



UNIVERSIDAD LATINA DE COSTA RICA

SEDE HEREDIA
CENTRO INTERNACIONAL DE POSGRADOS

MAESTRÍA PROFESIONAL EN DERECHO DE FAMILIA

TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

**EI TRANSPLANTE DE ÚTERO COMO MANIFESTACIÓN DEL DERECHO HUMANO A
FORMAR UNA FAMILIA DENTRO DEL MARCO JURÍDICO COSTARRICENSE**

ELABORADO POR
ADRIANA ASTÚA QUESADA

HEREDIA, COSTA RICA

2021

CARTA AL CRAI

“Carta autorización del autor (es) para uso didáctico del Trabajo Final de Graduación”

Vigente a partir del 31 de Mayo de 2016, revisada el 24 de Abril de 2020

Instrucción: Complete el formulario en PDF, imprima, firme, escanee y adjunte en la página correspondiente del Trabajo Final de Graduación.

Yo (Nosotros):

Escriba Apellidos, Nombre del Autor(a). Para más de un autor separe con " ; "

Astúa Quesada, Adriana.

De la Carrera / Programa: **Maestría Profesional en Derecho de Familia**
autor(es) del trabajo final de graduación titulado:

**EI TRANSPLANTE DE ÚTERO COMO MANIFESTACIÓN DEL DERECHO HUMANO A FORMAR
UNA FAMILIA DENTRO DEL MARCO JURÍDICO COSTARRICENSE**

Autorizo (autorizamos) a la Universidad Latina de Costa Rica, para que exponga mi trabajo como medio didáctico en el Centro de Recursos para el Aprendizaje y la Investigación (CRAI o Biblioteca), y con fines académicos permita a los usuarios su consulta y acceso mediante catálogos electrónicos, repositorios académicos nacionales o internacionales, página Web institucional, así como medios electrónicos en general, Internet, intranet, DVD, u otro formato conocido o por conocer; así como integrados en programas de cooperación bibliotecaria académicos, que permitan mostrar al mundo la producción académica de la Universidad a través de la visibilidad de su contenido.

De acuerdo a lo dispuesto en la Ley No. 6683 sobre derechos de autor y derechos conexos de Costa Rica, permita copiar, reproducir o transferir información del documento, conforme su uso educativo y debiendo citar en todo momento la fuente de información; únicamente podrá ser consultado, esto permitirá ampliar los conocimientos a las personas que hagan uso, siempre y cuando resguarden la completa información que allí se muestra, debiendo citar los datos bibliográficos de la obra en caso de usar información textual o paráfrasis de la misma.

La presente autorización se extiende el día (Día, fecha) **17** del mes **Setiembre** de año **2021** a las **19:00**. Asimismo doy fe de la veracidad de los datos incluidos en el documento y eximo a la Universidad de cualquier responsabilidad por su autoría o cualquier situación de perjuicio que se pudiera presentar.

Firma(s) de los autores

Según orden de mención al inicio de ésta carta:

**UNIVERSIDAD LATINA DE COSTA RICA
SEDE HEREDIA
CENTRO INTERNACIONAL DE POSGRADOS**

**CARTA DE APROBACIÓN POR PARTE DEL TUTOR
DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN**

Heredia, 17 de setiembre de 2021

Sres.

Miembros del Comité de Trabajos Finales de Graduación

SD

Estimados señores:

He revisado y corregido el Trabajo Final de Graduación, denominado: **El TRANSPLANTE DE ÚTERO COMO MANIFESTACIÓN DEL DERECHO HUMANO A FORMAR UNA FAMILIA DENTRO DEL MARCO JURÍDICO COSTARRICENSE** elaborado por el (los) estudiante (s): **Adriana Astúa Quesada** como requisito para que el (los) citado (s) estudiante (s) puedan optar por el grado académico **MASTER PROFESIONAL EN DERECHO DE FAMILIA**

Considero que dicho trabajo cumple con los requisitos formales y de contenido exigidos por la Universidad, y por tanto lo recomiendo para su entrega ante el Comité de Trabajos finales de Graduación.

Suscribe cordialmente,



MSc. Mauricio Chacón Jiménez

**UNIVERSIDAD LATINA DE COSTA RICA
SEDE HEREDIA
CENTRO INTERNACIONAL DE POSGRADOS**

**CARTA DE APROBACION POR PARTE DEL LECTOR
DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN**

Heredia, 17 de setiembre de 2021

Sres.

Miembros del Comité de Trabajos Finales de Graduación

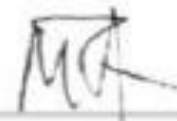
SD

Estimados señores:

He revisado y corregido el Trabajo Final de Graduación, denominado: **EL TRANSPLANTE DE ÚTERO COMO MANIFESTACIÓN DEL DERECHO HUMANO A FORMAR UNA FAMILIA DENTRO DEL MARCO JURÍDICO COSTARRICENSE** elaborado por el (los) estudiante (s): **Adriana Astúa Quesada**, como requisito para que el (los) citado (s) estudiante (s) puedan optar por el grado académico **MASTER PROFESIONAL EN DERECHO DE FAMILIA**.

Considero que dicho trabajo cumple con los requisitos formales y de contenido exigidos por la Universidad, y por tanto lo recomiendo para su entrega ante el Comité de Trabajos finales de Graduación.

Suscribe cordialmente,



MSc. Manuel Rodríguez Arroyo

Manuel Rodríguez Arroyo
Abogado y Notario

CARTA AL FILÓLOGO

UNIVERSIDAD LATINA DE COSTA RICA
SEDE HEREDIA
CENTRO INTERNACIONAL DE POSGRADOS

CARTA DE APROBACION POR PARTE DEL FILÓLOGO
DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

Heredia, 17 de setiembre del 2021
Sres. Miembros del Comité de Trabajos Finales de Graduación
SD

Estimados señores:

Leí y corregí el Trabajo Final de Graduación, denominado **EL TRANSPLANTE DE ÚTERO COMO MANIFESTACIÓN DEL DERECHO HUMANO A FORMAR UNA FAMILIA DENTRO DEL MARCO JURÍDICO COSTARRICENSE** elaborado por el (los) estudiante (s): **Adriana Astúa Quesada** para optar por el grado académico **MASTER PROFESIONAL EN DERECHO DE FAMILIA**.

Corregí el trabajo en aspectos, tales como: construcción de párrafos, vicios del lenguaje que se trasladan a lo escrito, ortografía, puntuación y otros relacionados con el campo filológico, y desde ese punto de vista considero que está listo para ser presentado como Trabajo Final de Graduación; por cuanto cumple con los requisitos establecidos por la Universidad.

Suscribe de Ustedes cordialmente,



Cindy Tatiana Argüello Castro
Afiado al Colegio de Licenciados y Profesores
Carnet N°79131 – Cédula N°: 2-617-233

CARTA DE DECLARACIÓN JURADA

El suscrito(a), **Adriana Astúa Quesada** con cédula de identidad número **109370959**, declaro bajo fe de juramento, conociendo las consecuencias penales que conlleva el delito de perjurio: Que soy el autor(a) del presente trabajo final de graduación, modalidad memoria; para optar por el título de **MASTER PROFESIONAL EN DERECHO DE FAMILIA** de la Universidad Latina, campus Heredia, y que el contenido de dicho trabajo es obra original del (la) suscrito(a).

Heredia, **17 de setiembre de 2021**.



Adriana Astúa Quesada

CARTA DE MANIFESTACIÓN DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LA UNIVERSIDAD

El (La) suscrito(a), **Adriana Astúa Quesada**, con cédula de identidad número **109370959**, exonero de toda responsabilidad a la Universidad Latina, campus Heredia; así como al Tutor y Lector que han revisado el presente trabajo final de graduación, para optar por el título de **MASTER PROFESIONAL EN DERECHO DE FAMILIA** de la Universidad Latina, campus Heredia; por las manifestaciones y/o apreciaciones personales incluidas en el mismo. Asimismo, autorizo a la Universidad Latina, campus Heredia, a disponer de dicho trabajo para uso y fines de carácter académico, publicitando el mismo en el sitio web; así como en el CRAI.

Heredia, **17 de setiembre del dos mil veintiuno**.



Adriana Astúa Quesada

DEDICATORIA

*A todas aquellas
mujeres que quieren ser madres.*

AGRADECIMIENTO

A Dios que me permite sonreír ante todos mis logros y cuando caigo y me pone a prueba, me hace aprender de mis errores.

A mi esposo y a mi hija, quienes me brindaron su apoyo, me comprendieron, tuvieron tolerancia e infinita paciencia permitiendo así que mamita culminara su proyecto, fijado como meta personal.

A mis tres ángeles, que fueron mi motivación más grande en este proyecto y me ayudaron siempre a encontrar el lado dulce y no amargo de la vida.

A mi tutor MSc. Mauricio Chacón Jiménez y a MSc. Juan Obando Peralta que han sido mis formadores, personas de gran sabiduría, quienes se han esforzado por ayudarme a lo largo de este camino, el cual no ha sido sencillo, pero que, gracias a las ganas de transmitirme su conocimiento y dedicación, he logrado culminar el desarrollo de mi maestría con éxito.

Adriana.

RESUMEN EJECUTIVO

El 15% de la población sufre problemas de fertilidad. Dentro de este grupo poblacional, el 4% padece un grado más severo que es el de infertilidad uterina. Frente a ello, el trasplante uterino se erige como una técnica de reproducción asistida que da una luz de esperanza a aquellas familias que se encuentran dentro de este porcentaje. Sin embargo, esta técnica no tiene regulación jurídica en Costa Rica. Es por ello que, a través de la presente investigación documental, de tipo cualitativo y con alcance descriptivo, tiene por objetivo determinar la importancia de regular jurídicamente al trasplante uterino como una técnica de reproducción asistida que conforma el derecho humano a conformar una familia. Así, a través del análisis documental se logró entender que también se ve profundamente involucrado el derecho humano a la salud. El corolario de la investigación es la propuesta de instar al Poder Legislativo a incorporar en su agenda el tratamiento y la elaboración de un proyecto de ley que, receptando la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica*, reemplace al Decreto Ejecutivo No 39210-MP-S- y regule, entre otras técnicas de reproducción asistida, al trasplante uterino.

El derecho a formar una familia es un tema que, desde distintas perspectivas, ha sido claramente expresado en varios tratados de la legislación internacional (OEA, 2001), a saber: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de la OEA (1948), la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU (1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU (1966) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la OEA (1969). La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en su art. VI establece el derecho que tiene toda persona a constituir la familia como el fundamento de la sociedad, y a que se le dé a la familia la respectiva protección. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, refiere en el inciso 1 del art. 16 que los hombres y mujeres en edad de casarse tienen derecho, sin restricción de raza, nacionalidad o religión a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en el matrimonio, durante este o en caso de su disolución. Dentro del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se menciona, en su art. 23, inciso 2, el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia, siempre que tengan la edad necesaria. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en el art. 17(2) que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia, si cuentan con la edad y con las condiciones que le demandan las leyes internas, y en la medida que tales leyes no vayan en detrimento del principio de no-discriminación establecido en esta convención.

Palabras clave: Técnicas de reproducción asistida, trasplante uterino, derechos humanos, derecho a la salud sexual y reproductiva, derecho a formar una familia

Abstract

15% of the population suffers from fertility problems. Within this population group, 4% suffer from a more severe degree, which is uterine infertility. Faced with this, uterine transplantation stands as an assisted reproduction technique that gives a light of hope to those families that are within this percentage. However, this technique has no legal regulation in Costa Rica. That is why, through the present documentary research, of a qualitative type and with a descriptive scope, its objective is to determine the importance of legally regulating uterine transplantation as an assisted reproduction technique that constitutes the human right to found a family. Thus, through documentary analysis, it was possible to understand that the human right to health is also deeply involved. The corollary of the investigation is the proposal to urge the Legislative Power to incorporate into its agenda the treatment and elaboration of a bill that, accepting the judgment of the Inter-American Court of Human Rights in the *Artavia Murillo et al. Case c / Costa Rica*, replace Executive Decree No. 39210-MP-S- and regulate, among other assisted reproduction techniques, uterine transplantation.

The right to found a family is an issue that, from different perspectives, has been clearly expressed in various international law treaties (OAS, 2001), namely: the American Declaration of the Rights and Duties of Man of the OAS (1948), the UN Universal Declaration of Human Rights (1948), the UN International Covenant on Civil and Political Rights (1966) and the OAS American Convention on Human Rights (1969). The American Declaration of the Rights and Duties of Man, in its art. VI establishes the right of every person to establish the family as the foundation of society, and to give the family the respective protection. The Universal Declaration of Human Rights, refers in paragraph 1 of art. 16 that men and women of marriageable age have the right, without restriction of race, nationality or religion, to marry and found a family, and will enjoy equal rights in marriage, during this or in the event of its dissolution. Within the International Covenant on Civil and Political Rights, it is mentioned, in its art. 23, paragraph 2, the right of men and women to marry and found a family, provided they are of the necessary age. On the other hand, the American Convention on Human Rights establishes in art. 17 (2) that men and women have the right to marry and found a family, if they have the age and the conditions required by domestic laws, and to the extent that such laws do not detract from the principle of nondiscrimination.

Kew words: Assisted reproduction techniques, uterine transplantation, human rights, right to sexual and reproductive health, right to form a family

TABLA DE CONTENIDOS

CARTA DE APROBACIÓN POR PARTE DEL TUTOR.....	2
CARTA DE APROBACION POR PARTE DEL LECTOR	3
CARTA AL FILÓLOGO	4
CARTA DE DECLARACIÓN JURADA	5
CARTA DE MANIFESTACIÓN DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LA UNIVERSIDAD	6
DEDICATORIA.....	7
AGRADECIMIENTO	8
RESUMEN EJECUTIVO	9
CAPÍTULO I: OBJETIVOS.....	15
1.1. OBJETIVO GENERAL	15
1.2.OBJETIVOS ESPECÍFICOS:	15
1.3. JUSTIFICACIÓN	16
1.4.PROBLEMA Y PROPÓSITO	17
CAPÍTULO II: FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA	19
2.1. DERECHO HUMANO A FORMAR UNA FAMILIA.....	20
2.1.1. <i>Concepto y reconocimiento normativo</i>	20
2.1.1.1 Concepto de familia dentro de la legislación de derechos humanos	20
2.1.1.2. Concepto y normativa relacionada con el derecho humano a formar una familia.....	22
2.1.2. <i>Principios fundamentales del derecho humano a formar una familia</i>	24
2.1.2.1 Evolución histórica de los principios fundamentales sobre el derecho de familia	25
2.1.2.2 Principios fundamentales contemporáneos del derecho humano a formar una familia	27
2.2. EL RECONOCIMIENTO JURÍDICO DEL EMBRIÓN	31
2.2.1. <i>Derecho a la vida</i>	31
2.2.2. <i>El status jurídico del embrión</i>	34
2.2.3. <i>Alcance subjetivo y objetivo de la protección jurídica a la persona por nacer</i>	38
2.2.4. <i>Posiciones científicas y filosóficas en conflicto</i>	43
2.3. LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y LA MATERNIDAD SUBROGADA	44
2.3.1. <i>La infertilidad como una problemática jurídica y el derecho a la salud</i>	44
2.3.2. <i>El derecho a la reproducción humana</i>	48
2.3.3. <i>Técnicas de reproducción asistida</i>	50
2.3.3.1. Inseminación Artificial (IA)	51
2.3.3.2. Fecundación In Vitro (FIV).....	51
2.3.3.3. Gestación Subrogada	51
2.3.3.4. Transferencia Intratubárica de Gametos	52
2.3.3.5. Inyección Intracitoplasmática del espermatozoide.....	52
2.3.3.6. Trasplante de útero	52
2.3.4. <i>La regulación en el derecho comparado</i>	56
2.3.4.1. Argentina	56
2.3.4.2. España	58

2.3.4.3. Colombia.....	60
2.3.4.4. Ecuador.....	63
2.3.4.5 Brasil.....	67
2.3.4.6 Suecia.....	67

CAPÍTULO III: METODOLOGÍA.....69

3.1. PROCEDIMIENTO METODOLÓGICO PARA LA REALIZACIÓN DEL ESTUDIO DEL DIAGNÓSTICO	70
3.2. TIPO DE INVESTIGACIÓN	70
3.2.1. <i>Cualitativa</i>	70
3.2.2. <i>Documental</i>	71
3.2.3. <i>Descriptiva</i>	71
3.3. FUENTES DE INFORMACIÓN	71
3.4. PROCESO DE ANÁLISIS DE DATOS – SISTEMATIZACIÓN	73

CAPÍTULO IV: ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS: EL TRASPLANTE DE ÚTERO COMO REPRESENTACIÓN DEL DERECHO HUMANO A FORMAR UNA FAMILIA.....75

4.1. EL CASO ARTAVIA MURILLO C/COSTA RICA Y SUS IMPLICANCIAS EN MATERIA DE DERECHOS REPRODUCTIVOS	76
4.1.1. <i>Análisis del fallo</i>	76
4.1.2. <i>Implicancias en la legislación de Costa Rica</i>	83
4.2. EL TRASPLANTE DE ÚTERO COMO UNA TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y LA IMPORTANCIA DE SU TRATAMIENTO JURÍDICO	89
4.2.1. <i>El trasplante uterino: concepto y técnicas</i>	90
4.2.2. <i>Importancia frente a la infertilidad</i>	92
4.2.3. <i>Regulación jurídica</i>	93
4.3. ANÁLISIS DESDE LA BIOÉTICA	95
4.4. ANÁLISIS DE RESULTADOS DE ENTREVISTA.....	102

CAPÍTULO V: CONCLUSIONES 120

CAPÍTULO VI: PROPUESTA..... 123

BIBLIOGRAFÍA..... 125

INDICE DE TABLAS

Tabla 1.....	102
Tabla 2.....	103
Tabla 3.....	104
Tabla 4.....	105
Tabla 5.....	106
Tabla 6.....	107
Tabla 7.....	108
Tabla 8.....	109
Tabla 9.....	110
Tabla 10.....	111
Tabla 11.....	112
Tabla 12.....	113
Tabla 13.....	114
Tabla 14.....	116
Tabla 15.....	117
Tabla 16.....	118
Tabla 17.....	119

INDICE DE FIGURAS

Figura 1.....	102
Figura 2.....	103
Figura 3.....	104
Figura 4.....	105
Figura 5.....	106
Figura 6.....	107
Figura 7.....	108
Figura 8.....	109
Figura 9.....	110
Figura 10.....	111
Figura 11.....	112
Figura 12.....	113
Figura 13.....	118
Figura 14.....	119

Capítulo I: Objetivos

1.1. Objetivo General

- Determinar la importancia de la regulación jurídica del trasplante uterino como una técnica de reproducción asistida que conforma el derecho humano a formar una familia.

1.2. Objetivos Específicos:

- Analizar exhaustivamente los derechos a conformar una familia, a la salud sexual y reproductiva y a la vida humana.
- Determinar la vinculación entre estos derechos y la utilización de las técnicas de reproducción asistida.
- Analizar el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica”.
- Analizar al trasplante uterino como una técnica de reproducción asistida.

1.3. Justificación

Los problemas en torno a la salud reproductiva afectan a muchas familias a lo largo del mundo. Ello ha generado que un aspecto de la ciencia, la tecnología y la medicina se aboquen a avanzar en materia reproductiva, gestándose lentamente diversas técnicas de reproducción asistida. Las mismas han sido creadas para solucionar distintos problemas asociados a la fertilidad y/o infertilidad, según sea el caso, así como a la procreación en sí misma.

Sin perjuicio de ello, persistía un vacío en materia de infertilidad uterina, que afecta aproximadamente al 4% de la población con problemas de fertilidad. Si bien no es el caso más frecuente, lo cierto es que existen situaciones en las que la mujer no puede concebir, ni siquiera mediante la utilización de técnicas de reproducción asistida, debido a la inviabilidad del útero para llevar a cabo dicha tarea.

La presente investigación se encuentra justificada tanto en forma teórica como práctica. Está justificada teóricamente en tanto se contribuye a elaborar doctrina jurídica en materia de trasplante uterino y su vinculación al derecho humano a formar una familia. Ello en el entendimiento de que la salud reproductiva es parte integrante del mismo y, en este contexto, el trasplante objeto de estudio viene a resolver un problema en los casos de infertilidad uterina.

Por su parte, la justificación práctica está dada porque tanto los beneficiarios (la sociedad en su totalidad) como los operadores judiciales, cuentan con herramientas para hacer valer sus derechos o los de sus patrocinados, a los fines de lograr el reconocimiento de esta práctica como una de fertilidad asistida.

1.4.Problema y propósito

Los problemas en torno a la salud reproductiva afectan a muchas familias a lo largo del mundo. Ello ha generado que un aspecto de la ciencia, la tecnología y la medicina se aboquen a avanzar en materia reproductiva, gestándose lentamente diversas técnicas de reproducción asistida. Las mismas han sido creadas para solucionar distintos problemas asociados a la fertilidad y/o infertilidad, según sea el caso, así como a la procreación en sí misma.

Sin perjuicio de ello, persistía un vacío en materia de infertilidad uterina, que afecta aproximadamente al 4% de la población con problemas de fertilidad. Si bien no es el caso más frecuente, lo cierto es que existen situaciones en las que la mujer no puede concebir, ni siquiera mediante la utilización de técnicas de reproducción asistida, debido a la inviabilidad del útero para llevar a cabo dicha tarea.

Frente a ello, una de las soluciones más utilizadas es la maternidad subrogada, la cual consiste, brevemente, en el alquiler de un vientre de otra mujer, a través de un acuerdo de voluntades (gratuito u oneroso), en el cual se concebirá al embrión o se implantará uno ya concebido, a los fines que la mujer gestante lleve a cabo el embarazo para luego entregar el bebe recién nacido a los comitentes. Sin embargo, esta figura jurídica se encuentra regulada en muy pocos países, habiéndose generado una costumbre denominada “turismo reproductivo” desde los países que prohíben la figura hacia los que la permiten.

Ahora bien, no solamente se trata de una cuestión poco regulada legislativamente, sino que además es una figura que genera fuertes controversias a nivel ético y jurídico. Ello tanto en virtud de las implicancias en estos aspectos, así como las derivaciones personales y emocionales que suscita el instituto jurídico de la maternidad subrogada.

A la par, se continuó avanzando en materia médica, científica y tecnológica para poder solucionar este problema de infertilidad uterina. Así es como el trasplante de útero se convirtió en una opción viable para enfrentar tal problemática. No obstante, también es una técnica sumamente controvertida, sobre todo desde la bioética desde dos aspectos. Uno es el que involucra los cuestionamientos relativos al trasplante de órganos y, el otro, el que abarca los interrogantes acerca de la utilización de técnicas de reproducción asistida.

Así las cosas, en el presente trabajo se abordará la problemática respecto al trasplante uterino como una manifestación del derecho humano a conformar una familia. Ello desde un análisis conglobado de los tratados internacionales de derechos humanos y la legislación costarricense, así como de los aspectos éticos y científicos de diversas técnicas de reproducción asistida. De allí que el objetivo general de la presente investigación es el de determinar la importancia de la regulación

jurídica del trasplante uterino como una técnica de reproducción asistida que es parte del derecho humano a conformar una familia.

Ahora bien, debemos tener presente que el derecho a conformar una familia se encuentra íntimamente vinculado con el derecho a la salud sexual y reproductiva, el cual está conformado, en parte, por el derecho a la reproducción humana. En este orden de ideas, las técnicas de reproducción se encuentran comprendidas dentro de estos derechos.

Tal es así que, en virtud de la prohibición costarricense para practicar la fecundación in vitro, se alcanzó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica*. Ello bajo la alegación de que esta prohibición era violatoria de los derechos humanos hasta aquí mencionados.

A estos efectos y en consonancia con el objetivo general planteado, son objetivos específicos de la presente investigación el estudiar exhaustivamente el derecho humano a conformar una familia, el derecho a la salud sexual y reproductiva, así como el derecho a la vida humana. También es un objetivo específico el de determinar la vinculación entre estos derechos y la utilización de las técnicas de reproducción asistida. Asimismo, se analiza tanto el fallo de la Corte Interamericana como sus implicancias en el derecho costarricense. Por último, se pretende analizar al trasplante uterino y la importancia de su regulación jurídica como técnica de reproducción asistida.

Para sintetizar, la presente investigación gira en torno a un problema específico que se da en materia de salud reproductiva, el cual aún no se encuentra regulado jurídicamente. Lo cierto es que la ciencia, la tecnología y la medicina avanzan mucho más rápido en la materia que la legislación, lo cual responde también a una realidad que se observa, en líneas generales, en todas las ramas del derecho, que es que éste va por detrás de los avances científicos o de los hechos. Se afirma ello sin hacer una consideración moral al respecto, sino como una cuestión fáctica e inevitable, ya que el derecho no puede legislar lo que todavía no existe.

En este orden de ideas, la infertilidad uterina es una afección que padece el 4% de la población con problemas de fertilidad. Si bien no es el caso más frecuente, lo cierto es que existen situaciones en las que la mujer no puede concebir, ni siquiera mediante la utilización de las técnicas de reproducción asistida hasta el momento legisladas y permitidas, debido a la inviabilidad del útero para llevar a cabo dicha tarea. De allí la relevancia y la pertinencia de la presente investigación, tanto desde la perspectiva de la bioética como del derecho.

Capítulo II: Fundamentación teórica

2.1. Derecho humano a formar una familia

2.1.1. Concepto y reconocimiento normativo

Este apartado trata sobre una revisión conceptual y de la normativa relacionada con uno de los derechos más complejos y controversiales que conforman los derechos humanos: el de formar una familia. Para una revisión completa del tema, se discute antes lo que significa la familia dentro del marco de los derechos humanos consagrados en la legislación internacional. Luego se revisa específicamente el derecho a formar una familia y la normativa internacional que le corresponde, y sobre la cual se fundamenta legislación nacional del Estado de Costa Rica para validar tal derecho.

2.1.1.1 Concepto de familia dentro de la legislación de derechos humanos

Varios acuerdos internacionales han tratado de manera explícita el concepto de la familia en el marco de los derechos humanos. Todos han ratificado la idea de que la familia constituye el fundamento natural de las sociedades, y que esta debe ser protegida por cada Estado a fin de garantizarles a sus miembros las mejores condiciones de vida. A continuación, se mencionan aquellos convenios que tienen disposiciones específicas para el reconocimiento de la familia, y sus derechos, dentro de la sociedad, de acuerdo con lo revisado en Badilla (1996); Rivero de Arhancet y Ramos-Cabanellas (2009) y el documento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de Organización de Estados Americanos (OEA, 2001).

En un orden cronológico, la Organización de Estados Americanos (2001) (en adelante, OEA) señala, en primer lugar, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, suscrito en 1948 por la OEA. En el art. VI señala a la familia como elemento fundamental de la sociedad. En segundo lugar, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada también en 1948 (seis meses después de la anterior) por la Asamblea General de la Naciones Unidas (ONU), que en su artículo 16 (3) menciona literalmente a la familia como el elemento natural y fundamental de la Sociedad, el que, además, tiene derecho a la protección, por parte de la Sociedad y del Estado. En tercer lugar, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, celebrado por la ONU en 1966; en este tratado, en el art. 23(1), del mismo modo, se aprueba que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, con el derecho a la protección de la Sociedad y del Estado. En cuarto lugar, la Convención Americana de Derechos Humanos (suscrita por la OEA en 1969), que, en su art. 17 da el reconocimiento a la familia como el fundamento natural de la sociedad, y ratifica su derecho a recibir protección por la sociedad y el Estado. Cabe aclarar que, el Estado de Costa Rica es parte de esta Convención desde 1970, pero lo reconoció en 1980 y desde entonces su jurisdicción nacional se

ha sometido a toda la normativa contenida en dicho tratado (Zegers-Hochschild, Dickens y Dughman-Manzur, 2014).

En relación con el derecho a protección que tiene la familia, Badilla (1996), refiriéndose particularmente a lo señalado en la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 17,1) - aunque en opinión propia, también puede ser una conjetura del análisis de los otros tratados-, plantea que eso debe entenderse apegado a la idea de dar una protección total para todas las familias, independientemente de su composición; y que la legislación nacional (referido a Costa Rica) no podría discriminar, excluir o restringir tal derecho a ninguna familia, ya que ello sería violatorio de lo establecido dicho tratado. Según esta referencia, el derecho que tienen las mujeres a que se les respete su dignidad y se proteja a su familia es parte también de la normativa sobre el derecho de protección que tienen las familias; como lo indica el art. 4(e) de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –en adelante, Convención de Belém do Pará–, que es uno de los tratados complementarios de la Convención Americana. De igual manera, que el derecho de protección de la familia también implica el derecho de protección que tienen los menores de edad.

Siguiendo con la exposición cronológica de la normativa internacional relacionada con el concepto de familia en relación con los derechos humanos, corresponde mencionar, en quinto lugar, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, acordado por la OEA en 1988. Este, en su art. 15 (1), establece a la familia como el fundamento natural de la sociedad, y confirma su derecho a ser protegida por el estado, con la aseveración de que este tiene el deber de velar por el mejoramiento de su situación moral y material (OEA, 2001).

Un sexto elemento normativo internacional, que aborda el concepto que se analiza, es la Observación General No 28 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas del año 2000. En este claramente se expresa la importancia de considerar en la acepción de familia a las diversas formas en las que ella se puede manifestar, como son las parejas no casadas y sus hijos, y las familias monoparentales y sus hijos. Estas últimas conformadas generalmente por una mujer soltera que tiene bajo su responsabilidad uno o más hijos (Badilla, 1996). Al referirse a Costa Rica, el autor advierte que la concepción amplia y no discriminatoria de la familia debe tratarse con mucho cuidado en la legislación nacional, a fin de evitar regulaciones que sean impeditivas para familias como las que se acaban de mencionar.

Reconocer a la familia como base de la sociedad constituye un principio básico esencial en materia de derecho y, como institución fundamental, cumple numerosos roles de importancia tanto entre sus miembros como en la sociedad. De igual forma, la familia puede verse como una “unidad

orgánica” que está regida por principios unitarios, y como tal es considerada uno de los paradigmas de principios generales (Rivero de Arhancet y Ramos-Cabanellas, 2009).

De lo antes expuesto, se puede decir que, la familia para la normativa internacional de derechos humanos, más que un simple ente biológico conformado por un grupo de individuos unidos por cualquier relación de parentesco, que viven juntos, es la unidad más importante que da fundamento a las sociedades; y por su gran complejidad, en origen y constitución, debe ser tratada con especial cuidado, bajo una concepción integral que evite cualquier posibilidad de discriminación dentro de esta normativa y la que corresponde a cualquier Estado.

Para Costa Rica, parecen ser muchos los desafíos que el sistema judicial enfrenta con respecto al derecho de familia. Benavides (2007) hace una serie de reflexiones sobre la realidad jurídica de esta nación, que revelan las múltiples falencias que aún podrían existir en la jurisprudencia de la familia costarricense actual. Según ello, el sistema judicial familiar del país presenta grandes inconsistencias y paradojas que le impiden estar a la vanguardia en temas relacionados con el derecho de familia. Entre estos problemas destacan los siguientes: (1) deficiencia en el sistema universitario para la formación de una cultura jurídica más especializada; debido, por un lado, a la carencia de investigación jurídica de alto nivel, como resultado de la ausencia de posgrados en materia de Derecho; por otro lado, a la carencia de convenios interdisciplinarios que promuevan el estudio de temas familiares. (2) Ausencia de un diseño procesal macro que establezca estrategias para tratar de manera correcta los conflictos familiares. (3) Ineficacia en la aplicación del precepto del Código de Familia, referente al deber que tiene el Estado en amparar a las personas que carecen de recursos económicos, como es el caso de las numerosas amas de casa que dependen de sus maridos.

2.1.1.2. Concepto y normativa relacionada con el derecho humano a formar una familia

El derecho humano a formar una familia representa uno de los derechos esenciales, y más complejos, que están garantizados en la jurisprudencia, en los instrumentos internacionales de derechos humanos, los cuales tienen una vinculación muy estrecha con otros aspectos de los derechos humanos, especialmente los de la igualdad y la no discriminación. Es un derecho atribuible a las personas, y comprende no solamente el derecho a constituir una familia, sino también la igualdad de derechos para ambos cónyuges en caso de matrimonio; asimismo, los derechos reproductivos, referentes a la decisión voluntaria de las personas sobre tener o no hijos, al número de hijos (as) y al espaciamiento (en el nacimiento) de estos (Badilla 1996).

Una consideración interesante, según lo explica el mismo Badilla (1996), es que el derecho a fundar una familia es independiente del derecho a contraer matrimonio, y así se interpreta de los

principios establecidos en la normativa sobre el concepto amplio de familia, discutidos anteriormente. Por lo tanto, el derecho a fundar o establecer una familia no necesariamente requiere que haya ocurrido primero el matrimonio. Pero, que, en el caso de existir el matrimonio, la Convención Americana considera que los Estados Partes deben tener disposiciones para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges durante el matrimonio o en caso de su disolución.

El derecho a formar una familia es un tema que, desde distintas perspectivas, ha sido claramente expresado en varios tratados de la legislación internacional (OEA, 2001), a saber: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de la OEA (1948), la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU (1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU (1966) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la OEA (1969). La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en su art. VI establece el derecho que tiene toda persona a constituir la familia como el fundamento de la sociedad, y a que se le dé a la familia la respectiva protección. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, refiere en el inciso 1 del art. 16 que los hombres y mujeres en edad núbil tienen derecho, sin restricción de raza, nacionalidad o religión a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en el matrimonio, durante este o en caso de su disolución. Dentro del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se menciona, en su art. 23, inciso 2, el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia, siempre que tengan la edad necesaria. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en el art. 17(2) que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia, si cuentan con la edad y con las condiciones que le demandan las leyes internas, y en la medida que tales leyes no vayan en detrimento del principio de no-discriminación.

Cabe comentar que, lo estipulado en los artículos de los tres últimos tratados anteriores lleva a suponer que el acto de casarse es un requisito previo para poder ejercer el derecho a formar una familia; sin embargo, de acuerdo al concepto amplio de familia, que ya fue discutido en este documento, debe tenerse claro que el matrimonio no es una condición *sine qua non* para la constitución de la familia, sino que cualquier pareja o persona con la edad y condiciones adecuadas puede ejercer el derecho de formar una familia.

En opinión de Badilla (1996), derechos inherentes a la constitución de la familia, como el derecho a la autonomía reproductiva (decidir el número y espaciamiento de los hijos) y el derecho a contar con información sobre planificación familiar, constituyen vacíos en la normativa interamericana, ya que allí no están directamente reconocidos. Igualmente, que otros derechos muy vinculados con el de formar una familia son los referidos al nombre y a la nacionalidad. Estos últimos

si tienen carácter normativo y se mencionan en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los arts. 18 y 20 (Badilla, 1996; OEA, 2001). El primero establece el derecho que tiene toda persona a un nombre propio, como también a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos, o a nombres supuestos si fuese necesario; el segundo trata de manera específica con el derecho que tiene toda persona a una nacionalidad o a cambiarla, lo cual, según Badilla (1996), parece tener importancia por el hecho de que la normativa de algunos Estados, en caso de matrimonio, dan un tratamiento diferencial a la nacionalidad de la mujer y la del hombre.

