



Informe de Investigación

Título: - Fertilización In Vitro

Subtema: - Reproducción Asistida

Rama del Derecho: Derecho	Descriptor: Fertilización In Vitro
Tipo de investigación: Compuesta	Palabras clave: Derechos Humanos, Reproducción, Reproducción Asistida
Fuentes: Normativa, Doctrina y Jurisprudencia	Fecha de elaboración: 10 / 2010

Índice de contenido de la Investigación

Resumen	2
Normativa	2
a) Constitución Política de Costa Rica	2
b) Código de la Niñez y la Adolescencia	2
c) Declaración Universal de Derechos Humanos	3
d) Pacto de San José	3
e) Convención sobre los derechos del niños	3
Doctrina	3
a) Problemática sobre la fertilización in vitro en Costa Rica	3



b) Medios de Reproducción asistida a la luz del Artículo 72 del Código de Familia, vacío legal y su necesaria regulación en Costa Rica 7

Jurisprudencia 10

a) Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No.2306 -2000 10

Resumen

El presente informe de investigación contiene información referente al tema de la Fecundación In vitro en Costa Rica, como parte de las llamadas Técnicas de Reproducción Asistidas. El informe hace referencia a las diversas declaraciones e instrumentos internacionales, que contemplan el tema. Se cita normativa costarricense, doctrina y jurisprudencia nacional.

Normativa

a) Constitución Política de la República de Costa Rica ⁱ

Artículo 21.- La vida Humana es Inviolable.

b) Código de la Niñez y la Adolescencia ⁱⁱ

Artículo 12.- Derecho a la vida. La persona menor de edad tiene el derecho a la vida desde el momento mismo de la concepción. El Estado deberá garantizarle y protegerle este derecho con políticas económicas y sociales que aseguren condiciones dignas para la gestación, el nacimiento y el desarrollo Integral.



c) Declaración Universal de Derechos Humanos ⁱⁱⁱ

Artículo 3.- Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

d) Pacto de San José (Convención Americana sobre Derechos Humanos) ^{iv}

Artículo 4.- Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. (...)

e) Convención sobre los Derechos del Niño ^v

Artículo 6.- 1. Los estados partes reconocen que todo niño tiene derecho intrínseco a la vida. 2. Los Estados partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

Doctrina

[Romano Salazar] ^{vi}

Las técnicas de **reproducción asistida** no son un fenómeno reciente, máxime si consideramos a la inseminación artificial como tal.

Sin embargo, no es sino hasta la década de los setenta cuando comienza una verdadera revolución en el campo de la reproducción artificial: en el año 1976 se produce el primer embrión en probeta que es transferido al vientre de una mujer, no logra desarrollarse pero constituye el primer intento; en 1978 nace el primer "*bebé de probeta*" de la historia. A partir de ese momento se inicia una nueva era en la historia de la humanidad y concretamente en el campo de la concepción. Comienza la perfección de los métodos y

técnicas de reproducción asistida que abre un universo de posibilidades y de problemáticas de toda índole y a todo nivel.

Entre ellos, surge la necesidad de revisar minuciosamente la legislación relacionada con los derechos y obligaciones de los padres, de los donantes, de los médicos, de los centros médicos, la filiación, los derechos de los embriones y de los niños nacidos por medio de las nuevas técnicas, entre otros.

Corre el mes de diciembre de 1994, los costarricenses fuimos sorprendidos con la noticia de que médicos nacionales habían logrado, por primera vez en la historia del país, que una mujer quedara embarazada mediante la implantación de embriones obtenidos utilizando la técnica conocida como "**FIVET**" (1). La sorpresa dio paso a las discusiones más variadas que nos podamos imaginar, además de los argumentos esgrimidos por quienes apoyan la utilización de estas técnicas y por quienes las objetan.

Ahora bien, la actitud que más nos llamó atención fue la asumida por parte del Ministerio de Salud, quienes al darse cuenta de la falta de regla en esta materia tan delicada, corrió y se precipitó a improvisar a toda costa un reglamento que viniese a llenar el vacío jurídico existente y que establece ciertas pautas para regular las "**Técnicas Reproducción Asistida**" (2). Recalcamos el hecho de que el decreto en cuestión es fruto de la improvisación por cuanto el mismo adolece de enormes defectos formales y de fondo, tal y como lo pondremos en evidencia a lo largo de esta disertación.

Decreto Ejecutivo N° 24029-S

Menos de dos meses después del anuncio primer embarazo, en Costa Rica, fruto de la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se da en la Presidencia de la República un Reglamento con la finalidad de llenar el vacío normativo preexistente lo que se refiere al tratamiento y previsión de conflictos que genera la aplicación de dichas técnicas. Sin embargo, lo cierto es que el citado reglamento viene a satisfacer la emergente necesidad de contar con una adecuada legislación en la materia.

¿Por qué decimos que el reglamento en cuestión no es satisfactorio?

Defectos de forma:

- a. El primer defecto está en sí mismo, ya que la vía del reglamento no era la adecuada: lo corre era promulgar una ley que hubiese tratado el tema forma integral, efectuando además las reformas legales pertinentes (3). Además, establece la filiación de niños producto de la aplicación de dichas técnicas así como sanciones y prohibiciones, todo mediante vía del decreto, violentándose de esta forma "principio de reserva legal" y estableciéndose estado de inseguridad jurídica toda vez que un reglamento puede ser modificado o derogado fácilmente, lo cual lo convierte en un instrumento poco seguro y de dudosa eficacia para regular una materia tan importante y compleja.
- b. El segundo gran defecto lo constituye el hecho de no haberse promovido un debate nacional con la participación de especialistas de los diversos sectores interesados: médicos, abogados litigantes, Ministerio de Salud y de Ciencia y Tecnología, Caja Costarricense de Seguro Social, entre otros. Esta discusión de ideas y posiciones habría permitido conocer mejor el tema, los eventuales conflictos que podrían surgir al aplicar dichas técnicas y las posibles soluciones. Nos parece que este habría sido el procedimiento adecuado. Lo cierto es que al haberse omitido esta consulta, dicho cuerpo normativo surge como resultado de una decisión tomada a puertas cerradas y sin que hayan participado verdaderos especialistas en las diversas ramas interesadas.

Defectos de fondo:

1Se pretende reglamentar un tema tan promulgado un reglamento de apenas **catorce artículos**, lo cual no guarda relación con la realidad fáctica y mucho menos con la necesidad de tutelar jurídicamente esta realidad. En otras palabras, el reglamento se queda corto.

2 El reglamento hace referencia a las técnicas de reproducción asistida como un todo, sin definir las ni establecer las diferencias entre sí. La única diferencia que señala, y lo hace en forma confusa, es si los embriones tienen un origen homólogo o heterólogo (5).

