

LA INFERTILIDAD Y EL ALCANCE DE LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS ARTAVIA MURILLO Y OTROS VS COSTA RICA

Por: Kattia Delgado Madrigal* y Bernal Arias Ramírez*
Funcionarios del Departamento de Servicios Técnicos
Asamblea Legislativa

BREVE INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene dos grandes ejes, el primero sensibiliza sobre el tema de la infertilidad femenina y masculina en nuestro país, y las correlativas políticas públicas en materia de salud reproductiva y sexualidad; material que ha servido de insumo en el ámbito social, en los informes integrados del Departamento de Servicios Técnicos, expedientes legislativos números 18285² y 18665³, los cuales son referentes obligados para aquellos expedientes legislativos donde se discute y analiza el tema de la fecundación in vitro (v.gr. 18824, 18738, 18057 y 18151).

* La coautora es licenciada en Sociología por la Universidad Nacional Autónoma (UNA), con énfasis en Estado y Políticas Públicas y especialista en Evaluación Económica de Proyectos Sociales Uniandes-Colombia. Asesora social de la Comisión de Asuntos Sociales, destacada por el Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa de Costa Rica.

* El coautor es doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid y especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid. Es abogado y politólogo, docente en la Universidad de Costa Rica y en la Universidad Católica de Costa Rica. Asesor parlamentario del Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa de Costa Rica.

² Proyecto de ley Atención Integral de la Infertilidad. Informe integrado plasmado en el Oficio N.º ST.092-2013 I, del Departamento de Servicios Técnicos.

³ Proyecto Ley para la Atención Integral de la Infertilidad. Informe integrado enviado mediante Oficio N.º ST-016-2015 I, del Departamento de Servicios Técnicos.

Sobre la base de esa superficie médico-social, el segundo pilar o eje analiza los alcances de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de noviembre de 2012, (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs Costa Rica, a la luz de sus principales contenidos y las prerrogativas que tiene el legislador nacional para decretar la ley⁴.

Los autores de este ensayo hemos sido testigos, en primera línea, en el espacio de la Comisión Permanente de Asuntos Sociales, de las discusiones que ha tenido el tema de la fecundación in vitro, tanto en el ámbito de la conformación de la Asamblea anterior 2010-2014, como en la actual legislatura, que inició funciones el 1º de mayo de 2014.

La experiencia vivida y los planteamientos observados de los actores políticos, los de tipo institucional y los interesados privados (abogados y demandantes), nos hacen verificar in situ que este es, sin duda, un asunto de forcejeo, de discrepancia, sobre el alcance de la legislación y los temas que deben ser abordados en ella. Ciertamente, se han mezclado a lo largo de los meses aspectos médicos, biológicos, jurídicos, morales y hasta religiosos, que imprimen posiciones contrapuestas.

Siempre bajo la premisa de la objetividad que caracteriza a quienes trabajamos en el Departamento de Servicios Técnicos, y apoyados en fuentes primarias y secundarias, ofrecemos las siguientes líneas a la comunidad parlamentaria y al país en general, de modo

⁴ Tiene como fundamento original la evacuación de la consulta que salió del Departamento de Servicios Técnicos, N.º CON-048-2013 J, de 11 de junio de 2013.

que sirva como un referente más en este tema que no ha terminado de ser zanjado en nuestro país, pero que vislumbramos su pronta resolución en el corto plazo.

Por orden metodológico el ensayo se dividirá en ocho partes, la primera desarrolla el tema de la infertilidad como discapacidad en ambos géneros, femenino y masculino, con sendas referencias al desarrollo de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para, posteriormente, visualizar el impulso de la política pública en el marco de la salud reproductiva con énfasis en la Unidad de Infertilidad de la Caja Costarricense de Seguro Social. Ambas secciones subrayan aspectos médico sociales.

A partir del apartado tres se comienza a desbrozar el alcance internacional y doméstico del caso *Artavia Murillo y otros vs Costa Rica*; así, se desarrolla el compromiso adquirido por el Estado costarricense con respecto a las normas convencionales y reglamentarias de la Corte IDH. Posteriormente; se tocan puntos resolutivos de relevancia o interés en la sentencia, para abordar después las principales consideraciones de la Corte, a contemplar por el legislador nacional.

En otro apartado se documenta que la jurisdicción internacional hizo alusión en la sentencia a las regulaciones y las prácticas sobre la fecundación *in vitro* en el Derecho comparado; para, por último, que el Departamento de Servicios Técnicos le indicara a las señoras diputadas y los señores diputados los aspectos puntuales y concretos que devienen de la sentencia, que deberían ser incluidos en el contenido del proyecto de ley (futura ley) que se tramite en la Asamblea Legislativa. La propuesta culmina con otro tópico ineludible en asuntos de salud pública, sobre todo

cuando se trata de una intervención en el cuerpo humano, por ejemplo, la figura del consentimiento informado, como una obligación que deviene de la jurisprudencia constitucional.

I. LA INFERTILIDAD COMO UNA DISCAPACIDAD

La fecundidad está referida al logro de un embarazo claramente identificable en el lapso de un periodo menstrual. Varios investigadores han desarrollado numerosos modelos matemáticos para describir lo que se podría entender como fecundidad en poblaciones “normales” y, a partir de estos estudios, se construyen curvas de probabilidad de concepción que sirven como bases fundamentales en la toma de decisiones con respecto a una terapia efectiva en el paciente⁵.

Acorde con lo señalado, el veinte por ciento de las parejas que intentan activamente concebir van a tener éxito en un mes determinado; sin embargo, del ochenta por ciento restante tan solo el ochenta y cinco por ciento quedarán embarazadas en el primer año. Por lo tanto, la infertilidad se define como la incapacidad o el descenso de la capacidad que tiene una pareja para concebir en un periodo de un año (subfertilidad), a diferencia de la esterilidad que representa una condición de incapacidad intrínseca de lograr un embarazo⁶.

La reproducción humana es altamente abortiva, es decir, que muchos de los embriones que se forman (algunos científicos opinan que entre el setenta y cinco y el ochenta por ciento de los casos) se pierden

⁵ Universidad de Costa Rica. Caracterización Molecular de la Infertilidad en Costa Rica. Laboratorios de Ensayos Biológicos (LEBI). http://lebi.ucr.ac.cr/index.php?option=com_content&view=article&id=152&catid=21.

⁶ *Ibidem*.

espontáneamente. Como la mayoría de estas pérdidas se producen tempranamente, la mujer no llega a enterarse de la presencia de ese embrión, ya que tiene su menstruación en la fecha esperada⁷.

La Organización Mundial de la Salud señala que la infertilidad es “una enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de doce meses o más de relaciones sexuales no protegidas”⁸. Justamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia indicada, retoma el concepto de infertilidad de la Organización Mundial de la Salud y lo refuerza con la opinión de los peritos, como es el caso de Zegers-Hochschild y de Garza, que se transcribe a continuación:

288. La Corte toma nota que la Organización Mundial por la Salud (en adelante “OMS”) ha definido la infertilidad como “una enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas” (supra párr. 62). Según el perito Zegers-Hochschild, “la infertilidad es una enfermedad que tiene numerosos efectos en la salud física y psicológica de las personas, así como consecuencias sociales, que incluyen inestabilidad matrimonial, ansiedad, depresión, aislamiento social y pérdida de estatus social, pérdida de identidad de género, ostracismo y abuso [...]. [G]enera angustia, depresión aislamiento y debilita los lazos familiares”. La perita Garza testificó que “[e]s más

⁷ Universidad de Costa Rica. Op. cit.

⁸ Organización Mundial de la Salud. Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS)

exacto considerar la infertilidad como un síntoma de una enfermedad subyacente. Las enfermedades que causan infertilidad tienen un doble efecto... dificultando el funcionamiento de la infertilidad, pero también causando, tanto a corto como a largo plazo, problemas de salud para el hombre o la mujer". En sentido similar, la Asociación Médica Mundial ha reconocido que las tecnologías reproductivas "difieren del tratamiento de enfermedades en que la incapacidad para ser padres sin ayuda médica no siempre se considera una enfermedad. Aún cuando pueda tener profundas consecuencias psicosociales, y por tanto médicas, no es en sí misma limitante de la vida. Sin embargo, sí constituye una causa significativa de enfermedades mentales graves y su tratamiento es claramente médico.⁹ 450.

En efecto, la infertilidad es la incapacidad de una pareja, sexualmente activa y que no está usando un método anticonceptivo, para lograr el embarazo en un año. La pareja masculina puede ser evaluada por infertilidad o subfertilidad usando una variedad de intervenciones clínicas y una evaluación de laboratorio de semen¹⁰.

Desde la perspectiva demográfica, la infertilidad es

⁹ The World Medical Association, Statement on Assisted Reproductive Technologies, adopted by the WMA General Assembly, Pilanesberg, South Africa, October 2006, disponible en: <http://www.wma.net/e/policy/r3.htm>, para 6. [Traducción de la Secretaría de la Corte]. Declaración citada en el informe de fondo de la Comisión Interamericana (expediente de fondo, tomo I, nota de pie 36) y en la contestación de la demanda (expediente de fondo, tomo III, folio 1086).

¹⁰ WHO. WHO laboratory. Manual for the examination and processing of human semen. Fifth edition. Traducción Propia. Infertility, definitions and terminology URL: <http://www.who.int/reproductivehealth/topics/infertility/definitions/en/>.

¹¹ Infecundity, infertility, and childlessness in developing countries. Demographic and Health Surveys (DHS) Comparative reports N.º 9. Traducción propia. *Ibidem*

vista como¹¹:

- La incapacidad de las personas en edad reproductiva (15-49 años) para convertirse o permanecer embarazada dentro de los cinco años de exposición al embarazo.
- La incapacidad para quedar embarazada de un hijo nacido vivo, dentro de los cinco años de exposición con base en un estado de unión constante, la falta de uso de anticonceptivos, sin estar en periodo de lactancia y el deseo de tener un hijo.

La definición epidemiológica de la infertilidad utilizada para el seguimiento y la vigilancia de esta establece que la infertilidad está relacionada con las mujeres en edad reproductiva (15-49 años) en riesgo de quedar embarazada (sexualmente activas, que no usan anticonceptivos y no están lactando) y que han intentado sin éxito un embarazo durante dos años o más¹².

La infertilidad genera discapacidad (una alteración de la función), y, por lo tanto, una falta en el acceso a la atención de salud que está bajo la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Sobre el tema de la capacidad reproductiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Artavia Murillo y otros contra Costa Rica*, reprimió a nuestro país en el ítem 341, señalando:

341. La Corte observa que el Estado no precisó los mecanismos de divulgación en salud reproductiva

¹² Infertility definitions and terminology. Traducción propia. *Ibidem*.

¹³ El Estado se limitó a mencionar la existencia de un taller sobre monitoreo de los ODM en América Latina, (expediente de fondo, tomo III, folio 1253).

existentes¹³. Por tanto, ordena que el Estado implemente programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos, derechos reproductivos y no discriminación, dirigidos a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial¹⁴. Dentro de dichos programas y cursos de capacitación deberá hacerse una especial mención a la presente Sentencia y a los diversos precedentes del corpus iuris de los derechos humanos relativos a los derechos reproductivos y el principio de no discriminación.

El problema no solo está presente en Costa Rica, se estima que unos treinta y cuatro millones de mujeres, principalmente de países en desarrollo, tienen la infertilidad resultante de la sepsis materna y el aborto inseguro (la morbilidad materna a largo plazo resulta una discapacidad). La infertilidad en las mujeres ha sido clasificada como la quinta causa más alta de discapacidad en el mundo (entre las poblaciones menores de sesenta)¹⁵.

La infertilidad es primaria cuando “una mujer es incapaz de soportar un embarazo, ya sea debido a la imposibilidad de quedar embarazada o la incapacidad de llevar un embarazo a un nacido vivo”¹⁶.

La infertilidad es secundaria cuando una mujer no es capaz de tener un hijo, ya sea debido a la imposibilidad de quedar embarazada o a la incapacidad de llevar un embarazo a un nacimiento vivo después de que haya tenido un embarazo anterior, o la capacidad anterior para llevar un embarazo a un nacimiento vivo. Esto implicaría

¹⁴ En similar sentido cfr. Caso Atala Riffo y Navas Vs. Chile, párr. 271.

¹⁵ World Report in Disability. URL: http://www.who.int/disabilities/world_report/2011/report/en/. Traducción propia. Ibídem

¹⁶ Ibídem

las ocasiones en que se aborte de forma espontánea o se presente un embarazo con un nacimiento sin vida, o después de un embarazo anterior o una capacidad anterior para hacerlo¹⁷.

Para la Sociedad Americana de Medicina Reproductiva (ASRM)¹⁸,

*...la infertilidad es el resultado de una enfermedad (una interrupción, suspensión, o el trastorno de las funciones corporales, sistemas u órganos) en el tracto reproductor masculino o femenino que impide la concepción de un hijo o de la capacidad de llevar un embarazo hasta el parto. La duración de las relaciones sexuales sin protección asociado con la incapacidad de concebir debe ser de aproximadamente 12 meses antes de que una evaluación de infertilidad se lleva a cabo, a menos que la historia clínica, edad, o los hallazgos físicos señalen evaluación y tratamiento anteriores.*¹⁹

Todos estos conceptos incorporan dos puntos importantes: primero, la infertilidad vista desde la perspectiva de la discapacidad y no solo la incapacidad de concebir, y también la imposibilidad de que un embarazo se pueda llevar hasta el término con un nacimiento vivo.

La perspectiva de discapacidad con distintos matices o puntos de vista la manifestó la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando relacionó el artículo 25 de la

¹⁷ *Ibidem*

¹⁸ ISiglas en inglés. American Society for Reproductive Medicine. URL: http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf?ua=1

¹⁹ American Society for Reproductive Medicine. URL <http://www.asrm.org/topics/detail.aspx?id=36> . Traducción propia.

Convención de las Personas con Discapacidad a la salud reproductiva y las condiciones específicas, incluso las de tipo genético, así lo dijo:

289. Del artículo 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante “CDPD”) se desprende el derecho de las personas con discapacidad de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva²⁰. Mientras que el perito Caruso consideró que solo se puede hablar de la infertilidad como discapacidad en determinadas condiciones y supuestos, y por tanto sólo en casos específicos²¹. El perito Hunt observó que “la infertilidad involuntaria es una discapacidad²², considerando que:

“[e]l Preámbulo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de la cual Costa Rica es Parte, reconoce que la `discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás´. De acuerdo al modelo biopsicosocial de la

²⁰ El artículo 25.1 establece que: “Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud. En particular, los Estados Partes: a) Proporcionarán a las personas con discapacidad programas y atención de la salud gratuitos o a precios asequibles de la misma variedad y calidad que a las demás personas, incluso en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, y programas de salud pública dirigidos a la población”.

²¹ Declaración rendida por el perito Anthony Caruso en la audiencia pública celebrada en el presente caso.

²² Declaración del perito Paul Hunt rendida ante fedatario público (expediente de fondo, tomo VI, folio 2650).

