

La fecundación *in vitro* en el sistema interamericano de justicia

Implicaciones para México

Ingrid **BRENA SESMA**



Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

LA FECUNDACIÓN *IN VITRO* EN EL SISTEMA
INTERAMERICANO DE JUSTICIA

Implicaciones para México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Serie ESTUDIOS JURÍDICOS, núm. 336

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario Técnico

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Iván Ismael Escoto Mora
Cuidado de la edición

José Antonio Bautista Sánchez
Formación en computadora

Diana Luján Verón
Wendy Vanesa Rocha Cacho
Apoyo editorial

Edith Aguilar Gálvez
Elaboración de portada

INGRID BRENA SESMA

LA FECUNDACIÓN
IN VITRO EN EL SISTEMA
INTERAMERICANO
DE JUSTICIA

Implicaciones para México



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

México, 2019

Esta edición y sus características son propiedad de la Universidad
Nacional Autónoma de México.

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio
sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

Primera edición: 12 de septiembre de 2019

DR © 2019. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-30-1878-4

*A la nueva generación de mi descendencia:
Pedro, Inés, Amelia y Catalina*

CONTENIDO

Presentación	XVII
--------------------	------

CAPÍTULO PRIMERO

LIBERTAD REPRODUCTIVA

I. Antecedentes	1
II. Procreación natural	2
III. Infertilidad	3
IV. Acceso a las técnicas de reproducción asistida	5
V. Diversas posiciones frente a la reproducción asistida. .	7
1. Cuestionamientos	7
2. Distintas posiciones	9
A. Estrictos tradicionales	9
B. Liberales radicales	10
C. Tradicionalismo moderno	11
D. Perspectivas desde el feminismo	14
E. Perspectiva desde los derechos de los niños	15
VI. Conclusión	16

CAPÍTULO SEGUNDO

TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

I. Distintas técnicas	19
-----------------------------	----

1. Inseminación artificial.	20
2. Fecundación <i>in vitro</i>	21
3. Participación de tres progenitores.	23
4. Gestación por sustitución	23
5. Clonación	25
II. Técnicas auxiliares	27
1. Congelación de óvulos fecundados	27
2. Diagnóstico genético preimplantatorio.	27
3. Selección de embriones.	28
4. Terapia génica.	29

CAPÍTULO TERCERO

DECISIONES SOBRE FECUNDACIÓN ASISTIDA EN LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

I. Situación de la fecundación asistida en Costa Rica. . .	31
II. Antecedentes del caso.	31
III. Derechos analizados en el informe.	34
1. Infertilidad y derecho a la salud	34
2. Derecho a la vida privada	35
3. Derecho a fundar una familia	37
4. Lectura conjunta.	38
IV. Test de la Comisión IDH.	38
1. Legalidad.	39
2. Fin legítimo	39
3. Idoneidad	40
4. Existencia de alternativas menos restrictivas.	40

V. Derecho a la igualdad ante la ley e igual protección de la ley, el artículo 24 de la Convención ADH	41
VI. Recomendaciones de la Comisión IDH	44
VII. Comentario a la resolución de la Comisión IDH	45

CAPÍTULO CUARTO

LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

I. Procedimiento ante la Corte IDH	47
II. Interpretación del artículo 4.1 de la Convención ADH.	47
1. Planteamientos de las partes	48
A. Demandantes	48
B. Estado de Costa Rica	49
2. Argumentación de la Corte IDH	50
A. Interpretación conforme al sentido corriente de los términos.	50
B. Interpretación sistemática e histórica	53
C. Interpretación evolutiva	57
D. El principio de interpretación más favorable y el objeto y fin del tratado	57
E. Severidad de la interferencia como consecuencia de la discriminación indirecta por el impacto desproporcionado respecto a la discapacidad, género y situación económica.	59
F. Discriminación indirecta en relación con la condición de discapacidad	59
G. Discriminación indirecta con relación al género	60
H. Controversia sobre la pérdida de embriones	60

I. Conclusión sobre el balance entre la severidad de la interferencia y el impacto en la finalidad pretendida	62
J. Reparaciones	64
III. Reflexiones sobre la sentencia	65
IV. El impacto de la sentencia en el continente americano	66

CAPÍTULO QUINTO

INTENTOS LEGISLATIVOS EN COSTA RICA

I. Atención a la sentencia.	71
II. Costa Rica después de las resoluciones del Sistema Interamericano de Justicia.	72
1. Primer testimonio	73
2. Primer intento legislativo.	73
A. Expediente núm. 18057, Ley sobre Fecundación <i>in Vitro</i> y Transferencia de Óvulos Fecundados	74
B. Expediente núm. 18151, Ley sobre Fecundación <i>in Vitro</i> y Trasterferencia Embrionaria y Creación de Depósito Nacional de Gametos	75
C. Expediente núm. 18738, Ley de Fecundación <i>in Vitro</i> y Transferencia de Embriones Humanos.	75
D. Expediente 18824, Ley Marco de Fecundación <i>in Vitro</i>	76
3. Análisis de los proyectos	77
4. Segundo testimonio.	78
III. Posición de la Iglesia costarricense	80
IV. Conclusión	80
V. Sigüientes pasos	81

Decreto núm. 39210-MP-S “Autorización para la realización de la técnica de reproducción asistida de fecundación <i>in vitro</i> y transferencia embrionaria”	81
VI. Otras peticiones ante la Comisión IDH.	82

CAPÍTULO SEXTO

NUEVAS RESOLUCIONES DE LA COMISIÓN
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
Y DE LA CORTE INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS

I. Recomendaciones de la Comisión IDH.	83
1. Resumen	84
2. Posición de las partes.	85
A. Posición del peticionario.	85
B. Posición del Estado	86
3. Los hechos probados	87
4. Análisis de derecho y conclusiones	87
5. Recomendaciones	88
6. La Comisión IDH recomienda al Estado de Costa Rica.	89
II. Sentencia de la Corte IDH caso <i>Gómez Murillo y otros vs. Costa Rica</i>	90
1. Procedimiento ante la Corte	90
2. Hechos.	90
III. Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencias en el caso <i>Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica</i>	91
1. Situación de las presuntas víctimas	92
2. Homologación.	92
3. Medidas no pecuniarias.	93
4. Otras medidas	94

5. Medidas pecuniarias y el reintegro de costas y gastos .	95
6. Puntos resolutivos de la sentencia	95
7. Voto individual disidente del juez Eduardo Vio Grossi, Corte IDH, caso <i>Gómez Murillo y otros vs. Costa Rica</i> , sentencia de 29 de noviembre de 2016.	96
IV. Comentarios.	98
V. Colofón.	100

CAPITULO SÉPTIMO

LA FECUNDACIÓN ASISTIDA
EN MÉXICO

I. Panorama en la región	103
II. Infertilidad en México	106
III. Legislación actual.	107
1. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	107
2. Legislación sanitaria	108
3. Legislación penal de la Ciudad de México	110
4. Legislación civil	111
IV. Iniciativas de ley presentadas en el Congreso de la Unión	112
V. Jurisprudencia.	114
1. Derecho a la vida familiar de las parejas del mismo sexo	114
2. Constitucionalidad de los requisitos para ingresar al servicio de reproducción asistida brindados por el ISSSTE, a la luz de los principios de igualdad y no discriminación.	115
VI. Efectos vinculantes de la sentencia <i>Artavia Murillo</i> para México.	116

CAPÍTULO OCTAVO

REGULACIÓN DE LAS TRA DE ACUERDO
A UN MODELO QUE PROTEJA DERECHOS
HUMANOS

I. Atención a los derechos reproductivos	123
II. Deber del Estado mexicano de legislar en materia de fecundación asistida	123
1. La Convención Americana para la Protección de los Derechos Humanos.	123
2. La Constitución Política de los Estados Unidos Me- xicanos	124
3. Opinión de la doctrina	125
III. Legislar desde una perspectiva laica.	126
IV. Derechos que deben ser protegidos por una legislación sobre fecundación asistida	129
V. Límites al ejercicio de los derechos reproductivos	130
VI. Legislación federal	130
VII. Competencia estatal.	131
A modo de conclusión	133
Bibliografía	135

PRESENTACIÓN*

Los avances tecnológicos enfocados a la reproducción humana han transformado en forma extraordinaria nuestra cultura. Cambios importantes en las estructuras familiares y en la forma de entender la autonomía de las personas respecto a su capacidad reproductiva se han generado a partir de esos avances. Tener un hijo ya no es visto únicamente como un hecho atribuible, según los creyentes, a una divinidad o, según los que no lo son, a la naturaleza; ahora es un acto que puede depender de la voluntad humana.

Sin embargo, los cambios no se han incorporado a nuestra cultura, por decirlo así, de una manera tersa. El rompimiento de estructuras tradicionales se ha ido logrando a partir de la confrontación entre el pensamiento liberal, interesado en resaltar el respeto a la autonomía de las personas para desarrollar un estilo de vida de acuerdo con sus expectativas y el pensamiento conservador que pretende mantener las estructuras tradicionales por considerarlas más adecuadas dentro de su escala de valores.

Una muestra de esta confrontación se vio concretada en un caso presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Comisión IDH) contra el Estado de Costa Rica, derivado de una sentencia de la Sala Constitucional de ese país por la que se prohibió la práctica de la fecundación asistida.

El caso antes referido es el objeto central del análisis que se presenta en esta investigación, así como la respuesta del Sistema Interamericano de Justicia, tanto en la Comisión IDH como,

* Agradezco al licenciado Víctor Jesús Castañeda Rojo, quien, como asistente, dedicó largas jornadas a proporcionar la información necesaria, revisar los textos y citas bibliográficas, así como en varias ocasiones expresarme su acertada opinión en varios asuntos.

después, en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH).

Ilustrar a un lector no especialista en el tema me motivó a redactar un primer capítulo sobre libertad reproductiva, tanto de las personas fértiles como de las que no los son. Si bien la procreación natural es casi absoluta para las parejas sin problemas de fertilidad, las personas con problemas de esterilidad, imposibilidad de tener un embarazo, o por otras situaciones que ocurren a las personas que, sin pareja o parejas homosexuales, portadores de enfermedades hereditarias graves, que desean tener descendencia, requieren acceder a la reproducción artificial. Presento en ese primer capítulo las diversas argumentaciones en torno a la reproducción asistida: tradicionales, liberales radicales, tradicionales modernas, o liberales como un punto intermedio entre posturas extremas.

Las técnicas de reproducción asistida (TRA) son numerosas y nuevos adelantos tecnológicos siguen irrumpiendo en la escena. Me permito, en el segundo capítulo, describir las más conocidas incluyendo la controvertida y, por lo pronto prohibida, clonación. Especial énfasis daré a la fecundación asistida por ser la técnica reproductiva más practicada, la que satisface más ampliamente los deseos de fundar una familia y que se relaciona con otros procedimientos, como la gestación por sustitución. Otro motivo para explicar esta técnica se debe precisamente, a que fue prohibida en Costa Rica.

Después de estos capítulos introductorios, en el tercero entro en materia sobre el análisis de la intervención de la Comisión IDH para atender la solicitud de un grupo de personas afectadas por la prohibición de la Sala Constitucional de Costa Rica para acceder a los procedimientos de fecundación *in vitro* (FIV). La Comisión presentó su informe de fondo y recomendaciones 85/10 del caso *Artavia Murillo vs. el Estado de Costa Rica* el 14 de julio de 2010. Sin embargo, la actitud renuente de Costa Rica para atender las recomendaciones de la Comisión, que incluían el levantamiento de la prohibición y la regulación de la FIV, dio

motivo a que dicho órgano solicitara la intervención de la Corte IDH, misma que decidió someter a su jurisdicción el caso.

Terminado el proceso, la Corte dictó la sentencia conocida ya por el nombre de los denunciantes, Artavia Murillo. En ese documento Costa Rica fue condenada a levantar la prohibición de la FIV y a regular la aplicación de las TRA. Las argumentaciones de los miembros de la Corte en torno a los derechos afectados por la prohibición a la FIV, así como por su interpretación del artículo 4.1 de la Convención ADH, respecto del término “concepción”, resultó ser un parteaguas para comprender los derechos reproductivos en Latinoamérica, pero, no para Costa Rica que, a pesar de ser parte de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, Convención ADH), no acató la sentencia.

En el siguiente capítulo se describe un ambiente profundamente dividido y politizado, el cual se caracterizaba por una continua intervención de la Iglesia católica en Costa Rica, lo que hizo imposible cualquier avance legislativo en materia reproductiva. Ante un prolongado *impasse* legislativo, el presidente de la República, en un intento por cumplir con la sentencia de la Corte, emitió el decreto 39210-MP-S “Autorización para la realización de la técnica de reproducción asistida *in vitro* y transferencia embrionaria”, el cual entró en vigor el 11 de septiembre de 2015 pero, como era de esperarse en ese ambiente controversial, el decreto fue declarado inconstitucional poco tiempo después.

Durante los años en que el asunto *Artavia Murillo* se gestionaba, primero ante la Comisión IDH y después en la Corte IDH, se acumularon nuevos casos de parejas afectadas por la prohibición de llevar a cabo el proceso de fecundación asistida. Ante esta situación, la Comisión abrió un nuevo procedimiento bajo el rubro: *Gómez Murillo y otros vs. Costa Rica*. Como resultado, se envió otro informe a Costa Rica, con recomendaciones muy semejantes a las emitidas en el caso *Artavia Murillo*, pero en esta ocasión el Estado también se abstuvo de manifestar su intención de cumplimiento. Por ello, el asunto fue turnado a la Corte IDH.

Sin embargo, durante la tramitación de este segundo caso, hubo un cambio, el Estado presentó un acuerdo suscrito entre los demandantes y el Estado de Costa Rica para poner fin a la controversia y solicitó a la Corte la homologación del mismo. La Corte homologó tal acuerdo y declaró la vigencia del decreto 39210-MP-S “Autorización para la realización de la técnica de reproducción *in vitro* y transferencia embrionaria”. Levantada la prohibición de la FIV, y gracias a una nueva legislación, en la actualidad, la fecundación asistida ya es practicada en Costa Rica.

Las resoluciones del Sistema Interamericano de Justicia, tanto de la Comisión IDH como de la Corte IDH, basadas en la interpretación de la Convención ADH, resultan una guía para la construcción de un pensamiento liberal, fundado en criterios científicos, despojados de cualquier ideología o religión que afecte la toma de decisiones sobre la reproducción, en torno a los derechos reproductivos en Latinoamérica. En el caso *Artavia Murillo* la resolución recayó sobre un asunto concreto y estuvo dirigida a la República de Costa Rica, pero los efectos de ésta se extienden hacia los demás Estados firmantes de la Convención ADH.

Después de este exhaustivo análisis de la intervención del Sistema Interamericano de Justicia en temas reproductivos, consideré imprescindible volver la mirada para observar la situación de la FIV en nuestro país. México cuenta con una escasa legislación, por demás similar a la de otros países del continente, derivada, en lo fundamental, del choque de diferentes posturas frente a la fecundación asistida. Sólo la intervención del Poder Judicial ha permitido que se logren avances, a través de la resolución de casos concretos. Sin embargo, este progreso resulta insuficiente toda vez que las decisiones del alto tribunal sólo se aplican a la esfera jurídica de quienes promueven la intervención judicial y no al total de la población.