Existen varias técnicas de reproducción asistida a las cuales no se hace ni la más mínima referencia y que pueden ser eventualmente utilizadas por nuestros médicos; por el momento tenemos las siguientes:

(...) "Fecundación In Vitro con Transferencia de Embrión" (FIVET):

Es una técnica científicamente compleja: la formación del embrión se da en una probeta, es decir, fuera de su ambiente natural. Para poder efectuarse son necesarios una serie de procedimientos clínicos y de laboratorio: es necesario obtener una cierta cantidad de óvulos maduros y esto se hace suministrándole unos fármacos a la mujer para estimular fuertemente su ovulación, luego se le transportan quirúrgicamente los óvulos. Es necesario disponer de líquido seminal que posteriormente se reproduce en un contenedor esterilizado -un ambiente biológico adecuado para que se pueda dar la fertilización del óvulo-: luego se introducen los óvulos y el semen, existiendo casos en que los espermatozoides no logran fecundar por sí solos al óvulo, en estos supuestos se han experimentado con éxito técnicas que permiten, por así decirlo, inyectar el espermatozoide en el óvulo. Posteriormente, es necesario crear, en forma artificial, un ambiente idóneo para que comience a crecer el embrión. La última fase es la de transferir el o los embriones, al aparato genital femenino implantándolos en su útero.

(...) Conclusiones

El pasado día 14 de octubre de 1995 nació "Esteban", el primer bebé costarricense que viene al mundo gracias a la técnica de fertilización in vitro. Este acontecimiento representa un importante avance médico-científico y brinda una esperanza más a las parejas con problemas reproductivos. No obstante, debe ser considerado también como el inicio de una era en la que el empleo de dichas técnicas dejará de ser extraordinario para convertirse en algo tan común como la cirugía dental. Esta realidad nos obliga a tomar las medidas legislativas adecuadas y necesarias para regular una materia que parece haber sido en extremo subestimada. Como hemos podido observar, es urgente que comencemos a trabajar en una forma más seria y responsable; debemos promover el análisis profesional y detallado de un tema que es

controversia! en sí mismo y no salir al paso con soluciones tipo parche que lejos de solucionar problemas vienen a promoverlos y a acentuarlos.

Costa Rica se ha caracterizado por ser un Estado de Derecho en el que se tutelan y protegen los valores fundamentales de las personas, sigamos siendo un buen ejemplo para los demás países y no acudamos a remedios superficiales que denotan mediocridad y conformismo. Tenemos los medios y la capacidad para hacer una buena labor y enorgullecemos de nuestros logros.

[Chavarría Garbanzo y Monge Salas] ^{vii}

FECUNDACIÓN IN-VITRO Y TRANSFERENCIA EMBRIONARIA (FIVET)

Se entiende por fecundación "in-vitro", la fusión de los gametos masculino (espermatozoide) y femenino (óvulo), en forma artificial en un tubo de ensayo, habiéndose obtenido las células fecundantes mediante la manipulación. Una vez fecundado el óvulo se implanta en el útero de la madre para que se desarrolle. Es por consiguiente una forma de reproducción totalmente distinta a la natural.

A la fecundación in-vitro, también se le ha denominado: "fecundación extracorpórea" por realizarse la fecundación fuera del útero femenino.

A diferencia de la inseminación artificial en la que la fecundación del nuevo ser se produce naturalmente en el seno de la madre, en la FIVET, la fecundación se produce artificialmente en una cápsula de vidrio; una vez lograda la concepción (48 a 72 horas después) se transfiere el o los embriones por vía transvaginal o mediante una intervención quirúrgica, cuando el cigoto tiene de 4 a 16 células².

La fecundación in-vitro con transferencia de embrión, requiere en primer lugar, la obtención de los dos gametos. Los gametos masculinos se obtienen a través de los mismos métodos utilizados para la inseminación artificial (ya mencionados en líneas atrás), sin

embargo, lo más recomendable es obtenerlos mediante la masturbación, a fin de evitar la contaminación. Si el semen proviene de donantes, se conserva durante el tiempo necesario tras congelación mediante bancos de semen". Por otra parte, la obtención de los gametos femeninos (óvulos), se realiza (bajo anestesia), bien por laparoscopia,¹ bien por punción ovárica transvesical bajo visión directa por ecografía².

En los primeros años de utilización de esta técnica, los óvulos procedían de un ciclo ovárico normal, y por tanto se conseguían de uno en uno. Dadas las dificultades que se presentan para conseguir la anidación correcta del embrión, las posibilidades de éxito fueron tan limitadas, que se añadió como etapa previa, la inducción de una ovulación múltiple mediante el empleo de diversas sustancias u hormonas.

De esta forma se destinan a la fecundación no uno, sino varios óvulos obtenidos de una mujer en un mismo ciclo. Los óvulos mantenidos durante unas ocho horas en un medio de cultivo apropiado, son fecundados por la adición de una suspensión concentrada de espermatozoides.

Una vez comprobada la fecundación, se mantiene el embrión hasta la fase de blastocito (etapa en que el cigoto se ha dividido entre 4 a 16 células)². Alcanzada esta fase se transfieren él o los embriones al útero de una mujer convenientemente preparada mediante tratamiento hormonal, para hacer posible a nidación; generalmente, se transfieren vahos embriones para lograr una mayor posibilidad de éxito, si un primer embrión no logra implantarse, podría facilitar que alguno de los otros lo haga. Se recomiendan tres embriones, no más, pues disminuye la tasa de embarazo y aumenta la tasa de embarazos múltiples.



Los embriones se introducen en un catéter con suero de la misma mujer a través del canal cervical hasta el fundus uterino.

TECNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA A LA LUZ DEL ARTÍCULO 72 DEL CÓDIGO DE FAMILIA

(...) Sin embargo la Fecundación In Vitro, al igual que la inseminación artificial, permite la posibilidad de la concepción humana sin cópula. Esto abre una importante brecha al principio de legitimidad de la concepción, salvada a medias (como ya lo hemos tratado en el caso de la inseminación artificial, pero no se corre con la misma suerte para el caso de la fecundación in - vitro. Nuestro Código de Familia regula (aun insuficientemente) los procesos de reproducción artificial “intrauterina” pero es omiso respecto a la fecundación “extrauterina”. Y es esa distinción la que hace diferir una técnica de otra.

La inseminación artificial como ya lo habíamos comentado en la primera parte de nuestro trabajo, facilita el encuentro para la fecundación por medio de la colocación de semen en las vías genitales de la mujer, produciéndose “in vivo” la fecundación en el útero. Por su parte la fecundación in - vitro el óvulo y el semen son puestos en contacto fuera del útero materno, llevándose a cabo en el laboratorio la fecundación y las primeras divisiones del cigoto. Es decir se obtienen en condiciones de laboratorio embriones a partir de los óvulos y espermatozoides mantenidos en condiciones extracorpóreas apropiadas. Antes del trasplante, el procedimiento es completamente artificial y no debe confundirse con la fecundación intracorporea pues en ésta, la fecundación del óvulo ocurre dentro del cuerpo femenino, en cambio la fecundación in - vitro ocurre en una caja de petri.



