

Incidencia política

*Generar capacidades de incidencia
para todos los que quieren ser
seguidores de Jesús en la política.*

INFORMES

Fecundación In Vitro: Análisis jurídico sobre el decreto 39210 del 11 de setiembre de 2015, Costa Rica.

Autorización para la realización de la técnica de reproducción
asistida de Fecundación In Vitro y transferencia embrionaria

MBA Daniel López Solís
Plataforma C



Fecundación In Vitro: Análisis jurídico sobre el decreto 39210 del 11 de setiembre de 2015, Costa Rica. Autorización para la realización de la técnica de reproducción asistida de Fecundación In Vitro y transferencia embrionaria

MBA Daniel López Solís¹

Introducción

En sentencia del 28 de noviembre del 2012, del caso Artavia Murillo y otros vs Costa Rica, por prohibir la práctica de la Fertilización In Vitro, la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró el quebranto a los ordinales 5.1, 7, 11.2 y 17.2 con relación al artículo 1.1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, en perjuicio de las víctimas del proceso, ordenando, entre otras cosas, las garantías de no repetición de la violación, que implicó adoptar las medidas apropiadas para dejar sin efecto con la mayor celeridad posible la prohibición de practicar la FIV, regular con prontitud los aspectos que considere necesarios para la implementación de la técnica referida, así como el sistema de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrolle el método y adicionalmente, la Caja Costarricense de Seguro Social debe incluir la disponibilidad de la FIV dentro de sus programas de tratamiento de infertilidad en su atención de salud. Finalmente, estableció la indemnización compensatoria por daño material e inmaterial.

En vista que al presente año el Poder Legislativo no ha promulgado ley sobre dicho tema, con el propósito de cumplir con la sentencia de la CIDH el Poder Ejecutivo emitió el decreto 39210 del 11 de setiembre de 2015 “ Autorización para la realización de la técnica de reproducción asistida de Fecundación In Vitro y transferencia embrionaria” con fundamento en el artículo 140 inciso 18) de la Constitución Política, artículo 25 inciso 1) y 27 de la Ley General de la Administración Pública y artículos 1, 2, 3, 4, 7, 70, 71, 77, 78, 337, 340 y 343 de la Ley General de Salud y ordinales 1 y 2 de la Ley Orgánica del Ministerio de Salud (además de otras leyes y convenciones internacionales sobre materia de Derechos Humanos).

Este decreto ha provocado múltiples dudas acerca de su constitucionalidad, pues se ha alegado que viola el principio de reserva de ley, motivo por el cual el día 21 de setiembre fue presentada una acción de inconstitucionalidad ante la Sala Constitucional.

¹ Daniel López Solís es un joven cristiano, casado, padre de 3 hijos y costarricense, con una formación académica en Maestría en Administración de Negocios y Bachillerato en Derecho, estudiante avanzado del grado Licenciatura en Derecho. Labora como servidor público en el área de Contratación Administrativa y Derecho Administrativo. En el campo ministerial se ha dedicado como maestro de Escuela Dominical especialmente enfocado en jóvenes.

Análisis de Constitucionalidad del decreto:

Antecedentes:

El Poder Ejecutivo en 1995 emitió un decreto donde regulaba la aplicación de la FIV. La Sala Constitucional en resolución 2000-02306 del 15 de marzo del 2000 declaró inconstitucional ese decreto en 2 sentidos:

- a) Por violación a la reserva de ley, por regular vía reglamentaria el derecho a la vida y a la dignidad del ser humano,
- b) por considerar que la técnica de la FIV atenta contra la vida, ya que según su criterio, la vida inicia desde la concepción (fecundación) y que por lo tanto es deber del Estado defenderla.

Esta resolución se fundamentó principalmente en los siguientes artículos:

- *Constitución Política: Artículo 21: "La vida humana es inviolable"*
- *Convención Interamericana de Derechos Humanos: Artículo 4.1: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente."*
- *Convención de los Derechos del Niño: Artículo 6:*
 1. "Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida."
 2. "Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño."