Con el material presentado en los capítulos anteriores y con el auxilio de las opiniones de expertos en derecho internacional, estuve en posibilidad de sustentar la obligación del Estado mexicano de regular las TRA. Esta obligación deriva de su compro-

miso de proteger los derechos humanos enumerados en la Convención ADH y en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM). Pero para cumplir con su obligación de regular, el legislador debe atender ciertos lineamientos para que los derechos humanos relacionados con la FIV queden garantizados, pero que también sean eficaces.

En tanto opera el cambio legislativo tan largamente esperado, una buena estrategia implica contar con una sociedad informada e interesada en hacer oír su voz ante los distintos órganos gubernamentales. Este libro pretende contribuir a la difusión y, por tanto, mejor entendimiento de los derechos humanos de las personas que por diversas razones optan por acudir a la fecundación asistida. Estos derechos deben gozar, además de su reconocimiento, de una efectividad garantizada por nuestro sistema jurídico.

CAPÍTULO PRIMERO

LIBERTAD REPRODUCTIVA

I. ANTECEDENTES

Hasta hace algunos años los temas relacionados con el derecho a la procreación no eran objeto alguno de debate social ni jurídico, pues se daba por sentado el reconocimiento a un modelo de familia único. Este modelo, aceptado por diversas religiones, estaba compuesto por una pareja heterosexual, de preferencia unida en matrimonio, con todos los hijos procreados que la naturaleza les permitiera y, desde luego, sin pensar en la posibilidad de interrumpir un embarazo. El número de hijos, así como la posibilidad de tenerlos, era un asunto que le correspondía decidir a la “divinidad”. Dentro de este molde tanto la sexualidad como la reproducción pertenecían al ámbito más privado de las personas y muchas de las decisiones que se tomaban en torno a la anticoncepción, las relaciones entre personas del mismo sexo o la interrupción voluntaria de un embarazo formaban parte del “secreto” del que nadie hablaba.

Pero la sociedad evolucionó y el pensamiento liberal irrumpió impulsando nuevos aires. Los movimientos tanto feministas como de personas de distintas preferencias sexuales reclamaron con justicia su derecho a tomar decisiones sobre su cuerpo y su sexualidad, así como sobre el número y espaciamiento de los hijos. Gracias a estos nuevos postulados impulsados por grupos cada vez más numerosos, la sociedad tuvo que tomarlos en cuenta. La aparición en el panorama de instrumentos internacionales: Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres, Conferencia de El Cairo (septiembre de

1994) y la Declaración y Plataforma de Beijín (1995) ayudaron a sacar de la intimidad y de la ilegalidad las decisiones reproductivas, legitimando con ello la construcción de nuevos paradigmas sexuales y reproductivos en aras de la cimentación de nuevos derechos públicos.

II. PROCREACIÓN NATURAL

La procreación definida como la multiplicación de la especie proviene de la naturaleza misma y no ha sido necesario que el Estado haya otorgado un derecho en específico para ejercerla. Los humanos, como cualquier especie, nos reproducimos libremente como un hecho de la naturaleza, en vista de lo cual encontramos referencias precisas a la libertad reproductiva, pero reconocemos que esta libertad requiere de protección jurídica.¹

El reconocimiento de esa libertad por el derecho no ha transitado por caminos fáciles, por el contrario, ha sido el producto de grandes luchas sostenidas en la última década del siglo pasado hasta lograr su inclusión en varias convenciones internacionales como las enumeradas en párrafos anteriores. Y desde el ámbito internacional pasó al interno a través del reconocimiento, por parte de numerosos Estados, del derecho de las personas a decidir el número y espaciamiento de sus hijos. A este primer reconocimiento se anexaron una pluralidad creciente de derechos y libertades concretos que han permitido el ejercicio cabal de la libertad reproductiva.

El reconocimiento del derecho de las personas para disponer sobre el número y espaciamiento de sus hijos implicó la admisión de su autonomía para tomar decisiones reproductivas, derecho

¹ Gómez, Yolanda, “Reproducción asistida: fundamento y nuevos problemas”, en Lasarte, Carlos *et al.* (coords.), *Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI*, XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia, 2004. Las bases de este texto están contenidas en Gómez, Yolanda, *El derecho y la reproducción humana*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 4.

que se vinculó al respeto sobre la adopción de determinaciones en el ámbito privado. Se sumaron también, el derecho a una educación sexual, a la información y al acceso a la gran variedad de anticonceptivos, píldoras, condones, que la tecnología ha creado y que se encuentran actualmente accesibles. Otros derechos que se han ido agregando, aunque no de forma generalizada, son el derecho a la interrupción voluntaria y en forma segura del embarazo, o a utilizar TRA para lograr la descendencia deseada.

III. INFERTILIDAD

Una perspectiva biologicista sobre el comportamiento humano sugiere que la reproducción ha sido siempre un asunto de gran importancia para los seres humanos en tanto que somos organismos vivos, esto explica por qué la urgencia reproductiva es tan poderosa. Ser privado de la posibilidad de reproducirse resta a muchas personas de una experiencia que les es central para su identidad y que da sentido a sus vidas. Además, en nuestra cultura, desde tiempos lejanos, la falta de descendencia ha constituido una barrera para la integración de la persona a una sociedad cuya estructura de funcionamiento básica es la familia.

A menudo, infertilidad y esterilidad son utilizados como términos sinónimos, sin embargo, algunos autores marcan una diferencia. Carlos Lema Añón señala que esterilidad es un concepto atravesado de representaciones y metáforas muy poderosas que aluden a cuestiones que se extienden más allá de lo que es la reproducción humana, por ejemplo, se menciona que una tierra es estéril.² Esta y otras representaciones sobre esterilidad tienen un gran peso cultural que algunas ocasiones se relaciona con la culpa y con su necesaria expiación. Médicamente se distingue a la esterilidad como “incapacidad para concebir”, y a la infertilidad como “incapacidad para llevar a cabo un embarazo, aunque se

² Lema Añón, Carlos, *Reproducción poder y derecho*, Madrid, Trotta, 1999, p. 164.

haya producido la concepción”. La Organización Mundial de la Salud define a la infertilidad como “dos años de exposición al riesgo de embarazo sin concebir”.³

Los índices de infertilidad,⁴ término que utilizaremos en este libro, se han incrementado en el mundo en forma alarmante durante los últimos años. Los orígenes de esta situación pueden ser muy variados, entre los que frecuentemente se mencionan están los siguientes: la incorporación de la mujer a la vida laboral, modificación en los estilos de vida, así como la decisión tardía de las personas de conformar la propia familia. También se sugiere que la infertilidad afecta especialmente a las mujeres de clase media o alta quienes, en busca de logros académicos, profesionales o por cualquier razón, dejaron pasar su mejor etapa reproductiva. Sin embargo, esta visión ha cambiado a partir de varios datos que permiten visualizar una infertilidad secundaria, originada por enfermedades, algunas de transmisión sexual mal curadas, infecciones o lesiones por la práctica de abortos inseguros, los cuales son comunes en países de menor desarrollo;⁵ a estas causas deben sumarse las cesáreas, medicamentos y tratamientos de quimioterapia o con radiaciones. Ha quedado demostrado⁶ que las desigualdades sociales y económicas que inciden en la esterilidad reproductiva son atribuibles a la pobreza, la desnutrición y al analfabetismo, aunado a factores ambientales y laborales,⁷

³ Who Scientific Group on Recent Advances in Medically Assisted Conception, *Recent Advance in Medically Assiteed Conception*, World Health Organization, Genova, 1992, p. 2.

⁴ Por ser “infertilidad” el término más comúnmente utilizado, a él me referiré en este trabajo.

⁵ Luna, Florencia, “Infertilidad en Latinoamérica. En busca de un nuevo modelo”, *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 28, mayo de 2013, pp. 33-47, disponible en: http://www.ub.edu/fildt/revista/pdf/rbyd28_art-luna.pdf.

⁶ Lema Añón, Carlos, *op. cit.*, pp. 186 y 187.

⁷ Se han documentado ampliamente los efectos de determinados productos sobre la capacidad reproductiva humana, por ejemplo, los plaguicidas. La sospecha sobre esto surgió en 1977, en California, cuando se observó que los hombres que trabajaban en una fábrica de un producto de ese tipo no tenían hijos a pesar de sus tentativas, véase *ibidem*, p. 188.

condiciones que se presentan independientemente del grado de desarrollo del país.

Tradicionalmente el término infertilidad se asocia a lo femenino, no obstante, en el ámbito mundial se calcula que cerca del 40 por ciento de las parejas que consultan por infertilidad son diagnosticadas con infertilidad de origen masculino y se ha estimado que del 30 al 40 por ciento de las etiologías de infertilidad masculina se deben a causas genéticas. Ya sea por causa masculina o femenina de la pareja, lo cierto es que la infertilidad afecta directamente no sólo a la persona que la padece, sino que los efectos de aquella irradian a su círculo cercano, tanto a su pareja como a su familia.

Para varios especialistas la infertilidad es una enfermedad que justifica los tratamientos médicos para curarla, mientras que otros sectores consideran a la infertilidad como una discapacidad o una disfunción. 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, por lo tanto, la falta de acceso a la atención de salud en esas condiciones debe ser tratada conforme a las disposiciones establecidas en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Pero independientemente de cualquiera que sea su origen, y si se trata de una enfermedad o discapacidad, la infertilidad ha propiciado que un número cada vez mayor de personas con problemas para procrear o llevar a cabo un embarazo a término decidan acudir a las TRA.

IV. ACCESO A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Si bien la libertad para la procreación natural es casi absoluta para las personas sin problemas de fertilidad, debemos tener presente el gran porcentaje de la población mundial que sí los padece, ¿cómo pueden ellos ejercer sus derechos reproductivos?

Además de la infertilidad,⁸ la esterilidad o imposibilidad de retener un embarazo, se presentan otras situaciones por las que las personas deciden tener hijos a través de alguna de las TRA. Tales son los casos de parejas del mismo sexo, o de progenitores que temen, por alguna razón, que su progenie reciba genes causantes de problemas serios de salud a consecuencia de una enfermedad congénita; caso aparte es el de las personas que buscan en solitario tener descendencia.

También va en aumento el caso de las mujeres que acuden a los centros de reproducción asistida, en pareja o de manera individual, para llevar adelante el proyecto de tener un hijo con la ayuda de un donador de gametos. Los derechos reproductivos se extienden hacia los hombres, ya sean en pareja o en solitario, que muestran su interés en ser padres biológicos y utilizan una gestación por sustitución y donación de gametos femeninos para lograr su descendencia biológica. Además, la integración de las personas con preferencias sexuales diferentes incluye el reconocimiento de sus derechos reproductivos.

En 2006 el Comité de Ética de la Sociedad Americana de Medicina Reproductiva se expresó sobre el acceso a parejas de hombres o de mujeres y a personas solteras a tratamientos de fertilidad, concluyendo que no existen argumentos éticos justificados que puedan negar el acceso a estos tratamientos sobre la base del estado civil o a la orientación sexual de las personas.⁹

En las distintas circunstancias que pueden encontrarse las personas que no puedan o decidan no reproducirse por la vía natural, el derecho a la procreación adquiere entonces matices diferentes. No se trata ya del reconocimiento de una libertad que

⁸ “Infertilidad es un término médico que indica un periodo con actividad sexual, sin concepción, la infertilidad no indica esterilidad, sino simplemente que una población tiene problemas para concebir”, United States Congress, Office of Technology Assessment, *The Demography of Infertility*, citado por Lema Añón, Carlos, *op. cit.*, p. 173.

⁹ Baccino, Giuliana, *Reproducción humana asistida. Aspectos jurídicos, sociales y psicológicos en las familias del nuevo milenio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 60.

pueda ejercerse de manera casi ilimitada, sino que el derecho a la procreación artificial debe ser atendido por los Estados de manera distinta, debido a la complejidad y a los riesgos asociados a las TRA, así como a los intereses y derechos de los implicados en su realización. Esta nueva manera de atender un derecho tiene que ver con el acceso a la tecnología de la reproducción.

V. DIVERSAS POSICIONES FRENTE A LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA

1. *Cuestionamientos*

El acceso a las TRA ha recorrido sinuosos caminos delineados por los enconados cuestionamientos que se han expuesto desde la aparición de la tecnología. Las diferentes posturas giran en torno a la protección, posible limitación o negación de la libertad procreativa y de los derechos reproductivos que les acompañan, así como al reconocimiento de algún estatus para el embrión.

El enorme caudal de interrogantes y de debates suscitados por las TRA va más allá de una visión puramente clínica, por ello urge proponer bases desde diferentes perspectivas que permitan solucionar los problemas que ya se han generado.

El recuerdo de grupos como los nazis, quienes en sus laboratorios intentaron seleccionar genes para lograr, desde su criterio, mejoras en la especie humana, sigue presente y despierta desconfianza. Pero tal vez el asunto más espinoso —por decirlo así— referido a la aplicación de las nuevas tecnologías involucra batallas sociales y políticas en torno a la vida prenatal. ¿Cuál es el estatus del embrión?, ¿existe un derecho a la vida de los embriones en las primeras semanas de su conformación y, por lo tanto, ésta debe ser protegida?, ¿cómo reconciliar los conflictos entre la autonomía de quienes quieren tener descendencia y el respeto a la vida prenatal?

Por otra parte, se encuentran las implicaciones sobre la igualdad y la autonomía de las mujeres, quienes asumen mayor carga con la aplicación de las tecnologías reproductivas: ¿son ellas las que deciden por separado o requieren de una pareja para tomar decisiones? Algunas feministas se oponen a la reproducción asistida porque, desde su punto de vista, ésta sirve para reforzar la idea de que el valor supremo de la mujer está necesariamente unido a la idea de tener hijos.

A estos cuestionamientos se suman otros; algunos críticos alegan que los niños “producidos” a través de la FIV están expuestos a padecer más sufrimientos físicos, y otros daños serios, que los niños nacidos por vías naturales. El uso de información genética en la reproducción inevitablemente nos lleva a preguntas acerca de la permisibilidad de selección de tratamientos para tener descendencia y sobre los criterios de selección. ¿Tienen los progenitores el derecho de elegir entre las opciones reproductivas aquellas que les garanticen que sus hijos no padecerán enfermedades hereditarias graves?

Comúnmente se invocan los “valores de la sociedad” pero cabe preguntarse: ¿la sociedad en su conjunto tiene valores comunes siempre o ésta se integra con distintos sectores que aprecian de manera diversa determinados valores?

La posibilidad de silenciar genes o insertar DNA en los genomas de embriones es real gracias a la técnica de edición genética, pero la aplicación de esta técnica necesariamente abre el telón para otras interrogantes desde la perspectiva de la especie humana: ¿cuáles son las consecuencias para el futuro de la humanidad si los cambios se introducen por vía germinal?

En cuanto al acceso a las TRA, ¿se debe permitir a todas las personas lograr su objetivo de tener descendencia a través del uso de tecnologías de reproducción, sin importar su condición?

¿Estos planteamientos requieren de una postura por parte del Estado?, o ¿se debe dejar a los particulares la solución de los conflictos que se presenten por la aplicación de las TRA?

2. *Distintas posiciones*

En un intento por dar respuesta a algunas de estas interrogantes, John A. Robertson presenta un esquema que muestra, desde su punto de vista, tres diferentes corrientes: tradicionales estrictos, tradicionales modernos y liberales radicales.¹⁰

A. *Estrictos tradicionales*

A los que John A. Robertson denomina “estrictos tradicionales” sostienen que la reproducción es un regalo divino, resultado de la intimidad amorosa entre dos personas, la cual propicia que el hijo que nazca sea incondicionalmente amado y ese regalo no debe quedar sujeto a cambios, direcciones o controles diseñados o inducidos por el hombre. Desde el punto de vista de esta corriente, la mayor parte de las tecnologías reproductivas son condenadas.¹¹

El problema generado por esta visión es su intento de guiar las políticas públicas en criterios enraizados a bases metafísicas. Estas bases indican la ruta casi única a seguir en la reproducción, condenando cualquier forma de asistencia.¹² Por sus principios religiosos, muchas personas ajenas a esos grupos claman por una

¹⁰ Robertson, John A., “Procreative Liberty in the Era of Genomics”, *American Journal of Law & Medicine*, Boston, vol. 29, núm. 4, 2003, pp. 439-487.