Esto nos lleva a considerar la fecundación extracorpórea como una técnica muy diferente a la inseminación artificial, diferenciación que hace inaplicable el artículo 72 del Código de Familia para el caso concreto, salvo que hiciéramos uso de algún tecnicismo jurídico. Hubiese sido aconsejable que la norma en vez de utilizar el término “inseminación artificial”, expresara en su lugar “fecundación artificial”, pues esta última comprende las dos modalidades (...).

Tenemos entonces el primer obstáculo para la regulación actual, de la fecundación in vitro, pues de la redacción del artículo se concluye que la comprende únicamente la fecundación intracorporea, dejando al vacío lo atinente a la fecundación extracorpórea y demás técnicas análogas. En Costa Rica es posible la práctica del la FIVET pues no existe prohibición expresa ni norma alguna que le sea aplicable, a no ser que recurras al principio constitucional del Derecho a la vida, que a nuestro parecer debe previo a ser aplicado, definirse que se entiende por vida humana y obviamente tomarse en consideración cual es el inicio de la misma.

Jurisprudencia

- a) [Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No.2306-2000] ^{viii}

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las quince horas con veintiuno minutos del quince de marzo del dos mil.-

Acción de inconstitucionalidad promovida por Hermes Navarro Del Valle, portador de la cédula de identidad 1-618-937 contra el Decreto Ejecutivo N° 24029-S, publicado en "La Gaceta" N° 45 del 3 de marzo de 1995.

Resultando:

1.-

Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 9:00 horas del 7 de abril de 1995 (folio 1), el accionante solicita que se declare la inconstitucionalidad del Decreto N° 24029-S y aduce que la "Fecundación In vitro y Transferencia de Embriones" o FIVET es un servicio lucrativo, mediante el cual se procura implantar por métodos artificiales óvulos fecundados -en adelante "concebidos"- en el laboratorio dentro del útero de una mujer y así lograr embarazos cuando éstos son difíciles de lograr por la forma natural. El actor describe el procedimiento según varios estudios médicos. Afirma que en el IV Congreso de Fecundación In-Vitro, celebrado en Melbourne, Australia en noviembre de 1985, se dieron las siguientes cifras: entre 1982 y 1985 se realizaron en todo el mundo más de 30,000 tentativas de fecundación in- vitro con transferencia del concebido, de ellas nacieron 2,300 niños. El porcentaje de malformaciones en general fue mayor al registrado en la fecundación natural. Señala que a pesar del mayor dominio de la técnica, la FIVET está lejos de asegurar un embarazo, pues la tasa de éxito global está entre el 12% y el 20 % de los embarazos. En el Congreso de Helsinki, a finales de 1985, se dieron otras cifras: se indicó que de los 14.585 óvulos fecundados artificialmente, sólo llegaron a ser embriones viables 7,98 de los cuales se perdieron 6,624 y resultaron operativos 1,369 embarazos, de ellos se produjeron 628 abortos y unos 600 nacimientos. Indica que con esta técnica extracorpórea de reproducción humana se resuelven apenas el 17 % de los casos de esterilidad de la pareja, porcentaje poco superior al de otros métodos como el microquirúrgico; la pérdida de embriones es, por tanto, elevadísima. Señala que por Decreto 24029-S se aprobó el Reglamento para las Técnicas de Reproducción Asistida que incluye la llamada Fecundación In Vitro, publicado el 3 de marzo de 1995 en el Diario Oficial La Gaceta N°45. Este reglamenta la práctica de la Fecundación In Vitro en Costa Rica. Considera que no sólo la práctica generalizada de esta técnica violenta la vida humana, sino que por las características privadas y aisladas en que se desarrolla, sería de difícil implementación y control para el Estado, que no podría garantizar que se cumpla el procedimiento mencionado. El actor fundamenta la admisibilidad de la acción en el artículo 75 párrafo segundo de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, pues en el presente caso se trate de la defensa de intereses difusos o que atañen a la colectividad en su conjunto, pues cualquier persona puede accionar en favor del derecho a la vida. Señaló que la Constitución Política, en su artículo 21, establece que la vida humana es inviolable,

norma que tiene la amplitud necesaria para la protección de ese derecho. La vida inicia desde el momento de la fecundación, por lo tanto, cualquier eliminación o destrucción de concebidos -voluntaria o derivada de la impericia del médico o de la inexactitud de la técnica utilizada- resulta en una evidente violación al derecho a la vida humana, contenido en la norma constitucional antes citada. Señala que la Convención Americana de Derechos Humanos -aprobada por ley N°4534 del 23 de febrero de 1970- establece en su artículo 4 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. Asimismo su artículo 1, inciso 2 establece que para los efectos de la Convención, persona es todo ser humano. La Convención aclara que para efectos de su articulado persona es todo ser humano, y ser humano se es desde el momento de fecundado el óvulo, por lo que considera que manifestar que se es ser humano en un lapso posterior a este hecho nos llevaría a volver a una etapa en la que el hombre determinaba quién tenía esa condición y quién era simplemente un objeto sin derechos. Indica que según un documento elaborado por la Sociedad Suiza de Bioética, el embrión humano posee la dignidad y los derechos fundamentales reconocidos al ser humano; no se puede atentar contra su integridad ni destruirlo, ya sea intencionalmente o por negligencia, agregando que conferirle al embrión un estatuto artificial, a medida de nuestros deseos, o de una ideología, o de las necesidades de la ciencia o de la sociedad, constituyen una corrupción inadmisibles de la razón. Tal documento señala que la ciencia y la técnica no se deben empeñar en una investigación que menosprecie la dignidad y los derechos fundamentales de un ser humano. Cita el actor el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por ley N°4229 del 11 de diciembre de 1968 y afirma que el derecho a la vida es inherente a la persona humana, por lo tanto, no requiere de una ley para concederle dicho derecho, es suyo por el simple hecho de su humanidad. Como se dijo, los óvulos fecundados son personas humanas y tienen de por sí el derecho inherente a la vida, no requieren de una normativa para adquirir dicho derecho ni puede ningún reglamento, ley, o convención quitarle o disminuirle ese derecho a la vida. Cita también la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por ley N°7184 del 18 de julio de 1990 y señala que de su preámbulo y artículo 6 se desprende que el niño -toda persona menor de 18 años, incluso antes de su nacimiento, desde la concepción- debe ser protegido. Menciona asimismo la protección que se consagra en el artículo 31 del Código Civil. Manifiesta que la Fecundación In vitro es un negocio y no una cura para una enfermedad ni un tratamiento de emergencia para salvar una vida -como los casos de aborto permitidos por el Código Penal-. Manifiesta que el decreto impugnado dispone en sus artículos 9 y 10 que está prohibida la fertilización in vitro de más de seis óvulos de la paciente por ciclo de tratamiento y el artículo 10 señala que todos los óvulos fecundados deberán ser transferidos a la cavidad uterina de la paciente, quedando absolutamente prohibido desechar o eliminar embriones o preservarlos para la transferencia en ciclos subsecuentes de la paciente o de otras pacientes. A su juicio, pese a estas disposiciones, la simple