*OMS sobre discapacidad, ésta tiene uno o más de los tres niveles de dificultad en el funcionamiento humano: un impedimento físico psicológico; una limitación de una actividad debido a un impedimento (limitación de una actividad) y una participación restringida debido a una limitación de actividad. De acuerdo a la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud de la OMS, los impedimentos incluyen problemas en el funcionamiento del cuerpo; las limitaciones de las actividades son dificultades que una persona puede tener al realizar una actividad; y las participaciones restringidas son problemas que una persona puede experimentar en diversas situaciones de la vida*²³

Ahora bien, tradicionalmente el término infertilidad se asocia a lo femenino; sin embargo, en el ámbito mundial se estima que cerca del cuarenta por ciento de las parejas que consultan por infertilidad son diagnosticados con infertilidad de origen masculino. Se ha estimado que del treinta por ciento al cuarenta por ciento de las etiologías de infertilidad masculina se deben a causas genéticas. Estos desórdenes genéticos incluyen aneuploidía²⁴ y mutaciones

²³ Declaración del perito Paul Hunt, folio 2650.

²⁴ Las aneuploidías cromosómicas son uno de los más frecuentes trastornos genéticos en humanos y se caracterizan por la presencia en el individuo de un número anormal de cromosomas que provocan lo mismo un aborto que el nacimiento de un niño con anomalías muy diversas, pero en general con retraso mental como denominador común. La probabilidad de presentarse se incrementa exponencialmente a medida que es mayor la edad de la madre al quedar embarazada, principalmente, en mujeres mayores de treinta y cinco años URL: <http://www.laboratoriogenomik.com/modules.php?name=News&file=article&sid=5>.

²⁵ La espermatogénesis es el proceso mediante el cual se desarrollan los gametos masculinos. Se inicia en la adolescencia y se lleva a cabo en los túbulos seminíferos. URL: <http://132.248.233.60/deptos/embrio/images/PDF/espermatogenesis.pdf>.

²⁶ UCR. Op. Cit. Las definiciones son del analista del proyecto.

en genes asociados con la espermatogénesis²⁵ y pueden ser heredados²⁶. Desde la perspectiva genética:

...uno de los 23 pares de cromosomas humanos se conoce como cromosomas sexuales. Entre las anomalías cromosómicas más comunes se encuentran las que tienen que ver con la falta o la presencia adicional de cromosomas sexuales (conocidos como X e Y). Normalmente, las mujeres tienen dos cromosomas X y los varones un cromosoma X y un cromosoma Y. Las anomalías relacionadas con los cromosomas X e Y pueden afectar el desarrollo sexual y producir infertilidad, anomalías en el crecimiento y, en algunos casos, problemas de conducta y aprendizaje²⁷.

Algunas de las anomalías asociadas con la infertilidad son el síndrome de Turner en las niñas (no tiene el par normal de dos cromosomas X) y en los niños el síndrome de Klinefelter (presencia de un cromosoma X extra).

En, aproximadamente, el quince por ciento de los varones y el diez por ciento de las mujeres infértiles se pueden encontrar alteraciones genéticas que incluyen aberraciones cromosómicas y mutaciones de un solo gen

²⁷ Anomalías cromosómicas. URL: http://www.nacersano.org/centro/9388_9964.asp.

²⁸ Las mutaciones o aberraciones cromosómicas son alteraciones en el número o en la estructura de los cromosomas. URL <http://www.monografias.com/trabajos82/aberraciones-cromosomicas/aberraciones-cromosomicas.shtml>.

²⁹ Los síndromes de insensibilidad a la acción de los andrógenos son anomalías de la diferenciación sexual que originan una forma de pseudohermafroditismo masculino transmitida con un patrón hereditario recesivo ligado al cromosoma X. URL <http://www.medigraphic.com/pdfs/h-gral/hg-2003/hg034f.pdf>.

³⁰ Cystic fibrosis transmembrane conductance regulator (CFTR) (siglas en inglés). Regulador de la conductancia transmembrana de la fibrosis quística es una proteína que en los humanos está codificada por el gen CFTR. URL <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/15705292.n>

específicas del cromosoma Y²⁸, mutaciones en el receptor de andrógenos²⁹ y mutaciones en el gen CFTR³⁰, que produce la ausencia bilateral congénita de los conductos deferentes (CBAVD)³¹.

La importancia del trasfondo genético radica en que muchas de las parejas son sometidas a tratamientos contra la infertilidad y corren el riesgo de transmitir trastornos genéticos constitucionales, alteraciones genéticas presentes únicamente en espermatozoides o alteraciones genéticas de novo³², por lo que la identificación de factores genéticos es fundamental para el manejo adecuado de la pareja infértil³³.

Aparte de los factores genéticos mencionados, existen muchas causas posibles para la infertilidad. Una tercera parte de los casos se dan por factores del lado masculino, otro tercio por factores del lado femenino, y el otro tercio resulta de la combinación de la pareja, o son simplemente inexplicables³⁴.

³¹ Congenital bilateral absence of the vas deferens (CBAVD). Siglas en inglés. La ausencia bilateral congénita de los conductos deferentes en los hombres ocurre cuando los tubos que transportan los espermatozoides de los testículos (los conductos deferentes) no logran desarrollarse apropiadamente. Aunque, generalmente, se desarrollan los testículos y pueden funcionar normalmente los espermatozoides no pueden ser transportados a través de los conductos deferentes para convertirse en parte del semen. Como resultado, los hombres con esta condición son incapaces de tener hijos (infertilidad) a menos que utilicen técnicas de reproducción asistida. URL: <http://ghr.nlm.nih.gov/condition/congenital-bilateral-absence-of-the-vas-deferens>. Traducción propia.

³² Alteraciones genéticas presentes en un paciente pero no en sus padres.

³³ UCR. Op. Cit. Las definiciones son del analista del proyecto.

³⁴ Causas de infertilidad. URL <http://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-asistida/esterilidad/embarazada/causas-de-la-esterilidad/attachment/causas-de-esterilidad/>

Gráfico N° 1

Fuente: Causas de esterilidad. Página web Reproducción Asistida. ORG.

En el gráfico N.º1, las principales causas de infertilidad son el factor tubárico³⁵ en la mujer y la esterilidad masculina (treinta y cinco por ciento), seguidas de la disfunción ovárica (quince por ciento) y otras causas (diez por ciento), entre estas causas se apuntan el factor psicológico, la esterilidad de origen desconocido, el factor inmunológico, etc.³⁶

En atención a lo dicho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo y otros, los jueces ratifican la definición desarrollada por la Organización Mundial de la Salud, según la cual la infertilidad es una enfermedad del sistema reproductivo; consideran que la infertilidad es una limitación funcional reconocida como una

³⁵ Las trompas de Falopio llevan a cabo un papel muy importante en el contexto de la reproducción: permiten la migración de los espermatozoides desde la cavidad uterina hasta el ovario, se encargan de captar el óvulo después de producirse la ovulación y una vez que se ha realizado la fecundación entre el óvulo y el espermatozoide transportan el preembrión hasta el útero donde será implantado. Las trompas no solo deben ser permeables sino que también han de ser funcionalmente activas, por lo que cualquier adherencia a nivel de la cavidad abdominal o cualquier lesión en su pared que dificulte una correcta movilidad pueden impedir la captación del óvulo o la migración de los espermatozoides o del preembrión. URL: http://www.cirh.es/infertilidad_factorTabarico.php#sthash.i1e1KxZT.dpuf.

³⁶ *Ibidem*.

enfermedad y que las personas con infertilidad en Costa Rica, al enfrentar las barreras generadas por la decisión de la Sala Constitucional³⁷, debían considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, que incluyen el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver los problemas de salud reproductiva. Los jueces culminan diciendo que dicha condición demanda una atención especial para que se desarrolle la autonomía reproductiva.³⁸

1.1. Infertilidad femenina

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, citando a la Organización Panamericana de la Salud, subraya que existe una brecha de género con respecto a la salud sexual y reproductiva, por cuanto las enfermedades relacionadas con ellas tienen el impacto en, aproximadamente, el veinte por ciento de las mujeres y el catorce por ciento de los hombres.³⁹ La jurisdicción supranacional rescata la idea de que si bien las patologías pueden darse en uno u otro género es en la mujer donde se practica la intervención asociada a la fecundación in vitro. Al respecto, el Tribunal indicó:

300. Al respecto, el Tribunal resalta que se interrumpió el proceso inicial de la FIV (inducción a la ovulación) en varias de las parejas, como por ejemplo en las parejas conformadas por la señora Artavia Murillo y

³⁷ Declaratoria de inconstitucionalidad del Decreto ejecutivo N.º 24029-S, de 3 de febrero de 1995, emitido por el Ministerio de Salud, que autorizaba la práctica de la fecundación in vitro para parejas conyugales y regulaba su ejecución. Sentencia N.º 2000-02306, de 15 de marzo de 2000, emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, expediente N.º. 95-001734-007-CO.

³⁸ Vid. Ítem 293, en relación con el ítem 288 de la sentencia.

³⁹ Vid. Ítem 296 de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Artavia Murillo y otros vs Costa Rica.

el señor Mejías Carballo (supra párr. 87), el señor Yamuni y la señora Henchoz (supra párr. 92), la señora Arroyo y el señor Vega (supra párr. 108), el señor Vargas y la señora Calderón (supra párr. 118), y el señor Acuña y la señora Castillo (supra párr. 121). Este tipo de interrupción en la continuidad de un tratamiento, tiene un impacto diferenciado en las mujeres porque era en sus cuerpos donde se concretizaban intervenciones como la inducción ovárica u otras intervenciones destinadas a realizar el proyecto familiar asociado a la FIV. Por otra parte, las mujeres podrían acudir a la FIV sin necesidad de una pareja. La Corte concuerda con la Comité de la CEDAW cuando ha resaltado que es necesario considerar “los derechos de salud de las mujeres desde una perspectiva que tome en cuenta sus intereses y sus necesidades en vista de los factores y los rasgos distintivos que las diferencian de los hombres, a saber: (a) factores biológicos [...], tales como [...] su función reproductiva⁴⁰

Evidentemente, la infertilidad femenina puede ser causada por problemas físicos, hormonales, por el estilo de vida o factores ambientales. La mayoría de los casos de infertilidad femenina es por problemas de ovulación. Un problema es la insuficiencia ovárica prematura, en la cual los ovarios dejan de funcionar antes de la menopausia natural. Otro problema es el síndrome de ovario poliquístico (SOP), cuando los ovarios no liberan un óvulo con regularidad o no

⁴⁰ VCfr. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación general N.º 24, párr. 12.

⁴¹ Medlineplus. URL: <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/femaleinfertility.html>. Accesada el 16 de febrero del 2012.

⁴² URL <http://www.wvfc.com/diagnostico-fertilidad.html>. Troche Fertility Centers. Accesada el 8 de febrero de 2012.

pueden liberar un óvulo sano⁴¹. Entre los procedimientos de diagnósticos se mencionan⁴²:

HISTEROSALPINGOGRAMA (HSG). Histero = útero + Salpingo = trompas de Falopio + Grama = radiografía



Definición: una prueba radiológica (de rayos equis), ejecutada por un ginecólogo o radiólogo, en la que se inyecta una sustancia de contraste a través del cuello uterino para determinar si las trompas de Falopio están abiertas o no, y para documentar la forma del interior del útero⁴³.

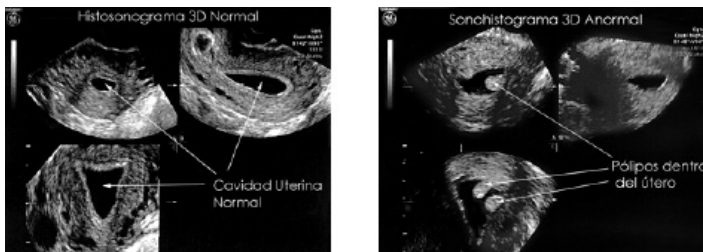
Propósito: en un ciclo menstrual normal un óvulo se desprende del ovario, entra a una de las trompas de Falopio, la esperma lo fertiliza y continúa descendiendo por la trompa hasta que llega al útero para implantarse. Es posible que exista en este camino un bloqueo, y el HSG puede revelar la obstrucción y precisar su ubicación. Además, durante el HSG se puede determinar la forma interna del útero para descartar cualquier irregularidad anatómica que pueda interferir con un embarazo. Durante este proceso se toman radiografías digitales para mantener un registro permanente.

Procedimiento: el HSG generalmente se ejecuta

⁴³ *Ibidem*.

en la primera mitad del ciclo menstrual, una vez que ha completado su menstruación, pero antes de la ovulación. Así se evita ejecutar esta prueba radiológica cuando un embarazo muy temprano podría estar presente. La mujer se recuesta en la mesa de exámenes y coloca las piernas en los soportes, mientras el médico que realiza el procedimiento inyecta, a través de una cánula muy delgada, la sustancia de contraste en el cuello uterino (abertura del útero), en el útero y en las trompas de Falopio. Esta sustancia pasa de las trompas al abdomen donde se acumula y luego se absorbe sin causar daño alguno. Para inyectar la sustancia de contraste, el médico puede colocar un instrumento en el cuello uterino. Este instrumento, así como la presión que causa la inyección de la sustancia de contraste, puede causar una sensación similar al cólico menstrual o un dolor entre moderado y agudo.

SONOHISTOGRAMA (SHG)



Definición: un estudio sonográfico ejecutado por un ginecólogo para documentar la forma interna del útero. Se inyecta una solución de salina normal a través del cuello uterino y se evalúa el útero con un ultrasonido vaginal⁴⁴.

Propósito: en un ciclo menstrual normal un óvulo se desprende del ovario, entra a una de las trompas de Falopio, la esperma lo fertiliza y continúa descendiendo por la trompa hasta que llega al útero para implantarse.

⁴⁴ Ibidem.

Anormalidades de la cavidad uterina pueden interferir con el proceso de implantación. Estas anomalías podrían ser malformaciones de la cavidad uterina (un septo uterino), crecimientos benignos del útero como pólipos o fibromas y tejido cicatrizal, como resultado de un procedimiento o infección uterina previa.

Procedimiento: el SHG, generalmente, se ejecuta en la primera mitad del ciclo menstrual, una vez que la mujer ha completado su menstruación, pero antes de la ovulación. Así se evita ejecutar esta prueba cuando un embarazo muy temprano podría estar presente. La mujer se recuesta en la mesa de exámenes y coloca las piernas en los soportes, como en un examen ginecológico. El médico que realiza el procedimiento inyecta una solución salina normal a través de una cánula muy delgada colocada en el cuello uterino (abertura del útero). A la vez, un ultrasonido vaginal se realiza mientras que la cavidad uterina es ligeramente distendida con la solución salina. El examen dura solo unos minutos. En raras ocasiones el médico debe colocar un instrumento en el cuello uterino para inyectar la solución salina. Este instrumento, así como la presión que causa la inyección de la sustancia de contraste, puede causar una sensación similar al cólico menstrual o un dolor entre moderado y agudo.

La histeroscopia permite la visualización directa de la cavidad uterina por vía vaginal a través del cuello uterino, y es útil en el diagnóstico y posterior extracción de pólipos endocavitarios y sinequias uterinas⁴⁵.

La laparoscopia permite la inspección de la cavidad abdominal y de la pelvis por medio de un lente que se

⁴⁵ Métodos de diagnóstico de la infertilidad. http://www.nascentis.com/metodos_diagnostico_infertilidad?PHPSESSID=6dff2a6493bee17f71e95c09eae54197.

coloca por el ombligo. Permite evaluar y corregir numerosas alteraciones de los órganos genitales internos y determinar la presencia de adherencias y, fundamentalmente, la existencia o no de endometriosis⁴⁶.

Interacción de los espermatozoides con el aparato genital femenino: esto se evalúa por medio de la prueba postcoital o test de Sims-Huhner, que permite diagnosticar la capacidad de los espermatozoides para llegar al canal cervical y sobrevivir en el moco. Para ello, se obtiene en el momento ovulatorio, luego de cinco a quince horas de una relación sexual, una muestra del moco cervical que se analiza para determinar sus características físicas (consistencia, elasticidad, etc.) y la presencia de espermatozoides. Una prueba normal es aquella en la que un buen moco cervical preovulatorio permite ver abundantes espermatozoides móviles y rápidos en la muestra microscópica.