¹¹ Jaime Vidal Martínez agrega que la oposición más radical a la conversión de la tecnología reproductiva en un medio alternativo a la procreación natural se apoya en argumentos iusnaturalistas sostenidos por el catolicismo. Vidal Martínez, Jaime, voz “Reproducción asistida”, en Romeo Casabona, Carlos María (dir.), *Enciclopedia de bioderecho y bioética*, Granada, Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, 2011.

¹² La Instrucción de la Congregación de la Doctrina de la Fe Católica explica como razones para oponerse a la fecundación *in vitro*, la protección de la vida del embrión y la necesidad de que la procreación sea el resultado de la unión y de las relaciones personalísimas de los cónyuges legítimos, véase Lema Añón, Carlos, *op. cit.*, p. 231.

democracia secular y liberal donde los individuos se definan bajo su propio sentido de lo que es bueno, sin imposiciones. Estos grupos sostienen que los desacuerdos sobre las éticas en determinados casos no justifican que el gobierno imponga una dirección “correcta” de cómo la reproducción debe ocurrir en todos los casos.

La corriente conservadora critica a los padres cuando, en su deseo de tener hijos sanos, acuden a la terapia génica. Bajo el argumento de que los hijos son un regalo de Dios y deben ser aceptados y amados en las condiciones que sean, ninguna intervención humana es justificable. Por el contrario, otros sectores no religiosos apelan al interés de las personas en transmitir sus genes, pero que al mismo tiempo su descendencia goce de un estado aceptable de salud. Desde este punto de vista no hay nada objetable en utilizar la tecnología a su alcance antes del nacimiento de su descendiente, si su uso ya es admitido después del mismo.¹³

B. *Liberales radicales*

En el polo opuesto, los liberales radicales sostienen que los individuos son libres para utilizar la técnica reproductiva que decidan bajo cualquier razón y niegan toda propuesta de límites a sus decisiones. Los que piensan así consideran que son los padres quienes, actuando como jueces, pueden decidir sobre lo que es bueno para ellos y sus opciones incluyen aquellas que recaigan en los hijos que procreen.

La justificación de esta postura aparece en los principios libertarios generales, es decir, aquellos que están en contra de que el gobierno interfiera en la vida de las personas. Libertarismo en reproducción significa que una persona tiene el derecho de seleccionar la TRA que considere más conveniente, así como de tomar cualquier decisión en el curso de la reproducción.

¹³ Robertson, John A., *op. cit.*

El problema con los libertarios son sus puntos de vistas extremos. Ellos no encuentran ninguna razón para limitar cualquier decisión relacionada con la concepción, edición de genes o alteración en la reproducción. En opinión de John A. Robertson, la postura libertaria olvida por completo la validez de los principios de la bioética. Entre estos principios, el de “no maleficencia” indica que la libertad personal está justificadamente limitada cuando las decisiones tomadas puedan causar daños a otros. El principio de “autonomía”, base de la libertad, sólo se entiende si es complementado con el de “responsabilidad”. Esta responsabilidad se debe asumir frente a los posibles daños que las TRA pudieran ocasionar no sólo en las situaciones presentes, sino también en el futuro, para las generaciones venideras. En particular, preocupa que la edición de genes se practique sobre la vía germinal de manera que pudiera afectar el DNA de las generaciones futuras. El principio precautorio también estaría frenando a la autonomía absoluta al indicar que toda actuación debe tomar en cuenta los riesgos que se asumen con la investigación o con la aplicación de tecnologías reproductivas.¹⁴

C. *Tradicionalismo moderno*

Como punto medio entre las dos posturas anteriores, el tradicionalismo moderno, al que se adhiere Robertson, considera que, así como una sociedad se muestra conforme con otro tipo de libertades, también tiene que aceptar que el hombre y la mujer cuenten con la opción de reproducirse o no, de acceder o no a la tecnología reproductiva y en su caso a la utilización de la genómica. En el supuesto de optar por el acceso, las personas están en posibilidad de aceptar algunas TRA y rechazar otras de acuerdo con sus razonamientos personales, incluyendo los morales y éticos acerca de los efectos en los hijos. Nadie está obligado a

¹⁴ *Idem.*

reproducirse o a usar alguna tecnología genética específica para tales fines.

Si el derecho a la reproducción presuntamente protege la reproducción coital, entonces debe, asimismo, proteger la reproducción no coital, ya que ambas formas tienen como base el mismo deseo de tener descendencia. Las personas acuden a su autonomía reproductiva como parte de su dignidad humana en el libre desarrollo de su personalidad.¹⁵ A través de las dos maneras posibles de reproducción se transmiten los genes, se gesta y se tienen hijos relacionados biológicamente. La infertilidad no tendría por qué descalificar a los individuos que desean gozar de la experiencia reproductiva.

Si no se trata de parejas infértiles la justificación para acceder a la reproducción asistida tiene otro sustento. El modelo tradicional de familia se ha visto substancialmente alterado con la aceptación social de un padre o madre soltero(a). Cambios todavía mayores se vislumbran con la aplicación de las tecnologías reproductivas que otorgan a los solteros(as) y a las personas homosexuales la oportunidad de tener hijos biológicos. Hay que tomar en cuenta también la incorporación al proyecto reproductivo de personas que participan como donadores de gametos, espermatozoides y ovocitos, o mujeres que prestan servicios gestacionales.

El “tradicionalismo moderno”, caracterizado por Robertson, coincide con las corrientes liberales. Las propuestas de esta vía aceptan que la libertad procreativa sea valorada en tanto se

¹⁵ Ronald Dworkin formula: “El derecho a la autonomía procreativa ocupa un lugar importante... en general, en la cultura política occidental. El rasgo más relevante de esa cultura es la creencia en la dignidad humana individual: esto es, (la creencia en) que las personas tienen el derecho y la responsabilidad moral de enfrentarse por sí mismas a las cuestiones fundamentales acerca del significado y valor de sus propias vidas, respondiendo a sus propias creencias, conciencias y convicciones... El principio de autonomía reproductiva, en un sentido amplio está incorporado, por tanto, a cualquier cultura genuinamente democrática”, véase Dworkin, Ronald, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, trad. de Ricardo Caracciolo y Víctor Ferreres, Barcelona, Ariel, 1994.

trata de una experiencia llena de significados y de gran importancia para la identidad del individuo y su florecimiento psíquico y social.

Quienes optan por tener descendencia por la vía natural, cuentan con una libertad casi absoluta para procrear.¹⁶ En cambio, en las personas con problemas de infertilidad, pero que como parte de su proyecto de vida anhelan tener descendencia o que sin problemas de fertilidad procuren que sus hijos estén libres de ciertas enfermedades de transmisión genética, o aquellas en que su preferencia sexual les impide una procreación natural, el derecho a la procreación adquiere matices especiales. En este caso, las personas tienen derecho a beneficiarse de los avances en materia de reproducción asistida para lograr sus objetivos, así como para convertirse en donantes de gametos o, en el caso de la mujer, a gestar un hijo de otros. Es decir, esas personas deben contar con la autonomía necesaria para libremente decidir si quieren o no acceder a —y hasta escoger— alguna de las TRA disponibles, de acuerdo con su especial situación de salud, pero también con sus propios valores, ideas y creencias.

Sin embargo, no se trata ya del reconocimiento de una libertad que pueda ejercerse de manera ilimitada, como plantean los libertarios, sino que el derecho a la procreación artificial requiere un trato especial y de limitaciones en ciertos casos especiales. Al aplicarse alguna de las TRA deberán tomarse en consideración los posibles daños de importancia a los derechos reconocidos de las personas directamente afectadas o de las que participan de una manera colateral, como es el caso de donantes o de gestadoras y, desde luego, con la debida protección física, mental y jurídica de los niños(as) que nacerán como resultado de las TRA.

Yolanda Gómez concuerda con el establecimiento de ciertos límites a la libertad reproductiva; esas restricciones se justifican cuando derivan de la libertad y del respeto al ejercicio de los de-

¹⁶ Casos precisos la limitan, como la penalización a las relaciones incestuosas.

rechos de los otros. Debemos interpretar, agrega la autora, que se debe extender la libertad hasta donde sea posible, sin vulnerar otros valores y principios. La facultad de restringir un derecho no es discrecional, sino que, por el contrario, está acotada por los límites enmarcados dentro del orden constitucional de cada Estado, en concurrencia con los valores, principios y los demás derechos reconocidos en ese mismo orden¹⁷ y sustentados en un contexto liberal y por razones válidas para el conjunto de la sociedad. Robertson añade que existen riesgos al aceptar la interferencia del Estado en las decisiones reproductivas, pues éstas pueden extenderse más allá de la exhortación y penalizaciones hacia tácticas de un Estado policía.¹⁸

D. *Perspectivas desde el feminismo*

Al esquema de Robertson podríamos agregarle otras posturas como las de las feministas, aunque no encontremos en ellas unanimidad. Por un lado, parte de esta postura defiende el derecho de la mujer a controlar el proceso de reproducción como una manifestación de autonomía para lograr su propia descendencia. En cambio, otro sector cuestiona la participación femenina en los procesos de reproducción asistida, porque las técnicas para lograrla han sometido a las mujeres a experimentaciones, en muchos casos riesgosas, o porque la maternidad responde solamente a un mandato cultural. A este respecto, Mariana Winocur considera que nada se ha encontrado sobre el “instinto maternal” que no sea una construcción cultural, producto de una época, consecuencia de una ubicación o situación determinada.¹⁹ Mar-

¹⁷ Gómez, Yolanda, *El derecho a la reproducción humana...*, cit., pp. 49 y 50.

¹⁸ Robertson, John A., “Basic Concepts in Reproductive Decision-Making”, en Michel Shapiro *et al.* (coords.) *Bioethics and Law, Cases, Materials and problems*, 2a. ed., Minnesota, Casebook, Series, Thomson West, 1981-2003, p. 545.

¹⁹ Winocur, Mariana, “El mandato cultural de la maternidad”, en Brena, Ingrid (coord.), *Reproducción asistida*, México, UNAM, Instituto Investigaciones Jurídicas, 2012, p. 6.

ta Lamas, en un tenor semejante, expresa que culturalmente la maternidad es la especificidad de la condición femenina. Más allá de una verdadera elección individual, las mujeres buscan ser madres por cuestiones psíquicas y sociales.²⁰

E. *Perspectiva desde los derechos de los niños*

Algunas posturas sostienen el argumento de que las TRA han servido para cosificar a los niños que nazcan. De ser sujetos se han convertido en objetos para satisfacer los deseos de quienes anhelan tener descendencia. Se ha tratado de demostrar los deterioros en la salud de las personas producto de la fertilización *in vitro*, tanto desde su nacimiento como, posteriormente, con el paso de los años.

Frente a estos planteamientos, la realidad demuestra que, en la actualidad, más de cuatro millones de niños han nacido gracias a procedimientos de fertilización asistida y los estudios de seguimiento de bebés nacidos demuestran que no existe mayor riesgo de malformaciones por el hecho de haber sido engendrados fuera del cuerpo de una mujer.²¹ La mayor parte de la evidencia disponible sugiere que los resultados del neurodesarrollo de los niños de embarazo único, concebidos mediante las TRA, son similares a los de los niños concebidos naturalmente.²²

Los niños debieran nacer con padres que no sólo los acepten, sino que los amen tal como vengan al mundo y que se responsabilicen de ellos tanto en su desarrollo físico como intelectual y emocional, pero no hay ningún modelo de paternidad que garantice esta situación. Los niños nacidos a través de las TRA no

²⁰ Lamas, Marta, *Política y reproducción. Aborto: la frontera del derecho a decidir*, México, Plaza & Janés editores, 2001, p. 35.

²¹ Zegers, Fernando, “Algunas consideraciones éticas en la práctica de la reproducción asistida en latinoamérica”, en Casado, María y Luna, Florencia (coords.), *Cuestiones de la bioética en y desde Latinoamérica*, Pamplona, Thomson Reuter Civitas, 2012, pp. 173 y ss.

²² *Idem.*

tienen por qué ser menos amados y a lo mejor, en muchos casos, son más deseados que los concebidos por el medio natural. Lo que corresponde a las normas jurídicas es vigilar que esos niños no nazcan desprotegidos y que se responsabilicen de ellos quienes desearon traerlos al mundo.

VI. CONCLUSIÓN

La reproducción humana había sido un proceso inmutable durante un largo periodo de la historia y las estructuras jurídicas habían respondido al proceso natural del nacimiento con normas especiales dirigidas a regular las relaciones familiares que hasta el siglo XX habían sido levemente modificadas. Es en ese siglo es cuando ocurren los cambios más importantes que comenzaron a desfigurar los estrictos modelos familiares para conformar nuevos tipos de familias, y se comienza a visualizar la procreación de una manera distinta al marcarse una separación de lo que antes estaba claramente unido: las relaciones sexuales y la reproducción. Antes de la aparición de la tecnología reproductiva, el nacimiento de un hijo había sido considerado como un hecho jurídico que ocurría de manera natural, pero ahora, también puede ser la consecuencia de un acuerdo de voluntades para lograr un fin. El deseo de tener descendencia se convierte en un acto racional donde la voluntad de una persona o de una pareja se vuelve esencial para la procreación.

Sin embargo, este trascendental cambio, así como las implicaciones y consecuencias del empleo de las TRA, no es percibido de la misma manera por los diversos sectores de la población. La redacción de este capítulo pretendió mostrar de una manera general los avances tecnológicos logrados en materia reproductiva, pero, también, los debates que han abierto las aplicaciones de las nuevas tecnologías.

Se menciona que las TRA deben aplicarse de acuerdo con los valores de la sociedad, pero cabe preguntar: ¿cuáles son estos valores?, ¿los que reconocen ciertos grupos y quieren imponerse

al resto de la sociedad?, o más bien, necesitamos construir valores con base científica en la experiencia no religiosa o moralista, que puedan ser aceptados por la sociedad en su conjunto.

Debido a la complejidad y a los riesgos asociados a las TRA, así como a los intereses y derechos de los implicados en su aplicación, se torna indispensable la atención del Estado, el cual, a través de instrumentos jurídicos pertinentes, debe controlar la aplicación de las TRA, proteger a los participantes y fijar los límites necesarios a fin de evitar o resolver muchos de los conflictos que pudieran derivar de la aplicación de las nuevas tecnologías reproductivas.

CAPÍTULO SEGUNDO

TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

I. DISTINTAS TÉCNICAS

En medicina reproductiva, el avance en el conocimiento ha sido exponencialmente acelerado en las últimas dos décadas, lo cual ha abierto nuevos esquemas para la resolución de problemas relacionados con la procreación. Cada uno de los procesos que hoy en día se llevan a cabo responden a un valor terapéutico distinto. Pero la gran variedad de técnicas no sólo ha incrementado el número de nacimientos de niños, sino que también ha marcado un cambio cultural de gran relevancia en el desarrollo de la sociedad: la separación de la sexualidad y la reproducción. En la actualidad es viable disfrutar las relaciones sexuales sin que el goce implique el propósito de tener descendencia y, por otra parte, se puede lograr la descendencia por medios distintos a las relaciones sexuales.