manipulación de concebidos en un número aproximado de seis por madre, para que sobreviva por lo menos uno, infiere que cinco de ellos morirán para poder ganarle el juego a los porcentajes. Algunos aducen que en el proceso natural de reproducción también se pierden "concebidos", pero el defecto esencial de este argumento es que la producción técnica de efectos negativos no queda éticamente justificada por el hecho de que tales efectos puedan producirse por fallos o catástrofes naturales. Allí donde comienza la manipulación técnica por parte del hombre, entra en escena la responsabilidad ética del técnico. Manifiesta que otro problema de la técnica es la posibilidad de mantener concebidos congelados, y el hecho de que el decreto lo prohíba al final del artículo 10 no garantiza que no se practique, ya que podrían darse varias circunstancias, como que una vez concebidos, muera la madre por enfermedad o accidente antes de la implantación de los concebidos, o bien puede que la madre sufra una complicación médica que impida el implante, como derrame cerebral, ataque al corazón, etc.. Asimismo, puede que los progenitores tengan una riña, que tenga como resultado la negativa de la madre a dejarse introducir los concebidos o sea los hijos del marido en conflicto. Aún más preocupante sería definir en cada caso anterior, la situación legal del niño concebido. Señala que otra forma de fecundación permitida por el decreto en sus artículos 5 y 6 es la llamada fecundación artificial heteróloga, la cual se presenta cuando la fecundación del óvulo de la mujer casada se hace con el semen de un tercero. Este tipo de fecundación ha suscitado reparos, ya que se llega a la procreación con un componente genético extraño a los cónyuges. Los Códigos de Familia de Bolivia y Costa Rica -artículo 72-, establecen que la inseminación artificial con semen de un donante, con consentimiento del marido, equivale a la cohabitación para efectos de la filiación y la paternidad, no adquiriendo el tercero u obligación como padre. El decreto no precisa si el donante tiene derecho a permanecer anónimo, sin embargo la Constitución en su artículo 53 garantiza el derecho de todo ser humano a saber quiénes son sus padres. Menciona además, los posibles efectos negativos en el desarrollo emocional del niño concebido mediante la técnica FIVET, a quien se le perturba el derecho a la intimidad, al convertirse en un divo, un emblema.

2.-

Por resolución de las 13:50 horas del 16 de mayo de 1995 (folio 170), se le dio curso a la acción, confiriéndole audiencia a la Procuraduría General de la República.

3.-

Los edictos respectivos fueron publicados en los Boletines Judiciales números 121, 122 y 123, de los días 26, 27 y 28 de junio de 1995.

4.-

La Procuraduría General de la República rindió su informe (folios 175 a 202) y considera que la acción es admisible pues es difícil encontrar en cabeza de una persona determinada la individualización de la lesión que pueda provocar el decreto que se impugna. Estamos además en presencia de un interés difuso, como es el respeto a la vida, la salud y la dignidad humana. En cuanto al fondo, considera que el decreto es inconstitucional por violación al principio de reserva de ley, pues existe prohibición para que el Poder Ejecutivo, a través de un reglamento, de la clase que sea, regule en vía original y primaria el derecho a la vida y la dignidad humana. Pese a la evidente inconstitucionalidad del decreto cuestionado, considera la Procuraduría que es preciso hacer varias reflexiones sobre los aspectos planteados por el accionante, la primera de ellas es determinar si en el producto de la fecundación existe vida y, en su caso, la protección a esa vida y en concreto de vida humana en el producto. Se ha sostenido desde el punto de vista religioso, jurídico, ético e incluso biológico, que la vida comienza a partir de la concepción, de la unión de un gameto masculino con uno femenino, momento en que es individualizable una nueva vida desde el punto de vista genético. Sin embargo, este concepto es cuestionado por la ciencia médica, pues algunos señalan que la vida embrionaria comenzaría 14 días después de la fecundación y hasta ese momento, con su implantación, los primeros esbozos de tejido nervioso y con ello, la individualización. Esa consideración ha conducido a alguna doctrina y legislación extranjera a acuñar el término preembrión -por ejemplo en España la Ley N°35-1988 de 22 de noviembre de 1988-. Por ello, si el comienzo de la vida de un ser humano tuviese que ser definida, médicamente podría darse una definición que se aparte de la indicada. Si se desconoce la existencia de vida humana, surgen riesgos de experimentación y manipulación. Asimismo, podría cuestionarse la procedencia de una protección jurídica que restrinja o simplemente regule la manipulación de esa vida "no humana". A juicio de la Procuraduría, del artículo 21 de la Constitución Política se desprende que desde el momento en que se determine que existe vida, se impone la protección constitucional. Poco importa que esa vida no se haya materializado en un ser humano, por el contrario, la protección se da desde su existencia en la forma más primigenia que sea. Podría discutirse que, al incorporar dicha norma, el constituyente tenía presente la vida a partir del nacimiento, sin embargo, cabe recordar que civilmente el concebido era ya objeto de protección jurídica bajo el Código Civil. Además, la Convención Americana de Derechos Humanos no da margen de duda en cuanto al hecho de que la protección a la vida anterior al nacimiento constituye un derecho fundamental -artículo 4-. La Convención se manifiesta expresamente porque existe vida humana a partir de la concepción, y, en virtud de la aprobación por ley N°4534 de 23 de febrero de 1970, esa Convención tiene valor constitucional. En virtud