En este reconocimiento normativo, es oportuno incluir el dictamen que en 2014 emitió la Corte Interamericana de Derechos Humanos, luego de analizar un caso en Costa Rica de prohibición de fecundación in vitro por parte del Estado (Zegers-Hochschild, Dickens y Dughman-Manzur, 2014). Sobre la base del análisis de la supuesta violación a los artículos 11(2), 17(2) y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte determinó incorporar como nuevos derechos humanos los siguientes: derecho a la privacidad para formar una familia, derecho a la capacidad para establecer una familia según preferencias familiares, y derecho a la no discriminación por discapacidad (aplicable a parejas infértiles). Este dictamen, según concluyen los autores, serviría de guía a los Estados con relación a los derechos reproductivos que deben proveer y proteger, y a la defensa de los derechos humanos de las mujeres en América y otras regiones.

Específicamente los artículos invocados en el caso anterior tratan de lo siguiente: el Art. 11(2) tiene que ver con el derecho a la privacidad, y menciona que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas, ni en su vida privada, ni en su familia, ni en su lugar de residencia. El art. 24, refiere a la no discriminación, ante la ley, de las personas; y de su derecho a igual protección por parte de la ley. El art. 17(2), ya mencionado en párrafos anteriores, corresponde con el derecho del hombre y la mujer al matrimonio y a fundar una familia (Zegers-Hochschild, Dickens y Dughman-Manzur, 2014).

Hasta aquí se hace una revisión conceptual, lo más exhaustiva posible, de la figura de familia que establece la normativa de derechos humanos a nivel internacional. De igual forma, se aclara lo referente a la interpretación conceptual que los tratados internacionales sobre los derechos humanos le han dado al derecho fundamental de formar una familia, como también los aspectos normativos vinculados con estos conceptos. Ahora se procede a revisar y analizar, primero en un contexto histórico y luego en un contexto contemporáneo, cuáles son los principios fundamentales que rigen el derecho a formar la familia.

2.1.2. Principios fundamentales del derecho humano a formar una familia

Estos principios han sufrido profundos cambios a lo largo de la historia (Veloso-Valenzuela,

1998; Lepin, 2014). Por lo tanto, para tener un claro entendimiento de los principios fundamentales que actualmente sustentan el derecho humano a formar una familia, se plantea en este apartado hacer primero una revisión sucinta sobre la evolución que han tenido las bases legales relacionadas con el derecho de familia desde mediados del siglo XIX hasta la actualidad. Seguidamente, se señalarán los principios fundamentales que actualmente dirigen la normativa del derecho de familia, con énfasis en aquellos que se relacionan directamente con el derecho a formar una familia.

2.1.2.1 Evolución histórica de los principios fundamentales sobre el derecho de familia

Para el desarrollo de este aspecto se siguió principalmente la reseña en Veloso-Valenzuela (1998). Aunque ese trabajo refiere particularmente para el Estado chileno, presenta una serie de consideraciones históricas sobre la legislación del derecho de familia que han tenido alcance internacional y, por lo tanto, sirven de referente para entender los avances históricos que pudieron darse en Costa Rica en cuanto a la legislación del derecho a constituir la familia.

De acuerdo con esa referencia, en los tiempos de la promulgación del Código Civil chileno, en 1855, las ideas o principios que, en la región occidental, regían el derecho de familia en los códigos civiles de la época, eran (1) el matrimonio religioso e indisoluble, (2) la incapacidad de la mujer casada con relación a la del hombre, (3) la subordinación de la mujer al marido debido a la potestad marital, (4) la inmutabilidad del régimen económico entre los cónyuges, (5) la superioridad del marido en la administración de los bienes, (6) la patria potestad exclusiva para el padre, (7) la filiación matrimonial fuertemente favorecida, (8) no reconocer jurídicamente a las familias de hecho (constituidas sin el matrimonio), (9) no darle tratamiento jurídico propio a la violencia intrafamiliar, y (10) la aplicación del adulterio solo a la mujer.

La mayoría de estos principios tenían implícito un rasgo en común: la idea o el principio de autoridad del marido y la consecuente subordinación de la mujer y los hijos. Ese estereotipo patriarcal, bajo el cual la mujer no gozaba del derecho a tener decisión propia sobre la constitución de la familia, persistió en la legislación civil chilena por varias décadas (al menos hasta los años 90). Varios hechos que continuaban presentándose en Chile revelaban esa realidad. Por ejemplo, el matrimonio indisoluble; la mujer casada, incapaz de administrar los bienes sociales y bienes propios; el marido como el jefe de la sociedad conyugal; la patria potestad ejercida en el padre legítimo, excepto que en su ausencia se le entregase a la madre legítima; la filiación matrimonial con carácter discriminatorio; y las familias de hecho, sin tener carácter legal.

No obstante, a raíz del debate sostenido en el Derecho Comparado, basado, entre otras cosas, en las nuevas modalidades de familia que fueron apareciendo, esos principios antiguos fueron

perdiendo aceptación. Con ello se abría el espacio para la propuesta y sistematización de nuevas ideas en los tratados internacionales de derechos humanos. Esas nuevas ideas se enfocaban principalmente sobre los derechos de la mujer, y estaban enmarcadas dentro de los principios generales de igualdad y cooperación. Son las ideas que fundamentan el actual Derecho de Familia y, por ende, el de formar una familia, como se verá más adelante.

Los nuevos tipos de familia surgieron a raíz de los múltiples hechos ocurridos en la sociedad moderna a nivel mundial. Esos hechos, no solo, provocaron un cambio en el rol de la mujer dentro del hogar, sino también en el modelo de familia que anteriormente manejaba la normativa del derecho de familia. Entre ellos, el cambio en la familia desde una unidad de producción a un espacio afectivo; el crecimiento del urbanismo en detrimento de la ruralidad; la incorporación de la mujer al trabajo remunerado; la salida de la mujer del ámbito privado; los movimientos emancipadores en pro de la igualdad de la mujer; el derecho a voto de la mujer y su mayor participación en la actividad pública; la posibilidad en la mujer de controlar la natalidad, y de ver su sexualidad separada de la procreación; el cambio en las relaciones con los hijos; la mayor autonomía de la mujer; la introducción de la televisión en el hogar, con la mayor influencia de un mundo globalizado; la separación de la Iglesia y del Estado; y, en general todos los cambios culturales asociados a estos fenómenos. Entre las consecuencias más notables del efecto de estos fenómenos en la familia se menciona la aparición de la figura de la familia monoparental, conformada por una madre y sus hijos, en la que la mujer pasó a asumir toda la carga en el mantenimiento de la familia.

Entonces, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) se comenzaron a reconocer en los tratados internacionales los principios de igualdad y de la no discriminación del ser humano, lo que sería determinante en la legislación de los países para tratar lo referente a la incapacidad jurídica de la mujer.

El tratado que catapultó el carácter de protección y respeto a la mujer fue la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), de las Naciones Unidas (1979). Esta convención es considerada, a nivel mundial, la Carta de Derechos Humanos de las mujeres; y tiene como fundamentos la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, y la Declaración sobre la Eliminación de la discriminación contra la mujer de 1967. Los postulados contenidos en la CEDAW han sido objeto de un gran acuerdo internacional, y ello ha obligado a los estados a conformar los fundamentos de un Derecho de Familia moderno (Veloso-Valenzuela, 1998). Costa Rica ratificó esta Convención en 1985, y en el mismo año entró en vigor a nivel nacional (Fabrikant, 2003).

En general, luego de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, progresivamente,

se fueron incorporando reformas sobre los derechos de familia en los tratados internacionales de derechos humanos, y en las leyes de Estado (como ocurrió en Chile, según el ejemplo que se está siguiendo). De esa manera se establecieron los principios fundamentales que actualmente rigen el Derecho de Familia (Lepin, 2014). Tales principios ya no están enfocados en el modelo de familia patriarcal, con tilde de jerarquía, sino fundados sobre criterios más igualitarios, pluralistas y democráticos (Velo-so-Valenzuela, 1998).

2.1.2.2 Principios fundamentales contemporáneos del derecho humano a formar una familia

Los principios que se mencionan a continuación conforman parte de los principios fundamentales rectores del Derecho de Familia en la actualidad (Velo-so-Valenzuela, 1998; Lepin, 2014). Se señalan, especialmente, los que están relacionados con el derecho de formar la familia; ello, tomando en cuenta los puntos revisados en el apartado 1.1

Principio de la importancia y protección de la familia, dentro de la sociedad y el Estado. Constituye un principio general de los derechos humanos (Rivero de Arhancet y Ramos-Cabanellas, 2009), y es un principio firmemente considerado en la definición de familia en los tratados internacionales. Así se infiere de la definición que se da en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su art. 16.3, como se citó anteriormente; y de la acepción de familia hecha en la CEDAW, donde se afirma a la familia como la célula básica de la sociedad (Velo-so-Valenzuela, 1998).

Puede pensarse que este principio es un pilar en las personas para poder ejercer el derecho humano a formar la familia, ya que es la familia la institución sobre la que se sustenta el desarrollo del ser humano en todas sus ámbitos y necesidades (Lepin, 2014). La protección de la familia, como lo apunta este autor, puede verse desde la perspectiva de la protección de relaciones familiares como la existencia del matrimonio, las normas sobre filiación, la alimentación, los derechos sucesorios (para el conyugue sobreviviente), y la violencia intrafamiliar. Los respectivos estatutos protectores a cada relación los presenta el autor en detalle, como referencia para el Estado chileno.

Principio de protección del matrimonio. A juicio propio, este principio puede ser entendido como un principio subsidiario del anterior, dada la relevancia que tiene para sentar las bases en la constitución “legítima” de la familia. El principio está bien ampliamente explicado en Lenin (2014), cuya consulta permite comentar lo siguiente: El derecho al matrimonio está consagrado en los principales tratados internacionales sobre derechos humanos; la Declaración Universal de los Derechos Humanos lo refiere en su art. 16 (incisos 1 y 2), analizado en el apartado 1.1.2. Es un principio de tal relevancia que algunos países de Europa lo incluyen entre los derechos fundamentales del ser humano. La legislación del matrimonio civil de Chile lo considera como la base principal de

la sociedad, con lo que, en ese país ha tenido una connotación importante ya que ha permitido reconocer al matrimonio como la forma principal para fundar la familia y, con ello, la existencia de otras formas de establecer la familia, como las uniones de hecho, las familias monoparentales y las familias ensambladas.

Principio sobre de igualdad entre el hombre y la mujer y la no discriminación contra la mujer. Son los dos derechos más importantes de la CEDAW. La igualdad entre el hombre y la mujer en el ámbito intrafamiliar es la idea principal en este tratado. La Convención señala que, la plena igualdad entre el hombre y la mujer se logra modificando el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia (Preámbulo, párrafo 14). Relacionado con este principio está el de la responsabilidad compartida del padre y de la madre en la educación y cuidado de los hijos (Veloso-Valenzuela, 1998).

Con relación al principio de no discriminación contra la mujer, los mismos autores comentan que su interpretación es una de las más complejas consagradas en la CEDAW y en la Convención de Belém do Pará, el otro tratado internacional que aborda los derechos de la mujer. Para una idea del significado de este principio, la CEDAW, en contraposición, define la discriminación contra la mujer en los siguientes términos:

(...) toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera (Cedaw Parte I art.1º) (Veloso-Valenzuela, 1998, p. 45).

Agregan los mencionados autores que esta Convención le atribuye a la discriminación contra la mujer una profunda raíz cultural, de ocurrencia común en todas las sociedades, por lo que la obligación de los Estados debe enfocarse partiendo de dos elementos: primero, tomar todas las medidas para que, en ningún espacio, incluido el familiar, se discrimine a la mujer; segundo, realizar todas las medidas apropiadas para eliminar costumbres que se basen en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquier sexo o estereotipos de hombres y mujeres. Para cumplir tales obligaciones, los Estados, además de las medidas legislativas, deben implementar programas y políticas activas con el propósito de lograr que se respete este principio.

Principio de autonomía de la persona humana. Tiene que ver con el deber del Estado en mantener una posición neutral respecto de los planes de vida, e ideales de excelencia que cada persona defienda. Significa, además que el Estado se limitará a diseñar instituciones y adoptar medidas para

facilitar a cada uno el alcance de esos planes de vida e ideales de excelencia (Veloso-Valenzuela, 1998).

La posición del Estado también ha sido señalada como un nuevo principio del derecho de familia, conocido como el *principio de intervención mínima del Estado*. Visto así, se interpreta como el respeto que debe manifestar el Estado a los derechos fundamentales de los individuos, como la igualdad, la libertad y la protección de la vida privada. La intervención del Estado, en todo caso, sería cuando las partes no logren solucionar de mutuo acuerdo sus diferencias familiares, o cuando sea necesaria la protección de los más débiles (Lepin, 2014). También se incluiría aquí, la no injerencia del Estado ante el derecho de autonomía que tienen las personas a decidir sobre los tratamientos reproductivos, como se argumentó en el estudio de Zegers-Hochschild et al., (2014).

Principio de que el matrimonio no es imprescindible para constituir una familia. Este principio está sugerido entre los aspectos normativos que se desprenden de la Convención de la CEDAW (Veloso-Valenzuela, 1998). Aunque parece contrario al de la *protección del matrimonio*, podría resultar un principio fundamental relevante para ayudar a esclarecer los derechos a formar la familia en el caso de aquellas mujeres solteras que tienen a su cargo la crianza de los hijos. Como se señala en la referencia consultada, desde la perspectiva de la Convención, el matrimonio se considera un contrato; como tal, requiere el libre consentimiento de ambos contrayentes, y puede disolverse. De igual forma, la Convención lo reconoce como un espacio afectivo, por lo que debe ser un acto consciente y voluntario entre los contrayentes.

En relación a este principio, es necesario destacar que la CEDAW no aclara que la “familia natural” tiene igual protección que la familia fundada sobre el matrimonio (familia legítima). Pero, otras instancias internacionales sí le han dado un tratamiento legal a este principio. Como precedente se menciona un caso de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 1979, en el que dicha autoridad, apoyada en el art. 8 de la el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, referente al derecho que tienen las personas a que se les respete su vida familiar, dictaminó que tal derecho no permitía distinguir entre familia legítima y familia natural; lo que, además, sería una discriminación por el nacimiento, que viola el artículo 14 de dicha Convención. Concluyó, por lo tanto, que, para permitir el desarrollo normal de una vida familiar en una madre soltera y su hijo, el Estado no debe establecer una discriminación fundada en el nacimiento.

Principio de derecho de la mujer a planificar la familia. Contemplado en el art.16 (e) de la CEDAW. Este es un claro principio fundamental relacionado con la constitución de la familia. La CEDAW reconoce que la mujer tiene igual derecho a decidir libre y responsablemente sobre el número de hijos, el intervalo entre los nacimientos, así como el acceso a los medios (información,

educación) que le permitan ejercer estos derechos. Este principio implica, a su vez, dos cosas importantes: (a) separar la sexualidad de la reproducción, lo que le ha dado la posibilidad a la mujer de controlar la fertilidad; aspecto que ha tenido gran impacto en la evolución de la familia y en las relaciones intersexuales. (b) Promover la autonomía de la mujer, lo cual, en concordancia con el *principio de autonomía*, significa que ella decide su destino y puede construir su propio proyecto de vida (Veloso-Valenzuela, 1998).

Principio de derecho a la reproducción. Este principio fundamental puede verse como complementario del anterior, el cual ampara, especialmente, a las personas que están impedidas biológicamente para procrear de manera natural (infértiles), y que recurren a técnicas de reproducción asistida para tener hijos biológicos, como el antecedente que se presentó en Costa Rica sobre la prohibición de la fecundación in vitro decretada por la Sala Constitucional (Zegers-Hochschild et al., 2014). Bajo este principio general de recogen, a su vez, varios derechos humanos relacionados con el derecho a formar la familia, tal como fue señalado por los referidos autores con relación a los aspectos normativos que se invocaron en ese caso de Costa Rica, como son el derecho a la privacidad y a la vida en familia, el derecho a fundar una familia, y el derecho de igualdad y a la no discriminación ante la ley; consagrados en los arts. 11(2), 17(2) y 24, respectivamente, de la Convención Americana de Derechos Humanos. Ahí también se argumentó la violación al *derecho de autonomía* a decidir sobre los tratamientos reproductivos.

Principio de derecho a la maternidad. A juicio personal, es también un claro principio fundamental relacionado con el derecho a formar la familia. Este principio comprende cuatro reconocimientos por parte de la CEDAW: (1) la importancia social de la maternidad (parr.13; art.5,b); (2) la necesidad de tener una educación intrafamiliar sobre este aspecto (art.5,b); (3) la necesidad de reconocer que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación contra ella (párr. 13); (4) reconocer que los Estados deben tomar medidas adecuadas para evitar que la maternidad y el embarazo sean causas de discriminación laboral (art..11 N°2) (Veloso-Valenzuela, 1998).

A manera de conclusión, se puede decir, como lo sugieren Veloso-Valenzuela (1998), que, en tema de derechos de familia, y en particular, del derecho a formar una familia, aún no se agotado todo. Se demuestra, con las evidencias presentadas en este trabajo, que son numerosos y complejos los cambios que han tenido los modelos de familia a lo largo de la historia, y que eso dio un giro importante a los principios fundamentales que en el pasado sustentaban los derechos humanos de formar la familia; desde una concepción “primitiva” de índole patriarcal, hasta una visión más democrática y pluralista.

Los avances científicos y los cambios tan acelerados que han experimentado las sociedades

actuales han llevado a que la legislación internacional y de cada Estado tenga que enfrentar cada día nuevos retos sobre el derecho integral que tienen las personas para formar una familia. En el ejemplo presentado para Costa Rica, sobre la violación del derecho a la fecundación in vitro, y en el que supuestamente se infringieron los arts.11.2. 17.2 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se vio forzada a hacer una revisión y modificación profunda de la normativa, a la luz de las evidencias presentadas, para dar su fallo (Zegers-Hochschild et al., 2014). En el ejemplo se vieron implicados, especialmente, los principios fundamentales de derecho a la planificación de la familia, y a la reproducción.

Por lo tanto, como se evidenció en ese caso, los entes internacionales que velan por los derechos humanos de familia se ven obligados a revisar y replantear continuamente los principios que rigen el derecho de formar la familia, por lo que parece difícil establecer principios absolutos e inmutables que guíen los derechos de familia, ya que estos irán cambiando en la medida de los cambios y necesidades que se presenten en las sociedades y en las familias afectadas. A juicio de Lepin (2014), aún falta avanzar en el tratamiento jurisprudencial que se les debe dar las nuevas variantes de familia que han aparecido, como las relaciones de convivencia, las familias ensambladas y, con mayor cuidado, las familias formadas por el matrimonio homosexual, que es un tema bastante controversial en la actualidad.

Para Costa Rica, como se deduce de las reflexiones hechas por Benavides (2007), parecen ser muchos los desafíos que en la actualidad enfrenta su sistema judicial con respecto al derecho de familia. Las causas de ello podrían explicarse por diferentes motivos, pero el principal podría ser la ausencia de un sistema educativo de mayor nivel, que impulse el desarrollo de profesionales del Derecho más especializados y preocupados por abordar investigaciones referentes a temas tan complejos como son las relaciones de familia.

2.2. El reconocimiento jurídico del embrión

2.2.1. Derecho a la vida

Los Derechos Fundamentales son aquellos derechos reconocidos a los seres humanos, sin excepción, que le permiten una mejor convivencia en sociedad. El Derecho a la vida forma parte de ellos, extendiendo su ámbito a nivel supranacional con la finalidad de defender toda forma de vida. Ello es así aun cuando jurídicamente deba establecerse el comienzo de esa protección, siguiendo criterios científicos, doctrinales o jurisprudenciales, de los casos que han permitido una evolución en el tratamiento de los Derechos Humanos.

Lograr una sociedad democrática, progresista, incluyente, justa y participativa, es un proyecto histórico en “acción”, que requiere de un ajuste en la cultura de los seres humanos en cuanto a revisar sus formas de convivencia, en especial frente a nuevos retos, a fin de lograr que todos tengan oportunidad de obtener el mayor beneficio posible, sin olvidar el respeto al derecho de otros a disfrutar de las mismas condiciones mínimas exigibles para una mejor convivencia: vida, libertad y justicia, las cuales se constituyen jurídicamente en Derechos Fundamentales (Traslosheros, 2017, p. 132). Estos derechos inherentes a la persona, no pueden negociarse y conforman la base del sistema de protección a la dignidad humana; el titular no puede considerarlos parte de su patrimonio personal, de hecho, los derechos fundamentales son “compartidos”, en el sentido que su trascendencia va más allá del individuo, están destinados a proteger a la humanidad.

Haciendo alusión al caso mexicano en función de las reformas realizadas al Código Penal y a la ley de Salud del Distrito Federal que despenalizaban el aborto sin limitante alguna, Traslosheros (2017) sugería elaborar leyes que procuraran el mayor bien posible a todas las partes involucradas pero, orientadas hacia la protección del más débil en primer lugar, para armonizar los intereses en conflicto, sobre la base del respeto irrestricto a los derechos fundamentales, de quienes carecen de medios de defensa, distribuyendo derechos y obligaciones de acuerdo a un ordenamiento menos inclinado al dominio de los más fuertes. A su juicio, esa ley era violatoria de derechos fundamentales, injusta, perjudicial a la mujer y al ser humano en su vientre, así como al diseño de la democracia y cultura mexicana.

La privación de derechos no se ha detenido pese a la cantidad de debates que han devenido en fuertes discusiones antropológicas, cuyos participantes representan todas las formas de conocimiento de una época determinada (Traslosheros, 2017). El debate avanza, pero no está sujeto a plazos pues ha durado varias generaciones, de hecho, cientos de años ha tomado definir formas jurídicas para reconocen o no los derechos a todas las personas.

Los mecanismos sociales que se han creado, especialmente judiciales, para hacer valer los derechos, desactivan unos para desconocer otros. El debate actual en nuestra cultura y sociedad, en lo que al tema objeto de estudio se refiere, se centra en el derecho a la vida del concebido.

El derecho a la vida es ampliamente reconocido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 –en adelante, CADH–, desde el momento de la concepción, protegiendo al niño no nacido. Con esta declaración, Castaldi asegura que esos tratados internacionales manifiestan expresamente su apoyo a la protección de la vida prenatal, no solamente en la interpretación de sus normas sino “en la práctica de los Estados latinoamericanos y del Caribe en foros internacionales que refleja un acuerdo regional en cuanto su interpretación” (Castaldi, 2017, pág. 144).

La CADH fue ratificada por todos los países latinoamericanos y del Caribe, es el instrumento legal a nivel regional, que recoge el espíritu de las normas internacionales contenidas en el IV

Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra y el II Protocolo Adicional de Ginebra (artículo 6). La CADH señala, en su artículo 4.1, que toda persona tiene derecho a la vida y dicho derecho “estará del protegido por la ley y, en general, a partir momento de la concepción” (Castaldi, 2017, p. 149).

A partir de la adopción de la CDN, países como Argentina, consideran al niño en su sistema jurídico como “todo ser humano desde la concepción hasta la edad de 18 años”, independientemente de las expresiones utilizadas para definir cada fase de la vida del niño. Guatemala lleva el nivel de ajuste al punto que, tanto su protección constitucional del derecho a la vida desde la concepción, así como su definición de niño como una persona desde la concepción, contenidas en su Ley de Protección Integral de la Niñez y del Adolescente, sean consistentes con la definición del Artículo 1 de la Convención. Ecuador incorpora al artículo 49 de su Constitución, relativo a la protección del derecho a la vida desde la concepción y en su Ley de Menores, una definición de menor como todo ser humano desde la concepción en adelante. Guatemala, Nicaragua, Paraguay y Venezuela, también informaron que la protección del derecho a la vida establecida en el artículo 6 de la Convención fue recogida en sus respectivas constituciones y/o legislación de menores, por tanto, la protección está prevista desde la concepción (Convención de los Derechos del Niño, 1990, Art. 6).

La CADH es una referencia obligada para las cortes y juristas internacionales. Este instrumento contiene el más explícito reconocimiento del derecho a la vida del no nacido existente en un tratado internacional.

En cuanto a la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante, Corte IDH–, Castaldi (2017) considera que este órgano fue negligente en la emblemática sentencia del Caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica* que se analizan en capítulos subsiguientes, por restringir y limitar el alcance del derecho a la vida del no nacido. Esta decisión concluye afirmando que el embrión humano no es persona, que la concepción comienza en la implantación del mismo en el útero materno y que el Artículo 4 de la CADH permite amplias excepciones a la vida del no nacido.

También de esa sentencia, en referencia a la interpretación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –en adelante, PIDCyP–, se discute que no puede deducirse una protección absoluta de la vida prenatal o del embrión humano en este instrumento puesto que, en trabajos preparatorios fueron rechazadas las propuestas de Líbano y un grupo de 5 Estados (Bélgica, Brasil, El Salvador, México y Marruecos), acerca de la protección del derecho a la vida desde la concepción, aparte del rechazo a la propuesta de Reino Unido para reconocer derecho al aborto (Traslosheros, 2017).

De lo hasta aquí expuesto, puede establecerse que el Derecho a la vida consiste en la protección a la vida humana, en todas sus formas y sin efectuar ningún tipo de discriminación en

dicha tutela. La importancia de este derecho respecto del presente trabajo radica en determinar si el embrión es sujeto de derechos, aun cuando pueda ser reconocido como sujeto de derechos limitados a su condición de persona por nacer, o si, por el contrario, no gozan de tal calidad. De allí que a continuación se analizará el reconocimiento jurídico del embrión.

2.2.2. *El status jurídico del embrión*

El embrión tiene un derecho a la vida propio, tal como surge de diversos pronunciamientos a nivel mundial. Analizando varias sentencias del tribunal Constitucional Alemán, en especial una decisión del año 1975, Stith (2017) intenta ofrecer una explicación razonada de los distintos criterios aplicables, incluyendo la viabilidad, en especial cuando un Tribunal confirma que el embrión ya es persona jurídica y tiene un derecho subjetivo a la vida.

El derecho a la vida del embrión es “elemental” e “inalienable” durante todas las etapas del embarazo, independientemente de cualquier creencia religiosa, aunque este aspecto no estuvo sometido a consideración en el juicio. El embrión se convierte en ser humano, se desarrolla como tal y existe por sí mismo como vida humana no nacida, debido a ello debe respetársele su dignidad, creando condiciones legales para su protección. El argumento del tribunal sugiere la existencia de esa vida propia desde la concepción, pero, en las leyes impugnadas, se deduce que hay vida a partir de la implantación del embrión. Así, se produjo un conflicto en cuanto a implementar la despenalización del aborto, a fin de prestar una asesoría más amplia y ayudar a la mujer embarazada víctima de un delito y/o una penalización a favor del derecho a la vida del no nacido, simultáneamente.

En cuanto a los criterios que plantea el autor: aquellos que siguen el proceso de gestación como un modelo de construcción, basado en una falsa concepción de ese proceso, dominante desde la antigüedad y la Edad Media, distinto del modelo de desarrollo que impulsa la ciencia moderna. Si consideramos al embrión como un producto que pasó por un proceso de ensamblaje o armado dentro del vientre materno hasta llegar al resultado final, quizás sería posible atender a la apariencia exterior (no parece lo que va a resultar, en principio), la capacidad para realizar algún movimiento o manifestarse (sólo después de los cuatro meses) o la viabilidad por aquello de pasar por todas las fases o haber sido completado (aunque sabemos que continúa su desarrollo y dependencia), cuando se habla de la posibilidad de practicar un aborto o de la disposición de los embriones humanos (Sith, 2017).

Así se entiende muy bien como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del caso Artavia contra Costa Rica, podía afirmar que “la protección del derecho a la vida [...] no es absoluta, sino es gradual e incremental”. En fin, el modelo de construcción nos ayuda a comprender como la postura de los que defienden la destrucción

de embriones puede parecer muy razonable, mientras que la postura de los que quieren proteger al embrión desde el momento de la concepción puede parecer completamente irracional (Stith, 2017, p. 56).

El modelo de desarrollo considera al organismo viviente formado por su naturaleza desde el principio, independientemente de la forma, diseño o avance que haya alcanzado, “su identidad no depende de su apariencia ni de su funcionamiento” (Stith, 2017, p. 57). Desde 1827, cuando se evidencia la existencia del proceso de fertilización o fecundación del óvulo, es de conocimiento general que la vida de un animal comienza en el momento de su concepción; es decir, en el momento de su fecundación.

La convivencia social, indispensable para el funcionamiento de la sociedad democrática, es fundamental para lograr la plenitud personal, acota Revello (2017); la evolución del ser humano, depende también de la superación del dominio del instinto para dar paso a la racionalidad, por ello resulta necesario regular el comportamiento de los individuos que han de ocupar el mismo espacio, respetando ese bien intangible como lo es la vida humana.

Hasta en los códigos antiguos puede apreciarse la tendencia hacia la creación de leyes para elevar la vida humana y el desarrollo de la cultura, superando épocas de barbarie y formas de defensa social. El cuestionamiento en todas las ciencias, no solamente las de índole social, sobre su relación con el respeto a la dignidad humana, obliga a la revisión de su ética y procedimientos. Nace la bioética para combinar el estudio de la tecnificación de las artes médicas y otros factores sociales como la libertad individual, la autonomía, la propiedad privada, entre otros, que influyen en la toma de decisiones en el campo de la salud.

En referencia a la valoración ética, Ruben-Revello (2017) resume en dos grupos su manifestación dentro de la sociedad actual, de acuerdo al sistema filosófico del cual se funda, a partir de la Ley de Hume: los no cognotivistas, que encuentran su mejor representación en el Derecho Consuetudinario y de la Common Law de tradición anglo-sajona, no ponderan la naturaleza humana: sólo es posible la convivencia social a través del Pacto o Contrato Social o Ética del Consenso, en la que los actos individuales o la valoración de la conducta, no tendrán repercusión hasta que la mayoría pueda juzgarlo; sin un parámetro objetivo y previo, el respeto a los Derechos Fundamentales también se encuentran en riesgo, basta que la mayoría decida que ya no puedan considerarse como tales.

Los cognotivistas aseguran que los principios que guían el comportamiento ético se encuentran en la misma condición humana, racional-volitiva-social, criterio acorde con el pensamiento del Derecho Romano o Derecho Europeo Continental o Iusnaturalismo y, por lo tanto, en consonancia con la tradición Latinoamericana. Para la convivencia, es necesario imponer la

intangibilidad de la vida de los iguales (siendo el grupo garante de su integridad y defensa), la fidelidad a la verdad (como elemento aglutinante del grupo social) y el respeto por aquello que le pertenece a cada integrante (como garantía de la paz social), entre otras cuestiones, afirma Ruben-Revello (2017).

La condición racional del hombre, que lo distingue de los animales, sigue intacta, mientras haya vida humana porque es una condición del ser y no solo una actividad. El sujeto con coma profundo, sigue siendo de naturaleza racional, aun cuando no tenga registro ECG, porque sigue siendo humano. El embrión, aún antes de la formación del tubo neural (esbozo primero del sistema nervioso central) es racional. Tan racional como todos los que estamos participando de esta jornada lo fuimos en esa etapa de nuestro desarrollo embrional (Ruben-Revello, 2017, p. 77).

La racionalidad del hombre siempre se impondrá mientras haya vida humana, porque es una condición del ser (Ruben-Revello, 2017). Tanto la persona en coma profundo como el embrión, tienen naturaleza racional, por tanto, no se pierde la ontología porque se pierda la capacidad de obrar. Sin embargo, hay una corriente de bioeticistas de raíz anglosajona que intenta restringir el concepto de persona al ser y el de la persona a la razón, dejando a otros decidir quién merece o no, disfrutar de la protección de los Derechos Fundamentales.

El inicio de la vida humana ha sido objeto de polémica en el caso de los embriones humanos por la ligereza en las explicaciones científicas de quienes manejan procedimientos, desconociendo la humanidad. Ruben-Revello (2017), hace referencia al informe Warnock sobre investigación en embriología y fertilización humana de 1984, por justificar un periodo opaco de 15 días que transcurren desde la fertilización hasta la fecundación y las consecuencias legales de la manipulación, sin reconocerle como persona, cuando el mismo informe sugiere que debería ser delito manejar como objeto de investigación, a cualquier embrión humano vivo derivado de la fertilización *in vitro*, más allá de ese límite (es decir, catorce días desde la fertilización), sin otra razón de peso que la necesidad de fijar un límite arbitrario, a fin de que los investigadores puedan llevar adelante sus estudios, sin complicaciones legales ni morales. Urge establecer reglas comunes para establecer competencia y fundamento legal, considerando que la finalidad de la ley es proteger la vida humana, en especial, una más frágil.

Con una posición liberal, el padre de la Iglesia católica, Alonso Bedate, especialista en genética, sostiene que el cigoto solo es potencia en términos de información genética, pero si no entran en juego otros elementos ontogénicos, la potencia del cigoto no se desarrolla. En el mismo sentido, Juliana González sostiene que el embrión en estado preimplantatorio no constituye más que una vida potencial, al que, si se le deja solo,

morirá, aun cuando contenga la herencia genética humana. Jorge Carpizo argumenta: "quienes proponen que el inicio de la vida humana corresponde al momento de la fecundación, desconocen y olvidan los conocimientos que en la actualidad ofrece la biología de la reproducción, la información genética y la inviabilidad del embrión antes de su implantación". El científico Ricardo Tapia va más adelante al considerar que todas las células del cuerpo poseen el genoma humano completo, las somáticas diferenciadas pueden des diferenciarse para dar origen a un organismo completo por el método de clonación reproductiva; sin embargo, no por estar vivas, y tener el genoma humano completo, las células humanas son seres humanos, si fuera así, acciones como extirpar un tumor equivaldría a matar a millones de personas. Desde el punto de vista científico, el ser humano, la persona, es el resultado del desarrollo ontogénico cuando este alcanza la etapa de autonomía fisiológica, y en su concepto, mientras no se desarrolle la corteza cerebral no se puede hablar de vida humana, aunque por supuesto que hay vida. Antes de ese desarrollo la vida del embrión no difiere sustancialmente de la de cualquier célula, órgano o tejido de un organismo multicelular vivo (Brena Sesma, 2014, p. 19).