Si el estudio fue realizado en la forma y el momento adecuado, es decir, en la fase preovulatoria, un resultado alterado debe orientar a pensar en alguna infección a nivel del moco -ya sea Chlamydia y/o Mycoplasma-, un factor inmunológico -presencia de anticuerpos antiespermáticos en uno o ambos miembros de la pareja-, una alteración a nivel de los parámetros seminales, o bien, un déficit en la producción del moco⁴⁷.

En el caso de la ovulación, la forma más adecuada de diagnosticarla es evaluar clínicamente el ciclo menstrual, valorar, adecuadamente, el perfil hormonal basal entre los días tres y cinco del ciclo y, en algunos casos, pueden adosarse los niveles plasmáticos de progesterona los días veintidós o veintitrés del ciclo.

⁴⁶ *Ibidem*

⁴⁷ *Ibidem*.

La biopsia del endometrio se realiza siete días después de la ovulación, se efectúa una toma lineal del endometrio para evaluar los cambios que se producen por la acción de la progesterona que produce el ovario.

También, existen otras disfunciones ovulatorias que son importantes de diagnosticar como la falla ovárica oculta, que se diagnostica por la presencia de niveles de FSH⁴⁸ plasmática anormalmente elevados el día tres del ciclo y estradiol normal o bajo, o bien FSH normal con estradiol elevado que enmascara la FSH alta⁴⁹.

En resumen, algunas de las causas más comunes de infertilidad femenina⁵⁰ son:

Ovulación anormal: se detectan trastornos de la ovulación en, aproximadamente, el quince por ciento de las parejas con infertilidad y son responsables de hasta el cuarenta por ciento de la infertilidad en las mujeres. Habitualmente, se presenta con ciclos menstruales irregulares, infrecuentes o ausentes. La mayor parte del tiempo esto es causado por un desequilibrio hormonal, debido a una coordinación y comunicación incorrectas entre las partes del cerebro denominadas hipotálamo y la glándula pituitaria. Estos dos son los responsables de la liberación de hormonas al torrente sanguíneo. En muchos casos, la ovulación anormal también puede estar asociada con el peso corporal extremadamente bajo o con el sobrepeso, así como con cualquier cambio de peso

⁴⁸ Hormona folículo estimulante. En las mujeres, la FSH estimula la producción de óvulos y de una hormona llamada estradiol durante la primera mitad del ciclo menstrual. En los hombres, la FSH estimula la producción de espermatozoides. URL: <http://fshveterosudec.blogspot.com/>

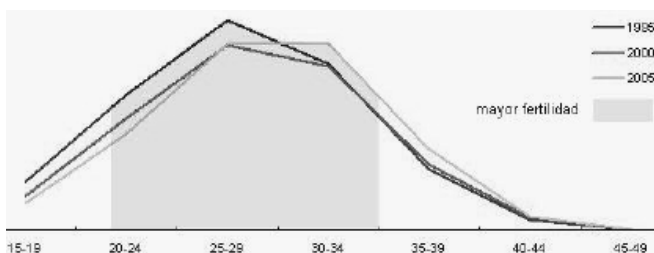
⁴⁹ Métodos de diagnóstico de la infertilidad. http://www.nascentis.com/metodos_diagnostico_infertilidad?PHPSESSID=6dff2a6493bee17f71e95c09eae54197. Accesada el 15 de abril de 2013.

⁵⁰ *Ibidem*.

reciente (pérdida o aumento).

Edad: la edad de la mujer tiene relación muy estrecha con la fertilidad, ya que la mayor probabilidad de lograr embarazos normales, como vemos en la gráfica a continuación, es de los veintidós a los treinta y cinco años⁵¹.

Gráfico N.º 2



Relación entre la edad de la mujer y la posibilidad de lograr el embarazo

Fuente: infertilidad. Telemedicina.

Aproximadamente, un tercio de las mujeres que postergan el embarazo hasta poco después de los treinta años tendrán problemas para embarazarse, y al menos la mitad de las mujeres de más de cuarenta años tendrán dificultades. Debido a que la probabilidad de concebir declina con la edad, las mujeres de treinta y cinco años y más no deben esperar más de seis meses antes de buscar ayuda si sospechan que puede haber un problema.

Los problemas de funcionalidad del útero son los siguientes:

⁵¹ Infertilidad. Dr. Gonzalo Díaz. URL: <http://drgdiaz.com/eco/infertilidad.shtml>. Acedida el 15 de abril de 2013.

Trompas de Falopio dañadas: las trompas de Falopio dañadas u obstruidas son una causa común de infertilidad. El daño en las trompas puede ser consecuencia de una infección pasada, como la enfermedad inflamatoria pélvica (EIP) o una operación abdominal anterior. Cuando las trompas de Falopio están obstruidas el espermatozoide y el óvulo no pueden encontrarse.

Además, cuando las trompas de Falopio obstruidas se llenan de líquido (hidrosalpinges) este líquido puede afectar, de manera negativa, el desarrollo de los embriones que se han colocado en el útero durante una fecundación in vitro (FIV). Como resultado, se recomienda eliminar los hidrosalpinges antes de tratar a los pacientes con esta técnica. La reparación quirúrgica de las trompas de Falopio dañadas es posible, pero los resultados posteriores a la cirugía tienden a ser mucho menores que con la fecundación in vitro. Además, se observa un índice de embarazos ectópicos (en las trompas) más alto después de la cirugía de trompas que con la fecundación in vitro.

Endometriosis: todos los meses el revestimiento del útero (endometrio) se engrosa para prepararse para el implante de un embrión. Si no se produce un embarazo la mayor parte del revestimiento se desecha durante la menstruación. En ocasiones, durante la menstruación, algunas de estas células endometriales ingresan al abdomen a través de las trompas de Falopio (menstruación retrógrada). En las mujeres susceptibles a la endometriosis estas células pueden fijarse en los ovarios y otros órganos de la pelvis y crear islas de endometrio fuera del útero (endometriosis). Este tejido endometrial fuera de lugar causa irritación en la pelvis que puede producir dolor e infertilidad.

Los síntomas de endometriosis pueden incluir períodos menstruales y relaciones sexuales dolorosas y dolor en la pelvis. No existe correlación entre la gravedad de estos síntomas y el grado de la enfermedad. A veces no hay ningún síntoma. Hay varias formas de tratamiento disponibles, incluso cirugía y terapia médica.

Factor cervical: las anomalías en la producción del moco cervical o la interacción de los espermatozoides con el muco rara vez son identificadas como la causa única o principal de la infertilidad. El examen del muco cervical puede revelar una infección crónica del cuello del útero que requiere tratamiento. La prueba poscoital es el método tradicional para identificar factores cervicales. La prueba consiste en el examen microscópico del muco cervical, obtenido en el momento de la ovulación en busca de presencia de espermatozoides dentro de horas posteriores a la actividad sexual.

Deben ser consideradas en todo estudio de infertilidad las anomalías uterinas, que en:

...una patología congénita debido a un defecto del desarrollo, fusión o canalización de los conductos de Müller en cualquier etapa del desarrollo embrionario se puede asociar a otras malformaciones genitales, urológicas ó rectales. Excepcionalmente, puede tratarse de una alteración adquirida y estos casos son debidos fundamentalmente a la exposición in útero al dietilestilbestrol.

La mayoría de las malformaciones del aparato reproductor femenino afectan al útero, y por ello se habla de malformaciones Müllerianas, aunque a veces tienen su origen en anomalías mesonéfricas ó Wolfianas. Se dice

que existen anomalías uterinas en 0,1 a 2% de las mujeres, en el 4% de las estériles y en el 1% de las infértiles, las malformaciones genitales no siempre son detectadas.⁵²

La clasificación de las malformaciones uterinas, según la American Fertility Society (AFS), es la siguiente:⁵³

Agenesias o hipoplasias uterinas parciales (malformación genética del aparato reproductivo femenino)

- Ausencia de vagina con útero normal.
- Ausencia de cuello con útero y vagina normales.
- Cuernos uterinos rudimentarios con trompa y vagina normales.
- Ausencia exclusiva de trompas.
- Combinaciones de las anteriores.
- Con cuerno uterino rudimentario canalizado y en comunicación con el hemiútero.
- Con cuerno uterino rudimentario canalizado pero sin comunicación con el hemiútero.
- Con cuerno uterino rudimentario sin cavidad endometrial.
- Sin cuerno uterino rudimentario.

Útero unicornio (un útero con un “cuerno”): se produce cuando el tejido que forma el útero no se desarrolla de forma adecuada. Esta es una malformación muy rara. Un útero unicornio tiene la mitad del tamaño de un útero normal. La mujer tiene solo una trompa de Falopio, pero tiene dos ovarios⁵⁴.

⁵² Malformaciones uterinas. URL: <http://www.monografias.com/trabajos10/uter/uter.shtml>.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ ¿Cuáles son las principales malformaciones del útero? URL: <http://www.babycenter.es/pregnancy/complicaciones/malformacion-uterio/>.

Útero didelfo: completo o parcial. Se conoce técnicamente como “útero doble”, y es un útero con dos cavidades internas. Cada cavidad puede llevar a su propio cuello uterino y a su propia vagina, así la mujer tiene dos cuellos uterinos y dos vaginas⁵⁵.

Útero bicorne (o un útero con dos “cuernos”): completo (hasta el cervix) o parcial o subsepto. Es el más común. En vez de tener forma de pera el útero tiene forma de corazón, con una hendidura profunda en la parte de arriba. Esto significa que el bebé tiene menos espacio para crecer que en un útero con una forma normal⁵⁶.

Útero septo: el interior del útero está dividido por una pared o septo. El septo puede extenderse solo parcialmente en el útero o puede llegar, incluso, hasta el cuello uterino⁵⁷.

Útero arcuato: es una variante del útero septado, pero el septo es mucho menos pronunciado en profundidad, aunque tiene una base más ancha. El útero arcuato generalmente no está relacionado con problemas de fertilidad ni presenta riesgo aumentado durante el embarazo⁵⁸.

Normalmente, el útero está inclinado hacia adelante sobre la parte de arriba de la vejiga. Los médicos llaman a esta posición “anteversión” o, como habitualmente se le llama de forma abreviada, “útero en ante”. Algunas mujeres tienen útero inclinado hacia atrás (con “retroversión” o, de forma abreviada, “útero en retro”), lo que significa que está

⁵⁵ *Ibidem.*

⁵⁶ *Ibidem.*

⁵⁷ *Ibidem.*

⁵⁸ *Ibidem.*

más lejos de la vejiga, en vez de estar sobre ella. El útero en retroversión es una variante normal que no afecta la fertilidad ni añade riesgos durante el embarazo⁵⁹.

El tratamiento de las malformaciones uterinas es únicamente quirúrgico y con resultados riesgosos, está encaminado, principalmente, a permitir la gestación y mantener el producto el mayor tiempo posible en la cavidad uterina, para así mejorar las posibilidades de sobrevivencia de este.

1.2. Infertilidad masculina

Cuando un factor de infertilidad masculina está presente casi siempre es definido por un análisis del semen anormal. El análisis de semen puede revelar la ausencia o la baja concentración de espermatozoides, anomalías en el movimiento (motilidad) de los espermatozoides o anomalías en la forma (morfología) de los espermatozoides. La infertilidad masculina puede ser consecuencia de diversas afecciones, algunas son identificables y reversibles, como cuando hay una obstrucción del tracto genital masculino, una anomalía anatómica como varicocele o cuando hay una deficiencia hormonal que puede tratarse médicamente.

La infertilidad del hombre fue abordada por la sentencia *Artavia Murillo* y otros contra nuestro país, ciertamente, la jurisdicción internacional resumió la problemática masculina al traer a colación el sentimiento de los demandantes, cuestión que se aprecia en el ítem 301 siguiente:

301. Por su parte, respecto a la situación de los hombres infértiles, el señor Mejías Carballo declaró

⁵⁹ *Ibidem*.

que le da “miedo formar una pareja de nuevo”. Agregó que “fue muy duro, después [de la prohibición de la FIV] empezaron los problemas donde ya era como una exigencia el querer tener un hijo, que los años pasaban, que llegaban cumpleaños, que llegaba un día de la madre, un día del padre, una navidad, donde todos [sus] hermanos y sobrinos entregaban los regalos a sus hijos, y [...] llegaba un día de la madre, y otro año más del día de la madre y [él] sin hijo, o sea todo eso a uno lo va acosando moralmente”⁶⁰. Mientras que el señor Vargas manifestó que “*por años yo [s]e sent[ió] menos, no [s]e sentía hombre, creía que [su] imposibilidad para concebir un hijo era una falta de hombría y así [s]e castig[ó] sólo en el silencio de [su]s pensamientos y en el dolor de miles de lagrimas que [s]e trag[o] para que tampoco [lo] vieran llorar*”⁶¹. Por su parte, el señor Sanabria León explicó que recibió “*el mensaje de imposibilidad y de la mano con eso [s]e sint[ió] discapacitado, [su] percepción de [s]i mismo se afecta negativamente y [se] enoj[ó] y [se] resi[ntió] con [su] cuerpo, [s]e rechaz[ó], en fin, la imagen de [s]i mismo se ve severamente desvalorizada*”⁶². La perita Neuburger explicó que “*[a] los hombres la discapacidad fértil les ocasiona un fuerte sentimiento de impotencia y como resultado un cuestionamiento de su identidad de género. El ocultamiento social de su disfunción fértil suele ser estrategia defensiva por el temor a la burla y el cuestionamiento de otros hombres*”⁶³.

⁶⁰ Cfr. Declaración rendida por el señor Mejías Carballo durante la audiencia pública.

⁶¹ Cfr. Declaración jurada de Giovanni Vargas (expediente de anexos al escrito de argumentos y pruebas, tomo IV, folio 5281).

⁶² Declaración jurada de Viktor Sanabria León (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo II, folio 4937).

⁶³ Declaración de la perita Alicia Neuburger ante fedatario público (expediente de fondo, tomo V, folios 2519 y 2520).

Evidentemente, el tribunal internacional aparejó la situación reproductiva de la mujer con la del hombre; por ello, es necesario verificar los diagnósticos y las causas que generan la esterilidad en los hombres, que son los siguientes:

Producción espermática: el espermograma es el mejor estudio para evaluar la producción espermática. El hombre debe obtener una muestra por masturbación luego de dos a cinco días de abstinencia sexual. En un espermograma se evalúa el volumen eyaculatorio, el número de espermatozoides, su movilidad y su morfología.

Se considera un espermograma normal cuando hay una producción mayor a veinte millones de espermatozoides por ml., con una movilidad mayor al cincuenta por ciento y más del treinta por ciento de los espermatozoides son normales.

Es importante destacar que un varón normal puede tener grandes fluctuaciones en su producción espermática, por lo que no debe hacerse un diagnóstico definitivo con un solo espermograma que no alcance las cifras normales. Además, la concentración y la movilidad espermática pueden reflejar cambios de salud en el hombre que daten de hasta tres meses antes de obtener la muestra, ya que este es el tiempo que necesitan los espermatozoides para formarse.

Las alteraciones en el espermograma orientarán al estudio de los distintos factores (pretesticular, testicular, posttesticular) por medio de distintos exámenes como son los dosajes hormonales, cultivos, ecodoppler, exámenes genéticos, etc.⁶⁴

⁶⁴ Métodos de diagnóstico de la infertilidad. http://www.nascentis.com/metodos_diagnostico_infertilidad?PHPSESSID=6dff2a6493bee17f71e95c09eae54197.