Las TRA²³ son conocidas en el ámbito tecnológico y médico especializado como los procedimientos que facilitan la interacción entre gametos femeninos y masculinos con el propósito de aumentar la posibilidad de lograr un embarazo. El Comité Internacional para el Seguimiento de la Tecnología de la Reproducción Asistida y la Organización Mundial de la Salud definen a las TRA como todo tratamiento o procedimiento que incluye

²³ Las técnicas de reproducción asistida son definidas por la Real Academia de la Lengua Española como la “acción y efecto de reproducir”. Reproducir, a su vez, es definido como “engendrar y producir otros seres de sus mismos caracteres biológicos”. El mismo diccionario define a la reproducción asistida como el “conjunto de técnicas médicas que favorecen la fecundación en caso de impedimentos fisiológicos del varón o de la mujer”.

la manipulación *in vitro* de ovocitos, espermatozoides o embriones humanos con el propósito de implantar un embrión en el cuerpo de una mujer, con el objetivo de lograr un embarazo. Existen múltiples tratamientos: la inseminación en sus variantes y la fecundación *in vitro* acompañadas de sus tecnologías conexas, la crioconservación de gametos y embriones, la obtención de gametos y ovocitos por donación, diagnóstico preimplantatorio, selección de ovocitos y la gestación por sustitución, por mencionar las más conocidas.

1. *Inseminación artificial*

A través de la inseminación artificial se ponen en contacto los elementos ontogenéticos, masculino y femenino, dentro del cuerpo de la mujer; puede tratarse de una inseminación intrauterina, intercervical e intravaginal del líquido seminal durante el período de fecundidad. Si el semen pertenece a la pareja de la mujer, la inseminación recibe el nombre de homóloga, en cambio, si se trata del material genético de un tercero, recibe el nombre de heteróloga.

Las técnicas o procedimientos para llevar a cabo una inseminación no son una novedad de los tiempos modernos; los primeros ensayos se iniciaron con vegetales, después con animales y desde el siglo XV se tienen noticias de intentos de inseminaciones artificiales humanas. Los resultados positivos se registraron en Inglaterra por el médico J. Hunter entre 1776 y 1779.²⁴

Las prácticas continuaron; no obstante, es hasta el siglo XX cuando la inseminación artificial se multiplica en los Estados de religión protestante más desarrollados, al contrario de Estados con una Iglesia católica fuerte que no acepta las prácticas inseminatorias. Durante los años cuarenta del siglo pasado, en medio de la Segunda Guerra Mundial, fue práctica común la realiza-

²⁴ Brena, Ingrid, *El derecho y la salud. Temas a reflexionar*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 2.

ción de inseminaciones de manera masiva con espermatozoides de los soldados norteamericanos, transportado en aviones con la finalidad de fecundar a sus esposas que permanecían en su país.²⁵ Así, la situación para los años cincuenta mostraba que la práctica de la inseminación artificial se llevaba a cabo en Estados Unidos de manera común.

La transferencia intratubárica de gametos (GIFT) consiste en colocar óvulos y espermatozoides para lograr la fertilización en las trompas de la mujer cuando ésta se encuentra imposibilitada para llevar a cabo el natural proceso reproductivo. También se puede realizar transferencia intratubárica de cigotos, pero estas técnicas son poco recurridas.

2. *Fecundación in vitro*

En cambio, la fecundación *in vitro* fue un logro alcanzado relativamente en forma reciente. En julio de 1978, Patrick Christopher Steptoe y Robert Geoffrey Edwards logran el objetivo de practicar una fertilización con humanos. Después de once años de investigación nace Louise Brown, quien fue identificada como la “primera bebé de probeta”, pues un óvulo de su madre fue fecundado con espermatozoides de su padre en un platillo de laboratorio. Más tarde, en 1984 se logra la fecundación *in vitro* de un bebé nacido después de que el embrión había sido previamente congelado.²⁶

La técnica se lleva a cabo en tres etapas a) obtención de los gametos, tanto femeninos como masculinos, b) fecundación *in vitro*, o sea, la fusión de los gametos masculino y femenino —spermatozoides, y óvulo— realizada en forma extracorpórea, generalmente en un laboratorio, con lo cual se producen uno o varios cigotos, c) acto seguido, estos son trasladados a la cavidad uterina para su posterior desarrollo en un embarazo.

²⁵ *Idem.*

²⁶ Lema Añón, Carlos, *op. cit.*, p. 34.

La obtención de gametos femeninos se logra como efecto de la inyección a la mujer con medicamentos especiales para producir una estimulación ovárica controlada con intención de obtener múltiples folículos. A continuación, estos folículos son aspirados por vía vaginal para su conservación en un medio que imite las condiciones naturales. Los espermatozoides se obtienen del semen de la pareja o de un tercero donante.

En el laboratorio se colocan en el mismo medio los espermatozoides separados del líquido seminal y se intenta producir una fecundación. El efecto es positivo en un promedio del 75% de los casos intentados y la célula resultante de la fecundación de gametos recibe la denominación de cigoto.²⁷ Pocas horas después y previa selección de ovocitos, uno o varios —se recomienda que sólo sean los necesarios para garantizar el éxito del procedimiento— son transferidos al cuerpo de la mujer introduciendo un catéter a través del canal cervical endometrial para inyectarlo en el interior de útero.²⁸

El número de embriones transferidos generalmente depende de una serie de factores; entre ellos, la edad y salud materna. La transferencia de más de un embrión aumenta la probabilidad de gestación múltiple, por eso no más de 2 embriones deben ser colocados.²⁹ Una vez que se ha transferido el embrión al interior del cuerpo de la mujer, habrá que aguardar la implantación, pues no en todos los casos se obtiene un resultado exitoso. Después, se debe realizar otra espera para comprobar que no se presente

²⁷ “El uso de la terminología ‘cigoto’, ‘mórula’ es relativamente neutra, no así como el uso de los términos ‘embrión’, ‘preembrión’, ‘feto’, aplicados sobre todo a estos primeros momentos tras la fecundación, que a veces ya presupone juicios sobre la solución de algunas de las interrogantes morales que se plantean”, *ibidem*, p. 42.

²⁸ *Idem*.

²⁹ Puesto que la tasa de implantación es inferior entre las mujeres mayores, a menudo se transfieren más embriones, excepto a aquellas mujeres que reciben óvulos de mujeres donantes más jóvenes; para los casos de mujeres mayores se implantan usualmente dos, pero pueden ser hasta tres.

alguna complicación propia del embarazo y de ahí sólo queda observar y controlar una gestación normal.

3. *Participación de tres progenitores*

Una variante de la fecundación *in vitro* que ha despertado mayor polémica es la denominada “fecundación de tres progenitores”. Este procedimiento especial tiene como finalidad eliminar algunas enfermedades congénitas graves, entre ellas, la distrofia muscular. Tales enfermedades son causadas por algún defecto que provienen de la parte exterior del óvulo (es decir, fuera del núcleo) denominada la mitocondria. La novedosa técnica consiste en la remoción del núcleo considerado como sano de un óvulo al que se le encontraron defectos en su mitocondria. Posteriormente, este núcleo es insertado en otro óvulo perteneciente a una donadora, cuya mitocondria se encuentra sana y al que previamente se la había retirado el núcleo. Una vez que se ha realizado el intercambio y se tiene un núcleo sano en una mitocondria sana, se ha creado un ovocito considerado libre de las enfermedades que podría haber transmitido una mitocondria con defectos graves, el o los ovocitos “sanos” son insertados en un cuerpo femenino para su implantación. Como resultado, el niño o niña que nazca tendrá material genético de tres personas: la que aporta el espermatozoide, la mujer que aporta el núcleo del óvulo, y la donadora que aporta la mitocondria de un óvulo sin núcleo.

4. *Gestación por sustitución*

A través de cualquiera de las TRA, inseminación artificial o fecundación *in vitro*, puede lograrse una gestación y si la mujer receptora del ovocito adquiere el compromiso de entregar el niño(a) una vez que éste nazca a quienes le solicitaron la gestación se trata de una gestación por sustitución, comúnmente conocida como maternidad subrogada. Existen algunas variables:

el óvulo puede provenir de la mujer que gestará, de una tercera donadora, o de quien pretenda quedarse con el niño o niña que nazca, el espermatozoide puede ser del futuro padre o de algún tercero donante.³⁰

El *Glosario de terminología en técnicas de reproducción asistida* (TRA)³¹ y la Organización Mundial de la Salud (OMS) definen: “Gestante subrogada: mujer que lleva adelante un embarazo habiendo acordado que ella entregará el bebé a los padres previstos y/o a terceros”.³² A la gestante subrogada se denomina también de diversas formas: madre de alquiler, madre sustituta, madre por encargo, madre suplente o madre portadora.

Pocos asuntos despiertan un debate tan radical como los contratos de maternidad subrogada. Desde su aparición, este tipo de gestación, por decirlo suavemente, no goza de la aceptación y existe un clima extendido de repudio en diferentes ámbitos, jurídicos y religiosos, principalmente en los países católicos de Europa y Latinoamérica. Se alega en su contra que la gestación para otros va en contra de la dignidad de la mujer y que convierte al cuerpo humano en un objeto de comercialización, además, se sostiene que la mujer, al concurrir al mercado ofreciendo partes de su cuerpo —en este caso su útero—, lo hace porque se encuentra en una situación de inferioridad económica y cultural, la cual es explotada.

Situación distinta ocurre en los países anglosajones, entre ellos, el Reino Unido de Gran Bretaña y Estados Unidos de Norte América, los cuales, en seguimiento de su tradición liberal,

³⁰ Brena, Ingrid, voz “Maternidad Subrogada”, en Romeo Casabona, Carlos María (dir.), *Enciclopedia de bioderecho y bioética...*, cit.

³¹ Versión revisada y preparada por el *International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology* (ICMART).

³² Zegers-Hochschild, F. et al., *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), Organización Mundial de la Salud, noviembre, 2010, disponible en: http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology2/es/.

aceptan y hasta regulan ese tipo de contratos.³³ Las corrientes liberales sostienen que no hay nada reprochable ni significa un ataque a su dignidad cuando por sí misma la mujer es quien decide aceptar la gestación por otros, a cambio de recibir sustanciosas cantidades de dinero.

Para evitar la posible explotación de mujeres cuya condición económica y/o cultural sea muy inferior a la de los solicitantes, pero también para proteger a los solicitantes de posibles abusos de la gestante —por ejemplo, solicitar una cantidad mayor de dinero bajo amenaza de abortar—, es relevante implementar una regulación que proteja a todos los involucrados en el proceso.³⁴ Esta protección legal debe extenderse también a los niños que nazcan de manera que su filiación quede garantizada y, por tanto, claros los deberes hacia ellos de los padres solicitantes.

5. Clonación³⁵

La controvertida y rechazada en forma casi unánime clonación, pretendería la reproducción de un sujeto a través de la crea-

³³ Brena, Ingrid, voz “maternidad subrogada...”, *cit.*

³⁴ Brena, Ingrid, “La gestación subrogada. ¿Una nueva figura del derecho de familia?”, *Reproducción asistida*, México, UNAM, Instituto Investigaciones Jurídicas, 2012, pp. 139-162.

³⁵ El término “clon” derivado de la palabra griega κλών que significa retoño, designa a un grupo de entes idénticos. Desde hace poco, también se utiliza para designar a los miembros de ese grupo y, en particular, al organismo que es una copia genética de otro organismo. El término no sólo se aplica a organismos completos, sino también a copias de moléculas (como el ADN) y células. La clonación puede producirse de manera espontánea, tanto en organismos que se reproducen sexualmente como en organismos que se reproducen asexualmente. En el caso de la reproducción sexual, se produce un clon cuando el cigoto se divide y da lugar a gemelos idénticos (monocigóticos), que tienen genomas exactamente iguales. La mayoría de los casos de clonación espontánea se manifiesta en las especies que se reproducen asexualmente, es decir, sin combinar el material genético masculino y femenino, véase Consejo Ejecutivo, *Clonación de seres humanos con fines de reproducción: informe sobre los debates de la Asamblea General de las Naciones Unidas*, Ginebra, Organización Mundial de la Salud, 2005, disponible en: http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/22303/1/B115_ID2-sp.pdf.

ción de un organismo de idéntica constitución genética a la suya mediante una multiplicación asexual de genes. La clonación técnicamente es la transferencia del núcleo de células provenientes de individuos ya nacidos, incluso adultos, a un ovocito al que previamente se le ha extraído su propio núcleo, que pudo haber sido obtenido de células provenientes de cualquier lugar del organismo. Mediante esta técnica, el ser nacido sería genéticamente idéntico al donante del núcleo, a excepción del ADN mitocondrial, propio del citoplasma del ovocito receptor.³⁶

La creación de la oveja Dolly por medio del proceso de clonación estimuló el miedo de las personas respecto a los alcances de la ingeniería genética en los tratamientos de fecundación, ya que supuestamente convierten a los niños únicamente en bienes u objetos destinados a servir a las necesidades de sus padres y propicia la “producción en serie” de clones idénticos al donante. Sin embargo, esta última suposición carece de fundamento real debido al determinante papel que los factores ambientales juegan en el desarrollo de ciertos genes del ADN de cualquier persona. Aunque se consiguiera la misma carga genética, el denominado clon nunca podría ser idéntico al donante.³⁷

Se ha intentado distinguir entre la clonación reproductiva y la llamada terapéutica, la cual desarrolla cigotos sobrantes —que no fueron utilizados en reproducción— hasta sus primeras divisiones celulares.³⁸ El objeto de esta técnica es obtener del cigoto células troncales que pudieran servir para la investigación científica encaminada al desarrollo de una variedad de tejidos del cuerpo humano y en un futuro poder atender a pacientes con enfermedades degenerativas graves.³⁹

³⁶ Informe del Comité de expertos sobre Bioética y Clonación de 1999.

³⁷ Esta aseveración es fácilmente comprobable con los gemelos que, a pesar de tener la a misma carga genética, desarrollan distintas personalidades y son afectados por enfermedades diversas.

³⁸ El Reino Unido permite la creación de embriones para la investigación.

³⁹ Para más información sobre el tema, véase Brena, Ingrid (coord.), *Células troncales, aspectos científicos-filosóficos y jurídicos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

II. TÉCNICAS AUXILIARES

La fecundación *in vitro* implica, además, la utilización de una serie de técnicas auxiliares según se presenten las circunstancias, entre ellas, la congelación de gametos —por ahora sólo es posible la congelación de espermatozoides—, de los óvulos ya fecundados, el diagnóstico preimplantacional y la terapia génica. Estas técnicas auxiliares también han despertado debates por los conflictos éticos que representan.

1. *Congelación de óvulos fecundados*

La congelación de óvulos fecundados es una cuestión controvertida, pues se refiere a los llamados embriones supernumerarios que, habiendo sido fecundados *in vitro*, no fueron transferidos al cuerpo de una mujer y permanecen congelados con un futuro incierto. Una de las posibilidades es la ulterior descongelación para su uso posterior, pero también se pueden desechar, donar o utilizar para obtener células troncales para la investigación, pero la situación más común es que permanezcan congelados y nadie tome la decisión de qué hacer con ellos.⁴⁰

2. *Diagnóstico genético preimplantatorio*

El desarrollo de la biología molecular ha abierto la posibilidad de detección y curación de numerosas enfermedades hereditarias mediante un diagnóstico preimplantacional. Este tipo de diagnóstico permite descartar para la reproducción aquellos embriones que presenten algún tipo de anomalía. Se realiza poco después de la fecundación y se lleva a cabo únicamente en laboratorios de fecundación asistida.⁴¹ No en todos estos procedi-

⁴⁰ Lema Añón, Carlos, *op. cit.*, pp. 59 y 60.