de lo dispuesto en ese instrumento de Derechos Humanos, no podría discutirse en Costa Rica si el preembrión, el embrión, y con mucha mayor razón el feto, son titulares del derecho a la vida y que esa vida está constitucionalmente protegida. En ese sentido afirma la Procuraduría, que en caso de que el producto de la fecundación artificial sea eliminado o destruido voluntaria o involuntariamente, por ejemplo, por impericia del médico o por la inexactitud de la técnica utilizada, se daría una violación al derecho a la vida, sancionable en los términos que el ordenamiento establezca o llegue a establecer. Desde el punto de vista civil hay que recordar que el artículo 31 del Código Civil señala que toda persona se reputa nacida para lo que le favorezca desde 300 días antes de su nacimiento, es decir antes de su concepción. En cuanto a las regulaciones del decreto impugnado indicó el Organo Asesor que su artículo 9 tiene por objeto evitar que preembriones o embriones puedan ser congelados o manipulados de cualquier otra forma, de allí que se prevea la implantación de todos los productos. En ese sentido puede considerarse que la disposición reglamentaria respeta la vida y la dignidad humana. Lo que puede discutirse es el número de óvulos que se permite sea fertilizado. No puede desconocerse que existe un gran riesgo de que la técnica fracase, sea porque no se dé la fertilización, o porque al implantarse el producto en la mujer sea rechazado, lo que hace necesario que se implante más de un óvulo. Sin embargo, si tomamos en cuenta que en otros ordenamientos se considera suficiente la fecundación de tres óvulos - Ley de Protección de Embriones de Alemania, así como en Costa Rica no es posible la criocongelación, no se determina la razonabilidad de la disposición que contempla la posibilidad de fecundar hasta 6 óvulos, todos los cuales deberán ser implantados. Al respecto, un criterio es el contenido en la Ley Española en cuanto dispone que sólo pueden ser transferidos al útero "el número de embriones valorado desde el punto de vista científico como el más adecuado para asegurar razonablemente un embarazo" y es de esperar que el avance de la técnica determine la necesidad de implantar pocos embriones. Esa necesidad de apreciación técnica es importante sobre todo si se considera que el hecho de que no sobreviva el óvulo fecundado en el vientre de la madre puede ser considerado un microaborto y como allí hay vida humana, se plantea el problema de la protección jurídica en términos del objeto de la técnica en sí misma o, en el caso, la necesidad de definir porqué y para qué producir una fecundación -sea vida humana- si se sabe que no tendrá éxito. El artículo 10 prohíbe desechar o eliminar embriones o preservarlos para transferencia en ciclos subsecuentes de la misma paciente o de otras pacientes. El accionante estima que la norma no garantiza que no se mantengan concebidos congelados, lo cual abre la posibilidad de que se den situaciones como que muera la madre por enfermedad o en accidente antes de la implantación de los concebidos, caso en el cual quedarían huérfanos, o que a consecuencia de una disputa, la madre puede negarse a la implantación o que la estadía de los concebidos en la caja de cristal se prolongue porque la madre tenga una complicación médica. Tales eventualidades generarían problemas que no encuentran una respuesta en la sola

prohibición contenida en esa norma. Pareciera que en la hipótesis en que la implantación del óvulo fecundado no sea posible, o en caso de que sea necesario retardarla, el camino es la crioconservación -con todos los problemas jurídicos (respeto a la vida y dignidad humanas) éticos y científicos que implica o la eliminación pura y simple del embrión a pesar de lo dispuesto. En todo caso, estima la Procuraduría que ninguna de las soluciones indicadas se compagina con la dignidad que encierra la vida humana. La Fecundación In Vitro constituye una técnica para solucionar un problema, sea la infertilidad, en la medida en que el objeto de esa técnica se modifique, se desnaturaliza la técnica con el riesgo de atentar contra la vida y la dignidad humanas. Entre las conductas que se consideran contrarias a la dignidad humana están el aporte de un gameto en contraprestación de una suma de dinero, los contratos de madre sustituta, pre-adopción, etc., el decreto ejecutivo pretende evitar situaciones degradantes de la condición humana en su artículo 12, norma acorde con el ordenamiento constitucional porque la libertad de disponer de sí mismo tiene como límite la propia dignidad humana. En cuanto a la posibilidad de que se realice la fecundación artificial heteróloga, la Procuraduría señala que existe un derecho fundamental a la familia, según se deriva del artículo 51 de la Carta Fundamental, 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 7, 8,9 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Relacionando ese derecho con la fecundación In Vitro, podríamos decir que todo niño tiene el derecho a nacer en el seno de una familia, así como a ser criado y educado por sus padres, por lo que la técnica debe desarrollarse tomando en cuenta este aspecto. Señala que debe tomarse en cuenta la protección que el ordenamiento otorga a la familia de hecho, tal y como lo ha puesto en evidencia la Sala en reiteradas sentencias. Pese a que existe un derecho a la privacidad en la relación marital, cuando esa relación trasciende lo externo y se refiere a valores como la vida y la dignidad humana, la intervención estatal se hace necesaria. No es posible aceptar que los padres tengan derecho a disponer del preembrión, embrión o feto, pues éste es un tercero que tiene derechos propios. En cuanto a la Fecundación in Vitro heteróloga, el Decreto pretende regularla, pero no se regula nada en cuanto a la identidad del donante, y establece que el donante no asume derecho ni responsabilidad alguna respecto del nacido. Se aplica una presunción de paternidad del esposo, lo que no excluye, eventualmente, la posibilidad de impugnación.

5.-

El actor presentó el recurso de amparo N°1149-E-96 contra la "práctica de la fecundación in vitro", por estimar que viola la vida humana. Por voto 1323-96 de las 10:42 horas del 22 de marzo de 1996 la Sala dispuso tener ese amparo como coadyuvancia en la acción de inconstitucionalidad N°1734-95.

6.-

La vista señalada en los artículos 10 y 85 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional se celebró el día 12 de junio de 1997, a las 9:10 horas, con la presencia de los señores magistrados Rodolfo Piza Escalante (quien presidió), Luis Fernando Solano Carrera, Carlos M. Arguedas Ramírez, Ana Virginia Calzada M., Adrián Vargas B., José Luis Molina Q. y Mauro Murillo A.; y el Procurador General Adjunto de la República, Farid Beirute Brenes, en compañía de la Dra. Magda Inés Rojas.

7.-

Por resolución de las 13:30 horas del 30 de junio de 1997 se convocó a una audiencia a las partes y al Ministerio de Salud, a la Caja Costarricense de Seguro Social, al Colegio de Médicos y Cirujanos y al Instituto Costarricense de Infertilidad, con el fin de que expertos evacuaran dudas de los magistrados sobre la Técnica de Fertilización In Vitro y Transferencia Embrionaria (FIVET). La audiencia se celebró a las 9:15 horas del 7 de agosto de 1997 con la presencia del Magistrado Rodolfo E. Piza Escalante, quien presidió y los Magistrados Luis Fernando Solano Carrera, Eduardo Sancho González, Ana Virginia Calzada Miranda, Adrián Vargas Benavides, José Luis Molina Quesada y Fernando Albertazzi Herrera. Se presentó el accionante Lic. Hermes Navarro del Valle, acompañado de los doctores Marta Garza y Alejandro Leal Esquivel. En representación de la Procuraduría General de la República el Dr. Román Solís Zelaya, Procurador General, el Lic. Farid Beirute Brenes, Procurador Adjunto, la Doctora Magda Inés Rojas y el Doctor Francisco Fuster Alfaro. Acreditados por la Caja Costarricense de Seguro Social concurrieron los doctores Ricardo Slon Hitti y Hernán Collado Martínez; por parte del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica acudieron los doctores Gerardo Montiel Larios y Fernando Sánchez Arroyo y por el Instituto Costarricense de Infertilidad, el Doctor Gerardo Escalante López.