Factor pretesticular o endocrino: son alteraciones de las hormonas LH y FSH producidas por la hipófisis⁶⁵. Pueden ser debidas a desórdenes hipotalámicos o a problemas endocrinos⁶⁶.

Factor testicular:

- Orquitis (inflamación de uno o ambos testículos).
- Hidrocele (acumulación de agua en un testículo).
- Aplasia germinativa (testículos pequeños y poca formación de espermatozoides).
- Traumatismos.

Criptorquidia (descenso incompleto de uno o ambos testículos).

Varicocele (dilatación anormal de las venas a lo largo del cordón que sostiene los testículos de un hombre en su cordón espermático).

Factor posttesticular: se refiere a aquellos agentes que afectan a los espermatozoides después de salir del testículo, por lo cual se requiere conocer la capacitación espermática⁶⁷. Los principales problemas que puede

⁶⁵ En varones, la LH estimula la síntesis de novo de andrógenos, principalmente, testosterona, por las células de Leydig. La testosterona secretada se requiere para la gametogénesis, la conservación de la libido y las características sexuales secundarias. La FSH no participa en la producción de esteroides gonadales en varones, pero es esencial para la producción de espermatozoides normales. Importancia del funcionamiento de las hormonas LH y FSH. URL: <http://www.tupincho.net/foro/importancia-del-funcionamiento-de-las-hormonas-lh-y-fsh-t12827.html>

⁶⁶ Reproducción asistida. Op Cit. URL: <http://www.reproduccionasistida.org/esterilidad-e-infertilidad/>

⁶⁷ Se refiere a los cambios fisiológicos que sufre un espermatozoide de forma natural para adquirir la capacidad de fecundar el óvulo. Los espermatozoides tras ser eyaculados no poseen esta capacidad, aunque la adquieren en el aparato reproductor femenino cuando se encuentran atravesando el moco cervical. URL: <http://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-asistida/esterilidad/embarazada/capacitacion-espermatoca/>.

afectar son:

- Eyaculación retrograda: se presenta cuando el semen ingresa en la vejiga en lugar de salir por la uretra durante la eyaculación.
- Impotencia sexual: es la incapacidad repetida de lograr o mantener una erección lo suficientemente firme como para tener una relación sexual satisfactoria.
- Infecciones seminales: infecciones en los conductos que transportan el semen desde los testículos. La vía seminal es el conducto por el que los espermatozoides salen desde el testículo hasta el exterior. Si existe un proceso infeccioso en algún punto de este recorrido, los espermatozoides tendrán que atravesar esa zona infectada y esto puede suponer que muchos mueran o sean destruidos⁶⁸.

Azoospermia obstructiva: cuando no se encuentran espermatozoides en el semen. Si esa ausencia de espermatozoides es debida a un problema de obstrucción en su salida, entonces se llama azoospermia obstructiva. Las causas de esta obstrucción pueden ser múltiples⁶⁹:

- Pacientes sometidos previamente a una vasectomía (la vasectomía no es más que una forma voluntaria de azoospermia obstructiva).
- Pacientes sometidos a intervenciones quirúrgicas en la zona inguinal o escrotal y que como consecuencia de la cirugía se ha causado una obstrucción en los conductos de salida de los espermatozoides.

⁶⁸ Esterilidad masculina. URL: http://www.asociaciondeurologos.com/pu_esterilidadmasculina.htm.

⁶⁹ *Ibidem*.

- Pacientes con antecedentes de inflamación en los testículos que han causado obstrucción en estos.

Azoospermia secretora: por el contrario, se habla de azoospermia secretora cuando la causa de la ausencia de espermatozoides en el semen se debe a que el testículo no los está produciendo. Los motivos para ello pueden ser⁷⁰:

- Problemas genéticos.
- Problemas hormonales.
- Antecedentes de enfermedad del testículo: infección, traumatismo, etc.

Oligozoospermias secretoras: se habla de oligozoospermia cuando en el semen hay un número reducido de espermatozoides. Al igual que en el caso de las azoospermias, la causa puede ser obstructiva o secretora. Cuando el testículo produce un número bajo de espermatozoides, de manera que en el semen no se alcanzan cifras normales, se llama oligozoospermia secretora. En general, las causas son las mismas que en las azoospermias secretoras, tratándose más de una diferencia de grado o severidad de la afectación⁷¹.

Oligozoospermias obstructivas: situación en la que no se encuentra un número suficiente de espermatozoides en el semen debido a la existencia de alguna obstrucción parcial en los conductos de salida⁷².

Problemas hormonales: en ocasiones la infertilidad del varón se debe a la existencia de problemas (por exceso o defecto) en las hormonas sexuales⁷³.

⁷⁰ *Ibídem.*

⁷¹ *Ibídem.*

⁷² *Ibídem.*

⁷³ *Ibídem.*

Causas desconocidas: no se puede determinar el diagnóstico del problema que origina la mala calidad del semen.

Al igual que en los casos de la infertilidad femenina, una vez localizada la causa probable de infertilidad masculina se pueden realizar tratamientos para revertir los efectos de esta, por ejemplo: la reconstrucción microquirúrgica de vasectomías previas (VVT) para normalizar el seminograma, la obstrucción de eyaculadores, la corrección quirúrgica del varicocele, el tratamiento antibiótico oportuno de la infección seminal, los tratamientos hormonales sustitutivos para las alteraciones hormonales que consiguen el restablecimiento de una producción normal de espermatozoides, las alteraciones de la erección o de la eyaculación, entre otros⁷⁴.

II. POLÍTICA PÚBLICA EN MATERIA DE SALUD REPRODUCTIVA Y SEXUALIDAD EN COSTA RICA

2.1. Infertilidad como un problema de salud pública

La infertilidad afecta directamente a la persona que la padece, así como a su pareja desde el punto de vista psicosocial, en su capacidad de integrarse a una sociedad cuya estructura de funcionamiento básica es la familia.

Costa Rica debe abordar la infertilidad como un problema de salud pública con carácter de prioridad, sobre todo tomar en cuenta que su tasa de fecundidad, esto es, la cantidad de hijos nacidos por mujer en edad fértil, ha caído por debajo de 2.1, que es la cifra mínima necesaria para el reemplazo poblacional en países con una baja mortalidad prematura. Este fenómeno implica el inicio

⁷⁴ *Ibidem*.

del envejecimiento de su sociedad e implicará, a juicio de los expertos actuariales, un inevitable impacto negativo sobre la sostenibilidad de su economía y de su sistema de seguridad social.

Si bien es cierto que dicha disminución obedece, en gran parte, al impacto de las corrientes demografistas en la decisión de las familias costarricenses de disminuir su cantidad de hijos en relación con las de sus padres y abuelos, es previsible que la incidencia de la infertilidad adquiera cada vez mayor relevancia en dicho fenómeno, en parte como resultado de conductas prevenibles, como es la decisión de ciertos grupos poblacionales de intentar procrear hasta después de los treinta años de edad⁷⁵.

En la mayoría de los casos, cuando una pareja decide tener un hijo cree que va a lograr el embarazo en el primer o segundo mes de búsqueda, luego de haber suspendido el método anticonceptivo que utilizaba. Muchos albergan el temor de que tendrán problemas para concebir, y esas desconfianzas aumentan si la concepción no se materializa en el corto plazo. Es frecuente que la gente desconozca que, a diferencia de lo que ocurre en otras especies, la reproducción humana es altamente ineficaz, vale decir que las oportunidades de embarazo en una pareja joven luego de un mes de búsqueda son de tan solo un veinte a un treinta por ciento.

En el apartado anterior se han señalado muchos de los factores y análisis que deben ser considerados para abordar la infertilidad desde la perspectiva médica; sin

⁷⁵ Ferrero Aymerich, Alberto. La infertilidad en Costa Rica debe abordarse como un problema de salud pública. *Acta Méd. Costarricense*, vol.54, N.º .2, San José, Apr./Jun.2012. URL: http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?pid=S0001-60022012000200009&script=sci_arttext.

embargo, cualquier pareja que haya padecido problemas de infertilidad sabe que se trata de una enfermedad que repercute no solo a nivel físico y psíquico sino, además, en la relación de pareja, en el ámbito familiar, social y laboral.

La infertilidad se enfoca como un problema de salud reproductiva que repercute en factores bioéticos y socioeconómicos a nivel poblacional y que debe incluirse en las políticas públicas en materia de salud, para ello es necesario definir el sentido que se le dé a la salud reproductiva y que se entiende como:

.... un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuando y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos. En consonancia con esta definición de salud reproductiva, la atención de la salud reproductiva se define como el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivo al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva. Incluye también la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el

asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual.

El Plan Nacional de Salud 2010-2021, del Ministerio de Salud, se fundamenta en una serie de enfoques y principios orientadores que transversa las acciones estratégicas necesarias para contribuir a la protección y el mejoramiento del estado de salud de la población, y a la reducción de brechas e inequidades sociales. No será posible construir la salud y el bienestar social de la población si no partimos de los principios que nos aportan los enfoques de derechos humanos, género, diversidad y cohesión social.⁷⁶ Específicamente, en materia de reproducción sexual esta se contempla en el siguiente apartado⁷⁷:

6. OBJETIVOS ESPECÍFICOS E INDICADORES

...OG.3. Garantizar el acceso a servicios de salud de atención integral a las personas y la protección y mejoramiento del hábitat humano con equidad, calidad, seguridad, diversidad, universalidad, solidaridad, accesibilidad e inclusión social para la promoción, protección y mejoramiento del proceso de salud de la población...

...3.4.- Ampliar la oferta de servicios integrales en todos los niveles de atención en salud que promuevan prácticas saludables. En los temas como salud mental, autocuidado, sexualidad saludable, derechos sexuales y reproductivos, alimentación saludable, actividad física y recreación, calidad de vida laboral, prácticas alternativas y holísticas para la salud y prevención de enfermedades transmisibles y no transmisibles, violencia intrafamiliar

⁷⁶ Ministerio de Salud. Plan Nacional de Salud 2010-2021. Diciembre 2010.

⁷⁷ *Ibidem*

y sexual, el consumo de tabaco, alcohol y otras drogas, factores de riesgo de discapacidad, entre otros.

Asimismo, los derechos sexuales y reproductivos de las personas en nuestro país se han especificado en diversos planes y programas del Ministerio de Salud. Según el documento “Visualizando la salud reproductiva y la sexualidad desde diversas perspectivas: un análisis a partir de la encuesta de salud sexual y reproductiva Costa Rica, 2010”, los derechos sexuales y reproductivos están insertos en el contexto social y global de las poblaciones. Por lo tanto, se vinculan con otros como son: el derecho a la salud, la educación, la libertad, la igualdad y a vivir libre de violencia.

Los derechos son indivisibles e interdependientes. La noción de derechos humanos, en general, y de los derechos sexuales y reproductivos, en particular, tiene implicaciones concretas, ya que de estos se desprenden garantías y condiciones que deben asegurarse por parte de los estados, con el fin de que las personas los puedan ejercer con efectividad y, así, reducir las brechas injustas entre los individuos y los grupos⁷⁸.

Los derechos sexuales y reproductivos permiten que todos los individuos y sus parejas puedan desarrollarse plenamente en el campo de la sexualidad y de la reproducción. En concreto, la salud sexual y reproductiva incluye los siguientes componentes:⁷⁹

⁷⁸ Ministerio de Salud. (2010). Visualizando la salud reproductiva y la sexualidad desde diversas perspectivas: un análisis a partir de la encuesta de salud sexual y reproductiva, Costa Rica.

⁷⁹ *Ibidem* Apud Mazarrasa Alvear, L., Gil Tarragato, S. (2005). Módulo 12: Salud Sexual y Reproductiva. En: Gobierno de España, Ministerio de Sanidad y Consumo, Observatorio de Salud de la Mujer. Programa de Formación de Formadores/as en perspectiva de género. Madrid, España: Universidad Complutense de Madrid. URL: http://www.msc.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/equidad/13modulo_12.pdf.

- Servicios de información, asesoramiento, educación y comunicación en materia de sexualidad humana, salud reproductiva y paternidad responsable
- Educación y servicios de atención prenatal, partos sin riesgo y posparto.
- Acceso a métodos anticonceptivos seguros y modernos.
- Información, prevención, diagnóstico y tratamiento para las infecciones de transmisión sexual, incluyendo el VIH.
- Servicios de aborto seguro y tratamiento de sus posibles complicaciones.
- Prevención y tratamiento apropiado de la infertilidad
- Eliminación de conductas dañinas como la violencia sexual y el tráfico sexual
- Servicios de prevención y atención en materia de violencia de género.

La Política Nacional de Sexualidad 2010-2021 aborda el tema de la infertilidad al señalar lo siguiente⁸⁰:

Asimismo estableció en su párrafo 7.6⁸¹, 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 posparto, la prevención y tratamiento adecuado de la infertilidad, interrupción del embarazo según la legislación de cada país, la prevención del aborto inseguro y atención al posaborto; prevención y tratamiento las enfermedades de transmisión sexual y otras afecciones de la salud reproductiva; e información,

⁸⁰ Ministerio de Salud. Política Nacional de Sexualidad 2010-2021. (2011). Marco conceptual y normativo de la política de sexualidad. Ministerio de Salud.

⁸¹ Se refiere al capítulo VIII de la Conferencia del Cairo. Fondo de Población de las Naciones Unidas, Op. Cit. Aclaración de la analista del proyecto.

educación y asesoramiento sobre sexualidad humana, la salud reproductiva y paternidad responsable.

Esta misma política señala, en nuestro país, como debilidades en la garantía de acceso a servicios de atención a la salud sexual, entre otras⁸²:

- Ausencia de una promoción al auto cuidado de la salud que contribuya a la vivencia de una sexualidad saludable.
- Deficiente y escasa atención integral a las disfunciones sexuales.
- Falta de claridad con respecto a la oferta de servicios relacionados con la salud sexual y la escasa información a las personas usuarias.

Algunas de las debilidades en la garantía de acceso a los servicios de atención a la salud reproductiva son las siguientes:

- Restringido acceso a la información y a la tecnología de calidad para la fecundación asistida.
- Falta de claridad con respecto a la oferta de servicios relacionados con la salud reproductiva y la escasa información a las personas usuarias.

Se puede precisar que la infertilidad está incluida dentro de las acciones institucionales (sea mediante metas, indicadores de gestión, objetivos o debilidades) como parte integral de la salud sexual y reproductiva de las personas, las cuales se plasman en los planes de acción y las políticas en materia de salud ya mencionados, ya

⁸² Ministerio de Salud. Política Nacional de Sexualidad 2010-2021. (2011). Análisis de situación: enfoques, asuntos críticos y áreas de intervención de la política de sexualidad. Ministerio de Salud.

que es necesario darle seguimiento a los cumplimientos de los objetivos y los lineamientos trazados por la Política Nacional de Sexualidad.

En el ámbito del tratamiento, en el caso específico de la Caja Costarricense de Seguro Social, cada uno de los hospitales de nuestro país que cuentan con servicio de ginecología atiende de manera individualizada a los pacientes que presentan problemas relacionados con la infertilidad y tienen establecidos sus protocolos de atención.

En el siguiente apartado se muestra cómo la infertilidad es atendida de manera específica en el Hospital de las Mujeres.