⁴¹ Emaldi, Aitziber, voz “diagnóstico preimplantatorio”, en Romeo Casabona, Carlos María, *Enciclopedia de bioderecho y bioética...*, *cit.*

mientos se hace el diagnóstico, sino que suele ser solicitado con base en alguna indicación médica o por encontrarse una situación clínica determinada.⁴²

Desde una perspectiva ética se trata de una práctica seriamente cuestionada por diferentes motivos. Se alega que cuando el resultado indica alguna anomalía grave en el embrión, éste será descartado de la implantación, y tal eliminación significa la destrucción de un ser humano. Esta extrema posición considera que el embrión es una persona, por lo tanto, dejarlo morir es algo moralmente inadmisibles. Si, por el contrario, se considera que aquel es un grupo de células con ciertas potencialidades a las que no habría por qué atribuirles derecho alguno, no existen razones para oponerse al procedimiento.⁴³ En todo caso, las posiciones dependen del estatus jurídico que se confiera al embrión humano.

3. Selección de embriones

No todos los óvulos fecundados son transferidos a un cuerpo femenino. ¿Cómo seleccionar a los que sí lo serán y a los que no? La selección de embriones implica otros cuestionamientos: ¿se justifica?, ¿se pueden seleccionar en busca de una mejora o sólo para evitar padecimientos graves?, ¿cuál será el futuro de los embriones considerados como no aptos para la reproducción?, ¿podrán ser crioconservados?, ¿por cuánto tiempo?, ¿se podrán utilizar para la investigación?, ¿podrán ser objeto de donación?

Respecto a la primera cuestión, las posturas científicas mencionan que el proceso reproductivo, por decirlo “natural”, en nuestra especie es extremadamente selectivo e ineficiente; de 100

⁴² Como el embarazo de mujeres mayores, presencia de antecedentes familiares. La aplicación de estos diagnósticos debe ir siempre precedida de información y de un consentimiento genético apropiado.

⁴³ *Idem*.

cigotos en estudio de 4 células (24 a 36 horas desde la fecundación) no más de 30 llegan espontáneamente al estado de blastocito, momento en que tienen la potencialidad de anidarse en el útero de la mujer. De los embriones que llegan a manifestarse como clínicamente evidentes, es decir, ya se observa un saco gestacional (tres semanas a partir de la fecundación) otro 17 a 20% se perderá espontáneamente como aborto clínico. De estos más del 70% muere como expresión de errores cromosómicos incompatibles con la vida y generados durante la fecundación,⁴⁴ de manera que, en cualquier tipo de reproducción, sea natural o asistida, ocurrirá una selección de embriones.

Las respuestas al resto de las interrogantes planteadas deben quedar plasmadas en las regulaciones de cada Estado. Es deseable que esas legislaciones se den en el marco de una sociedad plural y liberal respetuosa de las distintas maneras de pensar y de abordar los problemas.

4. *Terapia génica*

Esta terapia es una actuación destinada a curar o prevenir la aparición de enfermedades hereditarias modificando los genes o su expresión. Se trata de introducir un gen funcional que compensará las deficiencias de un gen alterado. La técnica las puede eliminar o sustituir con el fin de modificar la estructura genética. La terapia génica podría ser realizada sobre células somáticas o sobre células germinales (gametos). En el primer caso se trata de células que cumplen determinada función en el organismo y cuya modificación no significa una alteración del patrimonio genético del individuo. En cambio, la terapia génica en vía ger-

⁴⁴ Para obtener más información sobre ineficiencia de la reproducción humana, consultar Zegers-Hochschild, F., “Descripción y análisis de las técnicas de reproducción asistida como tratamiento para la infertilidad”, en Zegers-Hochschild, F. y Salas, P. Sofía (eds.), *Bioética, reproducción y familia*, Santiago de Chile, Universidad Diego Portales, 2014, pp. 7-61.

minimal significa una modificación del patrimonio genético que se transmite a la descendencia.

La aplicación de la terapia génica no había merecido reclamos importantes, pues se veía complicada y cara para ser realizada, hasta la aparición de CRISPR. Este novedoso y relativamente sencillo procedimiento de bajo costo predispone su aplicación en células germinales, ya se trate de embriones con células totipotentes o gametos, óvulos o espermatozoides. Los cuestionamientos surgen a partir de la certeza de que la modificación genética provocada quedará definitivamente integrada al núcleo. Esta modificación, en razón del mecanismo de duplicación celular, formará parte de todas las células que conformen el embrión, así como cada una de las células específicas y diferenciadas del ser humano que se desarrollen a partir de ese embrión, incluidas las sexuales.⁴⁵ Los cuestionamientos surgen: ¿tienen los padres el derecho a proponer una progenie sana, aunque lograrlo signifique someter a los ovocitos a una manipulación genética que incidirá en las generaciones posteriores?

Nuevas tendencias giran en torno a admitir la edición de genes sobre vía germinal alegando que ésta no significa realmente un daño al genoma como patrimonio de la humanidad y que, en todo caso, el daño que se pudiera ocasionar al genoma de la persona podría ser revertido.

⁴⁵ Maris Martínez, Stella, voz “ingeniería genética”, en Romeo Casabona, Carlos María (dir.), *Enciclopedia de bioderecho y bioética...*, cit.

CAPÍTULO TERCERO

DECISIONES SOBRE FECUNDACIÓN ASISTIDA EN LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

I. SITUACIÓN DE LA FECUNDACIÓN ASISTIDA EN COSTA RICA

En la mayoría de los países de América Latina se aplican actualmente las diversas TRA, sin embargo, a pesar de sus resultados positivos logrados, la moderna tecnología reproductiva no goza de total aceptación y ha generado desde su implementación los debates y las distintas posturas ya mencionadas en el primer capítulo. Un ejemplo claro y magnificado de esta polémica son los acontecimientos ocurridos en Costa Rica, los cuales suscitaron la intervención de los diferentes órganos del Sistema de Protección de los Derechos Humanos del continente americano; primero de la Comisión, después de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

II. ANTECEDENTES DEL CASO

Por el decreto del Ejecutivo núm. 24029-S del 3 de febrero de 1995, Costa Rica reguló la fecundación *in vitro*, conocida por las siglas FIV. La ordenación era ya restrictiva desde su origen, pues la técnica se aplicaba sólo a parejas conyugales, prohibía la fertilización de más de seis óvulos por ciclo de tratamiento y exigía que todos los óvulos fertilizados en cada ciclo fueran transferidos a la cavidad uterina de la paciente. Estaba vedado desechar o eliminar embriones, pero tampoco podían preservarse para su transferencia a ciclos subsecuentes de la misma u otras pacientes. Se prohi-

bió cualquier manipulación del código genético del embrión, así como toda forma de experimentación sobre el mismo. La interdicción se extendió a cualquier comercio con células germinales —óvulos y espermatozoides— para ser destinados a tratamiento de pacientes de TRA.

No obstante estas restricciones, dos meses después de su publicación, el 7 de abril del mismo año, se presentó un recurso de inconstitucionalidad contra el decreto mencionado, bajo el argumento consistente en que la fecundación *in vitro* y la transferencia de embriones regulada en el mismo violaban el derecho a la vida y la dignidad del ser humano.

Mientras el recurso se resolvía, la fecundación *in vitro* fue practicada en Costa Rica entre 1995 y 2000, lapso durante el cual nacieron 15 niños. Sin embargo, el 15 de marzo de 2000, la Sala Constitucional de Costa Rica resolvió el recurso de inconstitucionalidad mediante la sentencia 2000-02306 y en su fallo declaró inconstitucional los procedimientos de FIV.

Las razones esgrimidas por la Sala Constitucional fueron, en primer lugar, la “infracción del principio de reserva legal”, debido a que —concluyó— el decreto del Ejecutivo regulaba el “derecho a la vida y a la dignidad del ser humano”, razón por la cual “la regulación de esos derechos por el Poder Ejecutivo resultaba incompatible con el derecho de la Constitución, por cuanto sólo mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo, es posible regular y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales”. En segundo lugar, la Sala Constitucional determinó que las prácticas de FIV “atentan contra la vida y la dignidad del ser humano, “...en cuanto ha sido concebida una persona es una persona y estamos ante un ser vivo con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico”. Asimismo, señala que: “El derecho a la vida se declara a favor de todos, sin excepción tanto en el ser ya nacido como en el por nacer”.⁴⁶

⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica*, resumen oficial emitido por la Corte Interamericana de la sentencia de 28 de noviembre de 2012, p. 3.

La Sala Constitucional concluyó⁴⁷ que las condiciones en que se aplicaba esa técnica de reproducción asistida acarrearán una elevada pérdida de embriones, pérdida que no debía justificarse con el objetivo de ayudar a una pareja infértil a procrear un hijo. En su opinión, los embriones, cuya vida se procuraba primero y luego se frustraba, eran seres humanos, personas desde el momento de la concepción, y, por tanto, cualquier eliminación o destrucción —voluntaria, derivada de la impericia de quien ejecuta la técnica o de la inexactitud de ésta— violaba su derecho a la vida. La Sala concluyó que la técnica de FIV no era acorde con la protección constitucional a la vida y, por tanto, que el decreto cuestionado resultaba inconstitucional por infracción al artículo 21 de la Constitución Política de Costa Rica y al 4o. de la Convención ADH.

Después de la sentencia, la fecundación *in vitro* quedó prohibida en Costa Rica, a pesar de que varias parejas estaban en lista de espera para ser sometidas al procedimiento. Algunas de esas parejas, inconformes con el fallo de la Sala Constitucional presentaron una petición contra la República de Costa Rica el 19 de enero de 2001, ante la Comisión IDH. En su escrito alegaron la responsabilidad legal del Estado por haber prohibido a presuntas víctimas tener acceso al tratamiento de fecundación *in vitro* en aquel país en contravención a diversos derechos reconocidos en la Convención ADH.

Pasaron diez años y hasta el 14 de julio de 2010 la Comisión presentó su informe 85/10 sobre el caso. Tanto el informe de fondo como las recomendaciones que de él se derivan forman parte de la primera etapa del procedimiento internacional establecido por la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos para la protección de derechos vinculados con la fecundación asistida en el continente.

⁴⁷ Sala Constitucional de Costa Rica, *Sentencia núm. 2000-02306*, expediente núm. 95-001734-007-CO, 15 de marzo de 2000.

III. DERECHOS ANALIZADOS EN EL INFORME

Con objeto de brindar al lector un análisis claro del Informe, me permití agrupar las posiciones del peticionario y del Estado, además de la conclusión de la Comisión IDH por temas: infertilidad y derecho a la salud; derecho a la vida privada y derecho a fundar una familia. Posteriormente, la misma Comisión realizó una lectura conjunta para integrar los diferentes derechos revisados.

1. *Infertilidad y derecho a la salud*

- a) El peticionario sostuvo que las presuntas víctimas eran pacientes diagnosticados con infertilidad severa, condición que les generaba enormes sufrimientos ya que la incapacidad para procrear provoca en la pareja un agudo sentimiento de inferioridad, al grado de afectar su salud. A consecuencia de la decisión de la Sala Constitucional, las presuntas víctimas no pudieron someterse a dicho tratamiento en su país, aquellas que tuvieron medios suficientes y posibilidad, se trasladaron al extranjero para someterse al tratamiento.
- b) El Estado indicó que la fecundación *in vitro* no es una cura contra las causas de infertilidad, sino que representa un complejo recurso técnico que intenta superar artificialmente dicha condición. La prohibición no condenó por sí misma a las parejas en lista de espera a no tener descendencia, pues el origen de la incapacidad para concebir no depende de una resolución judicial, sino a cuestiones biológicas. Costa Rica también señaló que su Sala Constitucional determinó que el derecho relativo a procrear debió ser subordinado al derecho absoluto a la vida, ya que sería contradictorio aceptar una vida a costa de la pérdida de otras, hecho que sucede como consecuencia de la aplicación de la técnica de fecundación *in vitro*.

- c) La Comisión IDH mencionó que la Organización Mundial de la Salud refiere a la infertilidad como “una enfermedad del sistema reproductivo definida por la imposibilidad de alcanzar un embarazo clínico luego de haber mantenido relaciones sexuales sin protección durante doce meses o más”.⁴⁸

Numerosas causas de infertilidad derivan de problemas físicos concretos, susceptibles de tratamiento médico; asimismo, en múltiples casos la imposibilidad de lograr un embarazo puede llegar a ocasionar trastornos psicológicos y hasta sufrimiento psíquico. Cabe recordar que la Organización Mundial de la Salud ha definido a la salud como un “estado de completo bienestar físico, mental y social; y no sólo la ausencia de enfermedades o dolencias” y el Protocolo de San Salvador, atendiendo a la Organización Mundial de la Salud, consagra que toda persona tiene derecho a la salud, entendida ésta como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.⁴⁹

Tomando en cuenta estas definiciones aplicadas al caso concreto, la Comisión afirmó que las parejas infértiles, al percibir un sufrimiento real, físico y psicológico derivado de su incapacidad para procrear biológicamente no disfrutaron plenamente de su derecho a la salud.

2. *Derecho a la vida privada*

- a) El peticionario alegó que el Estado no debe intervenir en la decisión de cada pareja de tener hijos, pues de hacerlo

⁴⁸ The International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and The World Health Organization (WHO), “Revised Glossary on ART Terminology”, *Human Reproduction*, vol. 24, núm. 11, 2009, pp. 2683-2687, citado en el Informe de la Comisión IDH.

⁴⁹ Protocolo Adicional a la Convención ADH en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, artículo 10.

estaría interfiriendo en la vida sexual y reproductiva de las personas, además de invadir su privacidad. La relación entre médico y paciente es absolutamente privada, por lo que el Estado carece de facultades para prohibir a una persona someterse a dicho tratamiento.

- b) El Estado de Costa Rica no respondió a este punto.
- c) El análisis de la CIDH parte de la interpretación del artículo 11 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos. De acuerdo con el inciso 1 de este precepto: “toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”, y el inciso 2 expresa: “nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia y de la correspondencia ni de ataques ilegales a su honra o reputación”. Asimismo, el inciso 3 dispone que tal derecho debe ser protegido por la ley.

La CIDH invocó, además, jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, la cual ha sostenido que la protección a la vida privada incluye el respeto tanto a la decisión individual de convertirse en padre o madre⁵⁰ como a la determinación de la pareja de convertirse en padres genéticos⁵¹ y esta elección corresponde a una faceta particularmente importante de la existencia individual y de la identidad de una persona.

En aplicación de los anteriores estándares al presente caso, la CIDH consideró que la resolución de las parejas —presuntas víctimas— de tener hijos biológicos pertenece a la esfera más íntima de su vida privada y familiar. Asimismo, la forma como se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la iden-

⁵⁰ Corte Europea de Derechos Humanos, *Pretty vs. The United Kingdom*, aplicación 2346/02, 29 de abril 2002, párrafo 61, citada en el Informe de la Comisión IDH.

⁵¹ Corte Europea de Derechos Humanos, *Dickson vs. The United Kingdom*, aplicación 4436/04, 4 de diciembre de 2007, citada en el informe de la Comisión IDH.

tividad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja y, en consecuencia, se encuentra protegida por el artículo 11 de la Convención ADH.