La biología humana permite establecer la existencia de vida desde el primer instante de la fecundación y de los sofismas más frecuentes, Ruben-Revello (2017) ofrece algunas respuestas:

a) cuando se afirma que se trata de un grupo de células, no un ser humano, debemos recordar que un ser humano empieza a desarrollarse de manera autónoma, continua y gradual, de modo tal que, de no mediar ninguna interrupción externa o alguna grave patología, ese desarrollo continuará durante toda la vida;

b) Antes del día 14 no se ha formado el "pliegue neural", no hay ni pequeño un esbozo de Sistema Nervioso Central, por lo tanto, si no hay razón no hay persona", no es del todo cierto porque ser persona va más allá de contar con un sistema nervioso central o poder razonar. Una patología congénita puede impedir el desarrollo del sistema nervioso central en un individuo que se considerará una persona enferma, pero, igual sigue siendo persona;

c) "En un período inicial el macizo embrionario puede dar lugar a la formación de gemelos, de modo que no podemos hablar de individuo, cuando existe la posibilidad de que se formen más de un embrión" si las células se desprenden del macizo embrional, retoman el proyecto desde cero y forman un nuevo individuo, pero, uno o dos, siempre serán humanos y por lo tanto personas, de modo que más allá de la cantidad, la cualidad de humano, permanece indemne.

De lo expuesto se deduce que esta es una cuestión no zanjada y que no se encuentra libre de debate. Por el contrario, las posturas se dividen entre quienes reconocen la calidad de sujetos de

derecho de los embriones limitada a su calidad de personas por nacer desde la concepción y quienes la reconocen, pero desde distintos momentos (desde la implantación, desde el desarrollo de la corteza cerebral, entre otros).

2.2.3. Alcance subjetivo y objetivo de la protección jurídica a la persona por nacer

La CADH, reconoce derechos fundamentales en la misma línea del PIDCyP pero, agrega a lo establecido por este último tratado internacional, que el derecho a la vida estará protegido "en general" y "a partir del momento de la concepción", lo que hará se distinga como el único de los instrumentos internacionales que se explicita en materia de derechos humanos y se refiere al ámbito de aplicación inicial de ese derecho fundamental (Sanchez, 2014). De su interpretación se podría considerar claramente incluidos a los no nacidos en su ámbito de protección (alcance subjetivo), no así el margen de protección del que gozarían por este derecho fundamental, hasta el momento en el que se produjera el nacimiento (alcance objetivo).

El derecho a la vida no es absoluto, en el sentido que tiene sus limitaciones al igual que el resto de los Derechos Fundamentales. Sin embargo, estas restricciones en la protección que ofrece sólo aplican a las personas que la legislación considera como tales sin excepción, en cambio no se percibe un límite estrictamente establecido para los que no han nacido.

El término "concepción" fue interpretado por la Corte IDH, de tal manera que sirve de referencia a otras legislaciones y de provecho en el estudio de casos que alcanzan su jurisdicción. La denuncia por desacato de lo dispuesto en la CADH acerca del derecho a la vida y la dignidad del ser humano, por parte de Costa Rica, quien había aprobado un Decreto Ejecutivo el 3 de febrero de 1995 para autorizar la práctica de la fertilización in vitro (FIV) en unas condiciones restrictivas, representó la oportunidad de confirmar la protección absoluta que le corresponde al embrión.

Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes, el Tribunal constató que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un ser humano, lo cierto que, si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer, sus posibilidades de desarrollo son nulas, pues sin este paso el embrión no recibiría los nutrientes necesarios ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo. Por tanto, el término "concepción" debe ser entendido a partir del momento que ocurre la implantación, razón por la cual considero que antes de ese evento no procede la aplicación del artículo 4o. de la Convención Americana (Brena Sesma, 2014, p. 11).

La Sala Constitucional consideró que la disposición legislativa que favorecía la FIV era inconstitucional en una sentencia adoptada el 15 de marzo de 2000, por atentar claramente contra la vida y la dignidad del ser humano. A raíz de la suspensión del tratamiento médico, por el acatamiento debido a esa decisión que menoscabó sus derechos, aparte de violar varias disposiciones de la Convención, las familias o solicitantes se vieron obligados a viajar a otros países para poder acceder finalmente a la FIV.

Paradójicamente, la Sala Constiucional también había considerado, en su criterio, que el Decreto Ejecutivo era inconstitucional por contravenir la Convención en lo relacionado al derecho a la vida y la protección absoluta del embrión. La Corte Interamericana debía establecer el ámbito de esa protección para evitar un conflicto en la aplicación de un instrumento tan importante a nivel regional con las legislaciones que la adoptaron.

La Corte entendió que, necesariamente, debía explicar las acepciones que pudiesen generar conflicto en la interpretación, cuando la norma se refiera a la concepción y solo podía hacerlo en términos científicos. La primera lectura del significado de la palabra, se asocia con la "fecundación" del óvulo por el espermatozoide. La segunda, en cambio, se traslada al momento de "la implantación" del óvulo fecundado en el útero de la mujer.

En la primera versión, la "fecundación" constituiría el momento a partir del cual el embrión ha alcanzado un grado de madurez suficiente para ser considerado un "ser humano" con una "vida plena". En "la implantación", el embrión implantado en el útero podría considerarse un "ser humano" con "la capacidad de sumar su potencial genético con el potencial materno". Para la Corte "sólo cuando se cumple el segundo momento (el de la implantación), se cierra el ciclo que permite entender se produjo la concepción".

El óvulo fecundado cumple su función porque "da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un ser humano" pero, "si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas", en otras palabras, 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". La Corte concluye confirmando que el término concepción debe entenderse "desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual considera que antes de este evento no procede aplicar" aquellos derechos reconocidos en el articulado de la Convención.

La Convención utiliza, en repetidas ocasiones, la expresión "persona" en su normativa, pero, no por ello se podría afirmar que se confiera el carácter de titular al embrión y así pueda ejercer los derechos consagrados en la Convención. En vista de la aclaración sobre la concepción, es obligatorio

establecer si el embrión al ser implantado en el útero ya podría gozar del status y confirma: "antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4", a partir de ese momento es posible reconocer el derecho, por lo que la prohibición decidida por la Sala Constitucional en la que se consideraba la FIV contraria al derecho a la vida consagrado en el artículo 4.1 de la Convención, es rechazada.

La Corte IDH consideró al embrión no implantado en el útero materno como no concebido, y, por ende, carente de personalidad. En congruencia con su razonamiento jurídico, la concepción debería ser admitida y a partir de ella, la protección del embrión implantado. Se considera una admisión implícita de la Corte, debido a que no se pronunció expresamente sobre el particular: "no puede alegarse la protección absoluta del embrión"

El embrión implantado, una vez concebido, gozaría de protección, aunque no sería "absoluta". La Corte pudo ser más precisa al respecto, pero, puede inferirse que el embrión implantado gozaría de la protección concedida por la Convención: no absoluta, pero, con un alcance "gradual e incremental", en función del "desarrollo" del embrión, aparte de la protección derivada del derecho a la vida.

Varios gobiernos han iniciado procesos para legislar sobre reproducción asistida, sin que ninguno de ellos haya podido concretarse debido a posturas radicales asumidas por los grupos liberales y conservadores. El caso de Costa Rica no es el único, en Argentina se han elaborado más de 20 proyectos de ley, lamentablemente hasta el momento ni uno solo ha logrado ser aprobado. En México, cada partido político ha presentado una o varias iniciativas ante el Senado de la República y ante la Cámara de Diputados, sin que ninguna se haya aprobado. En algunos casos se observan posiciones ultraconservadoras, como en el caso de la Provincia de Buenos Aires en donde se creó la figura del "tutor de los embriones" en 2004, este oficial de justicia debe velar por ellos y controlar que las clínicas de fertilidad no los descarten. Otro asunto que llama la atención es el establecimiento de la obligación de los padres a dar alimentos a sus hijos, desde el momento en que son concebidos, reconocida por el Código Civil para el estado de Guanajuato (Brena Sesma, 2014, p. 21).

Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, no hay consenso a nivel regional, en latinoamerica, para adoptar en las legislaciones el criterio de la Corte IDH, tomando a la concepción como punto de partida, en lo referente a la protección o al reconocimiento del derecho a la vida como persona a los embriones.

Por otro lado, un error involuntario de un ginecólogo en Francia que confundió a dos pacientes con nombres asiáticos similares, culmina provocando la interrupción del embarazo de la paciente en

estado de gravidez y permitió confirmar la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –en adelante, TEDH– sobre la protección jurídica del embrión y su reconocimiento como persona, dado que la Corte de Casación francesa estimó que no era aplicable el tipo penal a este caso a pesar de la denuncia de la demandante al facultativo por homicidio involuntario.

Luego de su paso por los tribunales franceses, este caso se presenta ante el TEDH como una violación del derecho a la vida del feto. Invocando la jurisprudencia avanzada por la Comisión Europea de Derechos Humanos –en adelante, CEDH–, se comprueba que el derecho a la vida del feto se encuentra limitado por los derechos de la madre, es decir, en la disyuntiva de elegir entre el derecho de vida que le corresponde a ella y el suyo propio, sólo le sería reconocida cierta protección derivada del derecho a la vida contemplado en el artículo 2º del CEDH. Como la madre no pretendía interrumpir su embarazo, sino que éste se produjo como solución a un error médico, eleva su caso ante el TEDH para que reconociese la vulneración del derecho a la vida del feto, dada la negativa recibida de los tribunales nacionales franceses. “Este supuesto no le permitió al TEDH escudarse en los eventuales derechos que sería necesario conceder a la madre (...), le obligó a pronunciarse sobre los que, a su parecer, deberían corresponderle al feto en virtud del artículo 2º CEDH” (Sanchez, 2014, pág. 455).

A pesar de reconocer que el CEDH es un instrumento “vivo”, capaz de adaptarse a la realidad “actual”, el TEDH se encuentra imposibilitado de ofrecer una decisión más precisa, debido a que la mayoría de los Estados parte en el CEDH no han dado una solución definitiva a la protección del no nacido, al tiempo que tampoco existe un consenso europeo al respecto.

El único "denominador común" del que podría deducirse un cierto consenso entre los Estados parte, reside en la convicción de que el no nacido pertenece a la "especie humana", en el sentido de que "este ser" —embrión o feto— tiene "capacidad de convertirse en una persona" que "debe ser protegida en nombre de la dignidad humana" (Sanchez, 2014, p. 456).

Los Estados parte del CEDH coinciden en considerar al no nacido como un ser humano susceptible de protección. El TEDH admite la protección del no nacido como parte del consenso europeo integrado por los Estados parte al CEDH, pero ella se traduce en la atribución de una serie de derechos de carácter civil, en materia de sucesiones o donaciones, en otras palabras, no incluye "el derecho a la vida".

Dada la dificultad que se le presentó a la TEDH para identificar un consenso europeo acerca del reconocimiento del derecho a la vida del no nacido, pareciese que lo coincidente era más bien la negativa a reconocer tal derecho a la vida al no nacido. El TEDH confirma que la mayoría de los

Estados parte han previsto "una ampliación de las condiciones" en sus legislaciones, para facilitar la interrupción del embarazo. El mismo TEDH tuvo que aclarar que esta tendencia legislativa no resulta tan "decisiva" como para considerarla un consenso europeo en ese sentido.

Finalmente, el TEDH concluye que no le es posible responder "en abstracto" sobre si el no nacido es una persona en el sentido del artículo 2º del CEDH y si como tal, tiene derecho a la vida, por lo tanto, concede a los Estados parte, un "poder discrecional", con el cual cada uno puede determinar si le reconoce al no nacido el derecho a la vida consagrado en el artículo 2 del CEDH y en qué términos. Los Estados parte gozan de un "margen de interpretación" de dicho precepto convencional que le permite acoger cualquier solución al respecto, sin que conlleve el riesgo de que se declare una violación del artículo antes referido (Sanchez, 2014). Por ese "margen de apreciación", Francia pudo interpretar que la interrupción del embarazo realizada para corregir un error médico, no vulneraba el derecho a la vida previsto en el artículo 2º del CEDH. El propio TEDH entendió que el error médico que forzó la interrupción del embarazo con una finalidad terapéutica no podía considerarse como un acto voluntario, sino negligente y aceptó imputar consecuencias civiles al facultativo, no de carácter penal.

La Directiva comunitaria no contiene una definición del término "embrión humano". Por este motivo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) determinó que su significado y alcance debía efectuarse tomando en consideración el contexto en el que se utilizaba dicha expresión, así como los objetivos perseguidos por la normativa europea que lo contemplaba. Tal y como hemos avanzado en el apartado anterior, la normativa europea impide que puedan patentarse las innovaciones que empleen el cuerpo humano o cualquiera de sus elementos, incluida la secuencia de un gen. Sólo pueden patentarse aquellas aplicadas a elementos aislados del cuerpo humano o la secuencia de un gen. Sin embargo, la Directiva comunitaria menciona una serie de invenciones que no pueden ser objeto de patente en ningún caso; entre ellas, la utilización de "embriones humanos con fines industriales o comerciales". Este listado de innovaciones es a efectos indicativos, puesto que debe considerarse abierto a la incorporación de nuevas exclusiones. Según el TJUE, el legislador comunitario "quiso excluir toda posibilidad de patentabilidad en tanto que pudiera afectar al debido respeto de la dignidad humana". Por esta razón, el significado y alcance de los términos empleados en la normativa europea respecto de las invenciones no patentables, debe concebirse de un modo laxo. Así, el término "embrión humano", mencionado para excluir su utilización ante innovaciones con fines industriales o comerciales, debe interpretarse, a juicio del TJUE, en un sentido "amplio" (Sanchez, 2014, pág. 472).

De los casos planteados, puede deducirse que, tanto en Latinoamérica como en Europa, no es posible invocar un criterio uniforme, fundamentado en una norma que reconozca al feto como persona. El estudio de cada caso permitirá asimilar supuestos con decisiones anteriores, pero, la protección o el derecho a la vida del embrión no ha sido objeto de regulación, en cuanto al momento que comienza su reconocimiento, en muchos países o en el caso de Europa, en una directiva en específico.

2.2.4. Posiciones científicas y filosóficas en conflicto

En el plano filosófico existe controversia respecto al momento en el cual debe considerarse persona al ser concebido no nacido aún.

Si el feto humano ocupa una posición moral más elevada que un animal con un nivel similar de desarrollo es, en términos seculares generales, porque su vida tiene importancia para la mujer que lo ha concebido, para otras personas de su entorno a las que pueda interesar, y para la futura persona que resultará de él. Un cigoto, un embrión o un feto pueden exigirnos algo de forma secular como podría hacerlo un animal con un nivel semejante de desarrollo y de capacidad para el dolor y el sufrimiento (Tristram Engelhardt 1995, p. 276).

Otra tesis (Singer 2003, p. 108), hace ver que el óvulo fecundado es una célula individual, y después de unos días, sigue siendo un diminuto conjunto de células sin ningún rasgo anatómico del ser en el que se convertirá posteriormente. Por tanto, la vida de un feto (e incluso la de un embrión) no tiene más valor que la vida de un animal no humano en un nivel similar de racionalidad, conciencia de sí mismo, conocimiento, capacidad de sentir, etc., y así, puesto que ningún feto es persona, concluye que ningún feto tiene el mismo derecho a la vida que una persona.

Debe hacerse notar que la concepción como el comienzo de la vida humana está enfrentada al conocimiento proporcionado por la ciencia moderna en cuanto a que no existe "un momento" de la concepción, sino que ésta se trata de un proceso que dura unas veinticuatro horas de continuo movimiento de los gametos hasta conseguir la singamia (Singer 1997, p. 101).

Por otra parte, Valdés (2002), concuerda con las anteriores opiniones, al menos cuando habla de los primeros momentos de la gestación, indicando que el concepto de persona solo es aplicable desde el momento en el cual comienzan las experiencias sensibles o propiedades psicológicas moralmente relevantes, pero en algún momento de su desarrollo, después del primer trimestre, es posible que comience a tenerlos, y ello obliga a tratarlo con otra consideración. "El feto de menos de doce semanas y que no tiene propiedades psicológicas no es una persona en el sentido metafísico y moral del término" (Valdés, 2002, p. 129).

En consonancia con ello, puede afirmarse que la primigenia etapa de desarrollo embrionario del ser humano en el vientre materno atraviesa por etapas que determinan el reconocimiento de su estatus legal y moral como persona, dependiendo de su actividad sensorial y cerebral, lo cual tiene lugar en la duodécima semana (Labombarda, 2014).

El tema acerca de cuándo comienza la existencia humana a surtir efectos jurídicos puede ser abordado desde muchos puntos de vista. No es una disquisición meramente biológica o metafísica, pues tales aspectos del saber no tienen consecuencias jurídicas hasta que no son reconocidas y acatadas por el legislador en el proceso productor de normas positivas aplicables con generalidad y abstracción a todos los ciudadanos de un territorio dado. Tampoco tiene una relevancia inicial las concepciones morales o religiosas culturalmente aceptadas por la sociedad, cuando se trata de definir o interpretar los alcances de una norma jurídica promulgada.

Amalgamando ciencia y derecho, puede decirse que la concepción, más que un momento, un punto de partida, es una cadena de momentos o proceso que lleva horas hasta su verdadera sintetización. De allí que considerar al “momento de la concepción” como punto de partida de la personalidad no sea la manera más prolija de referirse a este aspecto.

Ahora bien, en el caso de un embrión producto de la unión de los gametos de sus padres en el laboratorio, lo más ajustado a la norma es considerarlo sujeto de derecho luego de su implantación en el vientre materno; fuera de él, su desarrollo se encuentra limitado en el tiempo a una existencia efímera, medible estadísticamente, y sin ninguna expectativa de desarrollo, al menos con el avance alcanzado por la ciencia humana hasta la actualidad; dentro del útero, en cambio, su proceso formativo tendría una rata de equivalencia con la de un ser humano originado de la unión natural de los genes de sus progenitores, y por ende, la normativa existente podría aplicársele sin excepción alguna.

2.3. La reproducción asistida y la maternidad subrogada

2.3.1. La infertilidad como una problemática jurídica y el derecho a la salud

En general, la reproducción humana ha sido un tema de suma importancia a lo largo de la historia, en especial el problema que la infertilidad representa, el cual se ha visto reflejado en múltiples aristas dadas sus implicaciones en términos generacionales, supervivencia de los clanes, transmisión de poder, preservación de estructuras sociales. Ya en tiempo de los antiguos egipcios, se reconocía la infertilidad como una enfermedad, cuyo diagnóstico era necesario para su posterior tratamiento, mientras en otras culturas como la hebrea, romana y bizantina se consideraba como un castigo de Dios; ubicando el inicio de las prácticas más científicas en medicina en Grecia, con

Hipócrates tratando de establecer formas para el diagnóstico de la infertilidad y posibles causas que asociaba a tal padecimiento (Carranza León, 2015).

Con los avances en el conocimiento científico en la sociedad, la perspectiva acerca de la infertilidad evoluciona hacia su tratamiento como enfermedad, con miras a alcanzar un mayor entendimiento y diagnosticar las causas que la originan, fundamentalmente en la infertilidad como una afección de la mujer, por lo que estos estudios se enfocaban en el órgano reproductor femenino. En los siglos XVII y XVIII se evidencia un auge en publicaciones de trabajos acerca de la infertilidad, destacando los primeros experimentos en inseminación artificial que dieron como resultado el primer nacimiento exitoso de un niño sano, teniendo como aspecto novedoso que en este caso el impedimento era de la pareja masculina (Carranza León, 2015).

Los conocimientos científicos avanzan en medicina permanentemente, donde la inseminación artificial, la congelación y descongelación de espermatozoides, la fecundación *in vitro*, la maternidad subrogada, son algunos ejemplos; con sus correspondientes impactos en los distintos ámbitos (social, sanitario, normativo), requiriendo la necesaria adaptación de la legislación de los países con miras a garantizar a las personas la posibilidad del pleno ejercicio de sus derechos fundamentales (Carranza León, 2015), donde el derecho a la salud es catalogado por muchos juristas como el principal de ellos, ya que en su ausencia los demás derechos estarían severamente afectados.

Los estudiosos en la materia se remontan al concepto de salud de la Organización Mundial de la Salud (1947), cuya definición amplía su visión a “un estado completo de bienestar físico, mental y social”, más allá de la ausencia de enfermedad, que en su condición de derecho fundamental del ser humano le es propio sin distinción de distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social, permeando a partir de entonces a los otros instrumentos internacionales (Declaración Universal de Derechos Humanos, numeral 25.1; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 12, Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre, apartado XI), mientras que otros aunque no contemplan de forma explícita el derecho a la salud, se encuentra adscrito al derecho a la vida, incluido en la mayor parte de la legislación relacionada con la defensa de los derechos humanos y fundamentales (Carranza León, 2015; Rodríguez, 2013; Bladilo, De la Torre, & Herrera, 2017; Mayorga Guadamuz & Ortega Mejía, 2017), desprendiéndose que el derecho a la salud “comprende el derecho a la protección de la salud, o el derecho a tener los medios que proporcionen el mayor nivel de bienestar posible” p. 5 (Rodríguez, 2013)

Carranza León (2015) destaca que en Costa Rica, la Constitución Política no incluye de forma explícita el derecho a la salud, obteniendo su interpretación de derecho fundamental de la doctrina de los “derechos fundamentales adscritos”, el cual se ha derivado según la Sala Constitucional del

derecho a la vida y el derecho a un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado (numerales 21 y 50 de la CP), estableciendo jurisprudencia en cuanto a los aspectos que comprende: disponibilidad de servicios y programas de salud en cantidad suficiente para los usuarios, accesibilidad a estos servicios y programas en sus cuatro dimensiones de no discriminación en su acceso, la accesibilidad física, económica y a la información.

De igual manera señala que este carácter de derecho fundamental de la salud en otros instrumentos legales del país. Así, la Ley General de la Salud declara en su artículo 1 el derecho a la salubridad como de interés público, la Ley Orgánica del Ministerio de Salud (artículos 1 y 2) define sus funciones en materia de políticas de salud pública con el objetivo de que sea un bien disponible para toda la población sin diferencias arbitrarias, la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social establece como ente encargado de administrar los seguros en caso de riesgo de enfermedad y maternidad entre otros, y en menor rango legal el Reglamento del Seguro de Salud (art. 3), dispone la responsabilidad subsidiaria del Estado en la atención integral de la salud.

En este contexto, al situar la esterilidad o infertilidad como una patología desde el ámbito de la medicina y su orientación a solventar el mal funcionamiento del cuerpo humano, la imposibilidad de tener hijos debe tratarse como cualquier afección, con la finalidad de lograr el pleno ejercicio de su derecho a la salud, en procura de alcanzar el mayor bienestar físico, mental y social, donde las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) constituyen un medio para alcanzarlo (Rodríguez, 2013).

En las consideraciones del prólogo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer en el año 1984 surgen los derechos reproductivos como tema asociados a la vulnerabilidad de las mujeres en temas de procreación, maternidad y reproducción humana, encontrándose en 1994 en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo del Cairo, Egipto, un capítulo completo referido al tema de los derechos reproductivos en el sentido de discriminación en temas de fecundidad, con su arista en términos de violencia de género contra las mujeres, y en procura del fortalecimiento de la familia en todas sus formas, como la base de la sociedad (Carranza León, 2015).

Bladilo, De la Torre, & Herrera (2017) señalan que en 2016 el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales llamó la atención acerca de la existencia individuos y grupos de la población que son objeto experimentan múltiples formas de discriminación que conllevan a su exclusión en la legislación y en la práctica (homosexuales, bisexuales, transgéneros e intersexuales y personas con discapacidad) y por ende a sufrir restricciones en el pleno ejercicio del derecho a la salud sexual y reproductiva.

Otra arista en el tema de la infertilidad, es su abordaje desde la perspectiva de la condición de discapacidad, concepto que en la actualidad la Organización Mundial de la Salud que incluye limitaciones referentes al desempeño de los individuos de ciertas actividades, pérdida de alguna estructura corporal, desmejoramiento en las funciones mentales y orgánicas, aludiendo a las funciones o agilidades que el sujeto no puede realizar considerando aquello que social o científicamente se ha definido como “normalidad”, resaltando el establecimiento a la sociedad la obligación de proponer diferentes opciones para abordar de una forma eficiente propuestas integradores en el ámbito de la discapacidad (Carranza León, 2015).

De allí que, la condición de discapacidad sufrida por los individuos deviene de las consecuencias ocasionadas por un trastorno físico, en este caso, la infertilidad es considerada como una enfermedad incluida por el Comité Internacional de Monitoreo de Tecnologías de Reproducción Asistida, mismo que le delimita a partir de la incapacidad para lograr un embarazo después de transcurrido un periodo de 12 meses o más manteniendo relaciones sexuales sin protección, por lo que quienes la padecen deben tener acceso a los servicios de salud en igualdad de oportunidades que las demás personas que son componentes activos de la sociedad, sin distinción alguna y que en Costa Rica, se enmarca en los preceptos de la ley 7600 y su reglamento, señalan un capítulo exclusivo al tema del acceso a la salud; siendo los más relevantes en este caso los artículos 31 y 32, que establece para la CCSS el deber de facilitar en sus establecimientos médicos políticas congruentes a las necesidades reales de la población, situación que no se ha cumplido con las parejas infértiles en relación con la Fecundación In Vitro (Carranza León, 2015).

Los tratamientos de reproducción asistida surgen originalmente de la búsqueda de la solución a un problema médico de infertilidad, que en los tiempos actuales representan la posibilidad para distintos grupos (usualmente excluidos) de lograr alcanzar la maternidad y la paternidad fuera de la noción de los problemas de salud, involucrando derechos como a formar una familia, a la vida privada, a la salud y en particular, a la salud reproductiva, derecho a beneficiarse del desarrollo y progreso científico y a la no discriminación, por lo que resulta innegable la necesidad de actualización de las normativas en los distintos países para la incorporación de estos tratamiento y sus implicaciones en los distintos ámbitos de la sociedad.

En países como Nicaragua, la población tiene acceso a las Técnicas de Reproducción Asistida (TRHA), siendo las más utilizadas la inseminación artificial y la fecundación In Vitro, aunque el país carece de legislación específica que regule la materia, ni prohíba estos tratamientos, remitiendo a su marco jurídico existente (Constitución Política, Código Civil, Código de Familia) donde se evidencia la protección de derechos humanos fundamentales de las personas y la familia, quedando a potestad del órgano jurisdiccional la resolución de cualquier consecuencia que se desprendan de estos. De

forma similar, Panamá permite estas prácticas médicas en un marco legal similar a su vecino, en cuanto a la ausencia de normativas específicas, en el marco legal regido por su Constitución Política, Código Civil, Código de Familia y Código Sanitario, dirigido a la protección de los derechos de las personas y las familias, sin regulaciones sobre el tema que las prohíban o limiten su utilización (Mayorga Guadamuz & Ortega Mejía, 2017).

De todo lo anteriormente expuesto, se evidencia la complejidad de las implicaciones de la infertilidad, la afectación al pleno ejercicio de sus derechos fundamentales (a la vida, a la salud, incluyendo su salud sexual y reproductiva), así como la posibilidad de solventarlos a través de las opciones existentes en materia de reproducción humana asistida. Destaca que el país cuenta con un marco legal tendiente a garantizar los derechos fundamentales de la población, desde la Constitución Política pasando por leyes y reglamentos en distintos ámbitos, en particular el derecho a la vida y al ejercicio de las libertades que devienen en el derecho a la salud y los derechos sexuales y reproductivos, aun cuando indudablemente presenta rezagos importantes en cuanto a las implicaciones de los avances tecnológicos y científicos en materia de tratamientos de reproducción humana asistida (y su desconocimiento), afectando de manera significativa el efectivo ejercicio de sus derechos fundamentales por parte de diferentes grupos, como las personas que padecen de infertilidad o tienen deseos de formar una familia propia. En la sección siguiente, se profundiza acerca del derecho de las personas a la reproducción humana.

2.3.2. El derecho a la reproducción humana

Como se señaló en el aparte anterior, 1984 marca el surgimiento de los derechos reproductivos en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer, seguida por la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo del Cairo, Egipto, (1994) donde se enfocan a la regulación de la fecundidad, donde los estados (entre ellos Costa Rica) ratificaron y ampliaron la cobertura de los derechos reproductivos, en la primera reunión de seguimiento a la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo del Cairo realizada en Nueva York en 1999, conocida como Cairo+5; con la inclusión de la salud sexual y reproductiva de las mujeres en protección ante cualquier injerencia en su vida privada, y en 2004, en Cairo+10 se adopta la Declaración de Santiago de Chile en la cual se insta a aumentar los esfuerzos en garantizar el acceso a la información y educación sexual y el acceso sin discriminación a los servicios de salud, incluyendo la salud sexual y reproductiva, instando a los Estados a procurar que sus habitantes contaran un acceso universal para el año 2015. Rodríguez (2013) señala que estos derechos surgen como una ampliación del concepto del derecho a la salud, sin ser objeto de discriminación, coacción, ni violencia, en procura de acceso a servicios adecuados de atención de la salud.

Se puede afirmar que el derecho a la reproducción humana se sustenta en la protección de los derechos humanos, consagrados en i) el derecho a la igualdad (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969, art. 24; Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, art. 7.); ii) el derecho a fundar una familia (CADH, art. 17; DUDH art 16, entre otros); iii) el derecho a la salud, incluyendo la salud sexual y reproductiva (Conferencia Mundial de la Mujer de la ONU de Beijing, 1995; Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo de la ONU, el Cairo 1994); iv) el derecho a la intimidad en cuanto al derecho de toda persona a decidir libremente y sin interferencias arbitrarias, sus funciones reproductivas (Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo de la ONU, 1999, art 16.1); v) derecho a la autodeterminación o a la autonomía personal (Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo de la ONU, 1999, art 16.1); vi) el derecho a disfrutar del progreso científico (Declaración Universal de los Derechos Humanos, art 27); por citar los más relevantes que avalan los derechos sexuales y reproductivos y, en opinión de (Rodríguez Iturburu, 2015) “comprometen el uso de las TRHA” (p. 146).

En Costa Rica, su Constitución Política no contempla de manera explícita el derecho a la salud; sin embargo, se deriva su interpretación de derecho fundamental del derecho a la vida y a un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado, como se mencionó en la sección anterior, y de este, el reconocimiento a los derechos sexuales y reproductivos. Además, se pueden mencionar diversos instrumentos legales sobre los derechos reproductivos, entre los cuales se encuentran el Decreto Ejecutivo N° 24029-S (1995) conocido como el Decreto de la Fertilización In Vitro, la Ley N° 7476 Contra el Hostigamiento Sexual en el empleo y la Docencia (1996), el Decreto Ejecutivo N° 27913-S (1999) que crea la Comisión de Salud Derechos Reproductivos y Sexuales (Esterilizaciones), Ley General de la Persona Joven (2002), así como los distintos convenios internacionales que ha firmado el país.

Así, Carranza (2015), afirma que:

Los Derechos Reproductivos comprenden y se encuentran concatenados a otros Derechos Fundamentales como el ejercicio de la libertad y la autonomía sexual, derecho a de la equidad, al hecho de vivir libre de cualquier discriminación y violencia sexual, la capacidad de expresar la sexualidad libremente, gozar del derecho a un libre elección en cuestiones de reproducción, se infiere también el compromiso del Estado de respetar y apoyar las decisiones que se refieren a la vida reproductiva de las personas, instando a la Administración pública a brindar la información de servicios de salud efectivos y de calidad, los cuales deben de ser gratuitos y confidenciales (p. 579).

No obstante, también señala que a pesar de ello y de la condenatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Costa Rica sigue sin permitir se aplique la FIV, “omisión que evidencia a un agente público ejerciendo una forma de violencia de grandes dimensiones” (p. 51), la cual adquiere mayor envergadura en las mujeres, para quienes el tiempo es determinante en los temas de reproducción humana y la posibilidad de tener hijos.

De todo lo anterior se desprende que a la luz de los convenios y los tratados internacionales firmados por el país, así como en la legislación nacional, la reproducción humana se reconoce como un derecho de todas las personas y el compromiso del Estado en garantizar su disfrute de los derechos sexuales y reproductivos, como una extensión del derecho a la salud, siendo imperativo que la incorporación de los retos que implican la inclusión de las nuevas realidades acerca de los avances científicos en las técnicas de reproducción humana asistida que se tratan en la sección siguiente, con miras a garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales por parte de la población.

2.3.3. Técnicas de reproducción asistida

Al hablar de las técnicas de reproducción asistida (TRA) o técnicas de reproducción humana asistida, se encuentran distintas definiciones acerca de las mismas y sus alcances, por lo que los conceptos que se presentan a modo referencial, ya que se tratará en forma más detallada en capítulo posterior.

Así, Jausoro (2000) se entiende por técnicas de reproducción asistida (TRA), al “conjunto de métodos biomédicos, que conducen a facilitar, o substituir, a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana”, entre las cuales incluye como la deposición del semen en la vagina, la progresión de los espermatozoides a través de las vías genitales femeninas, la capacitación del espermatozoide una vez eyaculado, la fertilización del óvulo por el espermatozoide, etc.

Por su parte, la Organización Mundial de la Salud (OMS) a través del Comité para el Monitoreo de las Técnicas de Reproducción Asistida (ICMART por sus siglas en inglés) lograron en 2010 desarrollar un conjunto de definiciones aceptadas internacionalmente, estableciendo que son:

(...) todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye, pero no está limitado sólo a, la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de

ovocitos y embriones, y el útero subrogado. TRA no incluye inseminación asistida (inseminación artificial) usando espermatozoides ni de la pareja ni de un donante (OMS, 2010).

Aunque la OMS excluye la inseminación artificial como una técnica de reproducción humana asistida, países como Nicaragua y Panamá, entre muchos otros, la tratan como tal, siendo una de las técnicas más ampliamente utilizadas en el tratamiento de la infertilidad.

2.3.3.1. Inseminación Artificial (IA)

Osorio (s/f) lo define: “como el depósito en forma artificial de espermatozoide en el trato reproductor de la mujer, en el tiempo de la ovulación, con el fin de conseguir una gestación”. En atención a la procedencia del semen empleado, se denomina Inseminación Artificial Homóloga (IAH) o Conyugal cuando los espermatozoides corresponden al cónyuge o la pareja estable. En el caso de que los espermatozoides provengan de un banco de semen, donde está debidamente almacenado, se denomina Inseminación Artificial Donante (IAD) o inseminación artificial heteróloga (Jausoro, 2000; Osorio, s/f).

2.3.3.2. Fecundación In Vitro (FIV)

La Organización Mundial de la Salud (2010) la define como la “Técnica de Reproducción Asistida (TRA) que involucra fecundación extracorpórea”, la cual consiste en recuperar los ovocitos de la mujer (por laparoscopia o por aspiración guiada por ultrasonidos) para ser inseminados o fecundados in vitro con semen de pareja o de donante, con la finalidad de lograr embriones que se transfieren posteriormente al útero, para su implantación y continuar su gestación normal (Jausoro, 2000; Osorio, s/f). Esta técnica se emplea cuando se está frente a casos de infertilidad severa, luego de haber realizado intentos con otros tratamientos considerados menos agresivos.