8.-

En los procedimientos se ha cumplido las prescripciones de ley.

Redacta el Magistrado **Piza Escalante**; y,

Considerando:

I.-

Sobre la admisibilidad. La acción es interpuesta por el recurrente en forma personal y directa y es admisible de conformidad con el artículo 75 párrafo segundo de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Se

cuestiona la constitucionalidad del Decreto Ejecutivo 24029-S de 3 de febrero de 1995 por considerar que infringe dos valores fundamentales del ordenamiento jurídico, el derecho a la vida y a la dignidad del ser humano. Frente al interés del accionante en impugnar el decreto que regula la Fertilización In Vitro, en la forma en que ha sido impugnada, no hay en el asunto interesado individual y directo en su eliminación, sino que lo que podría haber es, más bien, el interés de conservar la norma o ampliar su contenido con el fin de acceder a ella.

II.-

Sobre el objeto de la acción: *El decreto N° 24029-S del 3 de febrero de 1995, publicado en La Gaceta N° 45 del 3 de marzo de 1995 autoriza en el artículo 1º la realización de técnicas de reproducción asistida entre cónyuges, y establece reglas para su realización. En el artículo 2º define las técnicas de reproducción asistida como "todas aquellas técnicas artificiales en las que la unión del óvulo y el espermatozoide se logra mediante una forma de manipulación directa de las células germinales a nivel de laboratorio". A continuación se transcriben las normas que regulan específicamente la técnica de fertilización in vitro, cuestionadas por el accionante.*

"Artículo 9.-

En casos de fertilización in vitro, queda absolutamente prohibida la fertilización de más de seis óvulos de la paciente por ciclo de tratamiento.

Artículo 10.-

Todos los óvulos fertilizados en un ciclo de tratamiento, deberán ser transferidos a la cavidad uterina de la paciente, quedando absolutamente prohibido desechar o eliminar embriones, o preservarlos para transferencia en ciclos subsecuentes de la misma paciente o de otras pacientes.

Artículo 11.-

Quedan absolutamente prohibidas las maniobras de manipulación del código genético del embrión, así como toda forma de experimentación sobre el mismo.

Artículo 12.-

Queda absolutamente prohibido comerciar con células germinales —óvulos y espermatozoides- para ser destinados a tratamiento de pacientes en técnicas de reproducción asistida, sean éstas homólogas o heterólogas.

Artículo 13.-

El incumplimiento de las disposiciones aquí establecidas faculta al Ministerio de Salud para cancelar el permiso sanitario de funcionamiento y la acreditación otorgada al establecimiento en el que se cometió la infracción, debiendo remitirse el asunto en forma inmediata al Ministerio Público y al Colegio Profesional respectivo, para establecer las sanciones correspondientes."

III.-

Inconstitucionalidad por la forma del Decreto N° 24029-S por infracción del principio de reserva legal. *La reiterada jurisprudencia de este Tribunal -especialmente la sentencia 3550-92 de las 16:00 horas del 24 de noviembre de 1992- ha señalado que el principio de "reserva de ley" exige que solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales —todo, por supuesto, en la medida en que la naturaleza y régimen de éstos lo permita, y dentro de las limitaciones constitucionales aplicables—. Asimismo, que sólo los reglamentos ejecutivos de esas leyes pueden desarrollar los preceptos de éstas, entendiéndose que no pueden incrementar las restricciones establecidas ni crear las no establecidas por ellas, y que deben respetar rigurosamente su "contenido esencial" y que ni aun en los reglamentos ejecutivos, mucho menos en los autónomos u otras normas o actos de rango inferior, podría válidamente la ley delegar la determinación de regulaciones o restricciones que sólo ella está habilitada a imponer; de donde resulta una nueva consecuencia esencial: que toda actividad administrativa en esta materia es necesariamente reglada, sin poder otorgarse a la Administración potestades discrecionales, porque éstas implicarían obviamente un abandono de la propia reserva de ley. A ésta están sujetas las regulaciones del derecho a la vida y la dignidad del ser humano, valores primordiales de la sociedad, cuyo respeto y protección da sentido a todos los demás derechos y libertades fundamentales en el Estado Democrático de Derecho. La regulación de estos derechos por el Poder Ejecutivo resulta incompatible con el Derecho de la Constitución. En conclusión, el Decreto N° 24029-S impugnado es inconstitucional, en su totalidad, por violación del principio de reserva legal, y en consecuencia debe ser anulado.*



IV.-

Inconstitucionalidad del Decreto N° 24029-S: La Técnica de Fecundación in Vitro y Transferencia de Embriones. Aduce, además, el actor que la Técnica de Fecundación In Vitro y Transferencia de Embriones regulada en el decreto impugnado violenta el derecho a la vida y la dignidad del ser humano. Para abordar el tema es preciso hacer una breve descripción de la técnica en cuestión, con base en los documentos aportados por las partes y la información recabada en la audiencia celebrada el 7 de agosto de 1997. Al respecto, debe indicarse que, primero, se recogen los gametos masculino o femenino, para lo que existen diversos métodos. Una vez conseguido esto, el o los óvulos se trasladan a un recipiente especial que actúa como incubadora, con un medio de cultivo similar al ambiente natural del ovario. En todos los sistemas, incluyendo el autorizado por el decreto que se cuestiona, se dan dos fenómenos: se excita artificialmente la producción de varios óvulos por la mujer y la fertilización se produce en un alto porcentaje de los óvulos. Fecundado el óvulo, el embrión se transfiere a un medio de cultivo para que inicie su división mitótica o desarrollo embrional. La transferencia del embrión se puede hacer por dos vías: transcervical y transcutánea. Finalizada la operación, la paciente permanece en el hospital un día y durante tres o cuatro días limita su actividad. A las dos semanas se realizan análisis de la concentración plasmática de la fracción beta de la HCG, con el fin de hacer un diagnóstico precoz de embarazo. Esta es la etapa más difícil del proceso y en la que se origina la mayoría de los fracasos, por ello los equipos médicos acostumban transferir de tres a cuatro embriones al útero, siendo lo más generalizado no implantar más de cuatro por el riesgo de embarazo múltiple. Por lo general –aunque el Decreto lo prohíba- los huevos fertilizados que no se implantan en el útero de la mujer son desechados o mantenidos en congelación para su utilización futura.

