugal. Código Penal Português. Recuperado de <http://www.hsph.harvard.edu/population/domesticviolence/portugal.penal.95.pdf>

Portugal. Constitución de la República Portuguesa (de 2 de abril de 1976). Recuperada de http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=179476.

Suiza

Suiza. Constitución Federal de la Confederación Suiza, del 18 de abril de 1999. Recuperado de http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=179792

PROYECTOS DE LEY PAISES LATINOAMERICANOS:

Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva (2008). Proyecto de Ley para la Regulación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Buenos Aires. Recuperado de http://www.samer.org.ar/proyecto_ley.php.

LEGISLACIÓN NACIONAL

Costa Rica. Código de Familia (2004). (16va Ed.). San José, C.R.: IJSA.

Costa Rica. Código Penal (2004). (16va Ed.). San José, C.R.: IJSA.

Costa Rica. Ley General de la Administración Pública (2003). (13va. Ed.). San José, C.R.:IJSA.

Costa Rica. Constitución Política de la República de Costa Rica. San José, CR.: Poder Judicial. Departamento de Artes Gráficas 2011.

Decreto Ejecutivo N° 24029-S “Regula realización de técnicas de reproducción asistida in vitro o FIV” del 03 de marzo de 1995.

PROYECTOS DE LEY. COSTA RICA

Asamblea Legislativa. Proyecto de ley: Adición de un nuevo capítulo III referente a los derechos en salud sexual y salud reproductiva, al título I del Libro I de la Ley General de Salud N° 5395 de 30 de octubre de 1973 y sus reformas. Expediente N° 16.887. Diciembre, 2007.

Asamblea Legislativa. Proyecto de ley: Atención Integral de la Infertilidad. Expediente N° 18.285. Octubre, 2011.

Asamblea Legislativa. Proyecto de ley: Ley contra la violencia reproductiva, hospitalaria, obstétrica y postnatal. Expediente N° 17.622. Febrero, 2010.

Asamblea Legislativa. Proyecto de ley: Ley de Fecundación In Vitro y Transferencia de Embriones Humanos. Expediente N° 18.738. Actualmente se encuentra en la corriente legislativa.

Asamblea Legislativa. Proyecto de ley N° 17.900: Ley Sobre Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria. Expediente N° 18.057. Octubre, 2010.

Asamblea Legislativa. Proyecto de ley: Ley que regula la investigación científica en seres humanos. Expediente N° 15780. Noviembre, 2005.

Asamblea Legislativa. Proyecto de ley: Ley para la atención integral de infertilidad. Expediente N°18.665. Diciembre, 2012.

Asamblea Legislativa. Proyecto de ley: Ley sobre Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria y creación de Depósito Nacional de Gametos. Expediente N° 18.151. Junio, 2011.

Asamblea Legislativa. Proyecto de ley: Ley sobre Fertilización in Vitro y Transferencia Embrionaria. Expediente N° 18.058. Abril, 2011.

OFICIOS EMITIDOS POR INSTITUCIONES PÚBLICAS Y PRIVADAS

Alianza por tus derechos. Oficio del 08 de febrero de 2011.

Asociación Demográfica Costarricense. Oficio N° DE-355-10 del 20 de diciembre de 2011.

Asociación para el desarrollo de las mujeres negras. Oficio del 14 de febrero de 2011.

Caja Costarricense del Seguro Social. Oficio N° 17667-5-SEC-11 del 2 de marzo de 2011.

Conferencia Episcopal de Costa Rica. Oficio del 24 de enero de 2011.

Defensoría de los Habitantes. Oficio N° DH-MU-0031-2011 del 24 de enero de 2010.

Poder Judicial. Acuerdo N° 6-11 celebrado el 7 de marzo de 2011.

Procuraduría General de la República. Opinión Jurídica N° OJ-O26-2011 del 5 de mayo de 2011.