Explicó la Sala:

"... De las normas citadas y especialmente de los artículos 21 constitucional, 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 6.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño se deriva claramente que la vida humana se protege desde la concepción..."

De lo anterior lo más importante para el presente análisis es la interpretación que hace la Sala del artículo 4.1 de la Convención Interamericana de Recursos Humanos donde manifiesta:

"... Este instrumento internacional da un paso decisivo, pues tutela el derecho a partir del momento de la concepción. Se prohíbe tajantemente imponer la pena de muerte a una mujer en estado de gravidez, lo que constituye una protección directa y, por ende, un reconocimiento pleno, de la personalidad jurídica y real del no nacido y de sus derechos..."

Es decir, la Sala interpretó que la fecundación es el inicio de la vida y que por lo tanto debía protegerse de ese preciso momento.

"IX. Conclusiones: B).- En relación con lo expresado, cabe concluir que tales prácticas atentan claramente contra la vida y la dignidad del ser humano. A juicio de este Tribunal no basta con establecer las restricciones que contiene el Decreto, pues la aplicación de la Técnica de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria, aún con ellas, atenta contra la vida humana. El embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación, y lo que es fundamental para la Sala, no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte.

.... la Técnica no es acorde con el Derecho de la Constitución y por ello el reglamento cuestionado es inconstitucional por infracción al artículo 21 de la Constitución Política y 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por contravenir la técnica, considerada en sí misma, el derecho a la vida, debe dejarse expresa constancia de que, ni siquiera por norma de rango legal es posible autorizar legítimamente su aplicación, al menos, se insiste, mientras su desarrollo científico permanezca en el actual estado y signifique el daño consciente de vidas humanas..."

Sin embargo esta Resolución fue llevada a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual es el órgano designado por la Convención Interamericana de Derechos humanos para interpretar el contenido de la Convención y dirimir los conflictos derivados de esta.

Interpretación del artículo 4 por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

En su sentencia la CIHD sobre el tema de cuando inicia la vida y el estatus legal del embrión a la luz del artículo 4 de la Convención de Derechos Humanos concluye:

*“... Por tanto, la Corte observa que las tendencias de regulación en el derecho internacional **no llevan a la conclusión que el embrión sea tratado de manera igual a una persona o que tenga un derecho a la vida...**”*

Conclusión de la interpretación del artículo 4.1:

*“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...”*

Lo anterior es de suma importancia para analizar la constitucionalidad del decreto en estudio, según detallo a continuación.

Jerarquía de los Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos:

El artículo 7 de la Constitución Política declara que los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán autoridad superior a las leyes, estando por debajo, en la Jerarquía de las normas solo por debajo de la Constitución, sin embargo hay una excepción, cuando se trate de Derechos Humanos se refiere.

El artículo 48 indica que: *“Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, **así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la República...**”* De ésta manera, se le da el mismo valor constitucional.

En resolución 2313-95 del 9 de mayo de 1995 la Sala Constitucional explica:

*“...Sobre esto debe agregarse que en tratándose de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, no se aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política, **ya que el 48 Constitucional tiene norma especial para los que se refieren a derechos humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional.** Al punto de que, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, **los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución...**”*

En la misma resolución en cuanto su competencia para ejercer el control constitucional la Sala indica:

*“... La Sala Constitucional no solamente declara violaciones a derechos constitucionales, sino a todo el universo de derechos fundamentales contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en el país. Desde ese punto de vista, el reconocimiento por la Sala Constitucional de la normativa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la forma en que la interpretó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-05-85, **resulta natural y absolutamente consecuente con su amplia competencia**. De tal manera, sin necesidad de un pronunciamiento duplicado, fundado en los mismos argumentos de esa opinión, la Sala estima que es claro para Costa Rica que la normativa de la Ley N° 4420... es ilegítima y atenta contra el derecho a la información, en el amplio sentido que lo desarrolla el artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica, tanto como de los artículos 28 y 29 de la Constitución Política...”*

Esta jurisprudencia es de suma importancia ya que la Sala reconoce el valor supra constitucional de los convenios internacionales en materia de Derechos Humanos cuando reconoce mayores derechos a los establecidos internamente y de la competencia de la CIDH para interpretar las normas de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, aceptando lo dispuesto por ésta sin necesidad de pronunciamientos duplicados.