V.-

La protección constitucional del Derecho a la Vida y la Dignidad del ser humano: El inicio de la vida humana. Los derechos de la persona, en su dimensión vital, se refieren a la manifestación primigenia del ser humano: la vida. Sin la existencia humana es un sinsentido hablar de derechos y libertades, por lo que el ser humano es la referencia última de la imputación de derechos y libertades fundamentales. Para el ser humano, la vida no sólo es un hecho empíricamente comprobable, sino que es un derecho que le pertenece precisamente por estar vivo. El ser humano es titular de un derecho a no ser privado de su vida ni a sufrir ataques ilegítimos por parte del Estado o de particulares, pero no sólo eso: el poder público y la sociedad civil deben ayudarlo a defenderse de los peligros para su vida (sean naturales o sociales), tales como la

insalubridad y el hambre, sólo por poner dos ejemplos. La pregunta ¿cuándo comienza la vida humana? tiene trascendental importancia en el asunto que aquí se discute, pues debe definirse desde cuándo el ser humano es sujeto de protección jurídica en nuestro ordenamiento. Existen divergencias entre los especialistas. Algunos consideran que los embriones humanos son entidades que se encuentran en un estado de su desarrollo donde no poseen más que un simple potencial de vida. Describen el desarrollo de la vida en este estadio inicial diciendo que el gameto -célula sexual o germinal llegada a la madurez, generalmente de número de cromosomas haploide, con vistas a asociarse con otra célula del mismo origen para formar un nuevo vegetal o animal- se une con uno de sexo opuesto y forma un cigoto (que después se dividirá), luego un pre-embrión (hasta el día catorce tras la fecundación) y por último, un embrión (más allá del día catorce y en el momento de la diferenciación celular). Señalan que antes de la fijación del pre-embrión éste se compone de células no diferenciadas, y que esa diferenciación celular no sucede sino después de que se ha fijado sobre la pared uterina y después de la aparición de la línea primitiva —primer esbozo del sistema nervioso-; a partir de ese momento se forman los sistemas de órganos y los órganos. Quienes sostienen esta posición afirman que no es sino hasta después del décimo a decimocuarto día posterior a la fecundación que comienza la vida, y que no está claro que un embrión humano sea un individuo único antes de ese momento. Por el contrario, otros sostienen que todo ser humano tiene un comienzo único que se produce en el momento mismo de la fecundación. Definen al embrión como la forma original del ser o la forma más joven de un ser y opinan que no existe el término preembrión, pues antes del embrión, en el estadio precedente, hay un espermatozoide y un óvulo. Cuando el espermatozoide fecunda al óvulo esa entidad se convierte en un cigoto y por ende en un embrión. La más importante característica de esta célula es que todo lo que le permitirá evolucionar hacia el individuo ya se encuentra en su lugar; toda la información necesaria y suficiente para definir las características de un nuevo ser humano aparecen reunidas en el encuentro de los veintitrés cromosomas del espermatozoide y los veintitrés cromosomas del ovocito. Se ha dicho que por inducción científica se tuvo conocimiento de la novedad de la "criatura única" desde hace más de cincuenta años, pero como la información escrita en la molécula ADN del cromosoma era diminuta, no fue aproximadamente hasta 1987 que esa suposición pasó a ser una realidad científicamente demostrable. Al describir la segmentación de las células que se produce inmediatamente después de la fecundación, se indica que en el estadio de tres células existe un minúsculo ser humano y a partir de esa fase todo individuo es único, rigurosamente diferente de cualquier otro. En resumen, en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico, según se demuestra de seguido. Esta segunda posición es acorde con las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos vigentes en Costa Rica.

VI.-

La protección del derecho a la vida y la dignidad del ser humano en los instrumentos internacionales vigentes en Costa Rica y en nuestra Constitución Política. Del principio de inviolabilidad de la vida se derivan varios corolarios y derechos anexos. Entre ellos, cabe destacar que, como el derecho se declara a favor de todos, sin excepción, -cualquier excepción o limitación destruye el contenido mismo del derecho-, debe protegerse tanto en el ser ya nacido como en el por nacer, de donde deriva la ilegitimidad del aborto o de la restitución de la pena de muerte en los países en que ya no existe. La normativa internacional, sin ser muy prolija, establece principios rectores sólidos en relación con el tema de la vida humana. A modo de enumeración, podemos decir que el valor vida humana encuentra protección normativa internacional en el artículo I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, -adoptada en la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 1948 que afirma "Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona" -, el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 4 del Pacto de San José, en el que el derecho a la vida tiene un reconocimiento y una protección mucho más elaborada. Persona es todo ser humano (artículo 1.2) y toda persona "tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica" (artículo 3), ambas normas del Pacto de San José. No existen seres humanos de distinta categoría jurídica, todos somos personas y lo primero que nuestra personalidad jurídica reclama de los demás es el reconocimiento del derecho a la vida, sin la cual la personalidad no podría ejercerse. Señala textualmente el Pacto de San José en su artículo 4.1:

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

Este instrumento internacional da un paso decisivo, pues tutela el derecho a partir del momento de la concepción. Se prohíbe tajantemente imponer la pena de muerte a una mujer en estado de gravidez, lo que constituye una protección directa y, por ende, un reconocimiento pleno, de la personalidad jurídica y real del no nacido y de sus derechos. Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por ley N°7184 del 18 de julio de 1990, tutela el derecho a la vida en el artículo 6. Reconoce la personalidad del no nacido y en el párrafo 2 del Preámbulo señala que no se puede hacer distinción por razón alguna, entre las que menciona "el nacimiento". Más adelante cita la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, que

otorga "debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento". Nuestro ordenamiento contempla en el artículo 21 de la Constitución Política que "la vida humana es inviolable".

VII.-

La protección del derecho a la vida y la dignidad del ser humano en la legislación costarricense: Legalmente, el artículo 31 del Código Civil establece que la existencia de la persona física comienza al nacer viva, pero inmediatamente indica que se le considera "nacida para todo lo que la favorezca, desde 300 días antes de su nacimiento", con lo cual se le está reconociendo desde ese momento (la concepción) su status de persona. El Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley N°7739 de 6 de enero de 1998, se refiere los derechos que se estudian de la siguiente manera:

"Artículo 12. Derecho a la Vida. La persona menor de edad tiene el derecho a la vida desde el momento mismo de la concepción (...)"

El concepto de menor abarca tanto al niño como al adolescente, y la misma ley señala que "niño" se es "desde su concepción hasta sus 12 años".

"Artículo 13. Derecho a la protección estatal. La persona menor de edad tendrá el derecho de ser protegida por el Estado contra cualquier forma de abandono o abuso intencional o negligente, de carácter cruel, inhumano, degradante o humillante que afecte el desarrollo integral".