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

Argentina:

Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo. (Argentina) San Nicolás de los Arroyos. Sentencia de 15 de diciembre de 2008. Causa N°573-2008. “S.A.F Y A.H.A S/AMPARO” Recuperado de Vlex.

Cámara Federal de Apelaciones (Mar del Plata), sentencia de 11 de mayo 05 2010. Expediente N° 12.343. “*Sánchez, Jéssica N. c/ O.P.S.E: s/ Amparo*”. Recuperado de Vlex.

Cámara Federal de Apelaciones de La Plata. (Argentina). Sentencia de los 9 días de setiembre de 2011. Expediente N° 13.087. “*Álvarez, Valeria B. y otro c/ OSPSA s/ Amparo*”. Recuperado de Vlex.

Cámara Federal de Apelaciones de La Plata. (Argentina). Sala Tercera sentencia de los 29 días de setiembre de 2011. Expediente N° 17.992/11. “*Díaz Giustacchini Karina Mariela y otro c/ Obra Social del Personal del Automóvil club y otro s/ Amparo*” Recuperado de Vlex.

Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal (Argentina/ Buenos Aires), fallo de 2 de marzo de 2010. Causa N° 3440/08 “*Reyna Viviana Celeste y otros c/Galeno SA s/ sumarísimo*”. Recuperado de Vlex.

Corte Suprema de Justicia de La Nación (Buenos Aires/Argentina). P.421. XXXVI “*T.,S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo*”. 11 de enero de 2002. Recuperado de Vlex.

Corte Suprema de Justicia de La Nación (Buenos Aires/Argentina). P.709. XXXVI “*Portal de Belén-Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo*”. 5 de marzo de 2002. Recuperado de Vlex.

Corte Suprema de Justicia de La Nación (Buenos Aires/Argentina). F.259. XLVI. “*F.,A.L. S/ medida autosatisfactoria*”. 13 de marzo de 2012. Recuperado de Vlex.

Juzgado N°: 2. Secretaría N°: 4 (Argentina/ Buenos Aires) Fallo 26 de octubre de 2010. C.4182/2009-I-“Orsi Pablo Daniel y otro c/ OSDE s/medidas cautelares”. Recuperado de Vlex.

Juzgado N°:11. Secretaría N° 22. (Argentina/ Buenos Aires) sentencia 27 de octubre de 2011. C.3416/2010-I-“Gamba Silvana Andrea y otro c/ OSDE s/ sumarísimo”. Recuperado de Vlex.

Raná 13 de mayo de 2010. Sentencia: 2010-2422 “Squivo Susana y Otro s/ Amparo”, (28) proveniente de Juzgado Federal n° Concepción del Uruguay. Recuperado de Vlex.

Tribunal Superior de Justicia (Buenos Aires/ Argentina), en sentencia de 26 de Agosto de 2009, Expediente 6368/08: “Ayuso, Marcelo Roberto y Otros c/Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”. Recuperado de Vlex.

Colombia:

Sala Constitucional (Colombia)- Sentencia C-355/06. Bogotá D.C. 10 de mayo de 2006. Recuperado de Vlex.

Sala Constitucional (Colombia)- Sentencia T-732/09. Bogotá D.C. de 15 octubre de 2009. Recuperada de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-732-09.htm>

Sala Constitucional (Colombia)- Sala Plena. Sentencia C-647/01. Bogotá D.C. de.20.junio.de.2001.http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/jurisprudencia/sentencia%20corte%20constitucional%20colombia%20sobre%20aborto.01.pdf

Sala Constitucional. Sala Primera de Revisión. (Colombia). Sentencia T-633/10. Bogotá, D.C., 13 de agosto de 2010. Expedientes T-2618300 y T-2621899 (acumulados).

Sala Constitucional. Sala Segunda de Revisión (Colombia). Sentencia T-226/10. Bogotá D. C. 23 de marzo de 2010. Expedientes T-2456849, T-2456857. T-2459151 y T-256673.