2.2. Unidad de Infertilidad de la Caja Costarricense de Seguro Social

La Unidad de Infertilidad del Servicio de Ginecología del Hospital de las Mujeres “Dr. Adolfo Carit Eva” brinda servicios desde 1986 a las parejas que han realizado consultas por infertilidad, cuenta con cobertura nacional, ya que se reciben pacientes de todo el territorio nacional⁸³.

En la siguiente tabla se suministra el estado (hasta 2012) de la Unidad de Infertilidad, acorde con la cantidad de recursos humanos con que cuenta, así como las actividades que realizan⁸⁴:

⁸³ Oficio N.º DG 487.02.12, de 27 de febrero de 2012, suscrito por el Dr. Luis. Gmo. Ledesma Izard, director general, Hospital de las Mujeres, que anexa Oficio N.º JG.40.02.12, de 21 de febrero de 2012, suscrito por el Dr. Gerardo Montiel Larios, Jefatura, Servicio de Ginecología, Hospital de las Mujeres.

⁸⁴ *Ibidem*.

Recurso humano	2 subespecialistas en Medicina Humana Reproductiva.
	2 ginecólogos con experiencia en atención de infertilidad.
	1 ginecóloga con capacitación en endoscopia ginecológica..
	Microbiólogos con experiencia en manejo de semen.
Recurso físico	1 auxiliar de enfermería.
	1 consultorio dividido en atención de pacientes y en procedimientos (ultrasonidos, histerosonografías, inseminaciones).
	Insumos: equipo de ultrasonografía.
	Equipo e instrumentos y medios básicos de laboratorio, para el estudio y la preparación del semen. Laboratorio de hormonas completo. Labotario bacteriológico.
	Equipo de endoscopia ginecológica: laparoscopia, histeroscopia (sala de operaciones y consultorio).
	Medicamentos: inductores de la ovulación, como citrato de clomifeno, gonadotropinas urinarias, gonadotropina criónica, metformina, progesterona, estrógenos y bromocriptina.
Actividades	Consulta diaria con agenda abierta, lo que permite dar el adecuado seguimiento a los protocolos de abordaje y tratamiento a los usuarios, lo que conlleva a que la pareja no tenga que esperar cita y no se rechaza ningún caso, independientemente de la cantidad de consultas que haya por día. Se atienden parejas procedentes de todo el territorio nacional, que vengan con referencia y que cumplan los criterios de ingreso.
	Estudio protocolizado de las parejas, se atiende tanto a la mujer como al varón.
	Protocolos de tratamiento según cada caso: inducción de ovulación, tratamientos médicos a la mujer, tratamientos médicos al varón, inseminaciones intrauterinas, procedimientos quirúrgicos (laparoscopias, histeroscopias, plastias tubarias), manejo de la pérdida gestacional recurrente.
	Manejo interdisciplinario: endocrinología y urología, por referencia a otros centros, ginecología endocológica, medicina interna, cuidados intensivos, psicología, nutrición y trabajo social, a nivel local.
	Estudio y manejo de patología masculina relacionada con la infertilidad.
	Charlas mensuales a las parejas impartidas por especialistas.
	Docencia en servicio: rotaciones de estudiantes de pregrado y de posgrado para médicos residentes de este hospital y de otros hospitales, con programas debidamente establecidos.

La tabla anterior muestra cómo la Unidad de Infertilidad del Hospital de la Mujeres cuenta con el profesional especializado e interdisciplinario, y realiza los protocolos de tratamiento mencionados en el apartado anterior como procedimientos de diagnósticos y atención de la infertilidad.

La Unidad de Infertilidad ha realizado en los últimos cinco años un total de doce mil cuatrocientos cuarenta y cuatro consultas de infertilidad (lo que representa un doce coma dos por ciento de toda la consulta del Servicio de Ginecología), con un promedio anual de dos mil

cuatrocientos ochenta y ocho consultas, atendándose aproximadamente doscientas cincuenta parejas por año.

Se realizaron en el año 2010 un total de ciento setenta y ocho inseminaciones intrauterinas, obteniéndose un índice global de embarazos del veintiocho por ciento y un índice de éxito en las inseminaciones intrauterinas del dieciocho por ciento. Lo anterior fue posible con la aplicación, únicamente, de técnicas de baja complejidad, debido a que, como es sabido, en nuestro país no está permitida la realización de procedimientos de alta complejidad para el tratamiento de la infertilidad, tales como la fertilización in vitro, la transferencia de embriones, la inyección intracitoplasmática de espermatozoides⁸⁵, etc.

En la actualidad, a nivel mundial, la aplicación de las técnicas de reproducción asistida de alta complejidad se realizan de forma rutinaria y generalizada, lográndose aumentar los índices de éxito hasta en un cuarenta y cinco-cincuenta por ciento, que son muy superiores a los logrados por nuestra Unidad, dado que solo realizamos tratamientos de baja complejidad. Con la baja complejidad se puede abordar, aproximadamente, un sesenta por ciento de las parejas infértiles, lo que deja por fuera alrededor de un cuarenta por ciento de esta población. Por lo tanto, la principal limitación de la Unidad de Infertilidad del Hospital de las Mujeres es no contar con la posibilidad de realizar procedimientos de alta complejidad (fertilización in vitro), para poder darle una atención completa e integral a las parejas con esta discapacidad.”⁸⁶

Desde esa perspectiva, se colige que en la Caja

⁸⁵ El procedimiento consiste en la inyección de un espermatozoide en el interior del óvulo. URL: <http://www.unizar.es/gine/icsi.htm>.

⁸⁶ Oficio DG 487.02. Op. Cit.

Costarricense de Seguro Social se ofrece el servicio de atención a la infertilidad, específicamente en el Hospital de la Mujeres, a toda la población nacional que así lo requiera, ya que la principal limitación del servicio que se brinda es la implementación de técnicas de alta complejidad, hasta el momento no permitidas por la legislación nacional.

La infertilidad es un problema que se encuentra contemplado en la Política Nacional de Salud Reproductiva y en la política internacional del Fondo de Población de las Naciones Unidas, como tal debe ser abordada desde esta perspectiva. Para ello, debe procurarse el máximo aprovechamiento de los recursos existentes, de manera que todas las acciones dirigidas a la atención de la infertilidad funcionen dentro de la Red de Servicios de Salud de la Caja Costarricense de Seguro Social, los programas de atención primaria del Ministerio de Salud y las entidades especializadas en materia de salud sexual y reproductiva.

En lo atinente a la atención especializada con tecnologías más complejas de investigación y experimentación, esta debería reorganizarse y fortalecerse con el recurso humano y tecnológico existente en las diferentes entidades nacionales, como son: la Unidad de Infertilidad del Hospital de las Mujeres, el Instituto Costarricense de Investigación y Enseñanza en Nutrición y Salud (Inciensa) y los institutos de investigación que han incursionado en el tema de la infertilidad, como es el caso del Laboratorio de Ensayos Bilógicos (Lebi) de la Universidad de Costa Rica.

Hecho el análisis sobre el problema de la infertilidad femenina y masculina en Costa Rica y planteado el asunto de algunas políticas públicas en los apartados siguientes, se determinarán las obligaciones internacionales que

asume nuestro país, a partir del dictado de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los alcances de dicha jurisprudencia y la responsabilidad que debe asumir la Asamblea Legislativa, en lo que concierne a la aprobación de las medidas legislativas (ley nacional).

III. OBLIGACIONES CONVENCIONALES ASUMIDAS POR EL ESTADO COSTARRICENSE

Se había expresado en la introducción que el Departamento de Servicios Técnicos, del cual forman parte los autores de este trabajo, solventó la consulta N.º CON-048-2013 J, de 11 de junio de 2013, que si bien se hizo basada en el expediente legislativo N.º 18738, Ley de Fecundación in Vitro y Transferencia de Embriones Humanos, la información o el análisis brindado vale para cualquier otro expediente, incluido el N.º 18824, que se encuentra en el Plenario legislativo en el trámite de mociones de fondo, por la vía del artículo 137 del Reglamento legislativo.

Como procedía, el Departamento respondió a las diputadas y los diputados de la Comisión Permanente de Asuntos Sociales, auscultando la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 28 de noviembre de 2012, (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs Costa Rica, a la luz de sus principales contenidos y las prerrogativas que tendría el legislador nacional para decretar la ley.

Cuando Costa Rica suscribió y aprobó la Convención Americana de Derechos Humanos⁸⁷ declaró que reconocía

⁸⁷ Ley N.º 4534, de 23 de febrero de 1970, Aprobación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

como obligatoria, de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte Interamericana sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esa Convención (art. 62.1. Convención Interamericana de Derechos Humanos). Por lo anterior, la Corte ha tenido competencia para conocer cualquier caso relativo a la interpretación y la aplicación de las disposiciones de la Convención Interamericana de Derechos Humanos que le sea sometido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y donde aparezca como demandado el Estado costarricense.⁸⁸

El ítem 41 de la sentencia sub examine indica:

41. La Corte Interamericana es competente para conocer el presente caso, en los términos del artículo 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que Costa Rica es Estado Parte de la Convención desde el 8 de abril de 1970 y **reconoció la competencia contenciosa del Tribunal el 2 de julio de 1980.** (El destacado no es del original).

En virtud de lo anterior, cuando se decide que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención (v.gr. caso Artavia Murillo y otros “fecundación in vitro” vs Costa Rica), la Corte dispone que se garantice al lesionado o los lesionados el goce de su derecho o libertad conculcados⁸⁹. Dispone, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la

⁸⁸ Además de la sentencia de fondo sobre el caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro), también se tuvo el antecedente de la sentencia de fondo sobre el caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica.

⁸⁹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró en el caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica, la violación de los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana.

medida o la situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada (Cfr. Art. 63.1. Convención Interamericana de Derechos Humanos).

El fallo de la Corte es definitivo e inapelable; sin embargo, en caso de desacuerdo sobre el sentido o el alcance del fallo la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días, a partir de la fecha de la notificación del fallo. Costa Rica no hizo uso en tiempo y forma de ese instrumento, por lo que concluyó esa etapa (Véase art. 67 de la Convención IDH).

En abono a lo dicho, existe obligación y compromiso convencional de los estados partes de cumplir la decisión de la Corte en todo caso resuelto (Cfr. art. 68 de la Convención IDH). En lo que interesa, el artículo 2 de la Convención establece lo siguiente:

Artículo 2

Deber de adoptar disposiciones de derecho interno
Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 **no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas** o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. (El destacado no es del original).

No obstante, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando el estado es reacio al cumplimiento de

sus sentencias, aplica el mecanismo o el procedimiento establecido en el artículo 63 del Reglamento⁹⁰, que determina lo siguiente:

Artículo 63.- Supervisión de cumplimiento de sentencias y otras decisiones del Tribunal⁹¹

1. La supervisión de las sentencias y demás decisiones de la Corte se realizará mediante la presentación de informes estatales y de las correspondientes observaciones a dichos informes por parte de las víctimas o sus representantes legales. La Comisión deberá presentar observaciones al informe del Estado y a las observaciones de las víctimas o sus representantes.

2. La Corte podrá requerir a otras fuentes de información datos relevantes sobre el caso, que permitan apreciar el cumplimiento. Para los mismos efectos podrá también requerir las pericias e informes que considere oportunas.

3. Cuando lo considere pertinente, el Tribunal podrá convocar a las partes a una audiencia para supervisar el cumplimiento de sus decisiones.

4. Una vez que el Tribunal cuente con la información pertinente, **determinará el estado del cumplimiento de lo resuelto y emitirá las resoluciones que estime pertinentes.** (El destacado no es del original).

Si se activara el mecanismo del artículo 63 reglamentario transcrito y se constatará un eventual

⁹⁰ Cfr. Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobado por la Corte en su XLIX período ordinario de sesiones, celebrada del 16 al 25 de noviembre de 2000, y reformado, parcialmente, por la Corte en su LXXXII período ordinario de sesiones, celebrado del 19 al 31 de enero de 2009.

⁹¹ Así adicionado por la Corte durante su octogésimo segundo período ordinario de sesiones, en la sesión celebrada el día 29 de enero de 2009.

incumplimiento de Costa Rica, se aplicaría el artículo 30 del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el cual establece que en caso de incumplimiento, según lo previsto en el artículo 65 de la Convención⁹², el órgano somete a consideración de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en el período ordinario de sesiones, un informe en el que señala si un estado no ha dado cumplimiento a sus fallos. Concretamente, dicho artículo indica:

La Corte someterá a la Asamblea General de la OEA, en cada período ordinario de sesiones, un informe de su labor en el año anterior. Señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos. Podrá también someter a la Asamblea General de la OEA proposiciones o recomendaciones para el mejoramiento del sistema interamericano de derechos humanos, en lo relacionado con el trabajo de la Corte.⁹³

Ahora bien, previo a que la Asamblea General de la Organización regional conozca el informe lo observa su consejo permanente, primera instancia que ve los informes de los órganos del sistema, previo dictamen de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, que elabora un proyecto de resolución (con o sin modificaciones).

Si la Corte, en un caso in extremis, requiriera elevar el incumplimiento de un estado por no acatar sus fallos,

⁹² El artículo 65 de la Convención determina: "La Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización en cada período ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior. De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un estado no haya dado cumplimiento a sus fallos".

⁹³ Cfr. Estatuto de la Corte IDH. Aprobado mediante Resolución N.º 448, adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno período de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, octubre de 1979.

la instancia deja de ser jurisdiccional y autónoma para convertirse en política, que envuelve la evaluación del gobierno en sus vínculos con la Corte, con presión moral y despliegue de publicidad internacional de tal hecho (negativa), tomando en cuenta que las violaciones de los derechos humanos para los estados son sensibles en su reputación e imagen ante el mundo (credibilidad ante sus homólogos).

Las normas expuestas son absolutamente obligatorias para el país e, incluso, el máximo tribunal de derechos humanos de Costa Rica (Sala Constitucional) ha reiterado en su jurisprudencia:

En tratándose de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, la jurisprudencia constitucional ha señalado que no se aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política, ya que el 48 siguiente contiene norma especial para los que se refieren a derechos humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional, al punto que, ha reconocido también la jurisprudencia, los instrumentos de derechos humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino, que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución.⁹⁴

IV. PUNTOS RESOLUTIVOS DE INTERÉS DE LA SENTENCIA

Cuando se evacuó la consulta a las diputadas y

⁹⁴ Véase la sentencia N.º 1319-97, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de las catorce horas cincuenta y un minutos, de 4 de marzo de 1997. En el mismo sentido, la sentencia N.º 9685.2000, de las catorce horas con cincuenta y seis minutos, de 1º de noviembre de 2000, y la N.º 02771-2003, de las once horas y cuarenta minutos, de 4 de abril de 2003.

los diputados se partió de las disposiciones finales y los puntos resolutivos de la sentencia que atañen de modo directo al Poder Legislativo, con ello se advierte que no se consideran aquí otros elementos que van dirigidos a las obligaciones de ejecución que tiene directamente el Poder Ejecutivo.⁹⁵

En la parte dispositiva, en el punto 2, la Corte Interamericana de Derechos Humanos obliga al Estado a adoptar

...con la mayor celeridad posible, las medidas apropiadas para que quede sin efecto la prohibición de practicar la FIV y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos que fueron encontrados vulnerados....

Asimismo, en el punto 3 siguiente, compele al Estado a:

...regular, a la brevedad, los aspectos que considere necesarios para la implementación de la FIV, teniendo en cuenta los principios establecidos en la presente Sentencia, y debe establecer sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen este tipo de técnica de reproducción asistida...