3. *Derecho a fundar una familia*

- a) El peticionario argumentó que el reconocimiento del derecho a procrear es un presupuesto imprescindible para el ejercicio del derecho a fundar una familia, sin el reconocimiento del primero no se puede ejercer el segundo.
- b) Por su parte, el Estado se refirió al criterio sustentado por la Sala Constitucional de Costa Rica, referente al hecho de considerar contradictorio aceptar la posibilidad de crear una vida cuando tal creación supone la pérdida de otras vidas humanas —los cigotos fecundado—, como ocurre con la práctica de la técnica de fecundación *in vitro*.
- c) La Comisión IDH invocó el artículo 17.2 de la Convención ADH (“se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia...”). Este derecho también está explícitamente reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁵² Sin embargo, la Corte IDH, en concordancia con la Corte Europea de Derechos Humanos, ha señalado que el derecho a fundar una familia está sujeto a ciertas condiciones impuestas por el derecho nacional, pero en el entendido de que las limitaciones que se introduzcan no deben ser a tal grado restrictivas que dificulten la propia esencia del derecho.⁵³

⁵² En su artículo 16.1 establece el derecho de los hombres y las mujeres a casarse y fundar una familia lo mismo que el artículo 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁵³ Comisión IDH, María Elena Morales de Sierra y Guatemala, informe núm. 4/01, caso 11,625, 19 de enero de 2001, párr. 40; Corte Europea de Derechos Humanos, *Rees vs. Reino Unido*, Ser A, núm. 106, 17 de octubre de 1986, párr. 50. Citada en el mismo informe de la Comisión IDH.

4. *Lectura conjunta*

De acuerdo con las consideraciones planteadas, la Comisión IDH sostuvo que de una lectura conjunta de los artículos 11 y 17 de la Convención ADH se deduce que la protección del derecho a conformar una familia comprende la decisión de convertirse en padre o madre biológico e incorpora la opción y el acceso a los medios pertinentes para materializarla. Esta decisión reproductiva es parte de la esfera más íntima de la vida y corresponde al ejercicio exclusivo de la autonomía de cada persona y/o pareja.

IV. TEST DE LA COMISIÓN IDH

Por otra parte, el artículo 30 de la misma Convención ADH menciona la posibilidad de establecer restricciones al goce y ejercicio de los derechos y libertades enunciados en el mismo tratado como el derecho a la vida privada y familiar y el derecho a fundar una familia. Sin embargo, la Comisión señaló enfáticamente que esas restricciones sólo podrán ser aplicadas conforme a leyes que se hayan dictado por razones de interés general. Con ello, resaltó el necesario cumplimiento del principio de legalidad para dejar afuera cualquier medida que pudiera ser considerada como arbitraria.

Precisamente para valorar la existencia de una legitimidad en las restricciones impuestas por el Estado de Costa Rica a los derechos contemplados en los artículos 11 y 17 de la Convención ADH o si, por el contrario, la prohibición de acceder a la fecundación *in vitro* se convirtió en una limitación arbitraria y por lo tanto violatoria de derechos, la Comisión recurrió, como lo ha hecho tanto la misma Comisión y la Corte en otras ocasiones, al uso de los criterios de legalidad, fin legítimo, idoneidad, existencia de alternativas menos restrictivas y proporcionalidad.

1. *Legalidad*

La prohibición de la fecundación *in vitro* emanó de un fallo de la Sala Constitucional de Costa Rica, dicho órgano actuó conforme la legislación interna de Costa Rica, en consecuencia, el requisito de legitimidad fue cumplido.

2. *Fin legítimo*

El Estado invocó los mismos argumentos sustentados en la sentencia de la Sala Constitucional y citó el artículo 4.1 de la Convención ADH, el cual establece expresamente la protección a la vida desde el momento de la concepción, independientemente de que el mismo artículo añada la expresión “y en general”.⁵⁴ En su consideración, lo relevante del texto consiste en el establecimiento de la protección de la vida desde el momento de la concepción y el Estado de Costa Rica ha escogido esa posibilidad sin ninguna restricción, según se puede comprobar con la lectura del artículo 21 de la Constitución Política de Costa Rica. En consecuencia, cualquier eliminación o destrucción de embriones producida de manera voluntaria o derivada de la impericia o de la inexactitud en la ejecución de la técnica reproductiva, redundaría en una violación al derecho a la vida.

La Comisión concluyó que el Estado perseguía un fin legítimo en términos generales, sin embargo, las medidas que cualquier Estado adopte para lograr un fin, no pueden restringir o interferir arbitrariamente en los derechos contemplados en la Convención ADH como lo hizo Costa Rica.

⁵⁴ El Estado se refiere al artículo 4o. del Protocolo de San José que considera la protección de la vida, en general desde el momento de la concepción.

3. *Idoneidad*

En vista del interés legítimo manifestado por el Estado de proteger el derecho a la vida, puede encontrarse una relación causal entre dicho interés y la imposición de controles sobre la práctica de la fecundación *in vitro*. Por lo tanto, la Comisión IDH consideró que la imposición de controles cumplió con el requisito de idoneidad.

4. *Existencia de alternativas menos restrictivas*

El requisito de necesidad incorpora la determinación de si el Estado contaba o no con otros medios menos restrictivos e igualmente idóneos para contribuir a lograr el fin legítimo que perseguía.

La Comisión IDH pasó a formular un extenso análisis sobre el estado que guardaba la reproducción asistida, en especial la fecundación *in vitro* en todo América Latina. Después del análisis concluyó que en los diversos Estados de la región no existe un tratamiento uniforme respecto al control y utilización del FIV. Sin embargo, la información disponible le permitió descubrir que, a raíz de la sentencia de la Sala Constitucional, Costa Rica se convirtió en el único país en el hemisferio americano en el que se prohibía la fecundación *in vitro* a pesar de que varios países de la región también protegen la vida antes del nacimiento en su legislación interna como Argentina, Chile, Colombia, Guatemala, Ecuador, Panamá, Perú o Uruguay.

En opinión de la Comisión, la prohibición legal de practicar la fecundación *in vitro* significó para las víctimas —cuya infertilidad hacía inviable otro método de reproducción asistida— una supresión de su identidad personal y de su autonomía para decidir sobre la procreación de hijos biológicos a través de la moderna tecnología. Estas supresiones impidieron a las parejas

demandantes desplegar su capacidad reproductiva, y, con ello, desarrollar su proyecto de vida.

Después del análisis comparativo, la Comisión concluyó que existían formas menos restrictivas capaces de conciliar, por un lado, la satisfacción del objetivo buscado por el Estado y por el otro, acomodar los intereses en juego. La Sala Constitucional de Costa Rica no consideró ninguna alternativa que ofreciera protección de la vida prenatal y al mismo tiempo respetara los derechos de las parejas infértiles. Esta falta dio pie al establecimiento de una prohibición absoluta de la práctica la cual no cumplió con el requisito de necesidad para lograr el fin perseguido. La prohibición constituyó, por tanto, una interferencia arbitraria y una restricción incompatible con la Convención ADH en el ejercicio de los derechos a la vida privada, familiar, y de fundar una familia, consagrados en los artículos 11 y 17 de la Convención ADH en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento.⁵⁵

V. DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY E IGUAL PROTECCIÓN DE LA LEY, EL ARTÍCULO 24 DE LA CONVENCIÓN ADH

Al analizar la posible violación al principio de igualdad y no discriminación derivada de la prohibición de la Sala Constitucional de Costa Rica para acceder a un procedimiento que hubiera podido contribuir a que las víctimas del caso tuvieran hijos biológicos, la Comisión IDH consideró que tal prohibición tuvo dos efectos que se encuentran bajo el alcance del derecho a la igualdad: *i*) impidió a las víctimas superar la situación de desventaja en la que se encontraban a través del beneficio del progreso científico, en par-

⁵⁵ “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

ticular, de un tratamiento médico; y *ii*) tuvo un impacto específico y desproporcionado frente a las mujeres que son quienes reciben sobre su cuerpo los procesos médicos para lograr la FIV.

En su argumentación, la Comisión expresó que la situación de infertilidad de las víctimas no era en forma alguna atribuible al Estado de Costa Rica, pero lo cierto es que la técnica de reproducción asistida mediante fecundación *in vitro* constituía el único tratamiento médico capaz de abrirles la posibilidad de procrear biológicamente. Es decir, la situación de desventaja no fue creada por el Estado, pero la permanencia de ésta —a pesar de que existían medios para superarla o, al menos, disminuirla— sí es atribuible a la conducta del Estado.

La prohibición completa de un medio que permitiría alcanzar una situación de igualdad exacerbó las diferencias entre las víctimas del caso frente a las personas y/o parejas fértiles e, incluso, frente a las parejas y/o personas infértiles que contaban con otros medios para lograr una procreación biológica. La perpetuación de una distinción tan significativa sólo puede considerarse compatible con la Convención ADH si ésta cumple con los criterios de razonabilidad y objetividad. Los criterios de idoneidad y fin legítimo ya habían sido analizados por la Comisión en la sección de los derechos a la vida privada y familiar, de manera que todos análisis en su conjunto le permitieron concluir que la prohibición no cumplía los criterios de razonabilidad y objetividad pues existían alternativas menos restrictivas para lograr el fin perseguido.

Por otra parte, la Comisión se permitió analizar los derechos a “la igualdad ante la ley” e “igual protección de la ley”, señalados como el eje central del Sistema Interamericano de Derechos Humanos,⁵⁶ para determinar si la sentencia de la Sala Constitucional podría ser considerada discriminatoria por vía indirecta.

⁵⁶ Estos dos derechos “acarrear obligaciones *erga homnes*” de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, incluso particulares. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, opinión consultiva O. C., 18/03 de 17 de

La Comisión se refirió al criterio del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que ha considerado como discriminatorias por vía indirecta a aquellas “leyes, políticas o prácticas en apariencias neutras pero que influyen de manera desproporcionada en los derechos del Pacto⁵⁷ afectados por los motivos prohibidos de discriminación”.⁵⁸ De igual manera, la Corte Europea de Derechos Humanos ha desarrollado el concepto de “discriminación indirecta” estableciendo que, cuando una política o medida general tiene un efecto desproporcionadamente perjudicial en un grupo particular, no se excluye que sea considerada discriminatoria, aún si no fue dirigida específicamente a ese grupo.⁵⁹

La Comisión consideró que la conducta del Estado de Costa Rica, aun cuando no discriminó de manera directa a las víctimas, sí lo hizo de manera indirecta, pues las excluyó de la posibilidad de acceder a una procreación a la que sólo podían acceder las personas fértiles. Por tanto, la sentencia de la Sala Constitucional fue considerada como violatoria del derecho a la igualdad y del principio de no discriminación consagrados en el artículo 24.⁶⁰ Cabe mencionar que esta opinión no fue unánime, tres miembros de la Comisión no encontraron discriminación en la sentencia de la Sala Constitucional ya que, en su concepto, este fallo

septiembre de 2003, Serie A. núm. 18, párr. 173(5), citado en el informe de la Comisión IDH.

⁵⁷ Se refiere al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁵⁸ Naciones Unidas, *Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales* (artículo 2o., párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos, Sociales y Culturales) 2 de julio de 2009.

⁵⁹ Corte Europea de Derechos Humanos, *Hoogendijk vs. Holanda*, Aplicación núm. 5864/100, 2005, citado en el informe de la Comisión IDH.

⁶⁰ Textualmente el artículo 24 expresa: Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

prohibía el acceso a los procedimientos *in vitro* por igual a todos los individuos y parejas del país.

VI. RECOMENDACIONES DE LA COMISIÓN IDH

El conjunto de conclusiones a las que arribó la Comisión le permitieron determinar que el Estado de Costa Rica era responsable por la violación de los derechos consagrados en los artículos 11.2, 17.2 y 24 de la Convención ADH, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento, en perjuicio de quienes presentaron la petición y emitió sus recomendaciones:

- 1) Levantar la prohibición de la fecundación *in vitro* en el país a través de los procedimientos legales correspondientes.
- 2) Asegurar que la regulación que se otorgue a la práctica de la fecundación *in vitro* a partir del levantamiento de la prohibición sea compatible con las obligaciones estatales respecto a los derechos consagrados en los artículos 11.2, 17.2 y 24, según lo establecido a lo largo del Informe. En particular, que las personas y/o parejas que lo requieran y así lo deseen puedan acceder a las técnicas de fecundación *in vitro* de forma que dicho tratamiento contribuya efectivamente a su finalidad.
- 3) Reparar íntegramente a las víctimas del caso tanto en el aspecto material como en el moral, incluyendo medidas de satisfacción por los daños ocasionados.

Las recomendaciones fueron firmadas el 14 de julio de 2010 y tanto el Informe como las recomendaciones de la Comisión le fueron notificados al Estado el 23 de julio de 2010, pero Costa Rica no las atendió a pesar de las prórrogas que le fueron concedidas. En visita de su actitud renuente, la Comisión IDH solicitó el 29 de julio de 2011 a la Corte IDH la declaración de responsabilidad del Estado y el 18 de octubre del mismo año el caso fue sometido a la jurisdicción de la Corte.

VII. COMENTARIO A LA RESOLUCIÓN DE LA COMISIÓN IDH

La resolución de la Comisión tiene especial relevancia pues fue la primera ocasión que el Sistema Interamericano de Justicia conoció de un caso relacionado con la aplicación en Latinoamérica de TRA y fue un punto de partida de posteriores reflexiones jurídicas, que han girado en torno a definir hasta qué punto le corresponde a los Estados regular las TRA en aras de proteger los derechos humanos vinculados con la reproducción humana.

CAPÍTULO CUARTO

LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

I. PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE IDH

La Corte aceptó su jurisdicción en el caso turnado por la Comisión IDH e inició el procedimiento respectivo el cual concluyó el 28 de noviembre de 2012 con la sentencia en el caso *Artavia Murillo y otros* (fecundación *in vitro*).⁶¹

El fallo de la Corte tiene una doble vertiente. Sus miembros optaron, por una parte, resolver la controversia contra la República de Costa Rica y por la otra interpretar el artículo 4.1 de la Convención ADH.

II. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 4.1 DE LA CONVENCIÓN ADH

Casi desde la aprobación de la Convención, los términos “persona”, “concepción” y “en general” habían sido utilizados en innumerables decisiones judiciales a todos los niveles y en exposiciones de motivos de leyes. Cada persona, agrupación, tribunal o legisla-

⁶¹ El caso se relacionó con los efectos de la sentencia emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, la cual implicó la prohibición de la aplicación de esa técnica reproductiva en Costa Rica y, en particular, generó que algunas personas interrumpieran el tratamiento médico que habían iniciado, y que otras se vieran obligadas a viajar a otros países a fin de tener acceso a una FIV.

dor —e incluso la doctrina— han invocado este precepto y le han dado a los términos el sentido que más se aviene a sus intereses o creencias. Lo cierto es que los múltiples sentidos dados a esos términos, además de ser contradictorios, han creado una gran confusión e incertidumbre, por lo que el tribunal consideró la pertinencia, en el caso de la FIV presentado contra Costa Rica, de no limitar su intervención a resolver la controversia presentada sino a la de, en uso de su atribución como intérprete oficial de la Convención ADH, llevar a cabo una interpretación legítima que precisara los conceptos de “persona”, “ser humano”, “concepción” y “en general”, contenidos en el artículo 4.1 de este instrumento internacional.