Sala Constitucional. Sala Segunda de Revisión. (Colombia) Sentencia T-266 de 2010. Auto 134/11 junio 28; Bogotá D. C.

Sala Constitucional. Sala Tercera de Revisión (Colombia) Sentencia T-890/09. Bogotá D.C., 1º de diciembre de 2009. Expediente T-2376090.

Sala Constitucional. Sala Séptima de Revisión. (Colombia) Sentencia T-209/08. Bogotá D.C., 28 de febrero de 2008. Expediente T-1673450.

Sala Constitucional. Sala Séptima de Revisión. (Colombia) Sentencia T-870/08. Bogotá D.C., 5 de setiembre de 2008. Expediente T-1827718.

Sala Constitucional. Sala Séptima de Revisión. (Colombia) Sentencia T-424/09. Bogotá D.C., 26 de junio de 2009. Expediente T-2.187.710.

Sala Constitucional. Sala Séptima de Revisión. (Colombia) Sentencia T-311/10. Bogotá D.C., 3 de mayo de 2010. Expediente T-2.497.064.

Sala Constitucional. Sala Octava de Revisión (Colombia) Sentencia T-550/10. Bogotá, D.C., 6 de julio de 2010. Expediente 2567019.

Sala Constitucional. Sala Octava de Revisión (Colombia). Sentencia 585/10. Bogotá D.C., 22 de julio de 2010. Expediente 2597513.

Sala Constitucional. Sala Octava de Revisión (Colombia). Sentencia 627/12. Bogotá D.C. 10 de agosto de 2012. Expediente T-3331859.

Corte Europea de Derechos Humanos

Corte Europea de Derechos Humanos. Estrasburgo. Gran Sala. Caso Vo contra Francia, Sentencia de 8 de julio de 2004, demanda número: 53924/2000.

Corte Europea de Derechos Humanos. Estrasburgo. Sección 1. Caso S.H. y otros contra Austria, Sentencia de 1º de abril de 2010, demanda número: 57813/2000.

Corte Europea de Derechos Humanos. Estrasburgo. Sección 2. Caso Costa y Pavan contra Italia, Sentencia de 28 de agosto de 2012, demanda número: 54270/10.

Corte Europea de Derechos Humanos. Estrasburgo. Sección 4. Caso Tysiac contra Polonia, Sentencia de 20 de marzo de 2007, demanda número: 5410/2003.

Corte Europea de Derechos Humanos. Estrasburgo. Sección 4. Caso Evans contra el Reino Unido, Sentencia de 7 de marzo de 2006, demanda número: 6339/2005.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH, Opinión Consultiva OC-16/99. *“El Derecho a la Información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”*

Corte IDH, Opinión Consultiva OC-2/82. El efecto de las reservas sobre la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 74 y 75), del 24 de setiembre de 1982.

Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Art. 13 y 29 Convención Americana Sobre Derechos Humanos).

Corte IDH, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de marzo de 1986.

Corte IDH. Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dentro del marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Serie. A N° 10 (1989).

Corte IDH. Caso (9647) James Jerry Ferry Roach y Jay Pinkerton c. Estados Unidos, sentencia (3/87) de 22 de setiembre de 1987.

Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez. Indemnización Compensatoria (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia 21 de julio de 1989.

Corte IDH. Caso “Artavia Murillo y Otros (Fecundación In Vitro)” Vs. Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012.

Corte IDH. Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú. Sentencia de 28 de febrero de 2003.

Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte IDH. Caso Hilaire Vs. Trinidad y Tobago (Excepciones Preliminares). Sentencia de 1 de setiembre de 2001.

Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. (Competencia). Sentencia de 24 de setiembre de 1999.

Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez c. Honduras (fondo), sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, N° 4.

Corte IDH. El efecto de las reservas sobre la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 74 y 75), Opinión Consultiva OC-2/82, del 24 de setiembre de 1982, Serie A, n° 2.