⁹⁵ Por ejemplo, la obligación del Estado de informar el avance de las medidas adoptadas; la inclusión del FIV en los programas de tratamiento de la infertilidad en su atención de salud; poner servicios de salud a disposición de quienes requieran las técnicas; brindar a las víctimas atención psicológica gratuita y de forma inmediata; realizar publicaciones; implementar programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos y derechos reproductivos y no discriminación y pagar las cantidades fijadas en la sentencia por concepto de indemnizaciones.

Otros puntos de interés para las legisladoras y los legisladores que están en la parte dispositiva de la sentencia se refieren a los plazos para informar y a la supervisión del cumplimiento del fallo, ambos puntos señalan lo siguiente:

9. El Estado debe, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia, rendir al Tribunal un informe general sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma.

10. La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

De los puntos mencionados se infieren algunas apreciaciones que deben considerar las señoras diputadas y los señores diputados. En primer lugar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos pide al país, de forma clara, que cristalice la normativa mediante un procedimiento célere que regule la técnica de la fecundación in vitro, dejando absoluta libertad al legislador para que module soberanamente los contenidos de la ley, siempre que estos no se aparten de los conceptos y los principios establecidos en la sentencia que abordaremos más adelante.

Le advierte, además, los plazos dentro de los cuales el Estado debe informar a la Corte sobre los avances y el marco de regulación. Por lo tanto, la Asamblea Legislativa queda sujeta a corresponder como poder de la República a que se actúe sin dilación en el uso de las competencias

constitucionales y reglamentarias, de modo que se tenga, en un término aceptable, la ley correspondiente.

Se debe considerar que la Corte Interamericana consignó en el ítem 84 de la sentencia cómo la Asamblea Legislativa, en un proyecto de ley anterior,⁹⁶ (N.º 17900) procedió a canalizar el conocimiento y la discusión del tema de la fecundación in vitro; con ello constataron el trabajo que hicieron los diputados y las diputadas en ese contexto, el cual se transcribe a continuación:

“E) Proyectos de ley

84. La Corte observa que, en el marco de un intento por cumplir con las recomendaciones efectuadas por la Comisión Interamericana (supra párr. 1), en la Asamblea Legislativa en el año 2010 fue presentado un proyecto de ley tratando de regular la FIV⁹⁷. Entre otros elementos, el proyecto partía de la protección de todos los derechos de la persona humana a partir de la fecundación⁹⁸ y establecía que podía practicarse la FIV “a condición de que todos los óvulos fertilizados en un ciclo de tratamiento sean transferidos a la misma mujer que los produjo”⁹⁹. Además, se prohibía “la reducción o destrucción de embriones”¹⁰⁰. Asimismo, el

⁹⁶ Proyecto de ley Fecundación in Vitro y Transferencia Embrionaria. Expediente N.º 17900, 22 de octubre de 2010 (expediente de anexos a la contestación, tomo IX, folios 11055 a 11068).

⁹⁷ Cfr. Proyecto de ley Fecundación in Vitro y Transferencia Embrionaria. Expediente N.º 17900, 22 de octubre de 2010, (expediente de anexos a la contestación, tomo IX, folios 11055 a 11068).

⁹⁸ Cfr. artículo 6 del proyecto de ley Fecundación in Vitro y Transferencia Embrionaria, Expediente N.º 17900, 22 de octubre de 2010, (expediente de anexos a la contestación, tomo IX, folios 11055 a 11068).

⁹⁹ Cfr. artículo 8 del proyecto de ley Fecundación in Vitro y Transferencia Embrionaria, expediente N.º 17900, 22 de octubre de 2010, (expediente de anexos a la contestación, tomo IX, folio 11064).

¹⁰⁰ Cfr. artículo 8 del proyecto de ley Fecundación in Vitro y Transferencia Embrionaria. Expediente N.º 17900, 22 de octubre de 2010, (expediente de anexos a la contestación, tomo IX, folio 11064).

proyecto de ley preveía que “[quien, en la aplicación de la técnica de la [FIV], destruyere o redujere o de cualquier modo diere muerte a uno o más embriones humanos, será sancionado con prisión de uno a seis años”¹⁰¹. La Corte observa que el proyecto de ley no fue aprobado¹⁰². Por su parte, la Organización Panamericana de la Salud (OPS) se pronunció en forma crítica contra el proyecto y resaltó los “riesgos de múltiples embarazos que pueden ocurrir cuando todos los óvulos fertilizados en un ciclo de tratamiento son transferidos a la misma mujer que los produjo, lo cual a su vez incrementa el riesgo del aborto espontáneo, complicaciones obstétricas, nacimientos prematuros y morbilidad neonatal”¹⁰³. La OPS señaló que “[transferir a una mujer todos los embriones producidos en cada ciclo de un tratamiento de [FIV], incluso aquellos embriones que tienen defectos, puede poner en peligro el derecho a la vida de la mujer e incluso ocasionar la realización de un aborto terapéutico lo que a su vez afecta negativamente el goce del derecho a la salud y de otros derechos humanos relacionados que han sido acordados por los Estados de la OPS.”¹⁰⁴

¹⁰¹ Cfr. artículo 19 del Proyecto de ley Fecundación in Vitro y Transferencia Embrionaria. Expediente N.º 17900, 22 de octubre de 2010, (expediente de anexos a la contestación, tomo IX, folio 11067).

¹⁰² Cfr. Contestación de la demanda por el Estado (expediente de contestación, tomo III, folio 1007).

¹⁰³ Organización Panamericana de la Salud, opinión técnica de la Organización Panamericana de la Salud/Organización Mundial de la Salud (OPS/OMS), con respecto al contenido del proyecto de ley de Costa Rica, Fecundación in Vitro y Transferencia Embrionaria, en el contexto del derecho humano a la salud (expediente de anexos al informe, tomo II, folio 835).

¹⁰⁴ Organización Panamericana de la Salud, opinión técnica de la Organización Panamericana de la Salud/Organización Mundial de la Salud (OPS/OMS) con respecto al contenido del proyecto de ley de Costa Rica sobre fecundación in vitro y transferencia embrionaria en el contexto del derecho humano a la salud, folio 835.

Cuando se tramitó el expediente N.º 17900¹⁰⁵ no se había emitido la sentencia *Artavia y otros vs Costa Rica*, que compromete al país a cumplir sus contenidos. Aquí llegamos a la siguiente interrogante ¿está en capacidad el Estado –la Asamblea Legislativa- de no dictar regulación sobre la implementación de la técnica de fecundación in vitro? Hay dos aspectos que se deben analizar, primero, el efecto que resultaría auto ejecutar la sentencia internacional sin uso del principio de subsidiaridad que corresponde al Estado de legislar la técnica de fecundación in vitro; segundo, sobre la responsabilidad del Estado costarricense, en caso de incumplimiento y los alcances jurídicos y políticos, frente al Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Procedemos a desarrollar el primer punto: la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no es de tipo declarativo o constitutivo, en el entendido de que puede haber reconocimiento sin ejecución, de ahí que no es un tipo de sentencia que se limite a declarar la existencia de derechos; por el contrario, se trata de una sentencia de condena que impone al Estado ejecutar no solo reparaciones, es decir, indemnizaciones y pago de costas, sino que obliga al país a cumplir otros elementos que están debidamente listados en la parte dispositiva, precisando la realización material de medidas administrativas y legales bajo la fuerza de una jurisdicción internacional (de ejecución forzada).

Alguien –algunos- podrían pensar que la posibilidad de no cumplimiento – no emitir la regulación de ley- beneficiaría la tesis que se ha opuesto a la regulación de esta técnica, es decir, entienden que al no haber regulación

¹⁰⁵ Expediente denominado Ley de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria.

no hay posibilidad de poner en práctica la fecundación in vitro. La tesis es equivocada. Si bien el artículo 28 de la Constitución Política de Costa Rica garantiza el principio de libertad y en lo conducente indica lo siguiente:

Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley [...] Las acciones privadas que no dañen la moral ni el orden público o que no perjudiquen a tercero están fuera de la acción de la ley. [...].

No obstante, esta norma constitucional se desarrolla en el artículo 19 de la Ley General de Administración Pública, la cual establece la obligación del principio de reserva de ley para la regulación de los derechos fundamentales, puesto que ese tipo de derechos y libertades no pueden ser normados en decretos ejecutivos o reglamentos.

En otras palabras, por tratarse de un derecho fundamental la no regulación no impedirá que las personas o parejas acudan a la técnica de la fecundación in vitro y que puedan exponerse a riesgos medico-científicos, puesto que no habría parámetros legales mínimos de seguridad, quedando abierta la discreción del médico – acto médico- con un alcance o amplitud muy grande, ya que no estarían sujetos a ningún tipo de fiscalización por parte de las autoridades estatales de salud.

Si la fecundación in vitro quedara fuera de regulación en el derecho interno, se exterioriza el efecto adverso que una omisión legal de tal tipo podría tener, en virtud tanto de las implicaciones jurídicas en el marco interno –tal como se explicó supra-, como de cara al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y frente a los

estados parte.

Esa delicada tesis contribuiría al apoyo de aquellos sectores que alegrarían, sin más, la auto ejecución de la sentencia, puesto que algunos quizá pretenden que la fecundación in vitro esté, en la medida de lo posible, desregularizada (fuera de control y fiscalización) con implicaciones directas sobre la vida y la salud de las personas que se quieran someter a esos tratamientos, incluso, con mayor impacto ético y moral. La postura de negación de un cuerpo legal en Costa Rica contribuiría a incumplimientos de partes sustantivas del fallo¹⁰⁶ y pondría en ejecución la aplicación de las normas convencionales, estatutarias y reglamentarias con que se aprovisiona el sistema regional.

El segundo punto concierne a la responsabilidad internacional de Costa Rica en caso de omitir el cumplimiento del dictado de la sentencia: la responsabilidad internacional del Estado es de carácter sustantivo –se violaron artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁰⁷- y también procesal – existencia de reglas relativas a la invocación de la responsabilidad-. No obstante, una vez emitido el fallo hay una conexión directa entre el derecho internacional y el derecho interno de los estados, pues le corresponde a estos el cumplimiento no solo de las reparaciones, sino de las obligaciones centrales o accesorias que estén contenidas –v. gr. emitir la regulación de la fecundación in vitro.

Desde las primeras sentencias de la jurisdicción interamericana, como la Velásquez Rodríguez (Honduras),

¹⁰⁶ V.gr. la sentencia inquiriere la regulación de centros médicos y de los facultativos que lleven a cabo esos procedimientos.

¹⁰⁷ Se vulneraron los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

y, especialmente, la sentencia *Hermanos Gómez Paquigauri* (Perú), la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tratado el asunto de la responsabilidad internacional de los estados, señalando que un estado incurre en responsabilidad, en primera instancia, por la comprobación que hace la Corte de la violación directa de las normas convencionales.

En segundo término, debido a la falta de acción de los Poderes del Estado –en este caso Legislativo y Ejecutivo- de cumplir las disposiciones que no se limitan a los actos lesivos de los demandantes –su compensación-, sino, también, al momento en que fallan los procedimientos internos para que se cierre el ciclo del agravio. Si la Asamblea Legislativa dota al país de la legislación respectiva liberaría al Estado de responsabilidad en la parte que le concierne a esta rama del Estado, con lo cual habría efectividad de cumplimiento.

Lo anterior no es un asunto teórico o académico, es un propósito fundamental para la credibilidad y la percepción internacional del país, ya que dentro de sus ejes de política de Estado están la defensa y la protección de los derechos humanos y el Estado de derecho, dentro de este el cumplimiento de las normas internacionales y la aceptación de la competencia de las jurisdicciones supranacionales a las que se ha comprometido obedecer.

Ciertamente, Costa Rica tiene el honor de ser país sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, justamente por la trayectoria histórica que ha demostrado en la salvaguarda de los derechos fundamentales y ha participado activamente en la adopción de instrumentos internacionales concernientes a la tutela de la dignidad humana, elemento que debe orientar al legislador en la

toma de decisiones. (A la entrega de este documento, la Asamblea Legislativa aún no se había pronunciado).

V. PRINCIPALES CONSIDERACIONES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS A COTEMPLAR POR LAS SEÑORAS Y LOS SEÑORES LEGISLADORES

5.1. La vida privada y familiar

En el ítem 142, la Corte manifiesta que el artículo 11 de la Convención Americana requiere la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada y familiar. Prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de esta, como la vida privada de sus familias.

Por lo anterior, la Corte sostiene que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. Además, la Corte ha interpretado, de forma amplia, el artículo 7 de la Convención Americana, al señalar que este incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido.

Indica que constituye el derecho de toda persona a organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. Asimismo, la Corte ha resaltado el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto determinarse y escoger libremente las opciones

y las circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones.

En lo que respecta a la maternidad, la Corte indicó en el ítem 142 lo siguiente:

...la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres, en ese sentido, la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el caso que examinó, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico.

En la sentencia, la Corte relaciona o vincula los principios de la vida privada, que se asocia con el derecho a fundar una familia, la integridad física y mental, y, específicamente, los derechos reproductivos de las personas (Véase ítem 144). Es el ítem 146 el que desbroza la interpretación sobre el derecho de la vida privada, como sigue:

- i) La autonomía reproductiva.
- ii) El acceso a servicios de salud reproductiva, que involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho.

En virtud de lo anterior, la Corte señala que la falta de salvaguardas legales para tomar en consideración la salud reproductiva puede resultar un menoscabo grave del derecho a la autonomía y a la libertad reproductiva. Existe, por lo tanto, una conexión entre la autonomía personal, la libertad reproductiva y la integridad física y psicológica. (Vid. ítem 147)

Como aspecto fundamental que se reitera a lo largo de la sentencia y que se observa en la parte dispositiva, la Corte indica que los estados son responsables de regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud para lograr una protección efectiva de los derechos a la vida y a la integridad personal, que guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer dicho derecho. Agrega que el derecho al goce de los beneficios del progreso científico ha sido reconocido internacionalmente.

En el ámbito interamericano se contempla en el artículo XIII de la Declaración Americana y en el artículo 14.1 b) del Protocolo de San Salvador. (Vid. ítem 150). En ese mismo ítem concluye:

Por tanto, y conforme al artículo 29 b) de la Convención Americana, el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones. Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona.

5.2. La protección del embrión y el derecho a la vida

Cuando la Corte IDH analiza este tema manifiesta sin ambages que como órgano jurisdiccional internacional

es el intérprete último de la Convención, por lo cual estima relevante precisar lo pertinente con respecto a los alcances de la protección del embrión y del derecho a la vida.

Con la competencia supranacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se aparta de la interpretación de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de nuestro país, que en su sentencia interpretó el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el entendido de que el Tribunal costarricense exigía una protección absoluta del embrión. (Vid. ítem 75)

La Corte indica, en el texto de la sentencia, que ha reiterado en varias oportunidades que el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos¹⁰⁸. En virtud de ese papel fundamental que se le asigna en la Convención, indica que los estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho.

Asimismo, la Corte ha señalado que el derecho a la vida presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa) y que los estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva) de todos quienes se encuentren bajo su jurisdicción. Ello incluye adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado, que disuada cualquier amenaza a la vida y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una vida digna.

¹⁰⁸ En casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y muertes imputables a la falta de adopción de medidas por parte de los estados.