Conclusiones

De lo anterior se puede inferir que la Sala en el análisis del decreto actual emitido por don Luis Guillermo Solís, **se encuentra en la obligación de reconocer y aceptar la interpretación dada del artículo 4 de la Convención por la CIDH, es decir, de que la vida humana y la protección estatal de ésta inicia desde que el embrión es implantado en el vientre materno.**

Si se parte de esta interpretación, el análisis de constitucionalidad del decreto actual cambia radicalmente a la realizada en el año 2000 por la Sala, ya que los gametos fecundados antes de la implantación en el vientre materno no podrían considerarse como seres vivos sujetos a la protección del Estado sino más bien como un “producto biológico” o similar.

En vista que el decreto lo que regula es el tratamiento de los gametos antes de la implantación en el vientre materno (número de gametos fecundados, cantidad que deben ser implantados, la posibilidad de su preservación y donación y la prohibición a su desecho o comercialización), no estaría regulando ni restringiendo derechos ni garantías individuales (el derecho a la vida ni la dignidad del ser humano) por ende no estaría violentando el principio de reserva de ley.

(El principio de reserva de ley establece que solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales).

Asimismo, en la sentencia de la CIDH se condenó al Estado costarricense (entre otras cosas) a regular los aspectos necesarios para la implementación de la FIV y establecer sistemas de inspección y control de la calidad de las instituciones para desarrollar la técnica, lo cual es acorde al contenido del decreto y a la competencia del Ministerio de Salud con base en la Ley Orgánica del Ministerio de Salud y la Ley General de Salud, donde se establece su facultad para dictar normas técnicas de aplicación general.

Si en el análisis de la actual acción de inconstitucionalidad presentada contra el decreto 39210, la Sala Constitucional mantiene su posición del reconocimiento de rango igual o superior a la Constitución de los Convenios Internacionales de Derechos Humanos, me parece que deberá aceptar la interpretación del inicio de la vida y protección del Estado dados por la Corte, por lo que el decreto no estaría violentando el principio de reserva de ley ni se excede en la regulación que contiene.

Análisis bíblico: una perspectiva competente

El análisis anterior se fundamenta en los principios del Derecho de la Constitución y el reconocimiento de los Organismos y Convenciones Internacionales en materia de Derechos Humanos como fuente de Derecho en nuestro país. Sin embargo esto es un análisis desde el punto de vista subjetivo de la ley.

Como cristianos antes que como profesionales debemos analizar el acontecer nacional y mundial a la luz de la palabra para determinar si lo sucedido es conforme a la voluntad de Dios.

En las resoluciones de la Sala Constitucional y la CIDH hay un concepto en común, que también encontramos en la palabra, y es la palabra: **“embrión”**. En el tema en estudio, el punto clave para determinar si se debe apoyar o no la aplicación de la técnica de la FIV es determinar si el embrión es un ser vivo o no.

Para la Sala Constitucional el embrión humano es persona desde el momento de la concepción; para la CIDH la concepción tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero y es a partir de aquí que inicia la protección a la vida dado que fuera del vientre materno es imposible su desarrollo.

La Real Academia de la Lengua Española define embrión como el ser vivo en las primeras etapas de su desarrollo, desde la fecundación hasta que el organismo adquiere las características morfológicas de la especie. Asimismo define la acción de fecundar como la unión de la célula reproductora masculina a la femenina para dar origen a un nuevo ser.