2.3.3.3. Gestación Subrogada

Según la OMS (2010), la gestante subrogada es la “mujer que lleva adelante un embarazo habiendo acordado que ella entregará el bebé a los padres previstos. Los gametos pueden originarse de los padres previstos y/o de terceros”. Esta figura se considera nulo en diversos países, por

considerarse que la filiación materna está definida por el parto, además de las relativas a sus implicaciones comerciales.

2.3.3.4. Transferencia Intratubárica de Gametos

Se considera como una simplificación de la técnica de fertilización in vitro (Jausoro, 2000), implicando definido como “un procedimiento de TRA en el cual ambos gametos (ovocitos y espermatozoides), son transferidos a la trompa de Falopio” (OMS, 2010), con la finalidad de que la fertilización dentro del organismo, requiriendo cirugía en la mayoría de los casos.

2.3.3.5. Inyección Intracitoplasmática del espermatozoide

Constituye una variante de la fecundación in vitro, que Jausoro (2000) explica como que consisten en la introducción de un solo espermatozoide en el ovocito, suponiendo un importante avance, en especial en casos de defectos severos en el semen como consecuencia de patologías masculinas.

2.3.3.6. Trasplante de útero

Zuccarini, (2019, pág. 55) citando a Correa, (2008 párr. 3), cita:

Desde un enfoque histórico, los primeros TU realizados en animales datan de 1970. Ello explica la razón por la cual, entre 1960 y 1970, se publicaron la mayor cantidad de estudios referidos a dicha técnica, cuya investigación fue aplacada con la aparición de la FIV en 1978. Como resultado, entre 1980 y el año 2000, se publicaron muy pocos artículos del trasplante en estudio.

Como puede obviarse, las primeras pruebas de trasplante uterino, fueron practicadas a animales en la década de los 70's, y fueron explícitamente con fines experimentales, con posterioridad, la Fertilización In Vitro, como técnica de reproducción asistida, relegó las pruebas experimentales de TU, y en consecuencia se suspendieron hasta el año 2000, como se muestra adelante.

La primera experiencia en trasplante de útero registrado en humanos se realizó en el año 2000, el cual no logró tener resultados satisfactorios, siendo en 2010 cuando se logró de manera exitosa, aunque no se materializó el embarazo de la paciente (Moyano Macías, Benítez Llaguno, Carvajal Plúas, & García Arteaga, 2019). Los autores señalan que este se indica en los casos de:

malformaciones uterinas, histerectomías, cáncer ginecológico, leiomioma, adherencia intrauterina o síndrome de Asberman y radioterapia, donde se requiere que pacientes y donantes sean relativamente sanas.

Así las cosas, puede evidenciarse que, el trasplante uterino, como procedimiento médico, no resulta una innovación experimental reciente en cuanto a su implementación, sino que es de vieja data su relación histórica, y de éxito contemporáneo su inflexión. Como líneas adelante se destaca, Suecia fue la nación que obtuvo éxito y resultados positivos, al obtener el primer nacimiento por Trasplante de útero. Véase:

“(…) la técnica estudiada dio resultados esperados en Suecia, en donde los nacimientos de personas por aplicación del TU fueron consecuencia de rigurosas investigaciones iniciadas en 1999. Probablemente, no sea casualidad que el país en el que se logró con éxito el primer TU del mundo en el año 2014, también haya sido pionero en la regulación de las TRHA, hace varias décadas atrás, mediante la Ley de inseminación artificial de 1984.” (Zuccarini, 2019, pág. 57)

De esta forma, Suecia se convirtió en el primer país a nivel mundial, en obtener un nacimiento exitoso, producto del Trasplante Uterino como técnica de reproducción asistida, gracias al trabajo del Dr. Mats Brännström (Zuccarini, 2019, pág. 57) , quien realizó el procedimiento a nueve pacientes, de las cuales siete dieron a luz, y dos debieron ser removidos por histerectomía temprano a raíz de complicaciones clínicas.

Es importante hacer énfasis en que, las pacientes que serán sometidas a TU, deben ser objeto de estudios clínicos que certifiquen su capacidad física receptora, pero, además de pruebas psicológicas que validen sus capacidades mentales y asertivas, a efectos de evitar complicaciones emocionales por complicaciones en el procedimiento.

Las pacientes con indicación a realizar TU, según (Benitez Llaguno, Moyano Macias, Carvajal Pluas, & Garcia Arteaga, 2019) son:

- Malformaciones uterinas congénitas: útero septado, útero bicorne y malformaciones en conductos müllerianos.
- Histerectomías.
- Cáncer ginecológico: carcinoma de cuello uterino.
- Leiomioma.
- Adherencia intrauterina o síndrome de Asberman: tuberculosis pelviana y raspado agresivo.
- La radioterapia.

En ese mismo orden, (Benitez Llaguno, Moyano Macias, Carvajal Pluas, & Garcia Arteaga, 2019) cita el estado general de las pacientes en la siguiente síntesis:

Las pacientes candidatas para este procedimiento y donantes deben ser relativamente sanas, a fin de disminuir la morbi-mortalidad post trasplante de manera significativa, el embarazo en pacientes trasplantadas es un embarazo de alto riesgo. Los riesgos más frecuentes: infección, hipertensión arterial, rechazo agudo por parte de la madre, parto pre término y bajo peso al nacer del neonato.

La metodología en el trasplante de útero involucra aspectos como: ablación isquemia, preservación, reperfusión, anastomosis, inmunosupresión, embarazo y aspectos éticos. La ablación es un procedimiento que requiere de una disección retroperitoneal y de ligamentos de vasos pélvicos que requiere un equipo multidisciplinario y de cirujanos con mucha experiencia. En donantes fallecidos, el pedículo vascular puede ser extendido e incluir el árbol superior arterial a la aorta abdominal inferior, con el rompimiento de todas las demás ramas arteriales, (las ilíacas externas y las glúteas).

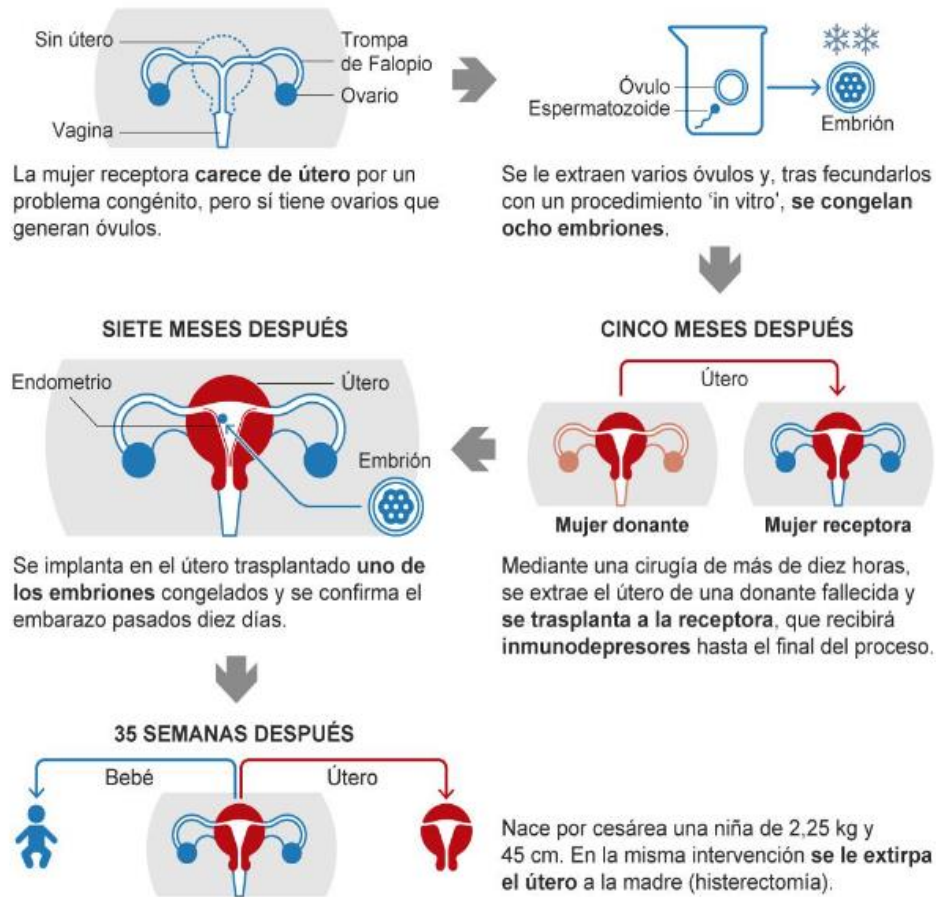
Daños por isquemia y reperfusión: existe isquemia inicial durante la recuperación del útero en la donante y una segunda isquemia en la receptora cuando se establece las anastomosis.

Su consecuente daño celular genera múltiples efectos inflamatorios ocasionando una respuesta inmune en la receptora, incrementando el riesgo al rechazo del órgano. Para minimizar el daño isquémico se utiliza una solución fría de buffer para proteger el tejido.

Técnica quirúrgica del trasplante: se considera como criterio de inclusión a receptoras jóvenes que tengan buena salud, la edad tope dependerá de la reserva ovárica de la receptora. Los cambios estructurales que experimentan el útero y modificaciones en el flujo sanguíneo durante el embarazo, ameritan que el trasplante se realice asegurando los sitios de anastomosis vascular.

Impacto inmunológico del trasplante: el objetivo del trasplante es permitir a pacientes infértiles lograr embarazos a términos y el nacimiento de niños sanos, libres de patologías. En pacientes trasplantadas se considera aceptable el embarazo transcurrido un año de la intervención, siempre que no haya existido ningún tipo de rechazo. Para minimizar este efecto se prescribe el uso sistemático de inmunosupresores.

En la siguiente figura, se especifican los pasos que se siguen en un trasplante uterino:



Fuente: Benitez Llaguno, Moyano Macias, Carvajal Pluas, & Garcia Arteaga, (2019, pág. 130)

Ahora bien, una vez realizado el estudio técnico-científico, debe hacerse eco en la evaluación del trasplante uterino, desde una perspectiva jurídica, y en contraste con los derechos humanos de las personas, y el derecho individual de formar una familia. (Zuccarini, 2019, pág. 73) cita:

El TU es un procedimiento que permite concretar el derecho a fundar una familia, en relación con la autonomía personal, la vida privada y el respeto por la libertad individual; el derecho a la salud, con especial proyección en la esfera reproductiva y vinculando al derecho a procrear y a gestar; y el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico.

En evidencia, la consolidación del trasplante uterino, involucra el realce de distintos derechos de corte fundamental y derechos humanos, expresamente consagrados en cuerpos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (art 16), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art 23), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art 5), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art 16) y la Comisión Americana de Derechos Humanos (art 17).

En lo específico, la posibilidad de que aquellas personas que por distintas razones no pueden formar una familia, la ciencia les ha garantizado esa posibilidad a través del TU, el derecho debe ser una guía mecanizada hacia ello, y no un muro que obstaculice esa posibilidad. La elección de querer formar una familia integrada por hijos gestados en el propio cuerpo a partir del Trasplante de Útero, debe constituir uno de los avances más importantes del derecho.

Es importante citar:

La elección de someterse a un procedimiento complejo como el TU para gestar y dar a luz requiere tomar como punto de partida todo el andamiaje constitucional-convencional que no constituye el derecho a formar una familia, sino que lo protege y reconoce con carácter expreso, considerando que la actividad de promoción y regulación estatal de la práctica es esencial (Zuccarini, 2019, pág. 78).

Como queda en evidencia, las técnicas aquí presentadas no representan la totalidad de los avances alcanzados en el tratamiento de la infertilidad y la reproducción humana; sin embargo, permite visualizar la complejidad que las mismas representan para la sociedad en términos de respuestas apropiadas y oportunas a las personas, en la procura de la garantía de sus derechos sexuales y reproductivos sin discriminación. Por lo que, en la siguiente sección se tocan los marcos normativos en países de la región, con la finalidad de comparar sus avances en la materia.

2.3.4. La regulación en el derecho comparado

En esta sección se presentan una mirada desde el derecho comparado sobre los aspectos más relevantes de la normativa legal que en materia de derechos sexuales y reproductivos y aplicación de técnicas de reproducción humana asistencia existentes (o no) en Argentina, España, Colombia y Ecuador.

2.3.4.1. Argentina

En Argentina, se permitía la práctica de la técnica de la Fertilización In Vitro desde el año 1985, sin contar con un marco legal que estableciera pautas en cuanto a las técnicas de reproducción asistida y derechos sexuales y reproductivos (Carranza León, 2015), la cual ha venido incorporando desde su Constitución Nacional y distintas normas los avances que en esta materia se han desarrollado en tratados y jurisprudencia internacionales (Rodríguez Iturburu, 2015).

Es así como en el año 1994, se incorpora desarrollo internacional en derechos humanos en su Constitución Nacional, otorgándole lo que Rodríguez Iturburu (2015) califica como las bases que sustentan el derecho al acceso de toda persona a las técnicas de reproducción asistida, señalando entre las más relevantes los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación, el derecho a fundar

una familia, el derecho a la salud (incluyendo la salud sexual y reproductiva), derecho a la intimidad para decidir libremente y sin interferencias arbitrarias sobre sus funciones reproductivas, el derecho a la autodeterminación o a la autonomía personal; el derecho a disfrutar del progreso científico y a dar su consentimiento para ser objeto de experimentación y beneficiarse del progreso científico, el derecho de respetar la libertad para la investigación científica y el derecho de no ser sometido a experimentos médicos o científicos sin su libre consentimiento.

A esto se le suman la sanción en el 2010 de la modificación de su Código Civil, Ley 26.618 del matrimonio igualitario y en el 2013 la Ley 26.743 de identidad de género, lo que trajo consigo el reconocimiento de los distintos tipos de familia, tendiente a garantizar el derecho de toda persona a vivir en familia, sin discriminación por su orientación sexual, y la necesaria armonización de la legislación, reflejado en el nuevo Código Civil y Comercio del año 2014.

En este contexto, también en el 2010 se sanciona la Ley 14.208 y su respectivo reglamento, cuyo objetivo principal era promocionar los tratamientos de la fertilidad homóloga, reconociendo la esterilidad como enfermedad. Esta beneficiaba solamente a la población de Buenos Aires con dos años de residencia, con preferencia hacia las personas sin cobertura médico asistencial integral en el sistema de seguridad social y de medicina prepaga, representando un avance en materia de derechos reproductivos, ya que tales tratamientos solo se disponían en el ámbito privado (Carranza León, 2015).

En 2013 se sancionó la Ley 26.862, ley de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, abarcando técnicas de baja y alta complejidad, así como la posibilidad de incorporar los avances en procedimientos y avances científicos, previa autorización de la autoridad competente. Así mismo, se crea su reglamento (Decreto 953/2013) a través del cual se instrumentaliza la ley, incluyendo aspectos como: definiciones acerca de los tratamientos de baja y alta complejidad, el Registro Federal de Establecimientos de Salud (ReFes) donde se debe indicar toda la información de las entidades relacionadas con el tema de salud reproductiva, la Oficina de Salud, el Programa Nacional de Garantía de la Calidad de la Asistencia Médica, campañas de promoción de la seguridad de la fertilidad de los individuos, amparados por un Programa de Salud Sexual y Procreación Responsable, entre otros.

Según la ley marco N.º 26.862, sus beneficios aplican a toda persona mayor de 18 años siendo su cobertura nacional, sin ninguna limitación o restricción por motivo de orientación sexual o estatus civil, debiendo los futuros pacientes expresar su consentimiento informado sobre los procesos a los cuales eventualmente se someterán, el cual es revocable hasta tanto no se haya implantado el embrión. Sobre el punto del consentimiento informado, la misma ley remite a otra norma argentina que es la Ley 26.529 o también llamada Ley Derechos del paciente, historia clínica y consentimiento

informado, mientras que por su parte el reglamento refiere a la Ley 25.326 de protección de datos personales, con lo cual se define que este consentimiento y su renovación deben documentarse en la historia clínica con la firma de titulas del derecho manifestando su voluntad.

En este punto, el país avanza en temas de igualdad y equidad, permitiendo el acceso a sus ciudadanos a estas técnicas desde el ámbito público con presupuesto nacional a cargo del Ministerio de Salud, con cobertura nacional. Sin embargo, estas normas no prevén la comisión de delitos derivados del manejo indebido o negligente de los gametos o embriones por parte de los responsables.

En este mismo sentido, el nuevo Código Civil y Comercio dispone de un apartado en su capítulo 2, título V, de Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción asistida, partiendo del consentimiento informado en el cual se manifiesta la llamada voluntad procreacional y advierte acerca de su renovación cada vez que se vaya a hacer uso de los gametos o embriones, incorpora una tercera fuente filial (por TRHA, matrimonial o extramatrimonial) con igualdad de efectos de la filiación de los hijos. En este último punto, es pertinente destacar que la filiación por TRHA extramatrimonial, es en la que se enmarca la posibilidad de la maternidad subrogada.

Estas normas también establecen en varias de sus disposiciones el momento a partir del cual se considera la existencia de la persona humana a partir de la implantación del embrión en la mujer, cuando se trata de TRHA, acogiendo el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*.

Como temas pendientes en la legislación argentina se tienen diversos aspectos relativos a la práctica de este tipo de tratamiento, como los deberes y derechos de las instituciones de salud, funciones de control de las autoridades, regulaciones de las donaciones y destino de los embriones excedentes, responsabilidades, sanciones, entre otros.

2.3.4.2. España

La incursión de España en técnicas de reproducción asistida se ubica en los años 70, donde la primera normativa en esta materia se presenta en 1988 con la Ley 35 donde se establece los 18 años como la edad mínima para su acceso, en pareja, sola o por medio de semen de donante, siendo novedosa en cuanto al abordaje de la infertilidad (diagnóstico, investigación y tratamiento), quedando fuera situaciones relacionadas con el destino de los embriones diferentes a la reproducción, lo que generó sobrantes de embriones crio conservados debido a la ausencia de límites al respecto.

Tal situación, llevó a su modificación a través de la Ley 45/2003, la cual contempla entre sus aspectos la creación del límite de tres ovocitos para ser implantación por ciclo reproductivo, abre la posibilidad de crio conservar los óvulos con fines reproductivos permitiendo su donación (como última alternativa), establece la obligación de los centros de fertilización in vitro, de verificar que los

solicitantes no tengan fetos preservados en otro centro asistencial, obliga a las clínicas que custodian embriones crio conservados a adquirir algún tipo de seguro, con el fin de indemnizar a los pacientes, en caso de alguna eventualidad de daño irreparable del material genético en custodia.

Esta Ley también creó el Centro Nacional de Trasplantes y Medicina Regenerativa, como organismo público de naturaleza autónoma, pero adscrito al Ministerio de Salud y Consumo, como ente encargado de coordinar, gestionar, promover, asesorar sobre todo lo concerniente a la política de trasplantes de órganos, tejidos y células de origen humano en España, el cual fue clave en la definición del destino de los productos congelados generados por la Ley 35, motivo principal de su modificación.

En 2006 se crea la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción asistida del 26 de mayo, con la cual quedan derogadas las normas existentes en esta materia. Esta norma incluye conceptos de preembrión considerando el embrión como figura más primigenia del ser humano, flexibiliza la incorporación de avances científicos y tecnológicos, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Asistida. De esta manera, se amplía el enfoque de los tratamientos no solo para la infertilidad, sino que abre el camino para la prevención de enfermedades genéticas a través de la implementación de diagnóstico genético preimplantacional.

Esta establece que la aplica de las técnicas reproductivas, solamente será posible cuando existan probabilidades razonables de éxito y no haya riesgo para la salud física o mental de la madre o del futuro de la descendencia, previo consentimiento informado. Este consentimiento se convirtió en una importante herramienta para evitar la producción supernumeraria de embriones o gametos sin utilizar, ya que contempla que los futuros padres deberán definir el destino del material crio-conservado (utilización por la propia mujer o su cónyuge, donación con fines reproductivos sin ningún beneficio económico, donación con fines de investigación), en caso de omisión, se procederá al cese de su conservación sin otra utilización, una vez finalizado el plazo máximo establecido en esta ley, sin que se haya determinado ningún destino. Asimismo, la Ley 14/2006 limita el número máximo de seis hijos generados con gametos de un mismo donante.

En cuanto al tema de la filiación de los niños nacidos mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana, esta queda determinada a través del contrato escrito del consentimiento informado por parte de los involucrados, pues según lo estipula la Ley 14/2006, en su numeral 8, los cónyuges por haber firmado el acuerdo, no pueden realizar ninguna impugnación de paternidad.

Aun cuando esta ley incorpora elementos e importantes avances, el abordaje en torno a la maternidad subrogada mantiene la filiación de los hijos dada por el parto, declarando la nulidad de pleno derecho de los contratos que se celebren y cuyo objeto sea una gestación subrogada, por lo que

algunas parejas y mujeres solas han acudido a consumir este procedimiento en otros países. No obstante, resguarda la posibilidad de la acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

El capítulo VIII de la Ley trata las infracciones y sanciones, sobre lo que interesa dispone que las faltas descritas en el art. 26 como infracciones, podrán ser sancionados desde el ámbito administrativo, sin perjuicio de la responsabilidad civil, penal o de alguna otra índole, no permitiendo que se sancione dos veces por los mismos hechos o intereses protegidos y prevé la prescripción de las infracciones, es decir el tiempo que se tiene transcurrir para que no sea perseguible. Adicionalmente, el Código Español también contempla algunos delitos relacionados con el tema de reproducción asistida, cuyas penas involucran privación de libertad e inhabilitación profesional.

2.3.4.3. Colombia

En Colombia, el acceso a las técnicas de reproducción asistida a través del sistema de salud no cuenta con una definición legal, por lo que el Sistema General de Seguridad Social en Salud ha excluido estos procedimientos destinados del Plan Obligatorio de Salud, con la consecuente afectación de los afectados al pleno ejercicio de sus derechos a la salud sexual y reproductiva (Pabón Mantilla, Upegui Toledo, Archila Julio, & Otero González, 2017).

Como lo plantean los autores, el derecho a la salud de los colombianos como derecho autónomo, se deriva de la protección a la dignidad humana, a través de la evolución del criterio de la Corte Constitucional, desde la visión clásica de derechos fundamentales, pasando por la incorporación del criterio de conexidad, permitiendo en la actualidad la tesis que permite la defensa de la salud como derecho constitucional fundamental.

Ante la ausencia de legislación, ha sido la Corte la encargada de dar respuesta a las acciones de las familias afectadas por la infertilidad cuando han emprendido acciones de tutela destinadas a reclamar garantías a su derecho a la salud integral, por lo que han sido sus decisiones las que han marcado la evolución del reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos en el país, enmarcados en la Constitución Política de Colombia de 1991 y los convenios y jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos.

El derecho a la autonomía reproductiva se encuentra definida en el art. 42 de la Constitución Política, cuando señala que “la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos”, otorgándole especial protección a la familia, en su papel fundante en la sociedad, dando pie al desarrollo de una importante jurisprudencia “que permite afirmar la protección especial que debe asegurar el Estado colombiano a las decisiones” (p. 173) sobre este tema, como parte del libre

desarrollo de la personalidad (Pabón Mantilla, Upegui Toledo, Archila Julio, & Otero González, 2017).

Desde esta perspectiva, la infertilidad como imposibilidad para llegar a ser madre o padre se constituye en una limitación de las libertades y el derecho al desarrollo de la personalidad, el pleno ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, lo que trae consigo la necesidad de que el Estado intervenga para garantizar que las personas en condición de vulnerabilidad (especialmente económica) puedan tener acceso a esta posibilidad.

Es así como en 2012, la Corte Constitucional colombiana reconoció, entre otros, los derechos sexuales y reproductivos en su sentencia T-627/2012, insistiendo que:

(...) tanto la Constitución de 1991 como varias normas pertenecientes al Bloque de Constitucionalidad reconocieron esta categoría de derechos y les dieron la naturaleza de fundamentales... con fundamento en la Constitución, la jurisprudencia constitucional y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, es posible afirmar que los derechos reproductivos reconocen y protegen (i) la autodeterminación reproductiva y (ii) el acceso a servicios de salud reproductiva (...)

Esta posición se encuentra signada por la doctrina internacional acerca de la obligación del Estado que permitan a las personas en particular las más vulnerables, el ejercicio de sus derechos, en este caso, de salud reproductiva, lo cual puede ser a través del acceso a los tratamientos de infertilidad en el sistema de seguridad social en salud colombiana. Siendo importante señalar que la Corte Constitucional ha admitido en su jurisprudencia las limitaciones en la prestación de estos servicios por este medio.

En cuanto al tratamiento de la infertilidad, el primer referente en Colombia es la Sentencia T-1104 del 2000, donde la Corte por tratarse el derecho a la salud de un derecho prestacional, su tutela solo procedía en existencia de una relación de conexidad, en este caso, entre el derecho a la salud y el derecho a la vida, interpretando que el derecho a la vida en condiciones dignas no se encontraba menoscabado por la falta de acceso a los servicios médicos (públicos) para el tratamiento de la infertilidad, declarando improcedente la acción tutelar.

Aunque la Corte Constitucional mantiene su postura en cuanto a la improcedencia de la tutela en el acceso a técnicas de reproducción asistida a través del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en el año 2014, en ocasión de la Sentencia T-528 realiza un estudio de derecho comparado y del derecho internacional en materia de derechos humanos, en el cual concluye acerca de la existencia de un déficit en cuanto a la protección de los derechos sexuales y reproductivos en Colombia,

representando un avance en la sobre el tema, determinando que esta exclusión del Plan Obligatorio de Salud se debe a la inobservancia de tales derechos por parte del Estado colombiano al momento de la definición de las políticas públicas en salud.

Es en el año 2015, que se produce un cambio importante a la línea de la jurisprudencia que venía desarrollando la Corte, siendo la Sentencia T-274 sobre la protección de los derechos sexuales y reproductivos mediante el acceso a TRA, en esta oportunidad desde:

(...) una perspectiva diferente hasta ahora no examinada ni valorada en la jurisprudencia constitucional: la de los derechos a la igualdad y no discriminación, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia, su relación con la garantía de los derechos sexuales y reproductivos y su protección a través del sistema de seguridad social en salud.

Desde este nuevo enfoque, la Corte concluye “que si bien la exclusión de las TRA es constitucionalmente admisible, la inaccesibilidad a dichas técnicas en cualquier caso puede generar la vulneración de garantías fundamentales” (Pabón Mantilla, Upegui Toledo, Archila Julio, & Otero González, 2017, p. 181), aunque no afecte en forma directa la vida y la integridad de las personas “en todo caso no deja de ser una patología, según lo ha reconocido la propia Organización de la Salud, que sí atenta contra el derecho a la igualdad, entendido desde tres perspectivas diferentes” (C. Const. Sentencia T-274/2015), el de autonomía reproductiva, de género en razón de la discapacidad y de condición socioeconómica.

Resalta como la Corte Constitucional acoge el análisis de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica* en cuanto a la autonomía reproductiva, en virtud de la determinación de que:

existe un vínculo estrecho entre la autonomía personal, la libertad reproductiva y la integridad física y psicológica, este último conectado, a su vez, con el derecho a la salud, debido a que “[s]iendo la preservación de las condiciones físicas, psicológicas y espirituales de la persona objeto de protección del derecho fundamental a la integridad personal existe una estrecha relación entre este derecho y el derecho a la salud [pues este último] protege igualmente la preservación de la integridad de la persona humana, no solo frente a agresiones humanas sino también frente a todo tipo de agentes naturales o sociales. (C. Const. Sentencia T-636/2001).

Es así como la Corte define los términos aplicables en los cuales es procedente la tutela del Estado para el acceso de las TRA en casos de infertilidad, a saber: cuando se vulnera el derecho a salud reproductiva, igualdad, libre de libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia:

cuando el tratamiento no cuente con sustituto dentro del Plan Obligatorio de Salud; cuando el paciente no tenga capacidad económica para afrontar los costos del tratamiento (aunque deberá contribuir económicamente); cuando el tratamiento sea autorizado por médico de entes privados de la salud (a través de junta médica por parte del ente privado) y cuando se hayan estudiado las condiciones personales de viabilidad en cada caso.

En Colombia, sigue continúa sin definirse la legislación sobre las técnicas de reproducción humana asistida y una diversidad de aspectos relativos al desarrollo a plenitud de los derechos sexuales y reproductivos, su garantía desde los principios de igualdad, no discriminación, derecho a tener una familia, vida privada, entre otros, así como las aristas que ubican el tema fuera de la infertilidad o la posibilidad de alternativas de maternidad subrogada. Esto sin contar con aspectos sancionatorios y destino del material crio conservado.

2.3.4.4. Ecuador

Las técnicas de reproducción asistida se registran al menos desde 1992, con el nacimiento del primer bebé producto de inseminación artificial. Sin embargo, al igual que otros países de la región, Ecuador evidencia la ausencia de legislación tendiente a regular la materia con los riesgos que esto implica dada las complejidades que estas conllevan.

En cuanto a los derechos sexuales y reproductivos, reconocimiento llega con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1998, ya que la postura del Estado acerca del tema fue de rechazo durante la Conferencia de Población y Desarrollo de El Cairo, en 1994. Sin embargo, con el apoyo de organismos internacionales, se lograron avances en políticas públicas tendientes a garantizarlos, entre los que se pueden mencionar: Ley de Libertad Educativa de las Familias del Ecuador (1994); Ley de Maternidad Gratuita y Atención a la Infancia, (1994); Plan Nacional de Igualdad de Oportunidades 1996-2000 incluye tópicos de salud reproductiva como aborto (analizado como problema social); Agenda para el Desarrollo 1993-1996; Plan Nacional de Acción en Población de 1994 (acceso a la salud materno-infantil y planificación familiar); Ley Contra la Violencia de la Mujer y la Familia (1995); siendo en el 2007 cuando el Ministerio de Salud Pública emitió la Política de Salud y Derechos Sexuales y Reproductivos (a a través de la Comisión Nacional de Salud y Derechos Sexuales y Reproductivos) y el Plan Nacional de Prevención del Embarazo en Adolescentes en el Ecuador, este último producto del reconocimiento del problema común a los países de la región Andina (por parte de sus Ministerios de Salud Pública) y las limitaciones que involucra en cuanto al ejercicio de tales derechos (Rodríguez, 2013).

En este sentido, es obvia la inclinación del Ecuador a enfocar sus políticas públicas desde la prevención de los embarazos con énfasis en los segmentos más vulnerables de la población, que en el abordaje de la situación de las personas que se encuentran ante el problema de la infertilidad, por lo que se mantiene la ausencia legislativa la cual Sacoto (2006) les atribuye a dos factores. Uno, la tendencia a regular los temas laborales, societarios, etc. (lo material), relegando a segundo plano los aspectos humanos y, dos, a la inexistencia de un interés real de abordar la regulación sobre las técnicas de reproducción asistida.

Además, los especialistas en la materia tampoco se inclinan a la promoción del tema regulatorio, debido a la desconfianza en que la Asamblea cuente con la capacidad legislativa para regular la aplicación de las técnicas de reproducción asistida; en tanto que otras opiniones al respecto manifiestan la incertidumbre en cuanto a la posibilidad que una posible normativa pueda llevar a la prohibición o disuasión de su uso por parte de pacientes y donantes. (Rodríguez, 2013)

De allí que el tema se rija por las normas constitucionales y cuerpo legislativo vigente, entre las que se cuentan Constitución de la República, la Ley Orgánica de la Salud, Código de Ética médica y el Código de la Niñez y Adolescencia. La Constitución de la República del año 1998 establece la obligación del Estado en garantizar el disfrute de los derechos que contempla sin discriminación, en especial el derecho a la salud, a beneficiarse y acceder al progreso científico 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”.

Desde la perspectiva del derecho a formar familia, la Constitución obliga al Estado a garantizar a las mujeres embarazos y en periodo de lactancia a no ser discriminada en los ámbitos educativos, sociales y laborales, la gratuidad de los servicios de salud integral hasta el periodo postparto y lactancia. Finalmente, reconoce y garantiza la vida desde la concepción, el derecho de toda persona a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva, incluyendo el número de hijos.

En este sentido, la Constitución de la República de manera general, en su artículo 3, establece que el Estado ecuatoriano tiene la obligación de garantizar sin discriminación alguna el goce efectivo de los derechos establecidos en la Constitución, y en especial el derecho a la salud. De manera particular, el artículo 25 de la Carta Magna establece que las personas tienen derecho de beneficiarse y acceder al progreso científico. En la misma línea, el artículo 32 del mismo cuerpo normativo señala que es obligación del Estado garantizar “el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva”. Todos estos con implicaciones en el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos.

La Ley Orgánica de la Salud establece que el Ministerio de Salud Pública es responsable de los procesos de donación y trasplante de órganos, tejidos y componentes anatómicos humanos, así como del establecimiento de los mecanismos que promuevan la donación voluntaria, encargándole las funciones de regulación, control y vigilancia sobre los mismos, lo cual se complementa con lo previsto en la Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células, acerca de los derechos de donantes y receptores de que tales componentes cumplan con la totalidad de los requisitos establecidos en la ley y de índole técnica durante todo el proceso, con lo que quedan definidas lo concerniente a los óvulos y espermatozoides como componentes susceptibles de ser donados, así como los procedimientos involucrados durante la práctica de las técnicas de reproducción asistida.

Esta misma Ley ratifica que los derechos sexuales y reproductivos se derivan del derecho a la salud, por lo que el Estado debe garantizar a las personas el acceso a acciones y servicios de salud proclives a librarlos de conductas de riesgo, violencia, estigmatización y explotación sexual, a través de políticas y programas de salud sexual y reproductiva, como los destinados a la planificación familiar tendiente a garantizar el derechos a decidir libremente sobre el momento y el número de hijos que pueda procrear y contar con la información que necesite para hacerlo, de lo cual Rodríguez (2015) resalta que “se desprende la disociación que existe entre sexualidad y procreación, y enseña que el eje del derecho a la salud reproductiva -en su esfera de la planificación familiar- no es la procreación, sino la libertad de decisión”. En los artículos 21 y 22 de la misma Ley, se definen la situación en las cuales el Estado garantiza la gratuidad del acceso a la salud pública (mediante programas existentes), por ser consideradas como problemas de salud pública, a saber, en casos de: mortalidad materna, embarazo en adolescentes y abortos en condiciones de riesgo y emergencias obstétricas.

En cuanto a la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida, solo se contemplan en el Código de Ética Médica, donde los artículos 105 y 106 están orientados a la planificación familiar (número de hijos y esterilización de paciente, ya sea masculino o femenino (con autorización escrita); mientras que en el artículo 107 aborda la inseminación artificial (solo en casos de esterilidad o impotencia del varón comprobados), en el art. 108 la ingeniería y consejo genético y en el 109 la fecundación in vitro previo consentimiento de los cónyuges. Todo ello marcado por el “derecho privativo de las parejas”.