En el ítem 173, para analizar si existe una obligación de protección absoluta en esos términos, la Corte procede a analizar el alcance de los artículos 1.2 y 4.1 de la Convención Americana con respecto a las palabras “persona”, “ser humano”, “concepción” y “en general”. A la luz de lo anterior, el artículo 4.1 de la Convención Americana señala: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

La Corte observa que el concepto de persona es un término jurídico que se analiza en muchos de los sistemas jurídicos internos de los estados parte. Sin embargo, para efectos de la interpretación del artículo 4.1, la definición de persona está anclada a las menciones que se hacen en el tratado con respecto a la concepción y al ser humano, términos cuyo alcance debe valorarse a partir de la literatura científica (Vid. ítem 176).

Ciertamente, el tribunal internacional constata que la Sala Constitucional optó por una de las posturas científicas sobre este tema para definir desde cuándo se considera que empieza la vida (Vid. ítem 73, en relación con el 177). A partir de ello, avala que, en efecto, la fecundación in vitro refleja que puede pasar un tiempo entre la unión del óvulo y el espermatozoide, y la implantación. Por tal razón, esgrimen los jueces internacionales que la definición de concepción que tenían los redactores de la Convención Americana ha cambiado. Antes de la fecundación in vitro no se contemplaba científicamente la posibilidad de realizar fertilizaciones fuera del cuerpo de la mujer (Vid. ítem 179).

La Corte observa (Vid. ítem 180) que en el contexto científico actual se destacan dos lecturas diferentes del

término concepción:

a) Una corriente entiende concepción como el momento de encuentro, o de fecundación, del óvulo por el espermatozoide. De la fecundación se genera la creación de una nueva célula: el cigoto. Cierta prueba científica considera al cigoto como un organismo humano que alberga las instrucciones necesarias para el desarrollo del embrión.

b) Otra corriente entiende concepción como el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero. Lo anterior, debido a que la implantación del óvulo fecundado en el útero materno faculta la conexión de la nueva célula, el cigoto, con el sistema circulatorio materno que le permite acceder a todas las hormonas y otros elementos necesarios para el desarrollo del embrión.

De las dos hipótesis posibles con respecto al momento en que se debe entender cuándo sucede la concepción se dio la discusión sobre el tiempo en que se considera que el embrión ha alcanzado un grado de madurez, tal como para ser considerado ser humano.

La Corte optó por una de las corrientes, en los siguientes términos:

...es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término “concepción”. Al respecto, la Corte resalta que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo

que permite entender que existe la concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un “ser humano”, lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo (supra párr. 180).¹⁰⁹

Su postura la amplía en el ítem 187, que indica lo siguiente:

...el término “concepción” no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede. Prueba de lo anterior, es que sólo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada “Gonodotropina Coriónica, que sólo es detectable en la mujer que tiene un embrión unido a ella. Antes de esto es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide y si esta unión se perdió antes de la implantación.

En síntesis, el tribunal internacional entiende el término concepción desde el momento en que ocurre la

¹⁰⁹ Vid. ítem 186 de la sentencia.

implantación, razón por la cual considera que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos profundiza en la sentencia que: “la expresión “toda persona” es utilizada en numerosos artículos de la Convención Americana y de la Declaración Americana”. Manifiesta que “al analizar todos los artículos no es factible sostener que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados en cada uno de ellos” (vid. ítem 222). Por lo tanto, la Corte concluye que la interpretación histórica y sistemática de los antecedentes existentes en el Sistema Interamericano confirma que no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión (vid. ítem 223). La Corte también observa que las tendencias de regulación en el Derecho internacional no llevan a la conclusión de que el embrión sea tratado de manera igual a una persona o que tenga derecho a la vida (vid. ítem 253).

Para resumir la esencia de lo dispuesto por la Corte se transcribe lo siguiente:

264. La Corte ha utilizado los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la “concepción” en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras “en

general” que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general.

5.3. Postura de Costa Rica sobre “embrión”, “ser humano” y “persona” en los trabajos preparatorios previos a la Convención

El ítem 213 de la sentencia consigna que en los trabajos preparatorios a la Convención Americana Costa Rica calificó al embrión como ser humano y persona. No obstante, desde el punto de vista de eficacia jurídica, al momento de ratificar la Convención, en su procedimiento interno, no hizo declaración interpretativa o reserva sobre este punto, como sí lo hizo México con respecto al párrafo 1 del artículo 4, pues considera, ese país, que la expresión “en general” [...] no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor la legislación que proteja la vida `a partir del momento de la concepción`, ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los estados.¹¹⁰

Dado lo anterior, el Estado costarricense no pudo alegar este punto como defensa en el juicio, por lo que quedó simplemente recogido en la sentencia *Artavia y otros vs Costa Rica*.

¹¹⁰ Cfr. Declaración interpretativa de México. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/convratif.asp> (Último acceso 28 de noviembre de 2012).

¹¹¹ 401 El informe de 2009 del Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida (RLA) informó que en ese periodo “reportaron 135 centros pertenecientes a once países. La mayoría de los centros que reportaron están en Brasil y México, la mayoría de los ciclos fueron realizados en Brasil y Argentina”. Cfr. Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2825).

VI. CORTE IDH REFERENCIA, REGULACIONES Y PRÁCTICAS SOBRE LA FECUNDACIÓN IN VITRO EN EL DERECHO COMPARADO

La Corte Interamericana de Derechos Humanos no se decanta por una ley tipo o modelo de regulación estatal sobre la técnica de la fecundación in vitro, en tal sentido documenta en el ítem 254 que: *“De los peritajes presentados por las partes en la audiencia pública quedó establecido que Costa Rica es el único país de la región que prohíbe y, por lo tanto, no práctica la FIV”*.

Asimismo, hace mención (ítem 255) que de la prueba aportada por las partes en el expediente, la Corte observa que si bien la fecundación in vitro se realiza en un gran número de países¹¹¹, lo anterior no necesariamente implica que esta se encuentre regulada por medio de normas jurídicas. Al respecto, el Tribunal destaca que de las legislaciones comparadas anexadas por las partes sobre técnicas de reproducción asistida (Brasil, Chile, Colombia, Guatemala, México, Perú, Uruguay), se desprende que existen normas que regulan algunas prácticas en la

¹¹² Cfr. Ley N.º 20120 de 2006, Ministerio de Salud de Chile, artículo 5, (expediente de anexos a la contestación, tomo IV, anexo 2, folios 8424 a 8426).

¹¹³ Cfr. Ley General de Salud de Perú, N.º 26842, de 15 de julio de 1997, artículo 7 (expediente de anexos a la contestación, tomo IV, anexo 2, folio 8357).

¹¹⁴ Cfr. Resolución del Conselho Federal de Medicina N.º 1358 de 1992, Principio general, N.º 5 (expediente de anexos al informe de fondo de la CIDH, tomo I, anexo 18, folios 425 a 428).

¹¹⁵ Cfr. Proyecto de Ley de Reproducción Humana Asistida, artículo 1 (expediente de anexos a la contestación, tomo IV, anexo 2, folios 8437 a 8443).

¹¹⁶ Cfr. Ley General de Salud de Perú, N.º 26842, de 15 de julio de 1997, artículo 7 (expediente de anexos a la contestación, tomo IV, anexo 2, folio 8357).

¹¹⁷ Cfr. Resolución del Conselho Federal de Medicina N.º 1358 de 1992, Principio general N.º 6 (expediente de anexos al informe de fondo de la CIDH, tomo I, anexo 18, folios 425 a 428). Sobre la transferencia embrionaria, la perita Garza explicó que “las Directrices emitidas por la Sociedad Americana

materia. El Tribunal constata que, por ejemplo, existe:

i) La prohibición de clonación humana en Chile¹¹² y Perú¹¹³.

ii) Las legislaciones de Brasil¹¹⁴, Chile¹¹⁵ y Perú¹¹⁶ prohíben la utilización de las técnicas de reproducción asistida por fines diferentes de la procreación humana.

de Medicina Reproductiva (ASRM) en 1999 aconsejan que no más de 2 embriones deben ser transferidos a las mujeres que tienen más probabilidades de quedar embarazadas, y no más de 5 en los pacientes con una probabilidad menor de embarazo. En el año 2006, en un esfuerzo por reducir aún más la incidencia de los embarazos múltiples de alto orden, ASRM y la Sociedad de Tecnología de Reproducción Asistida (SART) desarrollaron directrices para asistir a los programas de ART y a los pacientes, para determinar el número apropiado de la etapa de escisión (generalmente 2-3 día), embriones o blastocitos (generalmente 5 o 6 días después de la fertilización) para transferir. Estas directrices recomiendan que: las mujeres, menores de 35 años, que tienen más probabilidades de quedar embarazadas, deben ser alentadas a considerar la transferencia de un solo embrión. Las mujeres, con edades entre 35-37, con una buena posibilidad de quedar embarazadas, no deben recibir más de 2 embriones; Las mujeres, con edades entre 38-40, con una buena posibilidad de quedar embarazadas, no deben recibir más de 3 embriones en estado de escisión o no más de 2 blastocitos. Las mujeres, con edades de 40, y las que tienen menos probabilidades de quedar embarazadas, pueden tener más embriones transferidos". Declaración ante fedatario público de la perita Garza (expediente de fondo, tomo V, folios 2566 y 2567).

¹¹⁸ Cfr. Principio general N.º 7, Resolución del Conselho Federal de Medicina N.º 1358 de 1992 (expediente de anexos al informe de fondo de la CIDH, tomo I, anexo 18, folios 425 a 428).

¹¹⁹ Cfr. Ley N.º 11105, de 24 de marzo de 2005, de Brasil (expediente de fondo, tomo I, anexo 20, folios 249 a 262), artículo 5).

¹²⁰ Cfr. Normas Aplicables a la fertilización in vitro y la transferencia embrionaria, extenta N.º 1072, de 28 de junio de 1985, Santiago, Ministerio de Salud, Republica de Chile (expediente de anexos a la contestación, tomo IV, anexo 2, folios 8456 a 8459. El artículo 8 establece: "la Institución y el respectivo equipo de expertos deben mantener y proporcionar a las autoridades del Ministerio de Salud la información completa y fidedigna sobre: a) Lugar y local donde se efectúa la FIV y TE; b) Institución que patrocina y se hace responsable del programa de FIV y TE, definiendo claramente los objetivos y procedimientos del programa; c) Los expertos y profesionales que conducen y asisten al proceso de FIV y TE, su adiestramiento e idoneidad; d) Los protocolos de

iii) Brasil establece que el número ideal de óvulos y preembriones a ser transferidos no puede ser superior a cuatro, para no aumentar los riesgos de multiparidad¹¹⁷, y prohíbe la utilización de procedimientos que apunten a una reducción embrionaria¹¹⁸ y la comercialización del material biológico, por lo que dicha práctica implica un delito¹¹⁹.

iv) Existen diversos tipos de regulaciones sobre la crioconservación. Por ejemplo, en Chile se prohíbe la congelación de embriones para la transferencia diferida de embriones¹²⁰, mientras que en Brasil¹²¹ y en Colombia¹²² se permite la criopreservación de embriones,

trabajo en donde se registrarán los detalles del proceso de FIV y TE, indicando el número de huevos obtenidos, fertilizados o implantados. Al respecto, debe establecerse que todos los óvulos fertilizados y normales deben ser transferidos a la madre y que no se practicará congelación de embriones para transferencia diferida de embriones ni menos con fines de investigación”.

¹²¹ Cfr. Resolución del Conselho Federal de Medicina N.º 1358 de 1992 (expediente de anexos al informe de fondo de la CIDH, tomo I, anexo 18, folios 425 a 428).

¹²² Cfr. Decreto 1546 de 1998, presidente de la República de Colombia, artículo 48 (expediente de anexos a la contestación, tomo IV, anexo 2, folios 8277 a 8303).

¹²³ Proyecto de ley aprobado el 28 de junio de 2012 por la Cámara de Diputados, donde se prevé que las obras sociales, las entidades de medicina prepaga y el sistema de salud pública deberán incorporar como prestaciones obligatorias la cobertura integral e interdisciplinaria de los procedimientos que la Organización Mundial de la Salud define como “Reproducción Humana Asistida”. Texto con los seis artículos disponibles aquí: <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=0492-D-2010>

¹²⁴ El perito Zegers declaró que aunque Chile “no discutió formalmente la cobertura de los tratamientos de infertilidad a nivel legislativo; sin embargo, el Gobierno ha destinado recursos económicos especiales al Fondo Nacional de Salud para cubrir los tratamientos de TRA a una población creciente de mujeres de bajos recursos”.

¹²⁵ Cfr. Proyecto de ley Técnicas de Reproducción Asistida, aprobado por la Cámara de Representantes el 9 de octubre de 2012, y actualmente en estudio de la Comisión de Salud Pública del Senado. Disponible en: <http://www0.parlamento.gub.uy/indexdb/Distribuidos/ListarDistribuido.asp?URL=/distribuidos/contenido/camara/D20120417-0218-0997.htm&TIPO=CON> (última consulta el 28 de noviembre de 2012).

espermatozoides y óvulos. En algunos países, como Argentina¹²³, Chile¹²⁴ y Uruguay¹²⁵, ya han tratado de tomar medidas para que los tratamientos de reproducción asistida se encuentren cubiertos por los programas o políticas de salud estatal.

Las anteriores referencias permiten inferir que la Corte Interamericana de Derechos Humanos no se inclina sobre el tipo, contenido o alcance de un marco normativo doméstico en concreto. Señala las posibilidades de regulación existentes en los países que integran el Sistema Interamericano, con lo cual no le marca el derrotero, excepto en algunos (pocos) temas que se han documentado en el apartado VII siguiente.

Es más, la Corte Interamericana de Derechos Humanos considera en el ítem 256 que, a pesar de que no existen muchas regulaciones normativas específicas sobre la fecundación in vitro, en la mayoría de los estados de la región estos permiten que esta técnica se practique dentro de sus territorios. Ello significa que en el marco de la práctica de la mayoría de los estados parte en la Convención se ha interpretado que la Convención permite la práctica de la fecundación in vitro.

El Tribunal considera que estas prácticas de los estados se relacionan con la manera en que se interpretan los alcances del artículo 4 de la Convención, pues ninguno de dichos estados ha considerado que la protección al embrión deba ser de tal magnitud que no se permitan las técnicas de reproducción asistida o, particularmente, la fecundación in vitro. En ese sentido, dicha práctica

¹²⁶ Algunas de las obligaciones que se citan en este apartado ya se encuentran integradas en el expediente legislativo N.º 18824, Ley Marco de Fecundación in Vitro, y también en el N.º 18738, Ley de Fecundación in Vitro y Transferencia de Embriones Humanos.

generalizada está asociada al principio de protección gradual e incremental -y no absoluta- de la vida prenatal.

VII. SEÑALAMIENTOS DIRECTOS DE LA SENTENCIA QUE DEBERÍAN SER RECOGIDOS EN EL MARCO LEGAL QUE SE QUIERA APROBAR¹²⁶

Algunas de las obligaciones que se citan en este apartado ya se encuentran integradas en el expediente legislativo N.º 18824, Ley Marco de Fecundación in vitro, y también en el expediente N.º 18738, Ley de Fecundación in Vitro y Transferencia de Embriones Humanos. En observancia y garantía de los derechos fundamentales, el órgano judicial internacional explicita, directamente, la no prohibición de la fecundación in vitro en el país¹²⁷. No obstante, expresa que la aplicación de la técnica puede ser restringida por los estados (vid. ítem 273) siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, deben estar previstas en la ley en sentido formal y material¹²⁸, perseguir un fin legítimo y cumplir los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad¹²⁹.

El Tribunal señala el principio del derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y la no discriminación (vid. ítem 286). Determina que los estados deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los

¹²⁷ Véase ítem 272 que indica claramente: “La Corte ha señalado que la decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a técnicas de reproducción asistida forma parte del ámbito de los derechos a la integridad personal, libertad personal y a la vida privada y familiar...”.