1. *Planteamientos de las partes*

A. *Demandantes*

Los alegatos de las partes durante el proceso fueron un claro ejemplo de la diversidad de interpretaciones de los términos enumerados. En este crucial asunto, el representante de las presuntas víctimas alegó que la resolución de la Sala Constitucional de Costa Rica se ciñó en su definición de “concepción” a una determinada corriente filosófica; en cuanto a la expresión “y en general” contenida en el artículo 4.1 de la Convención, sostuvo que ésta supone la posibilidad de permitir excepciones a la protección al derecho a la vida a partir de la concepción suficientes para no dejar desprotegidos otros derechos.

La parte demandante también alegó que la jurisprudencia de diversos órganos internacionales de protección de los derechos humanos nunca ha afirmado que el “no nacido” sea acreedor de una protección absoluta, irrestricta e incondicional a partir del momento de la concepción o implantación en el útero.

B. *Estado de Costa Rica*

Los argumentos presentados por el Estado de Costa Rica fueron prolíficos. En primer término, el representante del Estado alegó que la evidencia científica sitúa el inicio de la vida humana en el momento de la concepción o lo que es lo mismo, con la fertilización o fecundación, lo cual ocurre cuando las membranas de las células del espermatozoide y el óvulo se fusionan.

En su consideración, científicamente un cigoto y un adulto son equivalentes por tratarse de organismos humanos completos, sólo que en diferentes etapas del ciclo. El cigoto no es simplemente una célula humana más, sino un nuevo ser que alberga todas las instrucciones necesarias para construir el cuerpo humano; protegerlo es resguardar al más vulnerable de todos los seres humanos y reconocer su dignidad intrínseca más allá de su vinculación con el útero materno.

En apoyo a su postura, Costa Rica sostuvo que desde las reuniones previas a la aprobación de la Convención ADH, la intención de los Estados fue proteger la vida desde la concepción. Por otra parte, explicó que la frase “en general” únicamente está pensada para casos excepcionales como la legítima defensa, el riesgo de muerte de la madre o el aborto involuntario.

Desde el punto de vista del Estado, los tratados internacionales de derechos humanos protegen al ser humano desde su individualidad, la cual se configura desde el momento de la unión del óvulo y el espermatozoide. Citó en apoyo de su posición a la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre Derechos del Niño, la cual protege al niño incluso antes de nacer, según lo expresado en su preámbulo, aunque también reconoció que existe en este último instrumento un margen de apreciación a efecto de otorgar la condición de niños a los menores no nacidos.

El representante de Costa Rica también apeló a la doctrina del consenso moral como factor de margen de apreciación que,

si bien no es clara ni evidente respecto a la existencia de un estatuto jurídico del embrión, tampoco lo es sobre el inicio de la vida humana. Esta ambigüedad otorgó al Estado un margen de apreciación para la regulación de la técnica de fecundación *in vitro* conforme a su discreción.

2. Argumentación de la Corte IDH

A fin de realizar una buena labor interpretativa, los integrantes del tribunal atendieron múltiples y variados *amicus curae*, personas y asociaciones que argumentaron diferentes posturas tanto conservadoras como liberales⁶² y de diferentes formaciones; médicos, abogados, científicos o personas sin título profesional escucharon a los peritos ofrecidos por las partes.

Por su parte, la Corte realizó en su seno un análisis de la evolución de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos y una exégesis sistémica e histórica, evolutiva y del objeto y fin del tratado, a fin de conocer el sentido corriente de los términos empleados por el artículo 4.1 de la Convención ADH.

A. Interpretación conforme al sentido corriente de los términos

La Corte IDH observó que el concepto de “persona” es un término jurídico que está anclado en el tratado a la “concepción” y al “ser humano”, pero que actualmente debe ser valorado a partir de la literatura científica. Al practicar FIV, suele pasar un tiempo entre la unión del óvulo y el espermatozoide y la implan-

⁶² Entre los especialistas en derechos reproductivos en bioética mencionó, de México, al Colegio de Bioética, a varios especialistas de Derechos Humanos e Instituciones de educación superior como universidades de las más diversas tendencias —como la Panamericana de México— y grupos conservadores, como Vida y Familia.

tación en el útero femenino. De ahí que la definición “concepción”, que estuvo al alcance de los redactores de la Convención, haya cambiado radicalmente como consecuencia de los avances de la tecnología reproductiva.

El tribunal también observó que en el contexto científico actual se destacan dos lecturas diferentes del término “concepción”; una corriente —en la que se encontró la posición del Estado— la entiende como el momento de encuentro del óvulo por el espermatozoide a partir de cuya fecundación se genera una nueva célula, el cigoto, considerado por cierta corriente científica como un organismo humano, pues ya desde el momento de la fusión éste alberga las instrucciones necesarias para el desarrollo del embrión.

La otra corriente —sostenida por los reclamantes— entiende de la “concepción” hasta el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero materno. Es a partir de la conexión del cigoto al sistema circulatorio materno cuando éste accede a todas las hormonas y demás elementos necesarios para su desarrollo; sin la implantación no sería viable el desarrollo del embrión.⁶³

El perito Fernando Zegers⁶⁴ analizó el término concepción desde el punto de vista del lenguaje, invocó al *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* para constatar que ya éste registra a la “concepción” como la acción y efecto de concebir, y “con-

⁶³ Sobre el tema, Jorge Carpizo tomó una posición clara en su obra *La interrupción del embarazo antes de las doce semanas*, en la que expresó: “Quienes proponen que el inicio de la vida humana corresponde al momento de la fecundación, desconocen y olvidan los conocimientos que en la actualidad ofrece la biología de la reproducción, la información genética y la inviabilidad del embrión antes de su implantación.”, véase Carpizo, Jorge y Valadés, Diego, *Derechos humanos aborto y eutanasia*, México, UNAM, Instituto de investigaciones Jurídicas, 2008, p. 6.

⁶⁴ Fernando Zegers Hoschild es un médico cirujano que ha ostentado diversos cargos tanto en su país Chile como en organismos internacionales. Es presidente del International Committee for Monitoring ART, y miembro del Research Project Review Panel del programa especial de reproducción de la Organización Mundial de la Salud.

cebir” se define como quedar preñada la hembra. En cambio, una acción distinta es “fecundar”, que consiste en la unión del elemento reproductor masculino con el femenino para dar origen a un nuevo ser. El mismo Zegers agregó que la palabra “concepción” hace referencia explícita a la preñez, a la gestación, que comienza con la implantación del embrión. La “concepción” o gestación es un evento de la mujer, no del embrión.

Se trata entonces, agregó, de dos términos distintos que no tienen por qué ser confundidos.

En cambio, en apoyo a la postura del Estado, los peritos insistieron en que el vocablo “concepción” es un término científico que ha sido interpretado como el proceso que se produce con la fusión entre óvulo y espermatozoide.

Desde otro enfoque, en opinión del tribunal no existe una definición consensuada sobre el momento de la concepción —por tanto, del comienzo de una nueva vida humana— porque se trata de una cuestión valorada desde diversas perspectivas: biológicas, médicas, éticas, morales, filosóficas y religiosas. Es cierto, añade, que existen juicios que confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones, pero estas posiciones no pueden justificar la prevalencia de cierto tipo de literatura al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención ADH. Esta interpretación implicaría, concluye, imponer un tipo de creencias específicas, propias de un grupo, a otras personas que no las comparten.

El tribunal resaltó que la prueba científica que tenía a su alcance concordó en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación, y sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. 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. Por tanto, concluyó que el término “concepción” debe ser enten-

dido a partir del momento que ocurre la implantación, razón por la cual consideró que antes de ese evento no procede la aplicación del artículo 4o. de la Convención ADH.⁶⁵

B. *Interpretación sistemática e histórica*

Tanto la Sala Constitucional como el Estado de Costa Rica sustentaron sus argumentos a partir de su particular interpretación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de la Convención sobre Derechos del Niño y de la Declaración de Derechos del Niño. En la opinión de esas dos instancias, estos tratados exigen la protección absoluta de la vida prenatal.

Para confirmar el sentido de esa interpretación, y bajo el principio de no interpretar las normas en forma aislada sino como parte de un todo cuyo significado y alcance debe fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenece,⁶⁶ la Corte IDH tomó en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con la Convención y en general con el Sistema del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

a. Sistema americano de los derechos humanos

La Corte IDH observó que, durante los trabajos preparatorios de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el proyecto de artículo 1o. que expresaba: “Toda persona tiene derecho a la vida, inclusive los que están por nacer...” no fue aceptado. A petición de varios Estados⁶⁷ se suprimieron

⁶⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica*, resumen oficial..., *cit.*, p. 6.

⁶⁶ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, parte III, Observancia, aplicación e interpretación de los tratados, Sección Tercera, *Interpretación de los tratados*, artículo 31.3.

⁶⁷ Argentina, Brasil, Cuba, Estados Unidos, México, Perú y Venezuela.

las palabras: “inclusive el que está por nacer”, para quedar finalmente asentado en la Declaración: “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. Se utilizaron los términos “persona” y “ser humano” sin la intención de hacer una diferencia entre estas dos expresiones, por tanto, los dos términos deben entenderse como sinónimos.

En esos mismos trabajos preparatorios se presentó un proyecto de artículo 2o., en el cual se insistía en la protección de la vida desde la concepción.⁶⁸ La fórmula no fue aceptada a raíz de las legislaciones de los estados americanos que permitían el aborto y fueron ellos quienes propusieron la eliminación de la frase “a partir de la concepción”. Algunos Estados insistieron en la primera fórmula.⁶⁹ A fin de conciliar las diferentes opciones, la Comisión IDH planteó agregar a la redacción “desde el momento de la concepción”, las palabras “y en general”. El relator de la Comisión expresó su opinión disidente a esta propuesta a fin de evitar un conflicto con el artículo 6o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el cual establece sin más la protección de la vida. Finalmente, la Comisión decidió aceptar la propuesta conciliatoria, por tanto, se adoptó el texto vigente del artículo 4.1 de la Convención ADH.

Cabe señalar que al momento de ratificar la Convención ADH sólo México hizo una declaración interpretativa aclarando que consideraba que la expresión “en general” no constituía la obligación de adoptar o mantener en vigor alguna legislación que protegiera la vida a partir del momento de la concepción, ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados.

Al analizar numerosos artículos tanto de la Declaración Americana como de la Convención ADH, el tribunal consideró que no es factible sostener que un embrión sea titular y ejerza los

⁶⁸ “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. El derecho a la vida es inherente a la persona. Este derecho estará protegido por la ley a partir del momento de la concepción...”.

⁶⁹ Incluso Venezuela estimó que en cuanto el derecho a la vida desde el momento de la concepción no puede haber concesiones.

derechos consagrados en cada uno de dichos artículos. Teniendo en cuenta que la concepción sólo ocurre dentro del cuerpo de la mujer se puede afirmar que el objeto directo de protección del artículo 4.1 es fundamentalmente la mujer embarazada, puesto que la defensa del no nacido se realiza esencialmente a través de la protección de aquella. Esta interpretación coincide con el texto del artículo 15.3 del protocolo de San Salvador que obliga a los Estados parte a conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto. Por tanto, la Corte concluyó que la interpretación histórica y sistémica de los antecedentes existentes en el sistema interamericano confirma que no es procedente otorgar el status de persona al embrión.

b. Sistema Universal de los Derechos Humanos

A pesar de la opinión en contrario del Estado de Costa Rica, la Corte IDH estimó que, según los trabajos preparatorios de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el término “nacen” se utilizó precisamente para excluir al “no nacido” de los derechos que consagra la Declaración. El texto final estipula: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...” y todavía explícitamente expresa: “...y dotados como están de razón y conciencia...”, para no dejar dudas de la intención de proteger al ya nacido. Es cierto que durante los trabajos preparatorios de la elaboración del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos algunos Estados insistieron en la protección de la vida desde el momento de la concepción,⁷⁰ sin embargo, la propuesta fue rechazada por la mayoría. Este rechazo, en opinión de la Corte, indica la tendencia mayoritaria de los Estados firmantes del Pacto de abstenerse de dar el trato de perso-

⁷⁰ Primero Líbano y después, en la reunión de la Asamblea General del 3 al 26 de noviembre de 1957, Bélgica, Brasil, El Salvador, México y Marruecos.

na al “no nacido” ni otorgarle el mismo nivel de protección que las personas nacidas.

Por otra parte, los informes del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, conocida como CEDAW, dejan en claro que los principios fundamentales de igualdad y no discriminación exigen privilegiar los derechos de la mujer embarazada sobre los intereses de proteger la vida en formación.

El Estado de Costa Rica hizo referencia al Preámbulo de la Convención Sobre los Derechos del Niño, el cual menciona la necesaria protección y cuidados especiales al niño tanto antes como después del nacimiento. Sin embargo, la Corte IDH expuso que la lectura de los trabajos preparatorios indica que los estados firmantes, como compromiso, acordaron incluir en el preámbulo la referencia “tanto antes como después del nacimiento”,⁷¹ pero dejaron en claro que esta frase no determinaría la interpretación del artículo 1o. de la Convención ADH.

c. Sistema europeo de derechos humanos

Los miembros de la Corte IDH localizaron varias sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y encontraron que este organismo se ha pronunciado sobre el alcance no absoluto de la protección de la vida prenatal, en el contexto de casos de aborto y de tratamientos médicos relacionados con la fecundación *in vitro*. También ha reiterado que los Estados están de acuerdo en reconocer al embrión como parte de la raza humana con potencialidad, pero sin conferirle el estatus jurídico de persona con derecho a la vida. En el mismo sentido, la Comisión Europea de Derechos Humanos ha sostenido que, bajo los términos en que fue redactado el Convenio Europeo de Derechos Humanos, no puede considerarse como persona al que está por nacer. Reconocer el derecho absoluto de la vida prenatal sería contrario al objeto y propósito de tal Convención.

⁷¹ Propuesta por el Vaticano.

C. *Interpretación evolutiva*

La interpretación evolutiva tuvo especial relevancia en vista de que la FIV es un procedimiento moderno que no existía al momento en el que los redactores de la Convención adoptaron el contenido del artículo 4.1.

Del examen de las tendencias en las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal de Derechos Humanos sobre procedimientos de reproducción asistida, la Corte IDH observó la predisposición de no tratar al embrión de manera igual a una persona ni admitir que éste tenga un derecho a la vida.

En la región latinoamericana, Costa Rica es el único país que prohíbe y, por tanto, no práctica la FIV. En el resto del continente,⁷² aunque no existan normas precisas que regulen la práctica, se permite la aplicación de la técnica. Esta predisposición da lugar a interpretar que los Estados, a excepción de Costa Rica, no han considerado que la protección del embrión deba ser de tal magnitud que impidan aplicación de las TRA, particularmente la FIV.

D. *El principio de interpretación más favorable y el objeto y fin del tratado*

Los documentos y pruebas analizados permitieron a la Corte IDH inferir que la finalidad del artículo 4.1 de la Convención es salvaguardar el derecho a la vida sin que éste sea un derecho absoluto cuya protección pueda justificar la negación de otros derechos. La cláusula “en general” tiene como objeto y fin permitir que, ante un conflicto de derechos sea posible invocar excepciones a la protección del derecho a la vida desde la concepción.

⁷² Brasil, Chile, Colombia, Guatemala, México, Perú y Uruguay.