El Código de la Niñez y Adolescencia, en su artículo 20 establece el derecho a la vida desde el momento de su concepción, prohibiendo cualquier experimento y manipulación médica desde la fecundación hasta el nacimiento, así como cualquier práctica que ponga en riesgo su vida, integridad o desarrollo, de lo que se desprenden limitaciones en la aplicación de las técnicas de reproducción

asistida, ya que algunas como la fecundación in vitro implican el manejo de los embriones para lograr su implantación exitosa en el útero materno.

En definitiva, la revisión de los marcos legales de Argentina, España, Colombia y Ecuador lleva a la obvia conclusión de la magnitud de las complejidades que han traído consigo la evolución de los derechos humanos, en particular, el derecho a la salud y sus derivaciones en los derechos sexuales y reproductivos en los distintos países. Destaca la lentitud con la cual la mayoría de los países ha incorporado estos principios en su legislación, más aún si se vislumbra a la luz de la cada vez más apremiante necesidad de que las minorías y los más vulnerables puedan ver garantizados el ejercicio de sus derechos a la igualdad, la no discriminación, a la salud en su concepción más amplia, a contar con una familia, a la vida privada, la autodeterminación, acceso a los beneficios de los desarrollos técnicos y científicos, por solo nombrar algunos.

A esto se le suman la rapidez con la que se generan las nuevas tecnologías y avances científicos en genética, crioconservación, reproducción, y las implicaciones de la práctica de las técnicas de reproducción humana asistida no solo en el tratamiento de la infertilidad sino en la capacidad para lograr la maternidad y la paternidad en parejas homosexuales o en forma individual, inclusive después de la muerte de alguno de los futuros padres, solo por nombrar algunos, con toda la carga moral y ética que conllevan.

Desde el robustez de las bases legales que ha logrado desarrollar Argentina, en procura del disfrute de los derechos por parte de la población, incluyendo sus esfuerzos en igualdad, no discriminación y accesibilidad, pasando por los necesarios ajustes realizados en España para solventar las consecuencias en acumulación de productos crio conservados que se generaran por las debilidades de sus iniciales esfuerzos normativos, hasta llegar a los países como Colombia y Ecuador que aún no han abordado los retos de legislación específica en materia de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), es innegable la importancia que cada día la toma de iniciativas que fortalezcan la posibilidad cierta de la observancia y práctica de los derechos humanos en su conjunto y, en particular, los derechos sexuales y reproductivos.

Tanto los organismos internacionales como los responsables de la legislación en cada país, se enfrentan a grandes retos consistentes en lograr incluir las complejidades de esta dinámica en los temas pendientes y las exigencias derivadas de los cambios sociales, culturales, religiosos, etc., los cuales abarcan aspectos de género, familias, momento en el que se reconoce la existencia del ser humano, maternidad subrogada, responsabilidades, sanciones y límites en lo que respecta a la utilización y alcances de la reproducción humana asistida.

2.3.4.5 Brasil

En Brasil fue registrado el primer nacimiento latinoamericano, como resultado de Trasplante Uterino, además, con la particularidad de que la donante del órgano reproductor, se encontraba fallecida.

(Zuccarini, 2019, pág. 69) citando a (Bonde,2016) refiere:

El Hospital de Clínicas de San Pablo fue la institución en donde, en el mes de septiembre de 2016, se realizó el primer TU en humanos de América Latina. El procedimiento fue llevado a cabo por la división de Clínica Ginecológica, en colaboración con el equipo de trasplante hepático, mediante el útero proveniente de una donante fallecida. El TU fue efectuado en el marco de un proyecto aprobado por la Comisión de Ética del Hospital y por el Consejo Nacional de Ética que previó tres cirugías iniciales.

Y, ahora citando a El Español, 2017; (Zuccarini, 2019, págs. 69-70) continúa manifestando:

Poco más de un año después, el 15 de diciembre de 2017, se produjo en San Pablo el primer nacimiento de una persona gestada en un útero proveniente de *donante cadavérico*. La mujer, fallecida a los 45 años, había tenido tres hijos. Es interesante mencionar que se trató de una niña que nació por cesárea luego de 36 semanas de gestación y que, en la misma intervención, se procedió a la extirpación del órgano.

Como se denota, el marco jurídico regulatorio brasileño, es; al igual que muchos de los países latinoamericanos, ayuno en regular el trasplante uterino como una técnica de reproducción asistida, quedando en evidencia que debió realizarse a traes de un proyecto aprobado por la Comisión de Ética del Hospital que asumió el reto de practicarlo por primera vez en esa nación suramericana.

2.3.4.6 Suecia

Como líneas arriba se mencionó, Suecia fue el primer país a nivel mundial en obtener un nacimiento producto de Trasplante Uterino, como resultado de la práctica médica en nueve pacientes, de las cuales, siete de ellas obtuvieron resultados positivos, y solo dos de estas, no pudieron concretar su embarazo. Díaz García, 2015, p. 125 citado en; (Zuccarini, 2019, pág. 58), al respecto destaco:

El primer nacimiento se produjo el 4 de septiembre de 2014 e involucró a una mujer de 35 años de edad con Síndrome Mayer-Rokitansky-Küster-Hauser (MRKH). El órgano recibido pertenecía a una donante viva de 61 años que había entrado en menopausia siete años antes, luego de haber dado a luz en dos oportunidades. Si bien la mujer no se encontraba vinculada genéticamente a la receptora, era amiga de su familia. Es importante subrayar que antes de

practicarse el TU se le suministraron anticonceptivos durante tres meses para probar la funcionalidad del útero.

En ese mismo sentido se describió:

Corresponde enfatizar que, en la mayoría de los casos, las donantes fueron las progenitoras de las receptoras, aunque también se recurrió a otros familiares o personas cercanas, como una hermana o una amiga. El equipo de profesionales de Gotemburgo entiende que la madre es la primera opción a considerar para realizar el TU porque: a) su periodo fértil ya ha pasado; b) comparte al menos la mitad de los antígenos de histocompatibilidad con la receptora; y c) la funcionalidad del útero se encuentra probada al haber dado a luz. (Zuccarini, 2019, pág. 60) citando a Bränntröm et al, 2016, p.266.

En ese sentido, Suecia no solo ha sido la primera nación en obtener un resultado positivo a través del TU, sino que, continua en investigaciones científicas, para que dicha práctica médica se perfeccione a través de la robótica, ya habiendo incluso, practicado cirugías de ese tipo. Véase:

El nuevo desafío en que el equipo sueco está centrado consiste en la realización de operaciones efectuadas a través de la robótica, cuya tecnología permite una pronta recuperación de las pacientes. Este nuevo reto se relaciona con el mayor problema que los profesionales debieron afrontar en el marco de los trasplantes concretados, dado por el tiempo que llevó la realización de las ablaciones: entre diez horas y media y trece, sin que haya logrado verificarse una tendencia orientada a su disminución a raíz de la experiencia alcanzada con los nueve pacientes ya referidos. (Zuccarini, 2019, pág. 61) citando a Bränntröm, (2017, p.1110). Y,

“De tal manera, en Suecia ya se ha elaborado un proyecto que contempla diez operaciones efectuadas a través de la robótica. La primera tuvo lugar en mayo de 2017 y se han planificado otras cinco para los próximos meses.” (Zuccarini, 2019, pág. 61) referenciando a la Universidad de Gotemburgo, 2017. Suecia es el país pionero en la implementación de la técnica de TU, y garante mundial en avances científicos de su perfeccionamiento en la esfera, situación que no solo debiere ser de orgullo focalizado, sino que debiere generalizarse, en garantía de los derechos humanos de las personas que por distintas razones no pueden formar una familia.

Capítulo III: Metodología

El presente proyecto de investigación tiene como propósito realizar una revisión exhaustiva de la literatura del componente formal jurídico en materia de trasplante uterino de Costa Rica. Durante el estudio se hará énfasis en el fallo que realizó la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica” en esta materia.

La investigación será de carácter documental y estará enfocada en la regulación jurídica que rige las situaciones relacionadas con el trasplante uterino en el territorio costarricense.

3.1. Procedimiento metodológico para la realización del estudio del diagnóstico

El procedimiento metodológico que se seguirá para la realización del presente estudio diagnóstico es el siguiente:

1. Identificación de los lineamientos jurídicos con que se pretende trabajar y evaluar.
2. Identificación de los derechos que tienen los individuos a formar una familia basado en la salud y en la reproducción.
3. Vinculación entre los derechos como seres humanos y la utilización de técnicas asistidas.
4. Análisis del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica”.
5. Observaciones sobre el trasplante uterino como una técnica de reproducción asistida.

3.2. Tipo de investigación

Para el procedimiento metodológico de la elaboración del proyecto se pretende realizar una investigación de tipo cualitativa, documental y descriptiva.

3.2.1. Cualitativa

Hernández Sampieri et al. (2010) afirman que el enfoque cualitativo “busca comprender la perspectiva de los participantes (individuos o grupos pequeños de personas a los que se investigará) acerca de los fenómenos que los rodean, profundizar en sus experiencias, perspectivas, opiniones y significados, es decir, la forma en que los participantes perciben subjetivamente su realidad” (p.364).

Siguiendo el planteamiento de estos autores, se pretende establecer una metodología centrada en la interpretación de la normativa que regula los derechos reproductivos de las mujeres costarricenses, a fin de determinar y/o esclarecer los aspectos relacionados con el trasplante uterino como manifestación del derecho humano.

3.2.2. Documental

De acuerdo con los objetivos trazados, la investigación será documental (Baena, 2018). Se basará en la revisión de fuentes primordialmente escritas, pero también puede incluir recursos audiovisuales o de otro tipo, que ofrezcan información proveniente de investigaciones previas. Todos esos materiales se emplearán para ampliar la comprensión del fenómeno.

Ñaupas et al. (2018) indican que la investigación documental es una tipología de tesis que recibe esa denominación de acuerdo al método de investigación que en ella se emplea. Según los autores "son aquellos trabajos cuyo método de investigación se concentran exclusivamente en la recopilación de información en forma documental, tal es el caso de las investigaciones históricas, filosóficas, jurídicas" (p. 500). También les denominan estudios teóricos.

De acuerdo a lo anteriormente planteado, la presente investigación es de carácter documental, puesto que se fundamenta en documentos legales y estudios ya realizados para establecer criterios en torno al trasplante de útero como manifestación del derecho humano a formar una familia dentro del marco jurídico costarricense.

3.2.3. Descriptiva

De acuerdo con los propósitos que rigen esta investigación, se ha determinado que es de nivel descriptivo. Este "se emplea en investigaciones orientadas a estudiar propiedades, características y perfiles de sujetos, procesos, objetos u otro fenómeno que se someta a un análisis" (Hernández, Fernández y Baptista, 2014). Este nivel es importante porque permite mostrar distintos ángulos o perspectivas del tema examinado, haciendo inferencias de los aportes teóricos desarrollados en este campo.

Cázares et al. (2000) plantean que este tipo de investigación consiste en un procedimiento a través del cual se incorpora información para analizarla, interpretarla, contrastar teorías y datos obtenidos en medios impresos, audio visual o electrónico, para el aporte de nuevos conocimientos. Estos planteamientos van acordes con lo que se plantea en la investigación. Mediante la exploración e interpretación profunda de los datos, se espera alcanzar la comprensión del fenómeno y dar respuesta a las preguntas planteadas en la investigación.

3.3. Fuentes de información

Para alcanzar los objetivos planteados se reunirán los datos, los cuales constituyen la materia prima de esta investigación; estos son los materiales generados o recopilados durante todo el proceso investigativo, que permiten validar los resultados. De acuerdo con su origen, han sido clasificados de

diferentes formas, pero para fines de este estudio se recurrirá a la clasificación de fuentes primarias y secundarias. Según Ñaupas et al. (2018), las fuentes primarias "proviene de investigaciones universitarias de postgrado, como las tesis de maestría y doctorales; informes de Institutos de investigación públicos o privados, y/o documentos públicos o privados (...) la constitución, los códigos, las leyes, decretos supremos, decretos legislativos" (p. 309).

Las fuentes primarias estarían constituidas por los documentos que ofrecen información de primera mano; es decir, que registran directamente el fenómeno. Estas se consideran altamente confiables, pero requieren de la revisión de su autenticidad. Por otra parte, las fuentes secundarias son documentos de segunda mano, redactados a partir de otros, como las noticias, enciclopedias, entre otros.

Dado sus características, en esta investigación se privilegiarán el uso de las fuentes primarias, pero también se incorporarán fuentes secundarias, para ello se emplearán técnicas en instrumentos de investigación apropiados, según el tipo de trabajo.

Por su parte, las técnicas son el conjunto de normas y procedimientos que regulan un proceso y permiten cumplir un objetivo. Los instrumentos, en cambio, "son las herramientas conceptuales o materiales, mediante los cuales se recoge los datos e informaciones, mediante preguntas, ítems que exigen respuestas del investigado. Asumen diferentes formas de acuerdo con las técnicas que le sirven de base" (Ñaupas et al., 2018, p. 273). Partiendo del propósito general de esta investigación, se ha seleccionado como técnica apropiada el análisis de documentos y como instrumento la ficha de localización e investigación.

Asimismo, a fin de implementar correctamente la técnica y sus instrumentos se partirá de la observación documental, entendida esta como el proceso de lectura y análisis de documentos para recopilar la mayor cantidad de información y datos que sean útiles, es por esta razón que se concibe la lectura como un proceso activo y productivo.

En este sentido, se realizará la selección documental de temas en distintas fuentes, libros, bases legales, documentos disponibles en medios virtuales. Para su búsqueda se utilizarán las siguientes palabras clave: "leyes reproductivas costarricenses", "políticas públicas reproductivas en Costa Rica", "derechos de la mujer", "trasplante uterino en Costa Rica". Sobre los documentos en línea se priorizarán aquellos estén localizados en repositorios académicos (especialmente revistas científicas con referto) disponibles en buscadores tales como Dialnet, Scielo y Redalyc.

Para esta investigación se obtendrá información de las siguientes fuentes primarias y secundarias, tal como se detallará a continuación.

Fuentes primarias

- Legislación Nacional referente a la familia y los derechos humanos.
- Legislación Internacional sobre la protección e integración de los Derechos Humanos.
- Jurisprudencia Nacional e Internacional – Análisis.

Fuentes secundarias

- Biblioteca de la Universidad Latina de Costa Rica – Digital.
- Biblioteca de la investigadora – Física.
- Recursos en línea, como hemerotecas y diarios.

3.4. Proceso de análisis de datos – sistematización

Para la recolección de la información se creará una base de datos con las fuentes secundarias localizadas. Luego se seleccionarán, a partir de la revisión de los resúmenes, aquellas que se consideren de mayor relevancia y competencia en función de los objetivos. Como una fase siguiente, se realizará la consulta y la obtención de la información esencial que conduzca a la redacción del contexto teórico y sobre cuya base se desarrollarán las conclusiones.

Igualmente, las actividades de indagación estarán orientadas a realizar un rastreo, selección, análisis, reflexión y comparación de teorías y contenidos de leyes, decretos, resoluciones y demás documentos que sean pertinentes en el alcance de los objetivos. Estas actividades permitirán comparar enfoques, contrastar insumos, formular interpretaciones y generar desarrollos analíticos propios a los efectos para dar respuesta a las interrogantes de la investigación.

Ahora bien, con el propósito de seguir un proceso ordenado y sistemático del estudio se procederá de la siguiente manera:

Primero, se recogerán de datos bibliográficos, hemerográficos e instrumentos legales mediante búsqueda virtual y en bibliotecas. En el caso del rastreo por medios virtuales, se emplearán los criterios ya indicados. La búsqueda en recursos físicos (bibliotecas, hemerotecas, entre otros) tomarán como referencia las mismas pautas para la búsqueda en el contenido de los documentos.

Segundo, se realizará la selección de los documentos tomando en consideración su valor. Para esto se efectuará una evaluación de los materiales de acuerdo con los propósitos de la investigación.

Tercero, una vez seleccionado y evaluado el material, se registrarán sus datos para una correcta catalogación. Además, se indicará la naturaleza del recurso (físico o virtual) y se elaborará el resumen

de la información detectada. El resumen consistirá en expresar en términos propios, pero abreviados, los aspectos e ideas más valiosos sobre el contenido leído.

Cuarto, se realizará el análisis documental de los datos obtenidos, prestando mayor atención a su contenido que a su forma. Durante esta fase la información será sometida a comparación para establecer relaciones.

Quinto, posteriormente y de acuerdo con los objetivos planteados, se pasará a elaborar el análisis de cada uno de los aspectos indicados en los propósitos de esta investigación.

Finalmente, una vez transcrito el análisis, se formularán las conclusiones tomando como referencia cada objetivo específico y, en especial, lo planteado en el objetivo general. Por último, se harán las recomendaciones correspondientes.

Capítulo IV: Análisis e interpretación de resultados: El trasplante de útero como representación del derecho humano a formar una familia

4.1. El caso Artavia Murillo c/Costa Rica y sus implicancias en materia de derechos reproductivos

4.1.1. Análisis del fallo

El presente capítulo trata de la discusión del derecho reproductivo determinado normativamente en la legislación de Costa Rica, en el cual, para poder obtener un esclarecimiento puntual y fundamentado, se exteriorizan todos los mecanismos jurídicos que condescienden la protección del mismo. En este contexto, es significativo presentar precisamente el caso de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de Gretel Artavia Murillo, en el que, luego de las sanciones y obligaciones a las que somete al Estado Costarricense se examina el proceso del fallo como los hechos y argumentos de las partes para finalmente revelar las respectivas consideraciones de los tribunales que ostenten las implicancias en la legislación del país.

De la misma manera, hay que mencionar, en primer lugar, que el proceso de reproducción asistida tiene como propósito fundamental poder favorecer a personas biológicamente impedidas para concebir, para que puedan acceder a servicios de atención médica relacionados con la salud reproductiva en igualdad de condiciones que el resto de los individuos, lo cual, a su vez, garantiza toda una serie de derechos de la persona ante la sociedad moderna, pero a la vez compleja, del siglo XXI como lo es el derecho humano al pleno acceso a la salud, el derecho a la vida privada y el pleno derecho fundamental responsable de la reproducción de millones de la especie humana a nivel mundial como lo es el derecho de formar una familia, la cual es el núcleo principal de la sociedad a lo largo de la historia.

En relación con lo antes planteado, De Cicco (2020), manifiesta que, por particularidades naturales, toda persona tiene derecho a reproducirse, lo cual sin duda alguna conlleva una expresión básica sinónimo del pleno derecho fundamental a la libertad, en el cual garantiza a su vez tomar decisiones propias por parte del individuo y el hecho de cómo quiere formar una familia. Por lo tanto, nadie tiene el derecho o la facultad de prohibir o limitar ese derecho universal de la especie humana, ni siquiera el propio poder público, el cual percibe regular la vida armónica de los individuos, pero jamás violentar este mandato universal.

A su vez, el derecho a reproducirse debe ser visualizado prospectivamente como el pleno derecho a la vida privada, a la intimidad personal y familiar; además, debe de garantizar el derecho a acceder a los servicios de salud en todas sus formas por igual para todas las personas que conforman la sociedad actual. Si no se garantiza este mandato universal para todos los individuos por igual, se

está en presencia de una alteración objetiva jurídica que demanda la intervención por parte de las autoridades a nivel local, nacional e internacional que puedan garantizar el pleno derecho reproductivo demandado por la persona.

Precisamente, este primer elemento jurídico fue el inicio de los hechos objetivos del caso de Gretel Artavia Murillo ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del que destaca que esta no cuenta con la capacidad natural de procrear, pues por factores biológicos la capacidad reproductiva es una condición que no todos los hombres y mujeres poseen; en dicho caso, producto de la decisión tomada por las autoridades nacionales se originó el gran debate jurídico a escala internacional en torno a poder precisar con claridad si medicamente la infertilidad es definida por la Organización Mundial de la Salud como una enfermedad del sistema reproductivo producto de la plena incapacidad de alcanzar un embarazo clínico posteriormente a 12 meses o más de relaciones sexuales sin ningún tipo de protección.

Por lo tanto, De Cicco (2020) testifica que está revelado que desde la oportuna ley surge que las personas con problemas de fertilidad disfrutan de los mismos derechos reproductivos que las personas fértiles, lo cual deja en incertidumbre si al mismo tiempo las primeras obtienen y ejercen los mismos derechos que las segundas. En este mismo orden de ideas, es a partir de este hecho interpretativo jurídico que el Máximo Tribunal de Costa Rica toma la decisión de prohibir la práctica de Fecundación In Vitro por considerarlo como un acto pleno en trayectoria inmediata al considerar objetivamente que atenta contra el derecho a la vida de los embriones.

De ahí que, esta disposición solicita por primera vez a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que intervenga y presente su interpretación jurídica sobre la estructuración del caso de la ciudadana ante señalada el que, sin duda alguna, representa un momento valioso en la historia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, producto de tratarse de quizás de uno de los temas jurídicos más debatidos en todos los escenarios doctrinal, legislativo y jurisprudencial y que su principal elemento de análisis es el derecho reproductivo garante a la vez de la sobrevivencia de la especie humana en la historia de esta.

Es de acotar también que la sentencia a la que llega la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso concreto de Gretel Artavia Murillo, tuvo su impacto como aplicabilidad en los diferentes Estados del continente americano, instancia de la cual Costa Rica es miembro, y puede producir efectos directos tanto positivos como negativos en la propias sociedades sobre temas relacionados con la reproducción asistida como la salud sexual, interrupción voluntaria del embarazo o el aborto, los cuales a su vez, son temas de gran debate como aceptación o no de su implementación por parte del individuo, lo que instaura a su vez si el responsable de este hecho ejecutado merece la pena respectiva de su acción en dirección de su propia especie o sobrevivencia del individuo o feto

afectado por el mismo.

Hay que mencionar además que Carranza (2015), indica que el hecho para que un Estado miembro de la Convención Americana de Derechos Humanos sea sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana, es obligatorio que el mismo caso particular Costa Rica, hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocido, específicamente indicado de forma directa en el artículo 46 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, a su vez, relacionado con el pronuncio 61 de la misma normativa señalada, en la que solo los Estados miembros son los que se pueden someter al análisis jurídico a nivel internacional.

Por lo tanto, estos elementos objetivos son la base epistémica del inicio de la presentación formal del caso Gretel Artavia Murillo ante esta instancia jurídica internacional y a su vez, presenta la base para el respectivo fallo alcanzado en él, de fecha 19 de enero de 2001, con la petición de estudio realizada por la Lic. Gerardo Trejos Salas quien percibía que la institución señalara al Estado Costarricense como responsable internacional de impedir que parejas infértiles pudieran haber obtenido un respectivo tratamiento idóneo para poder mejorar elocuentemente su trastorno de salud en el país.

Asimismo, por tratarse de un caso de gran magnitud a nivel internacional y de tentar la vida propia del individuo ante la sociedad, fue solo hasta el 11 de marzo 2004 cuando se presentó en el respectivo informe por parte del órgano internacional que efectivamente concurrieron violaciones en diversos escenarios jurídicos como la vida privada, familiar, el pleno derecho de constituir una familia y el derecho a la igualdad fundamentado jurídicamente en los artículos 17 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 y el denominado derecho interno en dirección de poder cumplir la convención señalada y establecida en los pronuncios 1 y 2 del propia normativa señalada.

En este contexto, Carranza (2015) afirma que los argumentos presentados por las autoridades jurídicas para poder sustentar su respectiva decisión, son a su vez concluyentes para la decisión por parte de la Corte Suprema de Justicia en la cual declara la inconstitucionalidad de la medida tomada por las autoridades del Estado de Costa Rica, en la cual se pudo caracterizar la infracción al principio de reserva legal al regular sobre derechos que deberían ser regulados mediante ley formal emanada del Poder Legislativo.

Unido a lo anterior, posteriormente bajo la demostración de que la práctica de la técnica de reproducción asistida de fecundación In Vitro implica una eminente pérdida de embriones, en el que las autoridades por medio de la Sala concluyen que llevar a cabo dicha práctica significaba un claro atentado contra el derecho fundamental a la vida, el cual está señalado en el artículo 21 de la

Constitución Política de Costa Rica y el artículo 4 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

De igual modo, todo este escenario contradictorio presenta su fundamentación jurídica del hecho producido desde la norma del Decreto Ejecutivo N° 24029-S que percibía como propósito poder regular la técnica de la reproducción asistida de fecundación In Vitro, la cual fue cuestionada en el recurso de inconstitucionalidad y fundamentado en los artículo 9, en relación con la prohibición de la fertilización de más de seis óvulos de la paciente por ciclo de tratamiento, pronuncio 10, el deber de transferir todos los óvulos fertilizados en un ciclo de tratamiento, enuncio 11, la prohibición de maniobra del código genético del embrión como todo mecanismo sobre el mismo, artículo 12, la prohibición de comerciar con células germinales o óvulos y espermatozoides y finalmente el pronuncio 13 donde se le otorga la facultad al Ministerio de Salud para cancelar el permiso sanitario de funcionamiento y la acreditación otorgada al establecimiento responsable del hecho.

Conviene subrayar que, todo este mecanismo se aplicó en Costa Rica entre 1995 y 2000 por la entidad privada denominada Instituto Costarricense de Infertilidad, en el cual durante este periodo nacieron aproximadamente 15 costarricenses, pero fue a partir del 15 de marzo de 2000 que esta técnica fue declarada inconstitucional por la Sala Constitucional de Costa Rica, lo que originó todo el proceso internacional descrito anteriormente.

Consecuentemente, Curti (2015), revela que por naturaleza propia de los seres humanos sinónimo de ser sociable, la sociedad está en constante evolución y crecimiento, lo cual determina situaciones fácticas o concretas que superan los contornos legales de regulación presentados por el Estado en dirección de cada uno de los ciudadanos. Sin embargo, cuando se tratan temas relacionados al derecho a la salud y, más inexcusablemente, a la salud reproductiva, en muchas oportunidades las propias normativas objetivas creadas en su momento no corresponden con la realidad de los individuos, los cuales por naturaleza cada día están en constante evolución y cambios producto precisamente del proceso de modernización natural de estos.

Habría que agregar también que, sin duda alguna, el perfeccionamiento científico y tecnológico y sus efectos en el campo de los derechos reproductivos representa grandes desafíos para el derecho internacional de los derechos humanos como para los tribunales regionales, en el que en rotundos casos los ordenamientos internos no están al mismo ritmo de cambios de las circunstancias presentadas en un momento preciso, como es el gran debate jurídico acontecido por la aceptación o no de los derechos reproductivos del individuo cuando no presenta en su totalidad todos los mecanismos biológicos necesarios para lograr tal proceso.

Por lo tanto, cada uno de los hechos presentados es parte del análisis argumentativo que

demanda sin duda alguna adaptación permanente a las circunstancias cambiantes e infinitas de la sociedad perteneciente al Estado determinado, caso concreto Costa Rica.

Ahora bien, en lo que se refiere a los argumentos de las partes, en primer lugar, en relación con la parte demandada del Estado de Costa Rica, la misma presentó como principales argumentos tres excepciones preliminares. Primeramente, la falta de agotamiento de recursos internos por parte de la parte demandante; en segundo lugar, la extemporaneidad de la petición presentada; y finalmente, en tercer lugar, la incompetencia de la Corte Interamericana para conocer de hechos sobrevinientes a la prestación de la petición.

En cuanto a la falta de agotamiento de recursos internos el propio Carranza (2015), revela que el Estado alegó que no hizo renuncia a la interposición de excepciones, en el que la propia Sala Constitucional declaró inconstitucional un determinado tipo de fertilización in vitro en el que indico que, si la técnica prospera al punto de permitir la ejecución de la misma sin pérdida en ningún momento de embriones, se aprueba su ejecución bajo estas circunstancias particulares. En este orden de ideas, el Estado atestiguo que los solicitantes podrían acudir tanto a la jurisdicción constitucional como a la jurisdicción contencioso administrativa, para poder solicitar el apoyo objetivo jurídico que pueda atender los servicios de salud atendiendo su condición de infertilidad incluso la posibilidad de atender una determinada técnica de fertilización in vitro.

Considerando que, la preexistencia de la resolución de la Sala Constitucional no impedía que existieran un pronunciamiento de parte de la propia sala en la vía del amparo constitucional o por parte de los Tribunales Contenciosos Administrativos, en el que, la posible víctima podrá solicitar incluso a las autoridades administrativas que respetando el orden jerárquico jurídico de la Sala Constitucional, se le prestaría un apoyo para su situación de infertilidad particular con el debido apoyo en los parámetros establecidos por la resolución del Tribunal.

En este mismo contexto, el Estado alegó adicionalmente que, ante la posible negativa de las respectivas autoridades responsables del proceso administrativo, las presuntas víctimas podrían interponer un proceso contencioso administrativo, los cuales violentaron este paso previo antes de presentarlos a las instancias del organismo internacional de la Corte. Precisamente la propia Convención Americana dispone en el artículo 46.1 que ésta instancia establece la admisibilidad de una petición o comunicación presentada ante la Comisión Interamericana, en sintonía a los artículos 44 y 45 de la convención que primeramente se hayan interpuesto y agotado todos los recursos de la jurisdicción interna del Estado determinado, caso de análisis Costa Rica en sintonía directa a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos.

El siguiente aspecto presentado por la parte demandada es precisamente la extemporaneidad

de la petición presentada en el que, Carranza (2015), exterioriza que el Estado alegó ante la Comisión Interamericana que la petición presentada en el caso particular repercutía extemporánea, motivado que están enseñada fuera del plazo de seis meses indicado en el artículo 46.1.b de la Convención Americana y en tercer lugar la incompetencia de la Corte Interamericana para conocer de hechos sobrevinientes a la prestación de la petición, en el cual el Estado alegó que el demandante presento en su solicitud la responsabilidad directa del propio Estado respecto de la exposición a los medios de prensa de la situación de la presunta víctima.

Como consecuencia de la divulgación que han efectuado los medios de prensa en el procedimiento ante la Comisión como en la propia Corte, también el Estado argumentó que ninguno de los hechos denunciados por los representantes de la víctima está incluido dentro de los hechos alegados por la Comisión y tampoco pueden considerarse como derivados de los hechos principales; por lo tanto, solicita de forma directa que declare inadmisibles las peticiones de la demandante.

Mientras tanto, la Corte para poder presentar argumentativamente su decisión como parte demandante en representación de la víctima se fundamentó jurídicamente en el artículo 1.2 en el cual se enseña una definición del significado de persona que es sinónimo de todo ser humano y el numeral 4.1 en el que se define que toda persona tiene derecho a que se respete su vida, el cual estará protegido plenamente por la ley de forma directa y contundente desde la propia concepción del ser; por lo tanto, nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

En este contexto, De Cicco (2020) expresa que en cuanto a los alegatos planteados y exhibidos anteriormente por Costa Rica en su propia defensa al interponer la excepción preliminar, las cuales serán tomadas en cuenta al establecer los hechos que este Tribunal considera como probados y determinar si el Estado es internacionalmente responsable de las alegadas violaciones a los derechos convencionales, así como a poder precisar con exactitud el tipo de daños que eventualmente podrían generarse en perjuicios de las presuntas víctimas, en definitiva en el respectivo análisis efectuado argumentativamente y con las evidencias de las pruebas presentadas por la parte demandante, la Corte desestima la excepción preliminar interpuesta por el Estado.

Como resultado de lo anterior, la Corte Interamericana es totalmente competente para conocer y decidir plenamente en el presente caso, motivado que fundamentado jurídicamente en el artículo 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y al mismo tiempo Costa Rica como es Estado parte de la Convención desde el 8 de abril de 1970 y reconoció la competencia contenciosa del Tribunal el 2 de julio de 1980.

Hecha esta salvedad, es que los jueces en la resolución final del caso y producto de cuidadoso análisis del mismo, llegaron a la conclusión de que el numeral 4.1 de la respectiva Convención

Americana, se puede interpretar como un recurso normativo que puede brindar una protección absoluta del derecho a la vida, a su vez, el propio apartado 4.1 no debe de considerarse como un enunciado que obligue a declarar e institucionalizar una protección total del derecho a la vida y mucho menos se debe de considerar al nonato como acreedor de derecho y los respectivos deberes que se presenta en el propio tratado internacional.

De manera que Carranza (2015) afirma que la plena intervención de la propia Sala Constitucional fue contundentemente ilegal, pues además de violentar los derechos fundamentales trajo como consecuencia directa una plena modificación del propio proyecto de vida de la demandante en particular, lo cual trajo como consecuencias efectos en todos los escenarios sociales de la misma como lo es el familiar, laboral, económico, comunitario y matrimonial. A su vez, desde el plano personal produjo efectos de depresión significativa por tratarse de la prohibición del deseo natural de programar su propia descendencia humana ante la sociedad de la cual forma parte.

Además, la prohibición general de la fertilización In Vitro afectó los derechos fundamentales de la parte demandante, como el pleno derecho de poder decidir qué método utilizar para lograr convertirse en padres y así poder superar una condición medicamente diagnosticada como lo es la infertilidad, por lo cual se limitó su libertad plena de decidir y buscar el camino que mejor se adapta a su propio deseo debido a las particularidades médicas detectadas.

De esta forma, las paredes creadas por la propia sala provocaron que la parte demandante se vieran totalmente desprotegida y, puntualmente, desde el punto de vista de los tratados internacionales firmados y aceptados por el Estado de Costa Rica del tema en conjunto con los Derechos Humanos, en el que no se le brindó el debido proceso de apoyo de orientación para garantizar y estar al mismo ritmo de los cambios científicos como tecnológicos que, de alguna forma, puede ayudar a solucionar los problemas de fertilidad gracias a los avances actuales.

Finalmente, Curti (2015), exterioriza que para disminuir significativamente las consideraciones de los tribunales en relación con el caso presentado como en cualquier otro en general en materia de los Derechos Reproductivos, se debe de percibir mejorar significativamente la interpretación como tratamiento que se pueda presentar en casos futuros, lo cual deja como primera conclusión que las normativas se deben de adaptar permanentemente a la realidad como evolución social, en la cual, no realizarla es sinónimo de fracaso y seguramente se daría la aparición como alteración del debido proceso judicial en el caso particular presentado en su momento.

Por lo tanto, la decisión de tener hijos biológicos concierne a la esfera más íntima de la vida privada y familiar, en la cual la forma como se funda dicha disposición es parte de la plena autonomía y de la identidad del individuo tanto en su dimensión individual como de pareja, establecido además

directamente en el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) en la cual toda persona tiene el derecho que se respete su integridad física, psíquica y moral.

Sobre la base de lo exteriorizado en el artículo 63.1 de la Convención Americana, se expresa que toda violación de una obligación internacional que de forma contundente posea daño, presenta el deber de repararlo apropiadamente y oportunamente. Asimismo, siempre que sea posible, la plena restitución del daño ocasionado en el que según la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas de fecha 28 de noviembre de 2012, se condenó al Estado de Costa Rica por no haber adoptado las medidas necesarias para eliminar la prohibición de la práctica de fecundación In Vitro y regularla adecuadamente, lo que origina que las personas que requieran dicho tratamiento se les pudiera aplicar tanto en el sector de salud tanto privado como público.