El derecho a la vida es la esencia de los derechos humanos, pues sin vida no hay humanidad, ahora bien, como todo derecho, lo es en tanto que es exigible ante terceros. El ser humano tiene derecho a que nadie atente contra su vida, a que no se le prive de ella —formulación negativa-, pero también a exigir de otros conductas positivas para conservarla. Esta conducta puede ser reclamada a profesionales o instituciones dedicadas al cuidado de la salud y a quien tenga incluso un deber genérico de asistencia. De las normas citadas y especialmente de los artículos 21 constitucional, 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 6.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño se deriva claramente que la vida humana se protege desde la concepción, lo cual ya ha sido afirmado por esta Sala desde su jurisprudencia más temprana (voto 647-90). Esta es la segunda premisa con base en la cual se analizará la constitucionalidad de la Técnica de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria (FIVET). Las normas citadas imponen

la obligación de proteger al embrión contra los abusos a que puede ser sometido en un laboratorio y, especialmente del más grave de ellos, el capaz de eliminar la existencia.

VIII.-

Conclusiones: A).- *La Sala circunscribe la cuestión al análisis de la técnica de fecundación in vitro en relación con el derecho a la vida y la dignidad del ser humano, por lo que omite pronunciamiento sobre los problemas atribuidos a tal técnica, en el sentido de que plantea serios inconvenientes cuya solución no está contemplada en las normas vigentes en Costa Rica, especialmente en el Derecho de Familia y el Derecho Penal. Este Tribunal acepta que los avances científicos y tecnológicos en el campo de la medicina, en general, tienden al mejoramiento de las condiciones de vida del ser humano. El desarrollo de técnicas de reproducción asistida han posibilitado que muchas parejas estériles alrededor del mundo consigan tener hijos. Sin embargo, es preciso cuestionarse si todo lo científicamente posible es compatible con las normas y principios que tutelan la vida humana, vigentes en Costa Rica, y, hasta qué punto, la persona humana admite ser objeto o resultado de un procedimiento técnico de producción. Cuando el objeto de la manipulación técnica es el ser humano, como en la Técnica de Fecundación In Vitro y Transferencia de Embriones el análisis debe superar el plano de lo técnicamente correcto o efectivo. Debe prevalecer el criterio ético que inspira los instrumentos de Derechos Humanos suscritos por nuestro país: el ser humano nunca puede ser tratado como un simple medio, pues es el único que vale por sí mismo y no en razón de otra cosa. Si hemos admitido que el embrión es un sujeto de derecho y no un mero objeto, debe ser protegido igual que cualquier otro ser humano. Solamente la tesis contraría permitiría admitir que sea congelado, vendido, sometido a experimentación e, incluso, desechado. El decreto prohíbe la selección de embriones, su congelamiento y eliminación, y la experimentación con estos seres humanos, a diferencia de la práctica común en el resto de los países del mundo –es muy ilustrativa la permisiva ley española "Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida" N°35/1988 de 22 de noviembre de 1988-, que en el artículo 11, párrafos tercero y cuarto, dispone:*

"Los preembriones sobrantes de una FIV, por no transferidos al útero, se crioconservarán en los bancos autorizados, por un máximo de cinco años. 4. Pasados dos años de crioconservación de gametos o preembriones que no procedan de donantes, quedarán a disposición de los Bancos correspondientes."

El artículo 12 dispone, por su parte:

"Toda intervención sobre el preembrión vivo, in vitro, con fines diagnósticos, no podrá tener otra finalidad que la valoración de su viabilidad o no, o la detección de enfermedades hereditarias, a fin de tratarlas si ello es posible, o de desaconsejar su transferencia para procrear."

El artículo 15 de esa ley permite la investigación o experimentación en preembriones vivos si se cuenta con el consentimiento escrito de las personas de las que proceden, y si no se desarrollan in vitro más allá de catorce días después de la fecundación del óvulo, descontando el tiempo en que pudieren haber estado crioconservados. Se permite la investigación en preembriones in vitro viables, si ésta es de carácter diagnóstico y con fines terapéuticos o preventivos, siempre que no se modifique el patrimonio genético no patológico. Finalmente, la ley española regula aún los casos en que puede investigarse en preembriones, con otros fines que no sean de comprobación de su viabilidad o diagnósticos.

IX. Conclusiones: B).-

En relación con lo expresado, cabe concluir que tales prácticas atentan claramente contra la vida y la dignidad del ser humano. A juicio de este Tribunal no basta con establecer las restricciones que contiene el Decreto, pues la aplicación de la Técnica de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria, aún con ellas, atenta contra la vida humana. El embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación, y lo que es fundamental para la Sala, no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte. Ha quedado claro a este Tribunal que durante la ejecución de la técnica FIVET, se transfieren al útero los embriones previamente fecundados en laboratorio a sabiendas de que la mayor parte de ellos está destinada a no generar un embarazo: no van a seguir una gestación normal, pues no se implantan, o bien se implantan pero su desarrollo se interrumpe a causa de un aborto espontáneo. No es casual que se intente fecundar más de un óvulo por ciclo, pues la transferencia de múltiples embriones al útero de la madre —generalmente no más de cuatro— aumenta las posibilidades de lograr un embarazo. La objeción principal de la Sala es que la aplicación de la técnica importa una elevada pérdida de embriones, que no puede justificarse en el hecho de que el objetivo de ésta es lograr un ser humano, dotar de un hijo a una pareja que de otra forma no podría tenerlo. Lo esencial es que los embriones cuya vida se procura primero y luego se frustra son seres humanos y el ordenamiento constitucional no admite ninguna distinción entre ellos. No es de recibo tampoco el argumento de que en circunstancias naturales también hay embriones que no llegan a implantarse o que aún logrando la implantación, no llegan a desarrollarse hasta el nacimiento,

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

Por tanto:

Se declara con lugar la acción. Se anula por inconstitucional, el Decreto Ejecutivo N° 24029-S del 3 de febrero de 1995, publicado en La Gaceta N° 45 del 3 de marzo de 1995. Esta declaratoria es retroactiva a la fecha de vigencia de la norma impugnada, sin perjuicio de los derechos adquiridos de buena fe. Notifíquese. Publíquese íntegramente esta sentencia en el Boletín Judicial. Reséñese el Diario Oficial "La Gaceta".



FUENTES CITADAS

- i **Constitución Política de Costa Rica.** Artículo 21.
- ii **Código de la Niñez y la Adolescencia.** Artículo 12.
- iii **Declaración Universal de Derechos Humanos.** Artículo 3.
- iv **Pacto de San José. Convención Americana de Derechos Humanos.** Artículo 4.
- v **Convención sobre los derechos del niño.** Artículo 6.
- vi GIGLI SALAZAR, Romano. ***Problemática de la fertilización in vitro en Costa Rica.*** Revista IVSTITIA. Universidad para la Cooperación Internacional. Año 09, Número 105, Setiembre 1995.
- vii CHAVARRÍA, C y MONGE E. ***Medios de Reproducción Asistida a la luz del artículo 72 del Código de Familia, vacío legal y su necesaria regulación en Costa Rica.*** Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. 1999.
- viii Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. **Resolución Número 2306 - 2000.** San José, a las quince horas con veintiuno minutos del quince de marzo del dos mil.