En la palabra del Señor la palabra “embrión” se menciona en un único versículo, en el cual David, maravillado con el poder y la magnificencia de Dios declara en Salmos:

*139:13 Porque tú formaste mis entrañas;
Tú me hiciste en el vientre de mi madre.
139:14 Te alabaré; porque formidables, maravillosas son tus obras;
Estoy maravillado,
Y mi alma lo sabe muy bien.
139:15 No fue encubierto de ti mi cuerpo,
Bien que en oculto fui formado,
Y entretéjido en lo más profundo de la tierra.
139:16 **Mi embrión vieron tus ojos,**
Y en tu libro estaban escritas todas aquellas cosas
Que fueron luego formadas,
Sin faltar una de ellas.
139:17 ¡Cuán preciosos me son, oh Dios, tus pensamientos!
¡Cuán grande es la suma de ellos!*

A la luz del tema en análisis este pasaje menciona dos elementos importantes de la reproducción natural del hombre: el embrión es un ser vivo creado por Dios (Génesis 1:26 y 2:7), completo, dotado de espíritu, alma, cuerpo (1 Tesalonicenses 5:23), y para su formación se requiere estar dentro del vientre de la madre.

En el ciclo reproductivo del ser humano si el óvulo no es fecundado en su momento fértil, es desechado a través del ciclo menstrual; si fuese fecundado pero no se implanta a tiempo en el vientre materno pueden suceder dos cosas: el desecho natural del embrión a través del ciclo menstrual o el crecimiento del embrión en las trompas de Falopio (embarazo ectópico) el cual requiere de asistencia médica para ser extraído del cuerpo de la madre con el propósito de no poner en riesgo su vida. Llama la atención que el embrión si comience su desarrollo aun si no se ha implantado

dentro del vientre materno.

El decreto en estudio en su artículo 1 reconoce la FIV como un tratamiento médico que ayuda a las personas con infertilidad a mejorar sus posibilidades de lograr un embarazo. Dicha técnica consiste en remover los óvulos de los ovarios de la mujer, para ser inseminados con espermatozoides, en un proceso extracorpóreo de laboratorio, de manera que una vez finalizado el proceso de unión de las células sexuales, el óvulo fertilizado es transferido al útero materno.

Sobre la transferencia de los óvulos fecundados, el decreto establece en su artículo 16 que el número de óvulos fecundados que se transfieran a la cavidad uterina de la mujer no podrá ser mayor de **dos por ciclo reproductivo** y que el número de óvulos por fecundar **será el mínimo necesario** para que, según los criterios de la ciencia y los estándares aceptados en el plano internacional, se asegure la transferencia de el o los óvulos fecundados a la cavidad uterina.

Con respecto a los óvulos fecundados que no sean transferidos en un mismo ciclo reproductivo, el decreto en su artículo 17 indica que **serán preservados para futuros ciclos reproductivos de la pareja o mujer beneficiada, o bien para ser donados.**

Como podemos apreciar, la técnica de la FIV busca ayudar a las personas con problemas de fertilidad, realizando la fecundación de forma extracorpórea con su posterior implantación dentro del vientre materno. Sin embargo, por motivos económicos y en pro de garantizar un resultado exitoso, se fertiliza una cantidad "X" de óvulos aun a sabiendas que existe posibilidad de que no se desarrollen o que sean preservados para futuras implantaciones.

A la luz de la palabra el embrión es un ser humano completo, creado por Dios a su imagen y semejanza, es una vida que el Estado, en apego a sus normas constitucionales debe proteger.

Si bien es cierto el decreto busca minimizar el riesgo de pérdidas de embriones implantando sólo dos en el vientre materno y preservando aquellos que no sean transferidos; esto evidentemente atenta contra los derechos fundamentales de la vida y la dignidad humana.

De conformidad con las normas de Derecho Internacional Público ratificadas por nuestro país, no es posible desconocer la aplicación obligatoria de la técnica de la FIV, sin embargo debería realizarse de tal manera que no atente contra la vida y la dignidad de múltiples embriones, sino por el contrario, en apego estricto con su propósito, debería implementarse con el único propósito de permitir la fecundación de las células sexuales (1 embrión) y su posterior transferencia al cuerpo de la madre, dejando su crecimiento, formación y posterior nacimiento conforme a las leyes naturales establecidas por Dios, aun en detrimento de intereses patrimoniales y/o económicos.