Por lo tanto, se ordenó de forma directa levantar esta prohibición en el Estado de Costa Rica y de regular dicho procedimiento de forma acorde con los estándares interamericanos e incluir dicho procedimiento en los programas públicos de atención a la infertilidad, indemnizar a las víctimas por los daños material y moral ocasionados, lo cual se logró por medio del Decreto Ejecutivo 39210-MP-S del 11 de Septiembre de 2015 en el que se autoriza plenamente la realización de la técnica de reproducción asistida de fecundación In Vitro y transferencia embrionaria (Decreto 39210, 2015).

4.1.2. Implicancias en la legislación de Costa Rica

La legislación de Costa Rica en torno a la temática de la Fertilización In Vitro, se reguló inicialmente a través de un decreto ejecutivo que se declaró y fue cuestionado como inconstitucional, ya que la exclusión del procedimiento de Fertilización In Vitro propiciaba una gran pérdida de embriones, donde la misma no se justificaba para la producción de una vida humana, causándose así el origen del litigio internacional. Por ello, tal situación se presentó en primer lugar ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y posteriormente ante Organismos Internacionales de superior jerarquía, los cuales, condenaron al Estado Costarricense como principal responsable de las vulneraciones y daños que sufrieron las víctimas de tales procedimientos por las actuaciones de las autoridades judiciales.

En virtud de lo cual se desglosa las implicancias del procedimiento de Fertilización In Vitro en Costa Rica, dada la modificación constante y de transversalidad con el entorno social del país, puesto que la implementación efectiva de dicha técnica involucra no solo un gran avance para temas de reproducción, sino que a partir de esta se podría forjar nuevas técnicas de investigación médica en este campo de la vida humana, en tal sentido es necesario abordar el Decreto 39210-MP-S, así como la revisión del cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre el caso Gretel Artavia Murillo y otros (“Fecundación in Vitro”) versus Costa Rica que lo declara inconstitucional.

Por consiguiente, Carranza (2015) expone que desde la prohibición del procedimiento de Fertilización In Vitro por parte de la Sala Constitucional, los actores sociales involucrados han sido partícipes de la violación de los Derechos Fundamentales para una Salud Reproductiva Integral, que corresponden con los derechos relativos al ámbito sanitario, sexual y reproductivo del individuo, donde dichos derechos se enmarcan dentro de un recurso jurídico de orden constitucional, aunque además contenido en instrumentos de orden internacional, puesto que esta población se quedó sin opción de tratamiento a los problemas de infertilidad, por lo que, la Sentencia de la corte se convierte en un fenómeno de atender y abordar, en cuanto al tema de salud sexual y reproductiva se refiere, generándose daños en las distintas esferas de la vida de estas personas, desde el ámbito tanto privado como familiar.

Del mismo modo, estos acontecimientos propiciaron lesiones emocionales y de derechos humanos que produjo la negación a practicar la Fertilización In Vitro en Costa Rica, para lo cual se ordenó levantar la sanción, indemnizar económicamente a las víctimas, regular el procedimiento, entre otros aspectos, que condujeron al cambio de paradigma de dicha temática imperante en el país, puesto que, posee gran cantidad de leyes, reglamentos y políticas que presentan el deber del Estado de garantizar mayores niveles de calidad de vida de su población, de la mano de la Organización de la Salud hacia la acepción de los aspectos físicos, sociales y mentales que pueden incidir en el bienestar de las personas o parejas con dificultades de fecundar y su relación con el medio social.

Asimismo, Carranza (2015) señala que entre las consideraciones del procedimiento de Fertilización In Vitro, los magistrados internacionales han transformado la base conservadora de la sociedad costarricense como parte de las fuentes internas del Derecho, por medio de la creación de jurisprudencias en relación con el tema, específicamente al tratamiento de embriones generado de manera extracorpórea (fertilización fuera del cuerpo de la mujer) y lo concerniente a la reproducción visto de buena manera para la promoción de proyectos investigativos.

Así pues, es posible identificar las controversias que se propiciaron como resultado de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso Gretel Artavia Murillo y otros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica, posterior a las sanciones y obligaciones a las que se somete el Estado de Puerto Rico; es decir, las implicancias internacionales en la generación del Derecho Fundamental a una Salud Reproductiva de manera integral.

Por tal motivo, en cuanto al caso de la prohibición de la Fertilización In Vitro, fue el Máximo Tribunal Constitucional el que incurrió en el incumplimiento de los Derechos Humanos de las actuales víctimas, por tal razón, esto llega a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, señalando al Estado de Puerto Rico como responsable internacional de impedir que parejas infértiles pudieran haber obtenido acceso a un tratamiento idóneo, acarreado como resultado violaciones en

diferentes ámbitos relacionados al derecho de formar una familia, así como al derecho a la igualdad, donde sin lugar a dudas, el Estado irrumpe las obligaciones adquiridas previamente en la Convención Internacional. Por lo que, también vale señalar la no discriminación y al compromiso que abarca la implementación del llamado Derecho Interno, con el propósito de hacer efectivos los derechos enunciados anteriormente.

De esta forma, Mateos (2017) señala que desde el terreno de la normativa internacional, implica que para la legislación de Costa Rica, los individuos que accedieran a la técnica de la Fecundación In Vitro, se hiciera y se manejara de tal manera que el tratamiento contribuyera de forma efectiva con su objetivo inicial y que posteriormente existiera la posibilidad de la reparación integral de la víctima que incluye el aspecto material, moral, así como las medidas legales de satisfacción por los daños ocasionados.

Por consiguiente, entre las implicancias de la legislación internacional al ámbito de la legislación nacional, se encuentra el asunto concerniente a la infertilidad, donde al respecto se indica que tal situación es referente a un tema de salud y bien público, ya que, se encuentra a cargo de los Estados y, por ende, la situación de infertilidad que presentan algunos individuos es una limitante que no permite que las personas gocen de su derecho a una salud plena vinculante al tratamiento de la Fertilización In Vitro evocada indiscutiblemente al bienestar de la calidad de vida de los seres humanos, garantizada precisamente en los diferentes pactos y convenios internacionales sobre Derechos Humanos.

Del mismo modo, Carranza (2015), señala que en relación con el Decreto 39210-MP-S, denominado “Autorización para la realización de la técnica de reproducción asistida de fecundación in vitro y transferencia embrionaria”, el enunciado de su creación fue firmado por el presidente de Costa Rica Luis Guillermo Solís Rivera y publicado en la Gaceta N° 178 del 11 de septiembre de 2015, por medio del cual, la técnica de la Fertilización In Vitro, fue regulada a partir de este enunciado puesto en práctica, con el objeto de generar un instrumento apropiado para combatir el vacío normativo en esta temática que presentaba el ordenamiento jurídico costarricense, puesto que, por medio de su materialización, entra en controversia y antagonismo la posición religiosa y de profesionales con arraigados vínculos cristianos que proponen que esta materia debe ser abordada por medio de la creación de una ley formal.

Por otra parte, una vez anunciado el Decreto 39210-MP-S, se produjo manifestaciones en contra de dicha iniciativa, por parte, de diputados del bloque cristiano y de representantes del Partido Unidad Social Cristiana (PUSC), quienes presentaron una acción de inconstitucionalidad con el propósito de impugnar el decreto presidencial que autoriza la aplicación de la Fecundación in Vitro en el país; así, por medio de este tipo de acciones se obvia que el Estado de Costa Rica se basa en el

principio de soberanía, al firmar y ratificar tratados internacionales, para lo que los grupos contrarios al In Vitro pretenden anular el reconocimiento y eficacia de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

De acuerdo con lo antes expuesto, indiscutiblemente se anula la materialización de la sentencia internacional, ya que cualquier interpretación expuesta desde dicho amparo sería improcedente y no debería encontrar fundamento alguno en el marco jurídico nacional, dado que, desde el momento en que Costa Rica firmó y ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el país se comprometió a asumir y cumplir las obligaciones contractuales en este tratado previamente establecidas.

En este contexto, Carranza (2015) expone que en cuanto a la estructura fundamental para la creación del Decreto 39210-MP-S, representa una gran alternativa para la implementación de los aspectos básicos del desarrollo del tratamiento In Vitro en el país, ya que a nivel nacional constituye el único recurso en donde se expresa la intención y el compromiso de políticas dirigidas al cumplimiento de la obligación dictada por los organismos internacionales en esta materia, en función de las disposiciones básicas para poner en práctica la Fertilización In Vitro, los cuales abarcan conceptos médicos, legales, descripción de procedimientos y requerimientos administrativos.

No obstante, es necesario incurrir en la implementación de una ley formal, para efectos de sanciones relacionadas con los temas como manipulación genética, clonación, negligencia en la aplicación de la técnica y todos los aspectos que impliquen delitos de tipo penal o bien monetario; ya que, la argumentación y los postulados jurídicos en los que se basa el Decreto 39210-MP-S, se encuentran consideraciones generales relacionadas con la aplicación del tratamiento referido, así como de algún tipo de violación que infrinja la responsabilidad de llevar a cabo apropiadamente el procedimiento médico.

Además, Carranza (2015) señala que entre los postulados jurídicos del Decreto 39210-MP-S, se encuentran la descripción de la técnica, la autorización exclusiva de dicho procedimiento para los individuos o parejas que han sido diagnosticadas con infertilidad o con problemas para concebir, donde los destinatarios están representados por parejas mayores de edad, mujeres solas y en plena capacidad jurídica, además que tales beneficiarios deben demostrar que han dispuesto y agotado todos los tratamientos disponibles en el país o bien que exista un criterio médico que avale que In Vitro es la única vía de abordar el padecimiento.

Cabe considerar, que en relación con los centros o establecimientos autorizados, sean de carácter público o privado, que corresponden a los prestadores de servicios para llevar a cabo el procedimiento o técnica In Vitro, deberán de cumplir con las disposiciones que se establecen bajo las

acciones de autorización de funcionamiento, inspección y control que determine el Ministerio de Sanidad y a lo estipulado en la Ley General de Salud, de modo que señale la obligación de estos de cumplir y seguir los criterios de funcionamiento, infraestructura, requisitos y personal calificado, para el mejor desarrollo de la técnica destinado a la protección y cuidado de la integridad física, emocional y mental de los pacientes.

Se plantea que, a través de la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2016), se desprende la revisión del cumplimiento de la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, correspondiente al caso Artavia Murilo y Otros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica, por medio de la cual, se determinó que el Estado de Costa Rica es internacionalmente responsable por vulnerar los siguientes derechos: a la vida familiar, a la integridad personal, a la decisión de tener hijos biológicos por medio de una técnica de reproducción asistida, también conocida como técnica de Fecundación In Vitro, a la salud sexual, al goce de los beneficios de la Ciencia y la Tecnología, así como el principio de no discriminación.

Dentro de este marco, se menciona que algunas de las víctimas se encontraban recibiendo en el país el tratamiento médico correspondiente a la técnica de Fecundación In Vitro, cuando la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, declaró inconstitucional el Decreto Ejecutivo No. 24029-S de fecha 3 de febrero de 1995 que regulaba dicha técnica de reproducción asistida, lo cual, implicó que en la práctica se prohibiera dicho procedimiento y que, igualmente, algunas de las víctimas se vieran obligadas a interrumpir el tratamiento médico previamente iniciado, así como la salida del país para poder acceder y culminar dicho tratamiento, del mismo modo, como otras que no pudieron acceder a esta técnica de reproducción asistida.

En virtud de lo cual, la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2016), expone que el Estado de Costa Rica ordenó medidas para garantizar la atención a los derechos violados en torno a dichas víctimas, asimismo como otras medidas de reparación y no repetición de determinados casos de violación de Derechos Humanos.

Por lo que, en cuanto a las consideraciones de dicha revisión el Tribunal la estructura en el siguiente orden: **A.** Dejar sin efecto la prohibición de practicar la Fecundación in Vitro, de manera que quienes quieran hacer uso de la técnica no encuentren impedimentos, **B.** Regular los aspectos necesarios para la implementación de la Fecundación in Vitro, **C.** Disponibilidad de la Fecundación In Vitro dentro de los programas y tratamientos de infertilidad en su atención en salud, **D.** Brindar atención psicológica a las víctimas, **E.** Realizar las publicaciones de la Sentencia, **F.** Cursos y programas de educación y capacitación para funcionarios judiciales, **G.** Indemnizaciones por daño material e inmaterial y reintegro de gastos (Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2016).

Se plantea entonces, que en cuanto a dejar sin efecto la prohibición de practicar la Fecundación In Vitro, de manera que quienes quieran hacer uso de la técnica no encuentren impedimentos, la Corte menciona que las violaciones suscitadas a los derechos declarados en perjuicio de las víctimas, produjo que la Fecundación In Vitro no se practique en Costa Rica y que, por tanto, los individuos o parejas que deseen acudir a dicha técnica no pueden realizarla en el país, proporcionándose de esta manera, un efecto prohibitivo que en general originó dicha sentencia, partiendo de la idea de una protección absoluta del embrión, que produce una interferencia a los derechos de la vida familiar, así como al derecho a la autonomía reproductiva en relación con la decisión de tener hijos biológicos por medio de la misma.

Sin embargo, por las implicancias en la legislación de Costa Rica, se tiene la obligación internacional de cumplir con lo dispuesto en la sentencia en conformación con lo establecido en la Convención Internacional, puesto que, dichos Estados miembros tienen la obligación de implementar tanto a nivel internacional como a nivel interno lo dispuesto por el Tribunal en las sentencias y al no cumplirse se comete un ilícito internacional en donde todos los poderes y órganos del Estado, tienen el deber de cumplir con el Derecho Internacional, además, se resalta en las jurisprudencias internas que los Estados no pueden por motivos internos dejar de cumplir la responsabilidad internacional previamente convenida.

Por otra parte, la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2016), en cuanto, a regular los aspectos necesarios para la implementación de la Fecundación In Vitro, la medida ordenada por la Corte, dispuso que el Estado de Puerto Rico debe reglamentar los aspectos que considere realmente necesarios para dicha implementación, considerando sin lugar a dudas, el establecimiento de sistemas de inspección y control de calidad de los centros e instituciones, así como de profesionales calificados que lleven a cabo este tipo de técnica de reproducción asistida.

De la misma manera, en relación con la Disponibilidad de la Fecundación In Vitro dentro de los programas y tratamientos de infertilidad en su atención en salud, el Estado de Costa Rica debe incluir, según medida ordenada por la Corte, la disponibilidad de la Fecundación In Vitro, de conformidad con el deber de garantía, relacionado al principio de no discriminación, para lo cual el organismo competente refiere a la Caja Costarricense del Seguro Social la inclusión dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad, las necesidades de infraestructura, equipamiento, recurso humano y presupuesto, requerido para la implementación de una unidad de este tipo en función de las medidas adoptadas para poner a disposición estos servicios a quienes lo requieran, así como de los planes diseñados para tales efectos en atención a personas o parejas infértiles.

Por su parte, la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2016), para Brindar atención psicológica a las víctimas, dispuso que esta debe realizarse de manera gratuita y de

forma inmediata por medio de instituciones u organismos estatales de salud especializada, donde la referida atención debe ser adecuada conforme a los padecimientos psicológicos sufridos por las víctimas, en atención a sus particularidades siempre y cuando dichas personas lo soliciten, en función de poder brindar tratamientos de forma individual o familiar, según sea el caso, así como la respectiva provisión de medicamentos y otros gastos que se encuentren directamente relacionados y que sean estrictamente necesarios.

Seguidamente, concerniente a realizar las publicaciones de la Sentencia, la medida ordenada por la Corte, dispuso un plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la misma, el deber del Estado de Costa Rica de publicar lo referente al resumen oficial de la Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez en el Diario Oficial o en un diario de amplia circulación nacional y la disponibilidad del mismo por un año en un sitio web oficial de la rama judicial, para lo cual la Corte considera que el Estado, dentro del plazo establecido, ha dado cumplimiento total a las medidas de publicación y difusión de la Sentencia ordenada para tales efectos.

Además, cabe considerar que la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2016), en cuanto a cursos y programas de educación y capacitación para funcionarios judiciales, dispuso que el Estado de Costa Rica dirige la implementación de los mismos a todas las áreas y niveles de la rama judicial, donde se estableció que dentro de los cursos y programas de educación se debe hacer una especial mención a la sentencia, así como a los diferentes precedentes del cuerpo jurídico de los Derechos Humanos relacionados con los derechos reproductivos y al principio de no discriminación; así, se reconoció que Costa Rica ha llevado a cabo capacitaciones del personal judicial en materia de Derechos Humanos siendo notorio que, sin lugar a dudas, estas deben ser permanentes en el tiempo.

Finalmente, en lo relacionado a las Indemnizaciones por daño material e inmaterial y reintegro de gastos, la Corte dispone que el Estado de Costa Rica, debe pagar las cantidades fijadas y preconcebidas por concepto de indemnizaciones por daño material e inmaterial y reintegro de gastos, los cuales, se realizan directamente a las personas señaladas en la misma dentro del plazo de un año, contado a partir de su notificación.

4.2. El trasplante de útero como una técnica de reproducción asistida y la importancia de su tratamiento jurídico

El presente apartado tiene como objetivo considerar algunos aspectos generales en torno al concepto, técnicas, implicaciones para la fertilidad y asuntos legales relacionados con el trasplante de útero. En él se abordarán aspectos que ubican esta práctica en el marco teórico-crítico disponible y se

analizarán las disposiciones de la normativa legal internacional y local que le rodea. En atención a este último aspecto, se hace especial énfasis en las leyes, decretos y políticas vigentes en Costa Rica.

4.2.1. El trasplante uterino: concepto y técnicas

Tradicionalmente, el propósito de la Ciencia y la Tecnología ha sido contribuir con el bienestar humano. De allí que muchas de las innovaciones y soluciones que se han gestado en estos campos estén orientadas a satisfacer las demandas en torno a la salud de las personas, específicamente para dar alivio a algún padecimiento. No obstante, en casos como el trasplante uterino el interés se traslada a dar respuesta a problemas relacionados con la reproducción femenina. En tal sentido no se trata de un padecimiento que genere molestias físicas o comprometa la vida de la paciente, sino de un aspecto de la salud integral que afecta su bienestar psíquico y su potencial para ser madre.

Aguilar et al. (2017) afirman que "consiste en la implantación temporal de un útero procedente de una donante en una paciente afectada de infertilidad uterina de causa absoluta con la finalidad de que esta pueda gestar" (p. 220). Se trata de un procedimiento que devuelve a la mujer la posibilidad procrear, sea que esta se halle impedida por factores congénitos o por haber presentado algún tipo de patología que requiriese la histerectomía. Ya que su fin se relaciona con la función reproductora de la especie, se le considera parte de las técnicas de producción asistida que actualmente se emplean alrededor del mundo; entre las que se ubican la inseminación artificial, la transferencia de embriones, la fecundación In Vitro, entre otras. Los autores describen el procedimiento del siguiente modo: "En la cirugía del trasplante se extrae el útero de la donante junto con una pequeña porción de la vagina. La pieza se une a los vasos sanguíneos y la vagina de la receptora. La duración de la cirugía es de unas 10 horas en la donante viva y unas 4 horas en la receptora" (Aguilar et al., 2017, 224).

El trasplante de útero, sin embargo, plantea ventajas que no poseen otras alternativas para la reproducción asistida. Mediante ella se devuelve a la mujer la posibilidad de borrar la separación entre la maternidad genética y la maternidad gestacional (en aquellos casos donde a la paciente se le implantan sus propios óvulos fertilizados), con los impactos psicológico, social y cultural que de ello derivan. Se trata de un procedimiento que permite satisfacer el derecho humano a planificar y formar una familia bajo las perspectivas, intereses y expectativas de quienes optan por esta intervención (León y Hernández, 2019).

Otra ventaja del trasplante uterino es que se realiza en pacientes relativamente sanas, por lo que tiene baja comorbilidad con respecto a otras intervenciones donde se realizan injertos. Pese a ello, como indica Correa (2008):

El embarazo en pacientes trasplantadas es un embarazo de alto riesgo. Los riesgos más

frecuentes serían: infección, hipertensión arterial, rechazo agudo por parte de la madre, parto pretérmino y bajo peso al nacer para el feto, además de las complicaciones usuales de cualquier trasplante. (p. 131)

Como técnica de reproducción humana, el trasplante uterino es relativamente reciente; el primer registro sobre esta operación le ubica en abril del año 2000. La receptora fue una mujer de 26 años a quien seis años antes se le había practicado una histerectomía debido a una hemorragia postcesárea, la donante tenía 46 años y existía HLA y grupo sanguíneo ABO. El útero fue colocado en posición ortotópica, luego del trasplante se hicieron seguimientos y se recetó medicamentos inmunosupresores. Más adelante se indicaron estrógenos y progestágenos durante tres meses y al retirarlos se realizaron dos sangrados, lo que confirmó la viabilidad de órgano trasplantado. Sin embargo, a los 99 días la mujer presentó un infarto del injerto debido a oclusión mecánica que ameritó una histerectomía para la cual no hubo complicaciones posteriores (Correa, 2008).

Actualmente, las investigaciones se han orientado a observar el impacto sobre la salud y los riesgos que acarrea el trasplante de útero en las donantes y en las receptoras. En relación con las donantes vivas, se le considera una intervención que conlleva beneficios porque elimina el riesgo de padecer cáncer de cuerpo y cuello uterino. Los riesgos, por su parte, están relacionados con las consecuencias de la histerectomía a largo plazo, el uso de la anestesia general durante el procedimiento y la intervención quirúrgica en sí misma. Esta última es más larga y compleja que la habitual porque debe preservarse la integridad de los vasos sanguíneos, de manera que podrían presentarse lesiones en otras estructuras. Por otra parte, en la mujer que proporciona el órgano podrían aparecer complicaciones de tipo psicológico si esta se llegase a sentirse implicada en la gestación.

En el caso de que el donante fuese un cadáver, los riesgos estarían relacionados con el escaso tiempo para optimizar la compatibilidad donante-receptor y el tiempo de viabilidad que pudiese tener el útero. No obstante, técnicamente no se han observado ventajas o beneficios adicionales que deriven del origen del órgano (si el donante está vivo o no). Tampoco se reportan hallazgos que permitan determinar si a largo plazo el útero de un donante vivo o cadavérico es mejor que el otro (Aguilar et al., 2017). En cuanto a la receptora, Aguilar et al. (2017) expresan que:

Los riesgos que hay que valorar en la paciente receptora son los derivados del proceso de fecundación in vitro, con la consiguiente estimulación y punción ovárica, siendo este imprescindible para conseguir la gestación, y al igual que en la donante, los riesgos propios de la técnica anestésica general y de la intervención, que resulta más sencilla y rápida que el ex plante del órgano. Posteriormente pueden aparecer complicaciones postquirúrgicas relacionadas con el injerto, siendo las más frecuentemente descritas en la literatura la infección y la trombosis de la vascularización. (pp. 221-221)

Adicionalmente a los riesgos descritos, pueden aparecer efectos secundarios propios de la medicación inmunodepresora que la receptora deberá tomar durante todo el tiempo que porte el útero trasplantado. Por lo tanto, podrían aparecer enfermedades generadas por inmunodepresión. Asimismo, hay potenciales complicaciones que incluyen el rechazo al injerto, problemas psicológicos y problemas por el embarazo de alto riesgo (Aguilar et al., 2017). Cada uno de estos aspectos deben ser sopesados y, de ser posible, prevenirse a través de un seguimiento y evaluación continua del paciente. Pese a todos los inconvenientes previamente descritos, los beneficios del trasplante de útero con respecto a otras alternativas de reproducción asistida son innegables.

4.2.2. Importancia frente a la infertilidad

La infertilidad ha sido siempre un problema de gran importancia para la sociedad, ya que influye especialmente sobre la salud y bienestar de la familia. No obstante, algunos aspectos relacionados con este problema han sido escasamente tratados. Según Aguilar et al. (2017), la infertilidad de origen uterino es uno de los campos de la medicina humana reproductiva sobre el que han existido pocos avances significativos. El trasplante uterino es hasta ahora el tratamiento más eficaz que se ha desarrollado para atender esta patología.

La infertilidad en la mujer comúnmente le acarrea consecuencias personales y de pareja, estas incluyen conflictos a nivel emocional, familiar, social y sexual. Además de ser un problema para la salud reproductiva en sí misma, impacta profundamente en la imagen de las mujeres y de otros miembros de su entorno que tienen sobre ellas. Es por ello que, al menos para aquellas que sean candidatas, el trasplante se convierte en una alternativa que les permite mejorar su calidad de vida.

A diferencia de otros trasplantes, el de útero no está orientado a suplir una función vital, pero incrementa el bienestar y calidad de vida de la receptora. Por eso, a pesar de ser un procedimiento experimental, es considerado como una alternativa viable frente a la infertilidad. Mas, como otras técnicas de reproducción asistida, su implementación está rodeada de implicaciones éticas, sociales y religiosas que no siempre favorecen su adopción. Se suma a lo anterior la relativa novedad y la falta de una norma jurídica exclusivamente orientada a regular la práctica médica. En este sentido resultan pertinentes las consideraciones de Baumgaertner (2018):

Quizá en un futuro los pacientes puedan recurrir a un banco de órganos en lugar de buscar voluntarios, y los donantes vivos podrían evitar complicaciones riesgosas como infecciones o hemorragias graves.

Con el tiempo, los investigadores esperan disminuir los efectos secundarios y los costos mediante la reducción de la cantidad de medicamentos inmunosupresores que las receptoras deben tomar. Sin embargo, será necesario analizar más casos para evaluar si los resultados a largo plazo varían dependiendo de si la donante estaba viva o muerta.

Para que estas aspiraciones se hagan realidad en algunas sociedades no solo se necesita de un cambio cultural y social en torno al tema, sino una nueva perspectiva sobre los derechos reproductivos y la salud de la mujer. Por otro lado, es igualmente importante la formulación de políticas claras y apropiadas que tomen en cuenta las diversas dimensiones del problema y compatibilicen el ejercicio de la medicina con los valores y ética que predominan en cada región.

4.2.3. Regulación jurídica

Costa Rica no cuenta con una regulación legal respecto al trasplante uterino como una técnica de reproducción asistida. Sin embargo, la literatura revisada permite distinguir esencialmente tres posturas que no son excluyentes entre sí, pero determinan sensiblemente la elección de las leyes y los argumentos que se emplean para aproximarse a la realidad. Estos son: el asumir el trasplante uterino como una técnica de reproducción asistida, su adopción como derecho fundamental y la lectura desde las implicaciones bioéticas vinculadas al procedimiento. En este apartado, se analizarán las dos primeras, reservando la normativa sobre la bioética para la siguiente sección.

León y Hernández (2019), ubican como precedentes de las leyes alrededor de las técnicas de reproducción asistida la Ley sobre inseminación artificial de Suecia de 1984 y la ley sobre fecundación In Vitro de 1988. Alrededor del mismo tiempo, Dinamarca y Noruega en 1987 promulgan la Ley sobre el establecimiento de un consejo ético y la regulación de algunos experimentos biomédicos y La ley sobre fertilización artificial; mientras, en 1988 España generó la Ley sobre técnicas de reproducción asistida.

Desde la década del 90, de acuerdo con el registro que realizan León y Hernández (2019), ha habido un importante número de esfuerzos para legislar en torno al asunto. En el caso de Costa Rica, citan el Decreto Ejecutivo No. 24029-S de 3 de 1995, que fue emitido por el Ministerio de Salud. Este documento estaba dirigido a regular la realización de las técnicas de reproducción asistida In vitro o FIV partiendo de una definición que solo reconocía dentro de las técnicas artificiales aquellas que implicará en la unión del óvulo y el espermatozoide mediante la manipulación directa de las células en un laboratorio.

Las disposiciones del Decreto Ejecutivo No. 24029-S incluían la autorización hacia los profesionales, requisitos sobre el estado civil de los futuros padres, certificaciones y justificativos médicos, entre otros. La Sala Constitucional de Costa Rica declaró la inconstitucionalidad del decreto en el año 2000. Se interpretó que la destrucción o descarte de los embriones durante el proceso de fecundación atenta contra la vida humana, que según la Sala iniciaría en el momento en que el óvulo es fecundado, por lo que las técnicas de reproducción In Vitro quedaron prohibidas en el territorio. Más adelante, en el año 2015, son nuevamente autorizadas bajo el Decreto Ejecutivo No 39210-MP-

S- y se admite la transferencia embrionaria como una técnica que cuenta con aprobación.

En líneas generales, las legislaciones de cada país se han concentrado en arbitrar sobre las controversias y problemas relacionados con las técnicas de reproducción asistida. Como soluciones se suelen proponer el establecer comités éticos, normas para regular los experimentos e investigaciones biomédicas, dictar reglamentos para los profesionales médicos, entre otras. Por consiguiente, estos instrumentos legales frecuentemente suelen estar retrasados con respecto a los avances de la ciencia y no cubren plenamente las necesidades o protegen los intereses de la población.

Si bien las medidas dispuestas pueden ser adaptadas a la realidad del trasplante uterino, no todas ellas resultan efectivas para comprender las implicaciones de la realidad que este tema propone. Por este motivo se han ensayado otras vías para entender otras dimensiones del problema, de allí que se haya trasladado el conflicto al terreno de los derechos sexuales y reproductivos de toda la población. Esta es la dirección que el Ministerio de Salud de Costa Rica ha decidido adoptar en el diseño de sus políticas, de allí que haya decidido seguir lo expresado en el Programa de Acción de Cairo:

Los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decir libre y responsablemente el número de hijos, 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. (Ministerio de Salud, 2011, p. 21)

Costa Rica, asimismo, asume otros documentos que refuerzan la idea de que la salud reproductiva es un derecho humano, como el Protocolo de San Salvador, donde se indica que “toda persona tiene derecho a la salud entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social” (Ministerio de Salud, 2011, p. 17). Se añaden a los anteriores la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, La Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en Contra de la Mujer (CEDAW). Todos documentos en los cuales el derecho a la salud se presenta como un derecho humano. Con ellos desde el Estado se afirma que "Los derechos sexuales y los derechos reproductivos aluden a aspectos vinculados a la salud sexual y reproductiva, a la autodeterminación en el ámbito de la sexualidad y la reproducción, a la integridad corporal, al empoderamiento y a la ciudadanía" (Ministerio de Salud de Costa Rica, 2011, p. 18).

En este contexto, la CEDAW (1979) y la Plataforma de Acción de Beijing (1995) merecen especial atención porque plantean asuntos que atañen directamente a la ley y conminan a los Estados a ofrecer condiciones para el bienestar reproductivo de la mujer. En tal caso, mientras la CEDAW reclama acceso a la atención médica, incluyendo la planificación de la familia, la Plataforma de Acción de Beijing reconoce la reproducción como una parte inalienable, integral e indivisible de los derechos humanos. El plan de Beijing asume "que la atención en salud reproductiva debe contemplar, por lo menos, el asesoramiento, información, educación y comunicación y servicios de planificación familiar; atención al embarazo, el parto y postparto, la prevención y tratamiento adecuado de la infertilidad" (Ministerio de Salud de Costa Rica, 2011, p.22).

Bajo este marco, el trasplante uterino se presentaría como una alternativa viable y segura que permitiría a las mujeres planificar y tomar decisiones sobre su salud reproductiva. No obstante, como ya se mencionó, aún persiste un vacío legal sobre el tema, ya que no ha sido tratado debidamente por parte del Ejecutivo. De esta manera los derechos reproductivos de las mujeres que enfrentan la infertilidad de origen uterino siguen siendo relegados.

Durante este apartado se ha procurado comprender el concepto, las técnicas, implicaciones para la fertilidad y jurisprudencia sobre el trasplante uterino. En este último aspecto se ha hecho énfasis en la manera como este asunto ha sido abordado en Costa Rica. A continuación, se profundizará en los aspectos bioéticos involucrados en el tema.

4.3. Análisis desde la bioética

El trasplante de útero como representación del derecho humano a formar una familia o entendida como una técnica de reproducción asistida, representa un gran debate para la sociedad de la actualidad, puesto que incurren en la discusión de un conjunto de aristas en los que entran cuestiones morales, raciales, éticos, religiosos, culturales, genéticos, entre otros. Como se verá en líneas posteriores de este apartado, se hace mención y explican algunos puntos que resultan relevantes para analizar desde la bioética la adopción de esta técnica reproductiva, el trasplante de útero, como un método de reproducción asistida a la que muchas parejas infértiles pueden optar (Jiménez y González, 2021).

Las técnicas de reproducción asistidas comprenden un conjunto de procedimientos médicos para hacer posible la fecundación humana y de esta manera ayudar a las parejas estériles. Se considera que un 15 % de la población humana presenta esterilidad involuntaria. Es así, que aquellas parejas que presentan este tipo de problemas pueden recurrir a alguna de las técnicas, a saber, maternidad sustitutiva, fecundación In Vitro, inseminación artificial, congelación de embriones o trasplante

uterino.

Esta última es una técnica de reproducción que se vio interrumpida por la aparición de la fecundación In Vitro. Sin embargo, en las últimas décadas se ha vuelto interesante para los investigadores, puesto que dicho método, así como los vientres en alquiler tienen ciertas repercusiones en los gestantes, sobre todo en este último, pues al momento de optar por esta opción, entran en juego otros dilemas, la conexión entre madre e hijo puede incurrir en factores emocionales que derivan en depresión al momento de entregar al bebé, así como otras circunstancias atenuantes.

Los autores Jiménez y González (2021) afirman con respecto a esto que “Las madres de alquiler son un matiz de discusión muy amplia. Incluyen cuestiones legales acerca de quién debe o no hacerse cargo de la custodia legal del niño o acerca de si la gestante tiene algún derecho sobre la crianza de este. Es una práctica que no disfruta de aceptación en todos los países” (p.4).

Es por ello que el trasplante de útero es una alternativa plausible para aquellas personas gestantes que buscan una alternativa en la que puedan ser parte del proceso. En ocasiones, esta opción, dependiendo de la causa de la infertilidad uterina, algunos tratamientos pueden revertir esta condición, esto se debe a los distintos estudios a los que se somete el paciente para optar por el mejor procedimiento, todo ello con la ayuda de un personal calificado. Como afirma Correa (2008) cuando se toma la decisión de comenzar con esta intervención “Dependiendo de la causa de la alteración uterina, algunas pacientes pueden acudir a otros tratamientos para recuperar la fertilidad, sin embargo, la mayoría de las veces la razón es la ausencia de útero o simplemente la falla no es susceptible de ser recogida por otras técnicas (diferentes al trasplante)” (p.328).

Lo cierto es que las técnicas de reproducción asistida siempre han presentado múltiples debates y particularmente el trasplante uterino es una temática que presenta muchos dilemas. En este sentido, Martínez (2008) manifiesta que los mentados dilemas tienen a favor muchos argumentos, puesto que es un procedimiento en el que el paciente participa en todo momento. Además, el aspecto psicológico influye y es determinante en el proceso de gestación. Los argumentos de la parte detractora cuestionan la manera en la que este procedimiento es aplicado, así como a los pacientes que recurren a ella.