Corte IDH. Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1. 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986.

Corte IDH. Interpretación de la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89, del 14 de julio de 1989.

Corte IDH. La Expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86, del 9 de mayo de 1986, Serie A N° 6.

Corte IDH. Opinión Consultiva OC-1/82, del 24 de setiembre de 1982. “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (Art.64 Convención sobre Derechos Humanos)

Corte IDH. Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Art. 1 y 2, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986.

Chile

Corte Suprema de Chile. Sala Segunda. Resolución N° 3190, 30 de enero de 2008. Recurso: 6229/2006. Sentencia de Reemplazo. Id.vLex: VLEX-332867294. sibdi.ucr.ac.cr/http://corte-supremajusticia.vlex.cl/vid/332867294

Tribunal Constitucional (Chile). Sentencia N° Rol 740 del Tribunal Constitucional, 18 de abril de 2008. Requerimiento de inconstitucionalidad deducido en contra de algunas disposiciones de las “Normas Nacionales sobre regulación de la Fertilidad”, aprobadas por Decreto N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud. sibdi.ucr.ac.cr/http://jurisprudencia.vlex.cl/vid/-58941744

España

Tribunal Constitucional (pleno). (España). Sentencia número 53/1985 de 11 abril de 1985. RTC/1996/212. BOE: 18/5/1985. Número de Registro: 800/1983. Recurso Previo.de.Constitucionalidad.Recuperado.de.<http://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1985-0053>.

Tribunal Constitucional (Pleno). (España). Sentencia número 212/1996 de 19 diciembre. RTC/1996/212. Westlawes.

Tribunal Constitucional (Pleno). (España). Sentencia número 116/1999 de 17 Junio. RTC/1999/116. Westlawes

Tribunal Sistema Judicial de Cataluña (Barcelona-España), Sala de lo Social. Sentencia de 12 de mayo de 2004. Recurso 4165/2003. Procedimiento: Social. Id. vLex: VLEX-21103048. Recuperado de <http://vlex.com/vid/-2110348>.

Tribunal Sistema Judicial de Galicia (A Coruña-España), Sala de lo Contencioso, 7 de Junio de 2006. Recurso: 919/2003. Id. vLex-205273843. Recuperado de <http://vlex.com/vid/-205273843>.

Tribunal Sistema Judicial de País Vasco (Bilbao-España), Sala de lo Social, Sentencia de 20 de setiembre de 2005. Recurso: 1017/2005.Procedimiento: Social. Id: vLex-21013045. Recuperado de <http://vlex.com/vid/-21013045>.

Italia

Corte Costituzionale. Sentenza n° 27, 18 Febbrario 1975. Recuperada de <http://vlex.com/vid/-20720121>.

Corte Costituzionale. Sentenza n° 35, 8 Gennaio-10 Febbraio 1997. Recuperada de www.mpv.org/.../Sentenza%2030%20gennaio-10%2.

Corte Costituzionale. Sentenza n° 151, 8 Maggio 2009. Recuperada de <http://vlex.com/vid/-59540983>.

Portugal

Tribunal Constitucional (Portugal). Acórdão n° 340/98, de 17 de Abril de 1998. Recuperado de <http://tc.vlex.pt/vid/-31794467>

Tribunal Constitucional (Portugal). Acórdão n° 733/07, de 23 de Fevereiro de 2010. Recuperado de <http://tc.vlex.pt/vid/-77211628>.