¹²⁸ Cfr. La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión consultiva N.º OC-6/86, de 9 de mayo de 1986. Serie A N.º 6, párrs. 35 y 37.

¹²⁹ Cfr. Caso *Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C N.º 193, párr. 56, y Caso *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, párr. 164.

diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos (véase punto 4 de la parte dispositiva de la sentencia). En otras palabras, el Tribunal interamericano expresa, directamente, que el Estado de Costa Rica, en la aplicación de las técnicas, no debe hacer diferencias en cuanto a la condición de género o situación económica.

La Corte observa que la fecundación in vitro suele practicarse como último recurso para superar graves dificultades reproductivas (Vid. ítem 281). Este aspecto fundamental está recogido en la legislación que se tramita en el Parlamento costarricense.

Se deduce de la sentencia la prohibición de la creación de embriones con propósitos de investigación y la exclusión de patentabilidad, en relación con la utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales. (El ítem 249 acopia este concepto).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (ítem 251) hizo alusión al Caso S.H. y otros vs. Austria, donde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) consideró permisible la prohibición de practicar la fecundación in vitro con óvulos y espermatozoides donados por terceros. En ese sentido, sería un asunto de oportunidad del legislador nacional prohibir, o bien, permitir la donación de material por terceros (heteróloga).

Está presente en el fallo la imperiosa necesidad y obligación para el Estado costarricense de aplicar las técnicas a personas con salud mental adecuada (mención del concepto en el ítem 278).

La Corte asume el concepto discapacidad de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Define la

infertilidad como una enfermedad del sistema reproductivo, conceptualizada como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de doce meses o más de relaciones sexuales no protegidas. (vid. ítem 288). Dicha condición demanda una atención especial para que se desarrolle la autonomía reproductiva.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos expone en el ítem 300 que "...las mujeres podrían acudir a la FIV sin necesidad de una pareja"; en ese sentido, indica que concuerda con el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Cedaw, siglas en inglés). Este es un asunto de valoración del legislador nacional.

El Estado (legislador) deberá regular los sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen la técnica de reproducción asistida. (Vid. ítem 337). Esta obligación es de tipo compulsivo.

Costa Rica tiene la obligación (a incluir en la ley) de que la Caja Costarricense de Seguro Social incluya la disponibilidad de la fecundación in vitro dentro de sus programas y los tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía del principio de no discriminación. (Vid. ítem 338)

El Departamento, del cual formamos parte los autores de este trabajo, no constató más obligaciones directas o indirectas sobrevenidas de la sentencia, aparte de las listadas supra, por lo que el legislador, en cuanto al desarrollo de otros contenidos en la ley, tiene libertad soberana para la regulación y el alcance, excepto que de la relación de normas a decretar se haga nugatoria la implementación de la técnica de fecundación in vitro.

Sin embargo, es menester indicar que producto de la jurisprudencia doméstica de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, es necesario en la ley que se vaya a aprobar el consentimiento informado, por estar absolutamente vinculado con el derecho constitucional a la salud, la confidencialidad del expediente clínico y la toma de conciencia –intimidad- de las personas tratantes; por ello, se ofrece el siguiente apartado.

VIII. LA FECUNDACIÓN IN VITRO Y EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

El consentimiento informado lo deben desarrollar los centros clínicos que practiquen la fecundación in vitro, en caso de que lo posibilite la ley, y los profesionales que en ellos laboren, en el entendido de que deben concienciar a los pacientes de que el procedimiento al que se van a someter es libre, expreso e informado y en lenguaje comprensible. Ciertamente, el consentimiento implica los derechos, los deberes, los riesgos y los beneficios a que está sometido el participante o la participante del tratamiento.

Precisamente, aquí se trae a colación que, mediante la sentencia N.º 2010-001668, de las 15:12 horas, de 27 de enero de 2010, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia declaró con lugar la acción de inconstitucionalidad interpuesta, y que, en consecuencia, anuló el Decreto ejecutivo N.º 31078-S, de 5 de marzo de 2003, Reglamento para las investigaciones en que participan seres humanos y el Reglamento para la investigación clínica en los servicios asistenciales de la Caja Costarricense de Seguro Social, adoptado en la sesión de la Junta Directiva el 16 de enero de 2003. Por conexión, también resultó inconstitucional el reglamento

que estaba vigente para la investigación biomédica en los servicios asistenciales de la Caja Costarricense de Seguro Social, adoptado en la sesión de la Junta Directiva de 17 de noviembre de 2005.

¿Por qué asociamos la sentencia sobre la investigación biomédica con la fecundación *in vitro*? Porque se trata en el fondo de la misma materia, a saber, procedimientos con material humano y en órganos del cuerpo humano, de ahí que la parte considerativa de la sentencia de la Sala Constitucional citada hace una relación entre los derechos y las libertades de tipo intelectual y de progreso científico sobre el derecho a la vida y la dignidad humana. El fallo expresa que en la experimentación científica¹³⁰ debe prevalecer el criterio ético antes que el criterio del avance de la ciencia, pues el primero inspira los instrumentos de derechos humanos suscritos y aprobados por nuestro país.

En relación con la regulación de los derechos o las libertades fundamentales, es claro que ello es tarea reservada al legislador, básicamente, porque el Parlamento es el órgano estatal pluralista y democrático por excelencia, que sigue un procedimiento particular para emitir disposiciones normativas de alcance general como son las leyes, reservando esta materia al diputado y la diputada, no pudiendo quedar librada a reglamentos.

Por lo anterior, la Sala Constitucional dispuso que la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS), institución autónoma, no podía regular por medio de un reglamento

¹³⁰ En el Voto 2011-003078 sobre la aplicación de las células-madre, se expresan algunos argumentos que son aplicables a este caso, porque se trata de personas que padecen serios trastornos de salud que pretendían ser sometidas a procedimientos que se encontraban en fase de experimentación de células madre.

autónomo los derechos fundamentales como el derecho a la vida. Ciertamente, en la acción de inconstitucionalidad se manifiesta el artículo 19.1 de la Ley General de la Administración Pública, Ley N.º 6227, de 2 de mayo de 1978, y sus reformas, que indica: “1. El régimen jurídico de los derechos constitucionales estará reservado a la ley, sin perjuicio de los reglamentos ejecutivos correspondientes”.

A propósito de la reserva de ley, la Sala recalca en la sentencia de comentario N.º 2010-001668 lo siguiente:

...para esta Sala los alcances del principio de reserva legal deben ser entendidos en este caso, de la siguiente manera, la regulación del ejercicio de la libertad de experimentación clínica –libertad que involucran derechos tales como el derecho a la vida, la dignidad humana y el derecho a la salud- está reservada al legislador. Lo mismo respecto del derecho a disponer de su propio cuerpo para someterlo a experimentaciones científicas, la regulación de su ejercicio queda librada al legislador. En reiterada jurisprudencia constitucional se ha considerado que el régimen de los derechos y libertades fundamentales, es materia de reserva de la ley; por esta razón, un tema como la experimentación con seres humanos, que incluye derechos tan importantes y esenciales como la vida, la salud, la dignidad y la intimidad de los seres humanos, exige su regulación mediante una ley.

Agrega la parte considerativa de la sentencia que los artículos 25 y 26, además de los artículos 64 al 68 de la Ley General de Salud, de modo alguno regulan en su totalidad el tema de la experimentación en seres humanos, indicándole la jurisdicción constitucional al legislador los

siguientes aspectos que deberían, a juicio de los señores magistrados, estar regulados (seleccionamos aquellos que se vinculan a la fecundación in vitro):

- El consentimiento informado y los riesgos en la materialización de posibles daños para la salud, uniéndolo con la declaración de Helsinki de 1996.
- El cuerpo normativo que regule los procedimientos con seres humanos debe establecer la distinción entre la investigación terapéutica y la no terapéutica¹³¹
- Reconocer la autonomía del individuo, protegiendo, de igual forma, a los que tienen una autonomía disminuida.
- El principio de justicia, que exige la imparcialidad en la distribución de los riesgos y los beneficios, así como la selección equitativa de los sujetos incluidos en los procedimientos. Se requiere la supervisión de autoridades con garantías de independencia, para que valoren los riesgos, los beneficios y la selección. Diversos comités deben controlar, supervisar y garantizar su imparcialidad, independencia, capacidad técnica y competencia profesional.
- El principio de respeto de la confidencialidad y la protección de datos con muestras biológicas, especialmente, en la realización de análisis genéticos.
- El principio de gratuidad en los procedimientos biomédicos y sus excepciones. La gratuidad se vincula con el principio de no comercialización del cuerpo humano.

¹³¹ La Sala Constitucional se refiere, sintéticamente, a que la primera le aporta beneficio al sujeto que participa y la segunda no. En el caso de la investigación no terapéutica, las garantías exigidas aumentan, especialmente, en cuanto al consentimiento.

- Las condiciones de los procedimientos, por ejemplo, que no exista un método alternativo de eficacia comparable.
- Los mecanismos de supervisión y control para cumplir dos objetivos básicos: que no sea dañino para el sujeto sometido al procedimiento y que una vez iniciado se deben maximizar los posibles beneficios, minimizando, al mismo tiempo, los riesgos.
- Deben definirse no solo los derechos y las garantías de los sujetos que participan, sino que se requiere una clara determinación de los derechos y las obligaciones de los profesionales biomédicos.
- De igual modo, debe quedar librado al legislador todo lo referente al establecimiento de controles sobre los fondos públicos que se utilicen o que estén involucrados en estos procedimientos.

A la luz de la sentencia de la jurisdicción constitucional, los proyectos de ley que han avanzado en la corriente legislativa (N.º 18824 y N.º 18738) han incluido, en su texto base o por mociones de textos sustitutivos, los elementos de contenido contestes con la jurisprudencia doméstica, entre los cuales se pueden citar acertadamente los siguientes:

- La habilitación de los centros o servicios.
- La definición de laboratorio especializado FIV y su certificación.
- Recomendación o criterio médico ginecológico.
- Autorización de equipos profesionales interdisciplinarios.
- Expediente clínico y su confidencialidad.
- Consentimiento informado (formulario).
- Información relacionada con el procedimiento.
- Revocación del consentimiento informado y la interrupción del procedimiento.

REFERENCIAS DOCUMENTALES Y BIBLIOGRÁFICAS

Asamblea Nacional Constituyente

- Constitución Política de Costa Rica de 1949 y sus reformas parciales.

Asamblea Legislativa

Proyectos de Ley:

- N.º 18285, Atención Integral de la Infertilidad.
- N.º 18665, Ley para la Atención Integral de la Infertilidad.
- N.º 18824, Ley Marco de Fecundación in Vitro.
- N.º 18738, Ley de fecundación in Vitro y Transferencia de Embriones Humanos.
- N.º 18057, Ley sobre Fecundación in Vitro y Transferencia Embrionaria.
- N.º 18151, Ley sobre Fecundación in Vitro y Transferencia Embrionaria y Creación de Depósito Nacional de Gametos.
- N.º 17900, Ley sobre Fecundación in Vitro y Transferencia Embrionaria.

Departamento de Servicios Técnicos

- Informe integrado, Oficio N.º ST.092-2013 I
- Informe integrado, Oficio N.º ST-016-2015 I
- Consulta N.º CON-048-2013 J, de 11 de junio de 2013.

Ley

- N.º 8661, Convención sobre los Derechos de las

Personas con Discapacidad, de 2007.

- N.º 4534, de 23 de febrero de 1970, Aprobación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Poder Ejecutivo

- Decreto ejecutivo N.º 24029-S, de 3 de febrero de 1995, emitido por el Ministerio de Salud, que autorizaba la práctica de la fecundación in vitro para parejas conyugales, y regulaba su ejecución.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia

- Sentencia N.º 2010-001668, de las 15:12 horas, de 27 de enero de 2010.
- Sentencia N.º 2000-02306, de 15 de marzo de 2000, emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, expediente N.º 95-001734-007-CO.
- Sentencia N.º 1319-97, de las catorce horas cincuenta y un minutos, de 4 de marzo de 1997.
- Sentencia N.º 9685.2000, de las catorce horas con cincuenta y seis minutos, de 1º de noviembre de 2000.
- Sentencia N.º 02771-2003, de las once horas y cuarenta minutos, de 4 de abril de 2003.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Casos y opiniones

- Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs Costa Rica.
- Atala Riffo y Niñas vs. Chile.
- Caso Tristán Donoso vs. Panamá. Excepción

preliminar, fondo, reparaciones y costas.

- Opinión consultiva N.º OC-6/86, de 9 de mayo de 1986. La expresión “Leyes”, en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Instrumentos

- Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobado por la Corte en su XLIX período ordinario de sesiones, celebrada del 16 al 25 de noviembre de 2000, y reformado, parcialmente, por la Corte en su LXXXII período ordinario de sesiones, celebrado del 19 al 31 de enero de 2009.
- Estatuto de la Corte IDH, aprobado mediante resolución N.º 448, adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno período de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, octubre de 1979.

Fuentes documentales digitales y en físico

- American Society for Reproductive Medicine. URL <http://www.asrm.org/topics/detail.aspx?id=36>
Traducción propia.
- Apud Mazarrasa Alvear, L., Gil Tarragato, S. (2005). Módulo 12: Salud Sexual y Reproductiva. En: Gobierno de España, Ministerio de Sanidad y Consumo, Observatorio de Salud de la Mujer. Programa de Formación de Formadores/as en perspectiva de género. Madrid, España: Universidad Complutense de Madrid. URL: http://www.msc.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/equidad/13modulo_12.pdf.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. Declaración interpretativa de México. Disponible

en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/convratif.asp> (Último acceso 28 de noviembre de 2012).

- Ferrero Aymerich, Alberto. La infertilidad en Costa Rica debe abordarse como un problema de salud pública. *Acta médica costarricense* Vol. 54 N.º 2, San José, apr./jun. 2012. URL: http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?pid=S0001-60022012000200009&script=sci_arttext.
- Fondo de Población de las Naciones Unidas. Programa de Acción. Capítulo VII. Derechos Reproductivos y Salud Reproductiva. Aprobados en la conferencia de El Cairo, celebrada del 5 al 13 de septiembre de 1994.
- Fondo de Población de las Naciones Unidas. Programa de Acción. Capítulo VII. Derechos Reproductivos y Salud Reproductiva. Aprobados en la conferencia de El Cairo, celebrada del 5 al 13 de septiembre de 1994. URL: http://www.unfpa.org.mx/publicaciones/PoA_sp.pdf
- Hospital Nacional de las Mujeres. Oficio N.º DG 487.02.12, de 27 de febrero de 2012, suscrito por el Dr. Luis. Gmo. Ledesma Izard, director general, Hospital de las Mujeres que anexa Oficio N.º JG.40.02.12, de 21 de febrero de 2012, suscrito por el Dr. Gerardo Montiel Larios, Jefatura Servicio de Ginecología, Hospital de las Mujeres.
- Infecundity, infertility, and childlessness in developing countries. *Demographic and Health Surveys (DHS) Comparative reports* N.º 9. Traducción propia.
- Infertilidad. Dr. Gonzalo Díaz. URL: <http://drgdiaz.com/eco/infertilidad.shtml>.
- Medlineplus. Infertilidad de la Mujer. Biblioteca Nacional de Medicina de EE.UU. URL: <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/femaleinfertility>.

html.

- Métodos de diagnóstico de la Infertilidad. http://www.nascentis.com/metodos_diagnostico_