Aunado a lo anterior, muchos de los detractores hacen hincapié en que este es un procedimiento contranatural desde lo biológico hasta lo social, puesto que la gestante debe recibir de otra el útero; asimismo, los detractores de la técnica toman en consideración las complicaciones que se puedan tener durante el proceso quirúrgico.

Otra de las posturas que toma en consideración los detractores de esta técnica tiene que ver con las pautas sociales. La noción que se tiene de familia es muy conservadora y esto influye en la

decisión de una pareja una vez se les haya diagnosticado infertilidad, de ubicar otros métodos de reproducción. Por lo general, se espera que con una decisión de este tipo la pareja opte por la adopción, ya que es uno de los métodos más comunes. Sin embargo, los trámites legales en ocasiones hacen de este procedimiento algo muy burocrático y las parejas desisten u optan por la separación.

Otro de los métodos es el vientre de alquiler, este implica un conjunto de elementos que van desde lo físico a lo psicológico, tanto para la madre gestante como a la madre de crianza. Como se dijo en líneas anteriores, este es un procedimiento que trae consecuencias poco agradables para las familias que recurren a él. Además, este es un procedimiento que no se encuentra estipulado o regido por las normativas legales de muchos países, ya que son pocos las naciones que lo tienen en su marco legal.

Es por ello que en las últimas décadas se ha ampliado este concepto de familia, dando cabida a la libertad y diferentes opciones a este tipo de parejas que, por alguna patología, accidente u otro factor son infértiles. También este concepto ha sido ampliado y ha dado espacio a que sectores de la población que han sido discriminados por su condición social o diversidad de género se les ha prohibido su reproducción.

En Chile en el año 2012 se presentó el caso de Atala Riffo y otros contra Chile. Esta contienda judicial se presenta al momento de que a una jueza le quitan la custodia de sus hijas por su orientación sexual, la CIDH tuvo que intervenir, puesto que la orientación sexual no puede ser un principio concluyente en este caso; la custodia o protección de los hijos debe ser revocada si los niños son víctimas de abuso físico, psicológico u otro. Es así que la CIDH interviene en este caso y se plantea bajo esta perspectiva, un concepto de familia en el que ambos padres puedan pertenecer a un mismo género.

Asimismo, la CIDH plantea, a partir de este hecho, el derecho a ser padres a las personas con el mismo género, a no ser discriminados y por ende a ser aceptados en la sociedad, no debe haber una diferencia de trato que se base en la orientación sexual. Con estas nociones la CIDH dictamina que la orientación sexual no actúa como elemento discriminante y que no constituye un elemento atinente al interés superior del niño (Bladilo, De la Torre y Herrera, s/f).

Con respecto a lo anterior, la CADH (citado Bladilo, De la Torre y Herrera, s/f) enuncia 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” (párr. 83). Sobre esa base, se responde que cuando alude a “cualquier condición social”, se incluye a la orientación sexual (p.11).

Es decir, que las diferentes normativas legales, sociales, entre otras deben estar acorde con los tiempos. He allí el por qué el concepto de familia ha tenido que ir evolucionando y ha debido optar

por otros métodos de asistencia, que no es el tradicional, de reproducción. De esta forma se cuestiona ¿cuál es el papel de la bioética en el trasplante uterino? Los trasplantes más allá de colocarla vida en riesgo de la gestante, presenta grados de incertidumbre, las posibilidades que se tienen de abortar o de que el feto venga con alguna mal formación.

De esta manera la bioética es un campo en el que se reflexiona y analizan algunos aspectos para poder ver hacia el desarrollo humano. En así, como en este proceso se tendría que tener en consideración el derecho de las personas a tener una familia. Este es uno de los aspectos que se encuentra referidos en la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos, citado por Bladilo, De la Torre y Herrera, ya que en su Artículo 2 establece que “Promover el respeto de la dignidad humana y proteger los derechos humanos, velando por el respeto de la vida de los seres humanos y las libertades fundamentales, de conformidad con el derecho internacional relativo a los derechos humanos (p.3)” son sus principales objetivos.

Es por esta razón, que cada técnica que se instituya en pro de los beneficios de la libertad reproductiva constituye derechos inalienables e inherentes así ser humano. Los defensores de este tipo de reproducción no se presentan como guardianes de los límites de la moralidad o como vanguardistas en sociedades retrógradas, sino como promotores de una reflexión e interpretación adecuadas. Los defensores de esta postura plantean que esta técnica da respuesta a una problemática que aqueja a un gran porcentaje de la sociedad.

Gamboa (2008) plantea que:

La presión que la sociedad imprime a la comunidad científica para que dé solución a los problemas inéditos —a veces solo supuestos problemas— que se van presentando. El pretendido “derecho a los hijos”, que desde mediados del siglo pasado llevó a que se empezaran a desarrollar técnicas de reproducción asistida (TRA), tiene ahora otro logro científico: el nacimiento de una niña de una madre a quien le fue trasplantado el útero. (pp. 103-104)

Es decir, que la misma sociedad en su constante evolución ha permitido que las personas que fueron discriminados por su orientación sexual o por recurrir a otros métodos, así como los que yacían sin esperanzas de tener hijos, vean en esta técnica una forma de alcanzar sus sueños. En vista de lo anterior, cada persona, en función de sus características, origen y circunstancias socioeconómicas puede optar por un método reproductivo, puesto que se encuentra en todo su derecho.

Todo lo anterior se relaciona con los cuatro principios bioéticos, a saber: el primero consiste en la justicia, es decir que debe haber una distribución equitativa de las cargas, así como de los beneficios para todas las acciones que realizan las personas; el segundo, tiene que ver con la no

maleficencia, esto significa que no se debe hacer daño y, si es necesario, este bajo ningún motivo debe ser para conseguir algún beneficio y debe ser siempre un bien superior al daño causado; el tercer principio rige la autonomía, lo cual significa que debe haber un respeto por todas las decisiones que las personas toman, es decir no debe haber coacción de ninguna índole; el cuarto principio radica en la beneficencia, es decir el compromiso que se adquiere de hacer el bien.

El principio de autonomía señala que todas las personas en edad adulta son conscientes de su ser, por lo que tienen todo el derecho a decidir sobre su vida y su salud. Es decir, que sus elecciones y decisiones deben ser respetadas. Sin embargo, este principio crea polémica, puesto que no todos logran coincidir en un tema. Para algunos, realizar un trasplante uterino atenta contra los principios divinos de la reproducción humana, sobre todo porque la persona recibe de un donador un órgano. Este es otro factor discordante, ya que los trasplantes son vistos como una invasión al cuerpo del otro, además en el caso del donador muchos de los familiares están en desacuerdo en fragmentar el cuerpo de sus seres queridos.

La autonomía es un principio relativo, si bien se habla de que rompe las leyes antinaturales, hay otros que ven en este procedimiento la única forma de alcanzar su realización, al ser padres. Por lo general, los pacientes que presentan este tipo de patología de infertilidad y cuya única solución es un trasplante uterino se someten a dicho procedimiento. Esto se debe a que se respeta la voluntad del paciente sobre otros factores que también deberán considerarse. Claro está que todo va en consonancia con la valoración que brinda el profesional médico, sobre su propia voluntad.

En cuanto al principio de no maleficencia se aplica a cualquier intervención médica, sin embargo, la experimentación puede jugar un factor importante. En este caso el trasplante uterino, no se encuentra en las primeras fases de estudio, ya que se han realizado varios y hasta la fecha algunos con excelentes resultados. Sin embargo, al estar todavía en el perfeccionamiento de las técnicas a emplear o empleadas, es un principio que en el que los posibles daños que se ocasionen, nunca deben atentar contra la integridad del paciente. Los efectos secundarios o daños colaterales deben ser como consecuencia inesperada, mas no como un hecho para alcanzar un fin.

Otro de los principios en la bioética habla sobre la justicia, este consiste en dar a cada uno lo que le corresponde. Cada persona tiene el derecho a la reproducción y la ciencia o el campo médico debe proveer de herramientas necesarias para alcanzar tal fin, sin embargo, al hablarse de trasplante uterino es un principio un tanto complejo. Esto se debe a que el acceso, los recursos médicos y los especialistas son pocos y es un procedimiento riesgoso. Aunque todos deben tener acceso a esta técnica, todavía se encuentra en un proceso de innovación y mejoramiento. Para con ello atender debidamente las necesidades crecientes de la población que se encuentra en búsqueda de procedimientos de fertilidad.

Los cuatro principios anteriores buscan crear una sinergia entre los marcos legales, sobre todo, cuando se refieren a aspectos éticos, morales y humanos que se relacionan con aspectos científicos y tecnológicos. Es por ello, que en una temática tan compleja como el trasplante de útero entra en juego diferentes aristas. Uno de ellos, ya se ha planteado con anterioridad y es el factor familia, una noción de familia como núcleo de acuerdo a los principios de siglos pasados no tiene cabida, ya lo planteaba Bladilo, De la Torre y Herrera al citar la normativa de la CADH en líneas anteriores.

Además, de los principios antes descritos hay autores que incluyen un quinto y es el principio de la proporcionalidad (Jiménez y González, 2021). Este tiene que ver con el criterio de relación que existe entre el beneficio y el daño. Es decir, que actúa como un elemento controlador y regulador de los principios de beneficencia y no maleficencia. Se debe tener en consideración este sentido para alcanzar el equilibrio entre los elementos, por ello los teóricos suelen colocarlo como un principio regulador.

Otro elemento que surte un efecto detractor es que, hasta la fecha, de los casos conocidos de trasplante de útero muchos de estos han sido de donantes fallecidos y en ocasiones el embarazo no llega a término y la madre presenta complicaciones durante la gestación y en el parto. Con esto se consolida el principio de que el bien que se quiere lograr bajo ninguna circunstancia debe poner en riesgo la vida o la salud de una persona. Se supone que los avances científicos van en pro de la humanidad, no experimentando y haciendo daño.

Otro de los principios que rige la bioética y que se encuentra ligado al marco legal de organismos internacionales es el de autonomía. Todas las personas sin importar condición alguna deben poseer su libertad de reproducción, por lo que no pueden ser discriminados por su orientación sexual, raza o condición socioeconómica. Aunque, también, se encuentra el hecho de que las otras personas merecen respeto y valoración.

La técnica de trasplante uterino visto desde la bioética se presenta como una solución, que, aunque se encuentra en mejorar y perfeccionar los diferentes procedimientos, a los problemas de infertilidad que presentan las distintas parejas gestantes. Es una técnica que acepta donantes, pueden estar vivos o muertos, aún no hay una normativa legal establecida, ya que son pocos los países que en los que este procedimiento es legal se espera que en los próximos años muchas naciones lo discutan en sus diferentes pautas legales.

Esta técnica presenta otros cuestionamientos que tienen que ver con la noción clásica de fecundación, es decir que los niños deben ser fruto del amor de padres y no de alteraciones o procedimientos técnicos, médicos y biológicos. Esta concepción de los detractores de la técnica del trasplante uterino parte del hecho de que el ser humano no se debe reducir a un simple objeto en el

que se cambian partes dañadas, sino que debe haber humanidad en todo el proceso de fecundación.

Ante esta realidad de los procesos de reproducción asistida las sociedades actuales se debaten en una profunda crisis de sentido. Esto debido a que los procedimientos que se utilizan son cada vez más tecnológicos, lo que pone en un serio dilema el discernimiento humano y un futuro incierto a las nuevas generaciones, que apenas vislumbran sus impredecibles consecuencias para la humanidad.

Con anterioridad se hacía referencia al caso chileno de la jueza lesbiana a la que habían quitado la custodia de sus hijos; en este caso la discriminación de la que fue víctima viola todos los principios bioéticos que se han mencionado, puesto que todos tienen derecho a la reproducción sin importar su orientación sexual, raza o condición socioeconómica. Este es un caso que marca precedente y en vista que en la sociedad costarricense se han estado evaluando la posibilidad de cambiar la normativa y darle cabida a esa población que hasta ahora ha sido discriminada, permitiendo a este sector optar por la custodia o guarda de hijos o parientes.

Asimismo, no solo la creación de instrumentos jurídicos internacionales en materia de bioética han contribuido a que el panorama se amplíe de mejor manera. Es así que se tiene “La declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (1997)”, “Declaración Internacional sobre los datos Genéticos Humanos (2003)”, “Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos DUBDH (ONU, 2005)”, el “Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina (1997) y el “Código de Ética Médica de Núremberg (1947)”. Mucha de esta normativa procura regular todas aquellas investigaciones y experimentos que puedan ir en contra de los principios básicos de la bioética.

Es importante destacar que en la medida en que los avances se producen en genética o biomedicina, la comunidad científica cuestiona cada procedimiento, por lo que los instrumentos jurídicos se actualizan de acuerdo con el contexto social y no permite que las investigaciones y experimentaciones atenten contra la vida de los seres humanos. Esto se debe a que la bioética y la jurisprudencia mantienen una relación intrínseca en la que entra en juego la comprensión de la salud, el futuro de la biomedicina, bienestar humano y Derechos Humanos.

Se debe destacar también el hecho de que las técnicas de reproducción asistida, en este caso el trasplante uterino, no cuentan con una regulación estipulada, sino que las regulaciones que existen, bien sean nacionales o internacionales, todavía son imprecisa. Lo anterior se debe a que las leyes, por lo general no avanzan al mismo ritmo que los avances científicos o de la sociedad, lo que hace más complejo sus resoluciones y en algunos casos, como el de la jueza chilena, existan vacíos legales.

4.4. Análisis de Resultados de Entrevista

Tabla 1

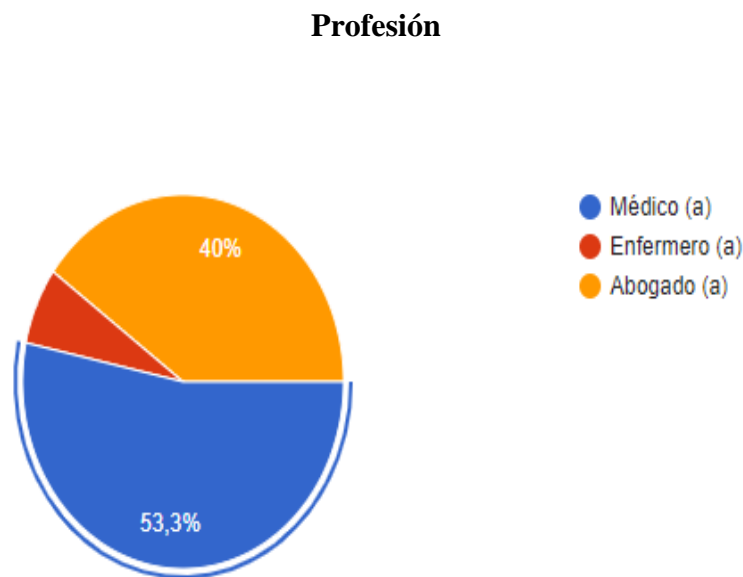
Profesión u ocupación de los Entrevistados

Profesión u ocupación de los Entrevistados		
Indicador	Valor Absoluto	Valor Relativo
Médico	8	53.3 %
Enfermero (a)	1	6.7 %
Abogado (a)	6	40 %
Total General	15	100 %

Fuente: Elaboración propia de la investigación. Instrumento aplicado a profesionales relacionados con el tópico.

Figura 1

Profesión



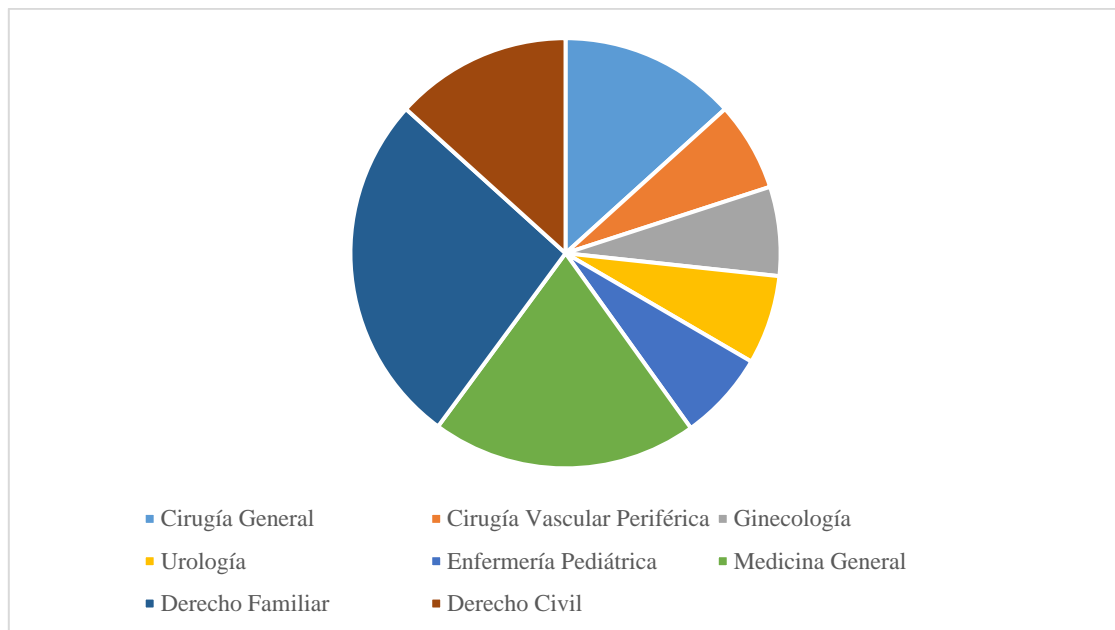
Fuente: Elaboración propia de la investigación, a partir de instrumento aplicado.

Como puede evidenciarse, fueron entrevistadas quince personas profesionales de distintas áreas de la salud y del Derecho, de los cuales ocho de ellos fueron médicos, lo que representa un 53.3 % del total, con el porcentaje más alto de los cuestionados. Seis profesionales en Derecho, lo que se traduce en un 40 % y un profesional en Enfermería, que representó el 6.7 % de la muestra total.

Tabla 2*Especialidad Profesional de los Entrevistados*

Especialidad Profesional de los Entrevistados		
Indicador	Valor Absoluto	Valor Relativo
Cirugía General	2	13.3 %
Cirugía Vascular Periférica	1	6.7 %
Ginecología	1	6.7 %
Urología	1	6.7 %
Enfermería Pediátrica	1	6.7 %
Medicina General	3	20 %
Derecho Familiar	4	26.6 %
Derecho Civil	2	13.3 %
Total General	15	100 %

Fuente: Elaboración propia de la investigación. Instrumento aplicado a profesionales relacionados con el tópico.

Figura 2*Especialidad Profesional***Especialidad Profesional**

Fuente: Elaboración propia de la investigación, a partir de instrumento aplicado.

Del total de profesionales entrevistados, cuatro de estos correspondieron a abogados (as) especialistas en el Derecho de Familia, lo que representa un 26.6 % de la muestra; tres médicos

generales, para un total de 20 % de la totalidad; dos médicos especialistas en Cirugía General y dos abogados (as) especialidades en Derecho Civil, lo que se traduce en un 13.3 % para cada grupo de entrevistados; un médico especialista en Cirugía Vascular Periférica, un médico ginecólogo, un médico urólogo y una enfermera pediátrica, para un 6.7 % del total de la muestra en representación de cada grupo.

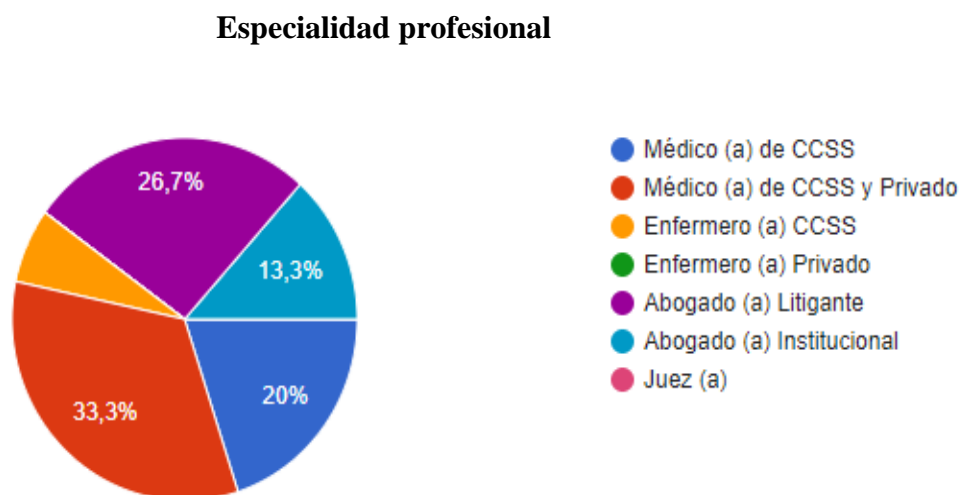
Tabla 3. *Condición laboral de los entrevistados*

Condición Laboral de los Entrevistados		
Indicador	Valor Absoluto	Valor Relativo
Médico de CCSS	3	20 %
Médico CCSS y Privado	5	33.3 %
Enfermero CCSS	1	6.7 %
Abogado Litigante	4	26.7 %
Abogado Institucional	2	13.3 %
Total General	15	100 %

Fuente: Elaboración propia de la investigación. Instrumento aplicado a profesionales relacionados con el tópico.

Figura 3

Especialidad profesional



Fuente: Elaboración propia de la investigación, a partir de instrumento aplicado.

De la muestra total de profesionales entrevistados, cinco de ellos se desempeñan como médicos mixtos, es decir, laboran tanto para la Caja Costarricense del Seguro Social como para la Medicina privada, lo que representó un 33.3 %; cuatro de ellos se desempeñan como abogados de litigio privado, lo que equivale a un 26.7 %; tres únicamente ejercen como médicos de la Caja

Costarricense del Seguro Social, dos correspondieron a abogados institucionales, para un 13.3 %; y por último, una enfermera de la CCSS, lo que se traduce en un 6.7 %.

Tabla 4

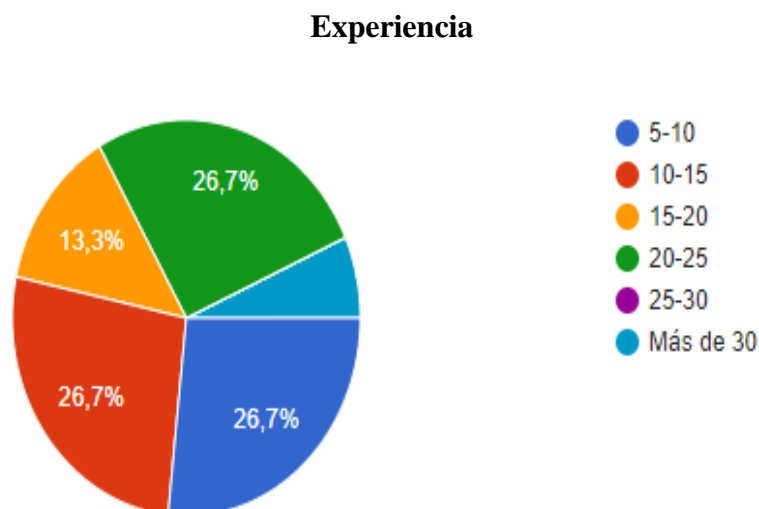
Experiencia de los entrevistados

Experiencia de los Entrevistados		
Indicador	Valor Absoluto	Valor Relativo
5-10 años	4	26.7 %
10-15 años	4	26.7 %
15-20 años	2	13.3 %
20-25 años	4	26.7 %
25-30 años	0	0 %
30 años o más	1	6.7 %
Total General	15	100 %

Fuente: Elaboración propia de la investigación. Instrumento aplicado a profesionales relacionados con el tópico.

Figura 4

Experiencia



Fuente: Elaboración propia de la investigación, a partir de instrumento aplicado.

De la muestra total de profesionales entrevistados, cuatro de ellos cuentan con una experiencia que oscila entre los cinco a los diez años de desempeño profesional, lo que representó un 26.7 %; cuatro de ellos se poseen una experiencia entre los diez hasta los quince años, lo que equivale a un 26.7 %; cuatro de los mismos, tienen una experiencia que ronda entre los veinticinco a treinta años de carrera, lo que corresponde a un 26.7 %; y por último, únicamente uno de los entrevistados posee más de treinta años de experiencia, para un 6.7 % de la muestra total.

Tabla 5*Conocimiento sobre el trasplante uterino*

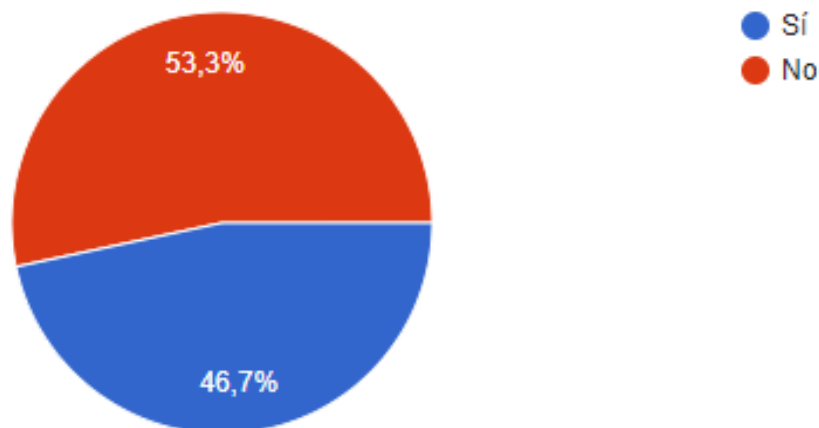
Conocimiento sobre el trasplante uterino		
Indicador	Valor Absoluto	Valor Relativo
Sí	7	46.7 %
No	8	53.3 %
Total General	15	100 %

Fuente: Elaboración propia de la investigación. Instrumento aplicado a profesionales relacionados con el tópico.

Figura 5

¿Conoce usted el procedimiento médico de Trasplante Uterino?

¿Conoce usted el procedimiento médico de Trasplante Uterino?



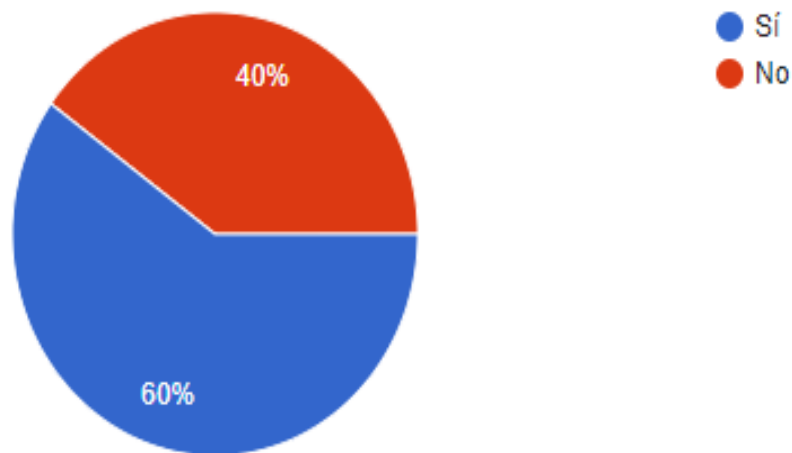
Fuente: Elaboración propia de la investigación, a partir de instrumento aplicado.

Se cuestionó en cuanto al conocimiento sobre el procedimiento médico de trasplante uterino, de lo que resultó que siete de ellos conocían al respecto, lo que se traduce en un 46.7 %; y un 53.3 %, es decir ocho de los cuestionados, manifestaron no conocer sobre esta técnica médica.

Tabla 6*Fines del trasplante uterino*

Fines del Trasplante Uterino		
Indicador	Valor Absoluto	Valor Relativo
Sí	9	60 %
No	6	40 %
Total General	15	100 %

Fuente: Elaboración propia de la investigación. Instrumento aplicado a profesionales relacionados con el tópico.

Figura 6*¿Conoce usted los fines del trasplante uterino?***¿Conoce usted los fines del trasplante uterino?**

Fuente: Elaboración propia de la investigación, a partir de instrumento aplicado.

Se cuestionó en cuanto al conocimiento sobre los fines del trasplante uterino, de lo que resultó que nueve de los entrevistados conocían al respecto, o sea un 60 %; y, un 40 %, es decir seis de los cuestionados, manifestaron no conocer la finalidad de esta técnica médica.

Tabla 7

¿Se justifica el procedimiento para mujeres que ya son madres?

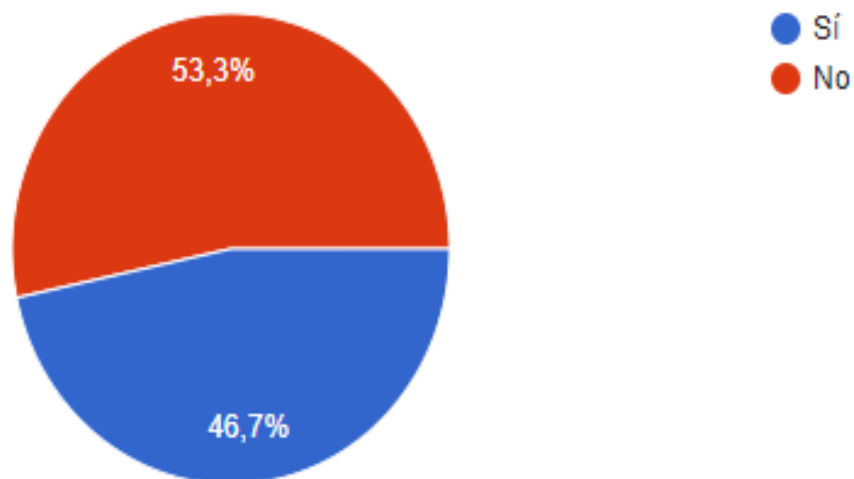
¿Se justifica el procedimiento para mujeres que ya son madres?		
Indicador	Valor Absoluto	Valor Relativo
Sí	7	46.7 %
No	8	53.3 %
Total General	15	100 %

Fuente: Elaboración propia de la investigación. Instrumento aplicado a profesionales relacionados con el tópico.

Figura 7

¿Se justifica el procedimiento para mujeres que ya son madres?

¿Se justifica el procedimiento para mujeres que ya son madres?



Fuente: Elaboración propia de la investigación, a partir de instrumento aplicado.

Se cuestionó en cuanto a si es justificado practicar el procedimiento de trasplante uterino en mujeres que ya han sido madres, de lo que resultó que ocho de ellos manifestó que no se justifica, lo que se traduce en un 53.3 %; y un 46.7 % es decir siete de los cuestionados, manifestaron sí considerar justificado la aplicación de dicho procedimiento médico a mujeres que ya han sido madres.

Tabla 8*Consideración Bioética del trasplante uterino*

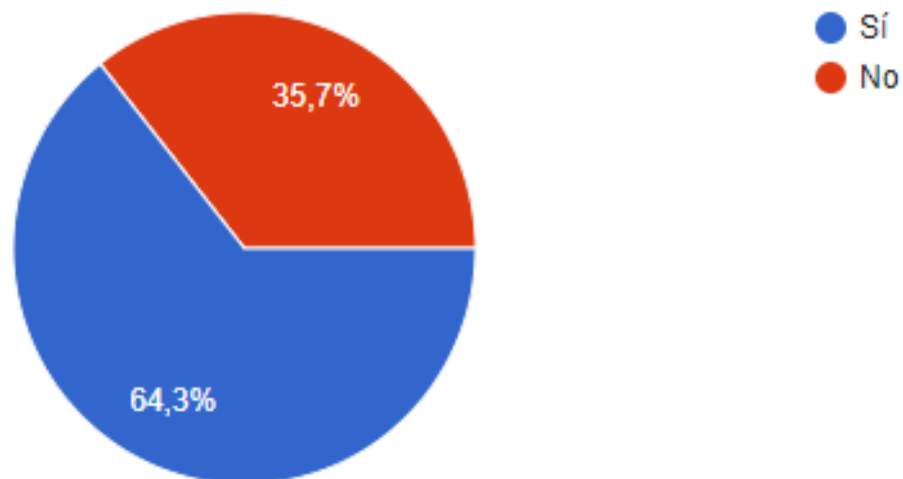
Consideración Bioética del Trasplante Uterino		
Indicador	Valor Absoluto	Valor Relativo
Sí	10	64.3 %
No	5	35.7 %
Total General	15	100 %

Fuente: Elaboración propia de la investigación. Instrumento aplicado a profesionales relacionados con el tópico.

Figura 8

¿Tiene el Trasplante de útero una consideración Bioética de peso?

¿Tiene el Trasplante de útero una consideración Bioética de peso?



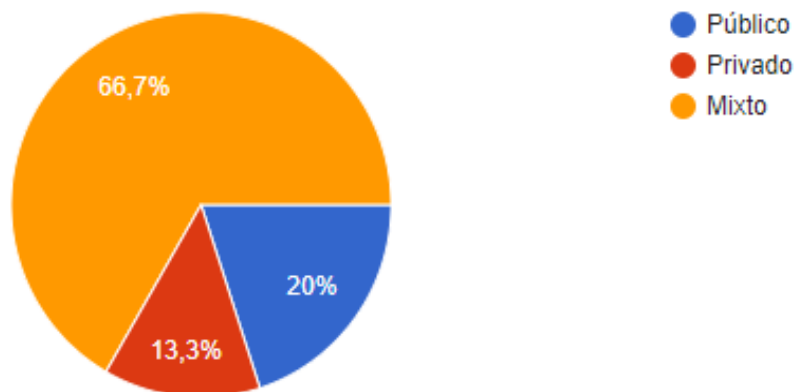
Fuente: Elaboración propia de la investigación, a partir de instrumento aplicado.

Se cuestionó en cuanto a si es el trasplante uterino tiene o no, una consideración Bioética de peso, de lo que resultó que diez de ellos manifestó que sí la tiene, lo que se traduce en un 64.3 %; y un 35.7 %, es decir cinco de los cuestionados y cuestionadas, manifestaron que no la tiene.

Tabla 9*Financiamiento del proyecto médico en Costa Rica*

Financiamiento del Proyecto Médico en Costa Rica		
Indicador	Valor Absoluto	Valor Relativo
Público	3	20 %
Privado	2	13.3 %
Mixto	10	66.7 %
Total General	15	100 %

Fuente: Elaboración propia de la investigación. Instrumento aplicado a profesionales relacionados con el tópico.

Figura 9*Financiamiento del Proyecto Médico en Costa Rica***Financiamiento del Proyecto Médico en Costa Rica**

Fuente: Elaboración propia de la investigación, a partir de instrumento aplicado.

De la muestra total de profesionales entrevistados, diez de ellos refirieron que el método de financiamiento de una posible aprobación del trasplante uterino en Costa Rica debía ser mixto, lo que representó un 66.7 %, tres de ellos manifestaron que debía ser absolutamente público, lo que equivale a un 20 % y dos de los mismos indicaron que debía ser absolutamente, lo que corresponde a un 13.3 %.