JURISPRUDENCIA NACIONAL

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 282, de las 17:00 horas del 13 de marzo de 1990.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 647, de las 15:00 horas del 12 de junio de 1990.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 719 de las 16:30 horas del 26 de junio de 1990.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 425, de las 15:12 horas del 2 de febrero de 1991.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 678, de las 14:16 horas del 25 de marzo de 1991.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 1365 de las 14:30 horas del 16 de julio de 1991.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 1739 de las 11:45 horas del 01 de julio de 1992.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 1915 de las 2:12 horas p.m. del 22 de julio de 1992

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 2196 de las 14:00 horas del 11 de agosto de 1992.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 3435 de las 16:20 horas del 11 de noviembre de 1992.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 3495 de las 14:30 horas del 19 de noviembre de 1992.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 03550, de las 16:00 horas del 24 de noviembre de 1992.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 3805 de las 09:30 horas del 28 de noviembre de 1992.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 1786 de las 16:21 horas del 21 abril de 1993.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 3173 de las 14:57 horas del 6 de junio de 1993.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 3705 de las 15:00 horas del 30 de julio de 1993

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 4423 de las 12:00 horas del 7 de setiembre de 1993

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 5759 de las 14:15 horas del 10 de noviembre de 1993.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 346, de las 3:42 horas p.m. del 18 de enero de 1994.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 752, de las 12:03 horas del 4 de febrero de 1994.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 1405, de las 3:54 horas p.m. del 16 de marzo de 1994

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 03820, de las 16:48 horas del 27 de julio de 1994.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 1185 de las 14:33 horas del 2 de marzo de 1995.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 2134, de las 15:00 horas del 2 de mayo de 1995

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 2313, de las 16:18 horas del 9 de mayo de 1995.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 4205, de las 14:33 horas del 20 de agosto de 1996.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 1633 de las 3:54 horas p.m. del 10 de abril de 1996.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 6482 de las 02:54 horas p.m. del 28 de noviembre de 1996.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 6519 de las 03:06 horas p.m. del 3 de diciembre de 1996.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 1139 de las 12:12 horas del 21 de febrero de 1997.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 110 de las 10:27 horas del 9 de enero de 1998.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 4423 de las 16:27 horas del 23 de junio de 1998

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 4883 de las 12:54 horas p.m. del 22 de agosto de 1998.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 6830 de las 15:06 horas del 24 de setiembre de 1998.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 02950, de las 10:03 del 23 de abril de 1999.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N°2306 de las 15:21 horas del 15 de marzo de 2000.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N°2858 de las 15:54 horas del 29 de marzo de 2000.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 7484 de las 09:21 horas del 25 de agosto de 2000.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 7818 de las 16:45 horas del 5 de setiembre de 2000.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 9685 de las 14:56 horas del 1° de noviembre de 2000.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 10498 de las 2:01 horas p.m. del 28 de noviembre de 2000.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 11015, a las 13:39 horas del 13 de diciembre de 2000.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 1465, a las 14:36 horas del 21 de febrero de 2001.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 1764 de las 14:37 horas del 20 de febrero de 2002.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 3791 de las 3:37 horas p.m. del 23 de abril de 2002.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 2771, de las 11:40 horas del 4 de abril de 2003.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 02792, de las 14:53 horas del 17 de marzo de 2004.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 5274 de las 14:31 horas del 4 de mayo de 2005.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 6856 de las 10:02 del 1 de junio de 2005.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 17612 de las de 21 de diciembre de 2005.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 6014, de las 9:02 horas del 5 de mayo de 2006.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 007262, de las 14:45 horas del 23 de mayo de 2006.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 02771, de las 11:40 horas, del 4 de abril de 2008.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 015461, de las 15:07 horas, del 15 de octubre de 2008.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 1168, de las 15:12 horas, del 27 de enero de 2010.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 02598, de las 10:50 horas, del 24 de febrero de 2012.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 02598, de las 10:50 horas, del 24 de febrero de 2012.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 04222, de las 8:30 horas, del 30 de marzo de 2012.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 05178, de las 11:30 horas, del 20 de abril de 2012.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 05590, de las 16:01 horas, del 2 de mayo de 2012.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 016155, de las 9:05 horas, del 27 de noviembre de 2012.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 000465-F-S1-2009, de las 10:45 horas del siete de mayo de 2009.