Tabla 10

¿De ser considerada su aprobación, tendría que reglarse por ley especial (Reserva de ley) o bastaría únicamente con una reforma al Decreto Ejecutivo No 24029-S?

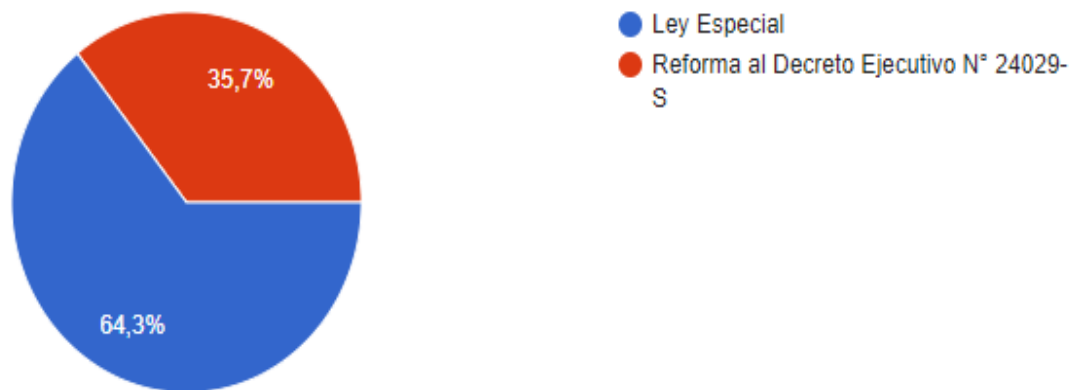
¿De ser considerada su aprobación, tendría que reglarse por ley especial (Reserva de ley) o bastaría únicamente con una reforma al Decreto Ejecutivo No 24029-S?		
Indicador	Valor Absoluto	Valor Relativo
Ley Especial	10	64.3 %
Reforma al Decreto Ejecutivo No. 24029-S	5	35.7 %
Total General	15	100 %

Fuente: Elaboración propia de la investigación. Instrumento aplicado a profesionales relacionados con el tópico.

Figura 10

¿De ser considerada su aprobación, tendría que reglarse por ley especial (Reserva de ley) o bastaría únicamente con una reforma al Decreto Ejecutivo No 24029-S?

¿De ser considerada su aprobación, tendría que reglarse por ley especial (Reserva de ley) o bastaría únicamente con una reforma al Decreto Ejecutivo No 24029-S?



Fuente: Elaboración propia de la investigación, a partir de instrumento aplicado 2021.

De la muestra total de profesionales entrevistados, diez de ellos refirieron que, de ser considerada la aprobación del trasplante uterino en Costa Rica, la misma debía por reserva de ley, normarse en ley especial, lo que representó un 64.3 %, cinco de ellos, manifestaron que debía ser por reforma al decreto ya existente, lo que equivale a un 35.7 %.

Tabla 11

¿Cree usted que sea viable el trasplante uterino únicamente con donadoras vivas en edad post menopáusica?

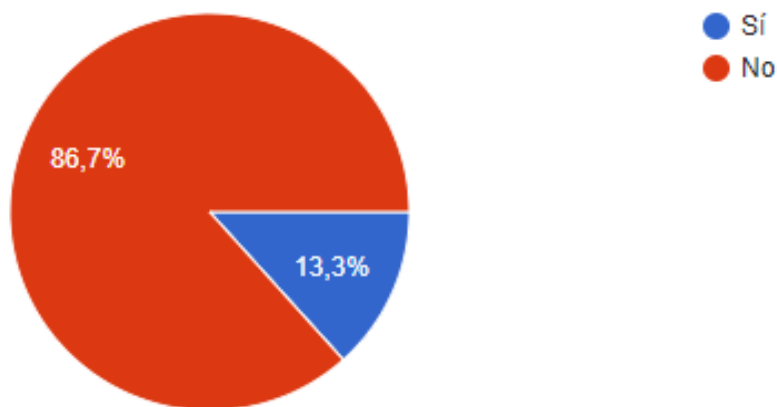
¿Cree usted que sea viable el trasplante uterino únicamente con donadoras vivas en edad post menopáusica?		
Indicador	Valor Absoluto	Valor Relativo
Sí	2	13.3 %
No	13	86.7 %
Total General	15	100 %

Fuente: Elaboración propia de la investigación. Instrumento aplicado a profesionales relacionados con el tópico.

Figura 11

¿Cree usted que sea viable el trasplante uterino únicamente con donadoras vivas en edad post menopáusica?

¿Cree usted que sea viable el trasplante uterino únicamente con donadoras vivas en edad post menopáusica?



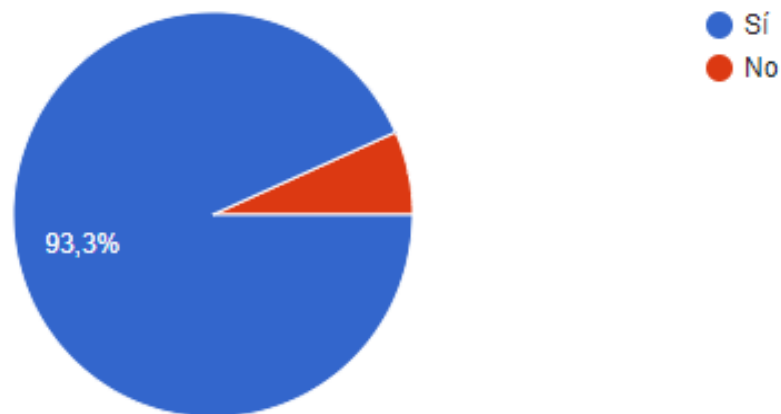
Fuente: Elaboración propia de la investigación, a partir de instrumento aplicado 2021.

Se cuestionó sobre la viabilidad de que únicamente el trasplante uterino sea practicado con donadoras vivas y estas necesariamente se encuentren en una etapa post menopáusica, de lo que el 86.7 % de los entrevistados, trece de ellos, manifestaron que no debía considerarse esa etapa de la mujer como la única viable para ser donadoras; y dos de los cuestionados, es decir un 13.3 %, indicó que sí lo era.

Tabla 12*Viabilidad de donadoras con muerte cerebral*

Viabilidad de donadoras con muerte cerebral		
Indicador	Valor Absoluto	Valor Relativo
Sí	14	93.3 %
No	1	6.7 %
Total General	15	100 %

Fuente: Elaboración propia de la investigación. Instrumento aplicado a profesionales relacionados con el tópico.

Figura 12*Viabilidad de donadoras con muerte cerebral***Viabilidad de donadoras con muerte cerebral**

Fuente: Elaboración propia de la investigación, a partir de instrumento aplicado 2021.

Se cuestionó sobre la viabilidad de que mujeres con muerte cerebral pudieran ser donadoras de útero, de lo que el 93.3 % de los entrevistados, sean estos catorce de ellos, manifestaron que sí podrían serlo, y uno de los cuestionados, es decir un 6.7 %, indicó que no podría.

Tabla 13

¿En caso de donadoras cadavéricas, cuales considera usted deben ser los elementos valorados para ser establecidas como donantes de útero?

¿En caso de donadoras cadavéricas, cuales considera usted deben ser los elementos valorados para ser establecidas como donantes de útero?		
Ítem	Reactivo	Análisis
13	Condiciones Médicas	Edad Condición del cadáver
13	Condiciones Médicas	Antecedentes genéticos
13	Condiciones Médicas	1. Que la persona donante haya dejado en vida el consentimiento de donar su útero una vez fallecida. 2. No proceda en caso de que la persona donante tenga o haya tenido cáncer de útero o mama o que familiares cercanos hayan tenido esa enfermedad.
13	Condiciones Médicas	Debe mediar el consentimiento previo, manifestación de ser donante
13	Condiciones Médicas	La voluntad de donador de órganos
13	Condiciones Médicas	Edad y paridad de la donante
13	Condiciones Médicas	Edad, Comorbilidades, causa de muerte
13	Condiciones Médicas	Condiciones médicas
13	Condiciones Médicas	Condición previa al deceso
13	Condiciones Médicas	Cualquier persona con muerte cerebral que desee donar órganos
13	Condiciones Médicas	Sin enfermedades en el sistema reproductor
13	Condiciones Médicas	Edad, patologías
13	Condiciones Médicas	Solo muerte cerebral
13	Condiciones Médicas	Antecedentes de la donadora, condiciones infecciosas de la donadora (virus Papiloma humano, por ejemplo y estudios de tamizaje ginecológicos completos para asegurar grado de seguridad para la paciente receptora), los estudios inmunológicos propios del proceso, que las condiciones del útero como parte del protocolo de mantenimiento de órganos una vez hecho el diagnóstico de muerte cerebral y que al trasplantar sean adecuadas para evitar poner en riesgo a la receptora o al potencial producto.
13	Condiciones Médicas	Condiciones médicas

Fuente: Elaboración propia de la investigación, a partir de instrumento aplicado 2021.

En este caso, la variable más constante que ha sido identificada, según el estudio del análisis realizado por los profesionales entrevistados, son los antecedentes médicos de las donadoras y las condiciones de su muerte, por tratarse de donantes cadavéricas. En ese sentido, se deben valorar las condiciones infecciosas de la posible donadora, a través de estudios inmunológicos que permitan descartar este tipo de condiciones infecciosas. En esa misma línea, se recomendó el estudio a través de tamizajes ginecológicos que permitan descartar la existencia del virus del Papiloma Humano o cualquier otra enfermedad sexual que permita concluir que el útero se encuentra desmejorado por estas condiciones.

Tabla 14

¿Considera usted que el garantizar el trasplante uterino en Costa Rica, consagra los límites constitucionales del respeto a la libertad sexual, a la salud y la vida?

¿Considera usted que el garantizar el trasplante uterino en Costa Rica, consagra los límites constitucionales del respeto a la libertad sexual, a la salud y la vida?		
Ítem	Reactivo	Análisis
14	Límites Constitucionales	Si
14	Límites Constitucionales	Si
14	Límites Constitucionales	Es derecho de cualquier mujer ser madre
14	Límites Constitucionales	Si de alguna manera se puedo lograr ser madre se debe luchar por ello
14	Límites Constitucionales	Es una oportunidad más
14	Límites Constitucionales	Según nuestra constitución política la vida humana es un derecho fundamental de todo ser humano. Existen mujeres con deseos de procrear hijos y tener una familia, sin embargo, ese deseo se puede ver limitado por complicaciones genéticas o enfermedades en su útero. Considero que negar ese derecho debería ser considerado un acto inconstitucional.
14	Límites Constitucionales	Si garantiza el derecho a la vida, consagrado en la Constitución Política
14	Límites Constitucionales	Al ser una práctica en desarrollo, evidentemente pone en riesgo la vida de la mujer, además del consumo de medicación. Sin embargo, si la acción es a modo natural y desde la viabilidad para la mujer más que como derecho un don que es la maternidad. Desde la moral, la dificulta esta con la FIV y los embriones desechados.
14	Límites Constitucionales	No lo creo por la desinformación actual
14	Límites Constitucionales	Como somos un país de derecho, esta técnica puede venir a resolver un problema de salud, lo que puede garantizar una buena relación intrafamiliar, y de beneficio social.
14	Límites Constitucionales	No
14	Límites Constitucionales	Edad, patologías
14	Límites Constitucionales	Todos tienen derecho a formar una familia, si los métodos son viables y acordes a los derechos fundamentales de ambas partes
14	Límites Constitucionales	Siempre y cuando se responda a las condiciones, normas y protocolos de la bioética lo va a consagrar.
14	Límites Constitucionales	Si, toda persona tiene derecho a formar una familia

Fuente: Elaboración propia de la investigación, a partir de instrumento aplicado.

En esta oportunidad, se logró deducir que, la posición de todos los entrevistados, radico en concluir que, en efecto, la aprobación del Trasplante Uterino, a mayor abundamiento, garantizaría el derecho de aquellas personas que, por distintas razones de corte médico, no puedan tener hijos, a formar una familia. En ese orden de ideas, a juicio de los cuestionados, la constitucionalidad de un futuro proyecto de ley que permita la implementación de del TU en Costa Rica, no podría ser objeto desde el punto de vista Constitucional y de Derechos Humanos, sino que más bien, sería un avance en la defensa de los derechos sexuales y el derecho a formar una familia, en un país abiertamente declarado como Constitucionalista y respetuoso de los Derechos Humanos.

Tabla 15

¿Cómo debiera ser la implementación de esta técnica de reproducción asistida en Costa Rica?

¿Como debiera ser la implementación de esta técnica de reproducción asistida en Costa Rica?		
Ítem	Reactivo	Análisis
15	Técnica de TU	Lo primero es la preparación académica del personal responsable
15	Técnica de TU	Bajo ley especial
15	Técnica de TU	Por medio de una Ley Especial debido a que la ley especial tiene prevalencia sobre la Ley General. Por otra parte, debería ser implementado en situaciones específicas, valorando cada caso en particular con su respectivo historial clínico o dictámenes médicos que puedan corroborar la incapacidad de la mujer para poder concebir un hijo. Y su deseo para lograrlo. Realizar estudio socioeconómico a cada caso concreto.
15	Técnica de TU	Debe contar con la supervisión de una comisión de profesionales en el área, con total transparencia, además de garantes del debido proceso
15	Técnica de TU	Gradualmente
15	Técnica de TU	Debe ser normada por ley especial, y creada por especialistas en el tema,
15	Técnica de TU	Lo primero es la preparación académica del personal responsable
15	Técnica de TU	Con un protocolo hecho por un comité para la confección del mismo
15	Técnica de TU	Normada
15	Técnica de TU	Por equipo multidisciplinario preparado en ese campo
15	Técnica de TU	Debe de llevar un análisis profundo de logística, bioética, balance de riesgo/beneficio muy justificado, si realmente se justifica, entre otros puntos a revisar
15	Técnica de TU	Reserva de Ley
15	Técnica de TU	Cronológicamente
15	Técnica de TU	Reglado
15	Técnica de TU	Bajo ley especial

Fuente: Elaboración propia de la investigación, a partir de instrumento aplicado.

Tabla 16

¿Es necesaria la aprobación de esta técnica de reproducción asistida en Costa Rica?

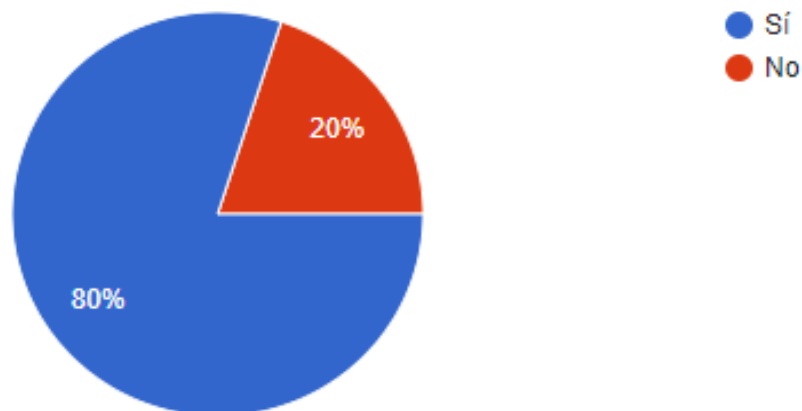
¿Es necesaria la aprobación de esta técnica de reproducción asistida en Costa Rica?		
Indicador	Valor Absoluto	Valor Relativo
Sí	12	80 %
No	3	20 %
Total General	15	100 %

Fuente: Elaboración propia de la investigación. Instrumento aplicado a profesionales relacionados con el tópico.

Figura 13

¿Es necesaria la aprobación de esta técnica de reproducción asistida en Costa Rica?

¿Es necesaria la aprobación de esta técnica de reproducción asistida en Costa Rica?



Fuente: Elaboración propia de la investigación, a partir de instrumento aplicado.

Se cuestionó sobre la necesidad de que el TU sea aprobado en Costa Rica como una técnica de reproducción asistida, de lo que el 80 % de los entrevistados, sean estos doce de ellos, manifestaron que sí es necesario y tres de los cuestionados, es decir un 20 %, indicó que no sería necesaria tal aprobación.

Tabla 17

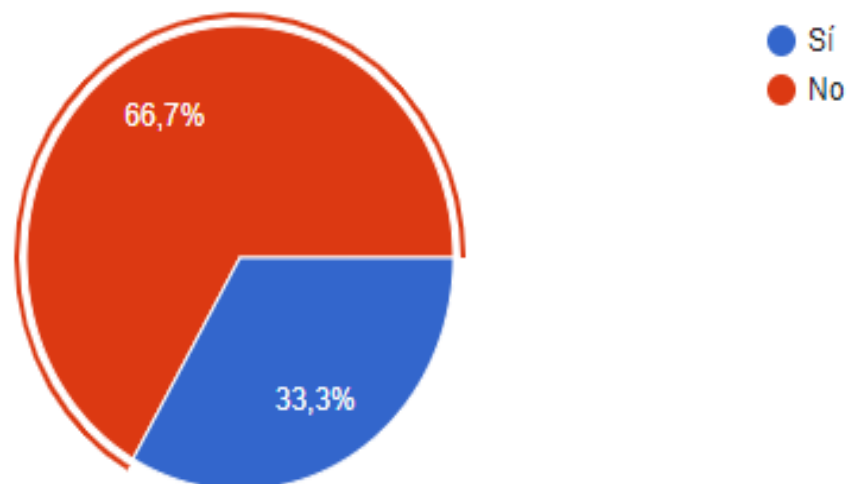
¿Es urgente la aprobación de esta técnica de reproducción asistida en Costa Rica?

¿Es urgente la aprobación de esta técnica de reproducción asistida en Costa Rica?		
Indicador	Valor Absoluto	Valor Relativo
Sí	5	33.3 %
No	10	66.7 %
Total General	15	100 %

Fuente: Elaboración propia de la investigación. Instrumento aplicado a profesionales relacionados con el tópico.

Figura 14

¿Es urgente la aprobación de esta técnica de reproducción asistida en Costa Rica?



Fuente: Elaboración propia de la investigación, a partir de instrumento aplicado.

El gráfico anterior muestra los resultados cuando se cuestionó sobre la urgencia de que el TU sea aprobado en Costa Rica, como una técnica de reproducción asistida, de lo que el 66.7 % de los entrevistados, es decir diez de ellos, manifestaron que no es urgente y cinco de los cuestionados, es decir un 33.3 %, indicó que sí lo es.

Capítulo V: Conclusiones

La infertilidad es un problema que afecta a gran parte de la población y, a pesar de que existe la adopción como una alternativa, muchas parejas buscan otras opciones. Una de ellas es la reproducción asistida basada en el método de trasplante de útero; este es un procedimiento que se realiza mediante la donación de un útero sano a una persona gestante, el donante puede estar muerto o vivo. El receptor del órgano debe pasar por una serie de estudios clínicos que permitan al equipo de especialista realizar la intervención.

Ahora bien, se debe tener presente que un trasplante no es una cuestión menor, ya que implica que la receptora quede sometida a ciertas condiciones que cambian su vida para siempre, tales como la inmunodepresión. Es por ello que esta técnica de reproducción asistida abre debates distintos a las hasta ahora conocidas, pero también procura atender a una población que hasta el momento consideraba vedada su posibilidad de concebir a un hijo. Esto por cuanto, se recuerda que del 15 % que se ha mencionado que sufren problemas de fertilidad, el 4 % tiene patologías uterinas que le impiden llevar a cabo un embarazo viable. Frente a estas patologías, la única opción posible es la reproducción asistida a través de un trasplante uterino.

Las técnicas de reproducción asistida incluyen un conjunto de procesos y procedimientos que operan sobre diversos campos del saber científico e impactan sobre diferentes ámbitos del quehacer público, de allí que se hayan desarrollado normativas civiles, penales y sanitarias que le involucran.

En Costa Rica, al igual que en muchos países, la práctica del trasplante de útero no cuenta con una legislación exclusiva que le proporcione un marco ajustado a esa realidad. De forma independiente, algunas regiones han desarrollado instrumentos jurídicos que toman como base a declaratorias y normas internacionales. Esto ha promovido, además, la diversidad de enfoques que se han asumido al analizar el trasplante uterino desde el punto de vista de las leyes.

Tal como se ha logrado observar a lo largo de la presente investigación, cada país ha abordado esta situación de modo diferente, vinculado a su cosmovisión y el grado de importancia que reviste esta problemática. Así, entre las soluciones que prevén los países se encuentran, sobre todo, regulaciones dirigidas a aspectos éticos y de actuación profesional. Esto implica dos aspectos conflictivos, por un lado, que la regulación va siempre por detrás de los avances científicos, lo cual es lógico si se entiende que no se puede regular lo que no se conoce; pero, por el otro lado, implica que no siempre quedan cubiertas las necesidades e intereses de la población.

Aunadas ambas cuestiones, se puede afirmar que esta realidad demuestra que las normas nacionales no tienden a brindar un marco regulatorio que sea amplio y abarque los distintos avances que puedan darse desde una perspectiva precursora. Esto, a su vez, significa que la normativa no tiene como fin impulsar la innovación en pro de solucionar problemas que afectan a la población.

De allí que, como se ha analizado, resulten tan importantes los instrumentos internacionales sobre derechos humanos en torno a los derechos sexuales y reproductivos. Es que asumir la reproducción como un derecho humano establece importantes connotaciones para el trasplante uterino, en tanto este es una técnica que básicamente tiene como fin la gestación humana.

Siguiendo los planteamientos que reafirman las distintas convenciones internacionales sobre la universalidad de los derechos humanos y la necesidad de protegerlos, promoverlos y respetarlos, se puede afirmar que la regulación y control sobre el ejercicio de la Medicina reproductiva recae sobre el Estado. En consecuencia, es su responsabilidad generar una legislación que proteja la salud reproductiva y regule los métodos, técnicas y prácticas que intervengan sobre ella.

Ahora bien, a pesar de que actualmente existe legislación especial que regula el trasplante de órganos en Costa Rica, propiamente la ley No. 9222, Ley de Donación y Trasplante de Órganos y Tejidos Humanos y que por reforma al artículo 3 inciso a) efectuada el 14 de abril de este año 2021, se adicionó el considerar órganos todo aquello que por estudio científico y técnico previamente se haya dispuesto y pueda extraerse y trasplantarse, la intención va dirigida en que por ley especial, el TU sea considerado como técnica de reproducción asistida en garantía de los derechos fundamentales y constitucionales de aquellas personas que desean formar una familia y que, en consecuencia, puedan acudir a la seguridad social o la Medicina privada, a someterse a dicho procedimiento quirúrgico con esos fines reproductivos.

Capítulo VI: Propuesta

En virtud de lo expuesto a lo largo de la presente investigación es que se torna fundamental instar al Estado de Costa Rica a tener en agenda la elaboración de una ley que regule jurídicamente el trasplante uterino como una técnica de reproducción asistida. Ello en el entendimiento que el porcentaje de la población que se ve afectada por infertilidad uterina es una proporción considerable que ve perjudicado su derecho humano a conformar una familia. Si bien es cierto que la maternidad y la paternidad son cuestiones diferentes al embarazo, ya que se ha resaltado oportunamente que siempre existe la adopción como una opción, gestar una vida debe ser analizado también desde el derecho humano a la salud como una manifestación del derecho a la salud sexual y reproductiva.

Desde esta investigación se afirma que el primer objetivo de la ley deberá ser reconocer a la esterilidad y a los problemas de fertilidad como enfermedades. Ello permitirá que la regulación que se promueva refleje al trasplante uterino como un método de reproducción asistida que abarque los dos derechos humanos diferenciados, pero íntimamente interrelacionados que ya se han mencionado, a saber: el derecho a conformar una familia y el derecho a la salud sexual y reproductiva.

Asimismo, entender estas cuestiones como una enfermedad, permite receptar y adoptar de mejor modo la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pronunciada en el caso *Artavia Murillo*, la cual es de cumplimiento obligatorio para el Estado de Costa Rica. En este sentido, se puede afirmar que el trasplante uterino puede y debe ser tratado en la misma ley que se traten otras técnicas de reproducción asistida. A tales efectos, corresponde recordar que aún hoy a cinco años de la sentencia, no se ha dictado una norma que tenga carácter de ley al respecto, sino que rige todavía el Decreto Ejecutivo No 39210-MP-S-.

Como corolario de los resultados de la investigación que aquí finaliza, la presente propuesta consiste en instaurar en la agenda legislativa la necesidad de redactar y elevar un proyecto de ley que entienda a los problemas de fertilidad y a la infertilidad como una enfermedad, que recepte la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo* y que reemplace al Decreto Ejecutivo No 39210-MP-S-, regulando todas las técnicas de reproducción asistida, entre las que debe encontrarse considerado el trasplante uterino.

Asimismo, esta ley debería ser lo suficientemente amplia como para receptar otras técnicas de reproducción asistida que se desarrollen en un futuro. Frente a ello, sin duda pueden establecerse límites que comprendan ciertos aspectos éticos intransigibles para la cosmovisión y la población costarricense, a los fines que no puedan emplearse técnicas que puedan perjudicar el orden público de modo considerablemente perjudicial.

Bibliografía

- Aguilar, A., Escrig, J., Pamplona, L., Quinzá, M. y Díaz, C. (2017). El trasplante de útero: una puerta abierta a la posibilidad de tener hijos. *RJUAM*, 35(1), 215-233.
- Asamblea Legislativa de Costa Rica. (24 de febrero 1973). Ley General de la Salud. [Ley 5395 de 1973].
- Asamblea Nacional de Ecuador. (09 de diciembre 1994). Ley de libertad educativa de las familias del Ecuador [Ley 69 de 1994].
- Badilla, A. E. (1996). *El derecho a constitución y la protección de la familia en la normativa y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. San José, Costa Rica: Editorial Porvenir. Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/a22086.pdf>
- Baumgaertner, E. (7 de diciembre 2018). Primer trasplante de útero exitoso en Latinoamérica. *The New York Times*. <https://www.nytimes.com/es/2018/12/07/espanol/bebe-trasplante-utero.html>
- Bladilo, A., De la Torre, N., & Herrera, M. (2017). Las técnicas de reproducción humana asistida desde los derechos humanos como perspectiva obligada de análisis. *II* (39), 1870-2147. Recuperado de <http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v11n39/1870-2147-rius-11-39-00002.pdf>
- Benavides, D. (2007). Artículo VII. Acercamiento al Derecho de Familia y al sistema judicial de familia de Costa Rica. *Revista de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia*, 4(x) 83–97. Recuperado de https://salasegunda.poder-judicial.go.cr/revista/Revista_N4/contenido/contenido.html
- Carranza, G. (2015). *Análisis jurídico del Caso Gretel Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. Bases para la materialización del Derecho a una Salud Reproductiva Integral*. Universidad de Costa Rica. Recuperado de <http://repositorio.sibdi.ucr.ac.cr:8080/jspui/bitstream/123456789/3087/1/39269.pdf>
- Código Civil y Comercial de la Nación Argentina [Código]. (2015). Recuperado de www.infojus.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf
- Código de Ética Médica [Código]. (1992). Ministerio de Salud Pública Ecuador.
- Código Civil y de Comercio [Código]. (2015).
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2016). *The right to sexual and reproductive health*. Obtenido de http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/04/Observaci%C3%B3n-N-22-DESC_Derechos-sexuales-y-Reproductivos-02-05-2016.pdf
- Congreso de la nación Argentina. (22 de diciembre de 2010). Ley de reproducción asistida. [Ley 14.208 de 2010] Argentina.

- Congreso de la nación Argentina. (21 de julio de 2010). Matrimonio Civil. Código Civil Modificación. [Ley 26.618 de 2010] Argentina.
- Congreso Nacional de Ecuador. (9 de setiembre de 1994). Ley de Maternidad Gratuita y Atención a la Infancia. [Ley 523 de 1994].
- Constitución Política de Colombia [Const.].(1991). Recuperado de <http://es.presidencia.gov.co/normativa/constitucion-politica>
- Constitución Política de Costa Rica [Const.].(2008). Imprenta Nacional.
- Correa, A. (2008). Trasplante uterino, estado del arte. *Revista Colombiana de Obstetricia y Ginecología*, 59(4), 327-334.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2016). *Acuerdo de arreglo amistoso suscrito entre el Estado de Costa Rica y la parte demandante Caso Gómez Murillo contra Costa Rica. Proceso de solución amistosa.* Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/acuerdo_326_esp.pdf
- Corte Constitucional de Colombia. (23 de agosto de 2000) Sentencia T-1104. [MP. Vladimiro Naranjo Mesa]
- Corte Constitucional de Colombia. (10 de agosto de 2012) Sentencia T-627. [MP. Humberto Antonio Sierra Porto]
- Corte Constitucional de Colombia. (18 de julio de 2014) Sentencia T-528. [MP. María Victoria Calle Correa]
- Corte Constitucional de Colombia. (12 de mayo de 2015) Sentencia T-274. [MP. Jorge Iván Palacio]
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (s.f.). *Artavia Murillo y otros vs Costa Rica.* Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf
- Curti, P. (2015). Los derechos reproductivos: casuística desde una valoración humanística. Obtenido de www.infojus.gov.ar
- De Cicco. (2020). El impacto del caso Artavia Murillo en materia de derechos reproductivos. *Revista Derecho y Salud*, 4 (5), 185-195. Recuperado de <https://revistas.ubp.edu.ar>
- Escobar, I. (2007). Derecho a la reproducción humana (inseminación y fecundación in vitro). *Cuestiones Constitucionales*, X(16), 137-158.
- Frabrikant, H. (2003). *Implementación en Costa Rica de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.* Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer. Sesión vigésima novena 30 de junio al 18 de julio 2003. OMCT. Recuperado de <http://repositorio.ciem.ucr.ac.cr/bitstream/123456789/249/1/RCIEM216.pdf>
- Gamboa, G. (2014). Biofamilia: campo poco explorado en bioética. *Persona y Bioética*, 18(2), 101-106.
- Jiménez, L. y González, N. (2021). Reproducción asistida. Pasado, presente y futuro en el debate de

la Bioética. *Revista Científica estudiantil de Ciencias Médicas de Matanzas*.

- Jefatura de Estado de España. (22 de noviembre de 2003). Ley por la que se modifica la ley 35 de 1988. [Ley 45 de 2003]. Recuperado de https://ec.europa.eu/research/biosociety/pdf/spanish_law45.pdf
- Jefatura de Estado de España. (26 de mayo de 2006). Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida. [Ley 14 de 2006]. Recuperado de www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292
- León, R. y Hernández, C. (2019). Avances en la regulación jurídica de las técnicas de reproducción humana asistida. *Letras Jurídicas*, 40, 111-130.
- Lepin, C. (2014). Nuevos principios del derecho de familia. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 23 (X), 9-55. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722014000200001>
- Martínez, K. (2008). Bioética y trasplante de órganos. *Dial Traspl.*, 29(3), 116-24.
- Mateos, C. (2017). Influencia de la CorIDH en el Derecho interno. Comienzo de la vida y reproducción humana asistida en relación con nuestro nuevo Código Civil y Comercial. Universidad Nacional de Córdoba. *Revista Argumento*, (4), 46-60. Recuperado de <http://revistaargumentos.justiciacordoba.gob.ar/index.php/primera/article/view/64>
- Mayorga, F., Ortega, N. (2014). *Derecho comparado de las legislaciones de Nicaragua, Costa Rica y Panamá en el uso de las técnicas de reproducción humana asistida*. [Tesis de grado Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua]. Obtenido de <https://repositorio.unan.edu.ni/9889/1/7791.pdf>
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina. (23 de mayo de 2012). Ley de identidad de género. [Ley 26.743 de 2012].
- Ministerio de salud de Argentina. (19 de julio de 2013). Decreto de Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción medicamente asistida. [Decreto 956 de 2013].
- Ministerio de Salud de Costa Rica. (2011). *Marco conceptual y normativo de la política de sexualidad*. San José, Costa Rica.
- Moyano, C., Benítez, C., Carvajal, J., & García, M. (2019). Novedoso tratamiento para tener bebés: el trasplante de útero y óvulos humanos desarrollados en un laboratorio. *Revista Científica de Investigación actualización del mundo de las Ciencias*, 3(3), 122-136. doi:10.26820/reciamuc/3.(3).julio.2019.122-136
- Naciones Unidas. (1975). *Declaración sobre la utilización del progreso científico y tecnológico en interés de la paz y beneficio de la humanidad*. Recuperado de <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/ScientificAndTechnologicalProgress.aspx>
- Naciones Unidas. (1994). *Informe de la Conferencia Internacional para la Población y el Desarrollo*. Cairo. Recuperado de https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/icpd_sp.pdf

- Organización de Estados Americanos. (2001). Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relaciones y vínculos de familia. *OEA/Ser.Revista L/V/II.110 Doc. 22 del 1 de marzo de 2001*. Recuperado de <https://www.cidh.oas.org/indigenas/indigenas.sp.01/articulo.XI.htm>
- Organización Mundial de la Salud. (2010). *Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)*. Recuperado de https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf?ua=1
- Pabón, A., Upegui, Ó., Archila, J., & Otero, M. (2017). El acceso a las técnicas de reproducción asistida como una garantía de los derechos sexuales y reproductivos: la jurisprudencia de la Corte Constitucional a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *Justicia, enero-junio*, (31), 171-187. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.17081/just.22.31.2605>
- Rivero de Arhancet, M., Ramos, B. (2009). Principios aplicables en las relaciones de familia. *Revista de Derecho*, (4), 243–263. Recuperado de <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/836>
- Rodríguez, M. (2015). La regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en la actualidad. *Reproducción*, 30(4), 143-160.
- Rodríguez, E. (2013). *Acceso a las técnicas de reproducción humana asistida: análisis desde el derecho a la salud reproductiva*. Recuperado de https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/36324653/Accesibilidad_TRHA_pdf.pdf?1421686147=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DAccesibilidad_de_las_tecnicas_de_reprodu.pdf&Expires=1624549914&Signature=NDuOLou73nHN7TOtb3Q5sIUvNEeLkRx734TUMaHq~O5Oj
- Sacoto, S. (2006). *Derecho y reproducción asistida. Retrato de la evolución médica y sus perspectivas legales en Ecuador*. Ecuador: Cevallos Editora Jurídica.
- Senado y cámara de diputados de Argentina. (19 de noviembre de 2009). Derechos del paciente, historia clínica y consentimiento informado. [Ley 26.529 de 2009]. Recuperado de <http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v11n39/1870-2147-rius-11-39-00002.pdf>
- Veloza, P. (1998). Nuevos Principios del derecho de familia en función, principalmente, de la normativa internacional que emana de los tratados de derechos humanos. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, (19) 35–56. Recuperado de <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/398/371>
- Zegers, F., Dickens, B., Dughman, S. (2014). Artículo Especial. El derecho humano a la fecundación in vitro. *Revista Chilena de Obstetricia y Ginecología*, 79(3), 229–235. Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0717-75262014000300012&lng=n&nrm=iso