En apoyo a este planteamiento, la Corte se refirió a criterios sustentado por varios tribunales constitucionales nacionales. El de Alemania ha expresado: “la protección de la vida no es a tal grado absoluto que goce sin excepción alguna de prevalencia sobre todos los demás bienes jurídicos”;⁷³ el de España: “la protección que la Constitución dispensa al *naciturus*... no significa que dicha protección haya de revestir carácter absoluto”.⁷⁴ La Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos ha señalado que es razonable y lógico que el Estado proteja los intereses de la potencial vida humana, lo cual debe ser ponderado con la intimidad personal de la mujer.⁷⁵ La Corte Constitucional de Colombia también ha considerado que la vida no tiene el carácter de un valor o de un derecho absoluto y debe ser ponderada con otros valores, principios y derechos constitucionales.⁷⁶ En el mismo sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México resolvió el 28 de agosto de 2008 sobre la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, a partir de lo cual declaró que del hecho de que la vida sea una condición necesaria de la existencia de otros derechos, no se puede válidamente concluir que debe considerarse a la vida como más valiosa que cualquiera de esos otros derechos.

Asimismo, la Corte IDH concluyó que la utilización del término “en general”, y el motivo para su incorporación en el artículo 4.1, correspondió a un intento por balancear el posible conflicto entre el interés de proteger la vida prenatal y el de reconocer los derechos de ciertas personas, en especial los de la ma-

⁷³ Sentencia BVerfGE 88, 203, 28 de mayo de 1993, 2 BvF 2/90 t 4, 5/92, párrafo D.I.2b, trad. de la Secretaría de la Corte, citada en la misma sentencia.

⁷⁴ Tribunal Constitucional de España, *Sentencia de recurso previo de Constitucionalidad* 53-1985, 11 abril de 1985, párrafo 8, citada en la sentencia.

⁷⁵ Corte Suprema de los Estados Unidos, *Caso Roe Vs. Wade*, 410 U.S. 115, 157, 1973, citada en la sentencia.

⁷⁶ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-335, de 2006, VI.5, citada en el fallo.

dre, los cuales no deben ser ignorados y menos anulados en aras de una protección absoluta del embrión.⁷⁷

E. Severidad de la interferencia como consecuencia de la discriminación indirecta por el impacto desproporcionado respecto a la discapacidad, género y situación económica

En la otra parte de la sentencia relativa a la posible afectación de derechos por parte de Sala Constitucional de Costa Rica, la Corte IDH mencionó el principio de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación, el cual determina que los Estados deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de la población. El concepto de discriminación indirecta implica que una norma aparentemente neutra tiene repercusiones negativas en una persona o grupo con características determinadas. La Corte consideró que el concepto “impacto desproporcionado” está ligado al de discriminación indirecta, razón por la cual analizó si en el caso existió un impacto desproporcionado respecto a la discapacidad, género y situación económica.

F. Discriminación indirecta en relación con la condición de discapacidad

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad incluye a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones que los demás. Tomando en cuenta que la OMS ha definido a la infer-

⁷⁷ Véase Suprema Corte de Justicia de la Nación, acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, de 28 de agosto de 2008.

tilidad como una enfermedad del sistema reproductivo, la Corte IDH consideró que la infertilidad es una limitación funcional reconocida como enfermedad y que las personas con infertilidad en Costa Rica, al enfrentar barreras generadas por una decisión judicial, debían considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, que incluye el derecho a acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva.⁷⁸

G. *Discriminación indirecta con relación al género*

La Corte IDH consideró que, si bien la infertilidad puede afectar a hombres y mujeres, la utilización de las tecnologías de reproducción asistida se relaciona especialmente con el cuerpo de las mujeres. Dado que en todo procedimiento de la FIV las mujeres reciben estimulación hormonal para la inducción ovárica, ello generó un gran impacto en los casos de mujeres que habían recibido la descarga hormonal y cuyo tratamiento tuvo que interrumpirse como consecuencia de la prohibición. Este impacto generado por la sentencia de la Sala Constitucional propició que la medida fuera desproporcionada.⁷⁹

H. *Controversia sobre la pérdida de embriones*

En el 2000, la Sala Constitucional de Costa Rica argumentó en su sentencia que la práctica de la FIV acarrea el desecho y pérdida de embriones y que de ninguna manera era justificable generar la posibilidad de una nueva vida a costa de otra.

El tema del derecho a la vida de los embriones fue quizá uno de los más sensibles analizados durante el proceso, tal vez por

⁷⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica*, resumen oficial..., *cit.*, p. 12.

⁷⁹ *Idem.*

eso la Corte IDH fue minuciosa en su análisis y consulta. Para fundar su resolución tomó en cuenta varias pruebas y atendió el dictamen de varios peritos. Uno de ellos, Zegers Hoschild, manifestó que, si bien es cierto que durante los procedimientos de FIV se pueden malograr embriones, “la información científica generada enseña que la muerte embrionaria que ocurre en los procedimientos de FIV no ocurre como resultado directo de la técnica, sino que ocurre como parte del proceso con que se expresa nuestra naturaleza”.⁸⁰

Por el contrario, la perita Garza manifestó que “la mortalidad de los embriones es de alrededor de 30% en circunstancias naturales y para la FIV se estima que la pérdida embrionaria es de alrededor del 90%”. Sin embargo, aclaró que “es difícil estimar la mortalidad exacta embrionaria en circunstancias naturales ya que algunas pérdidas no se pueden detectar en embarazo temprano”.⁸¹ Frente a este panorama, el tribunal consideró que no le correspondía a la Corte analizar a profundidad cuál perito tenía la razón, para ella fue suficiente constatar que la prueba obrante en el expediente era concordante en señalar que tanto en el embarazo natural como en el marco de la FIV existe pérdida de embriones.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte encontró desproporcionado pretender la protección absoluta del embrión respecto a un riesgo que resulta común e inherente incluso en procesos donde no interviene la técnica FIV. A partir de esta postura, decidió compartir el concepto de Zegers Hoschild, perito para quien es fundamental, desde una perspectiva biomédica, diferenciar el significado de “proteger el derecho a la vida” y el de “garantizar el derecho a la vida de estructuras celulares que se rigen por una matemática y una biología que trasciende cualquier regulación

⁸⁰ Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2835), citado en la sentencia.

⁸¹ Declaración ante fedatario público de la perita Garza, citada en la sentencia.

social o jurídica”. Bajo esta premisa nadie puede garantizar el desarrollo y nacimiento del óvulo fecundado natural o artificialmente, por lo tanto, corresponde a las instituciones responsables de las TRA proveer las mejores condiciones con que cuente el conocimiento médico y científico para que gametos y embriones cumplan su potencialidad de llegar a ser persona.

I. *Conclusión sobre el balance entre la severidad de la interferencia y el impacto en la finalidad pretendida*

El artículo 11 de la Convención ADH prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, incluida la vida familiar. Además, el artículo 7o. de la misma Convención incluye un concepto de libertad como la capacidad de hacer o no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. Es decir, constituye el derecho de toda persona de organizar su vida individual y social conforme a sus propias convicciones y opciones. Asimismo, la Corte IDH ha resaltado la libertad y posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia conforme a sus propias convicciones.

En reconocimiento de los derechos reproductivos, la sentencia de la Corte decidió proteger a las personas que, en uso de su libertad de autodeterminación y de acuerdo con sus circunstancias de salud especiales y convicciones, habían decidido someterse a procedimientos de fecundación *in vitro*. Desde luego que las condiciones de infertilidad de las parejas que demandaron la intervención de la Corte no fueron creadas por el Estado de Costa Rica, pero su Sala Constitucional, al generar la interrupción del tratamiento médico, impidió que esas parejas tuvieran acceso a las técnicas de fertilización asistida disponibles en ese momento y como resultado fueron privadas del ejercicio de su libertad reproductiva.

Además, el artículo 17 de la Convención ADH reconoce el papel central de la familia y de la vida familiar en la existencia

de una persona. El derecho de protección a la familia conlleva favorecer de manera amplia el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. La Corte recordó que el Comité de Derechos Humanos ha señalado que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia.

En adición a lo anterior, el tribunal indicó que el derecho a la vida privada se relaciona con la autonomía reproductiva, lo cual incluye el acceso a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. La falta de salvaguardas legales para tomar en cuenta la salud reproductiva puede resultar en menoscabo grave del derecho a la autonomía y la libertad reproductiva.⁸² Finalmente, el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho a acceder a la tecnología médica que el progreso científico pueda ofrecer y que sea necesaria para ejercer ese derecho.

El tribunal constató que, aunque la Sala Constitucional utilizó palabras condicionantes al señalar que la técnica de FIV podía realizarse siempre y cuando se respetara el concepto de protección absoluta de la vida del embrión, lo cierto es que doce años después de emitida la sentencia, dicha técnica no se realizó en Costa Rica, por tanto, las parejas que desearon acudir a la técnica no pudieron llevarla a cabo en el país. En la práctica, exigir que no haya pérdida embrionaria significa la prohibición de la técnica.⁸³

Una ponderación entre la severidad de la limitación de los derechos involucrados y la importancia de la protección del embrión permitieron a la Corte afirmar que la afectación del derecho a la integridad personal, libertad personal, vida privada, la intimidad, la autonomía reproductiva, el acceso a los servicios de salud reproductiva y a fundar una familia fue severa y supuso una violación de dichos derechos.

⁸² Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica*, resumen oficial..., *cit.*, p. 4.

⁸³ *Ibidem*, p. 5.

La Sala Constitucional partió de una protección absoluta del embrión que no tuvo en cuenta los otros derechos en conflicto, lo que implicó una arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar que hizo desproporcionada la interferencia. La interferencia tuvo, además, un impacto diferenciado en las víctimas por su situación de discapacidad, los estereotipos de género y frente a algunas víctimas por su situación económica. En contraste, el impacto en la protección del embrión fue muy leve en vista de que la pérdida embrionaria se presenta tanto en la FIV como en el embarazo natural. La Corte IDH resaltó que el embrión antes de la implantación no está comprendido en los términos del artículo 4.1 de la Convención y recordó el principio de protección gradual de la vida prenatal.

La Corte precisó que la injerencia del Estado no se relacionó con el hecho de que las familias hayan o no podido tener hijos, pues aun si hubieran podido acceder a la técnica de la FIV, no es posible determinar si dicho objetivo se hubiera podido alcanzar, pero la injerencia se circunscribió a la posibilidad de tomar una decisión autónoma sobre el tipo de tratamientos que querían intentar para ejercer sus derechos sexuales y reproductivos.⁸⁴

J. *Reparaciones*

En la sección de reparaciones, la sentencia de la Corte IDH ordenó a la República de Costa Rica tomar las medidas apropiadas para dejar sin efecto la prohibición decretada por su Sala Constitucional para que las personas que así lo desearan, pudieran hacer uso de la fertilización *in vitro*. Al efecto, prescribió también que el Estado debía regular, a la brevedad, aquellos aspectos que considerara necesarios para la implementación de la técnica y estableciera sistemas de control de calidad para las instituciones y profesionales que la desarrollen. Por último, condenó al Estado

⁸⁴ *Idem*.

al pago de indemnizaciones compensatorias por daño material e inmaterial a las víctimas. La sentencia fue notificada al Estado de Costa Rica para su cumplimiento el 28 de noviembre de 2012.⁸⁵

III. REFLEXIONES SOBRE LA SENTENCIA

La utilización de diversos métodos de interpretación permitió a la Corte IDH llegar a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser apreciado como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención ADH ni del artículo 1o. de la Declaración Americana. A partir de la descripción y análisis que la Corte realizó a los trabajos preparatorios de varios instrumentos internacionales sobre derechos humanos, encontramos datos interesantes que nos permiten visualizar, por ejemplo, la postura insistente de algunos Estados —los menos— en la protección “del que está por nacer” o proteger la vida “desde la concepción” o “en cualquier fase del desarrollo humano”. Sin embargo, estas posturas no han logrado concretarse ni en las declaraciones ni en los convenios y pactos universales, aunque sí en la Convención ADH, pero de manera acotada, a propósito de la inclusión de la expresión: “y en general”, para dejar a las leyes nacionales definir el alcance de la expresión.

La jurisprudencia europea sobre derechos humanos se ha pronunciado en forma consistente sobre la práctica de las TRA y el trato debido a la vida prenatal, pero en el ámbito americano la sentencia de la Corte emitida en noviembre de 2012 sobre el caso *Artavia Murillo y otros* (fecundación *in vitro*), que dio la razón a las víctimas al reconocer las violaciones a los derechos humanos por efecto de la sentencia de la Sala Constitucional de la Suprema Corte de Justicia de Costa Rica, es la primera de ese

⁸⁵ No se incluyó el texto completo de la sentencia por cuestiones de espacio y la referencia no es textual sino resumida. La sentencia completa se obtiene en la página web de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf.

tribunal americano que aborda los cuestionamientos sobre el inicio de la vida y la pertinencia de no considerar al que no ha nacido como titular de derechos, y esto le otorga una importante relevancia.

La sentencia de noviembre de 2012 representa un adelanto en la construcción del pensamiento liberal en torno a los derechos reproductivos en Latinoamérica. El tribunal escuchó y atendió tanto a representantes de corrientes liberales como conservadoras y religiosas, para decidir, finalmente, fundar su sentencia en criterios científicos despojados de cualquier ideología o religión que afectara el ámbito de toma de decisiones sobre reproducción.

IV. EL IMPACTO DE LA SENTENCIA EN EL CONTINENTE AMERICANO

Se menciona que la facultad de la Corte IDH para resolver los casos contenciosos sometidos a su jurisdicción la convierte en guardiana e intérprete final de la Convención ADH. La consecuencia directa es que sus resoluciones e interpretaciones son obligatorias para los gobiernos que forman parte de ese instrumento. En el caso *Artavia Murillo* la resolución recayó sobre un asunto concreto y estuvo dirigido a la República de Costa Rica, pero los efectos de ésta se extienden hacia los demás Estados firmantes de la Convención ADH.

De tal modo, Sánchez Rodríguez, citado por Sergio García Ramírez, considera que las resoluciones de los tribunales, en este caso la sentencia *Artavia Murillo*, deben ser puntualmente cumplidas y ésta es una regla del Estado de derecho y de la división de poderes. El principio, necesario para el derecho interno, lo es también para el internacional. De no ser así, el orden jurídico de gentes decaería en un espacio de buenas voluntades, simples anhelos. Si los textos que encierran catálogos de derechos humanos

pretenden el imperio, éste sólo se asegura a través de resoluciones jurisdiccionales que sean imperativas.⁸⁶

De manera que la fuerza normativa de la Convención ADH alcanza a la interpretación que de ella realizó la Corte en el caso *Artavia Murillo*, como único órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos e interprete último y definitivo de dicho pacto. La interpretación emprendida por el tribunal interamericano adquirió, en el caso contra Costa Rica, la misma eficacia que posee la Convención.⁸⁷

Eduardo Ferrer Mac-Gregor, juez de la Corte, señala que las interpretaciones de ese órgano jurisdiccional se proyectan hacia dos dimensiones: 1) lograr la eficacia en el caso particular con efectos subjetivos (en el caso *Artavia Murillo* las obligaciones precisas que el gobierno de Costa Rica debió cumplir), y 2) establecer la eficacia general con efectos de norma interpretada, que deben ser atendidos por los demás Estados partes de la Convención ADH. De ahí la necesidad de que el fallo, además de notificarse al Estado de Costa Rica, también fuera transmitido a los Estados partes de la Convención, para que éstos tuvieran pleno conocimiento del contenido normativo convencional derivado de la interpretación de la Corte en su calidad de interprete última y definitiva del *corpus juris* interamericano.⁸⁸

El mismo Ferrer Mac-Gregor considera que la interpretación realizada por la Corte respecto del *corpus juris* interamericano define la integración de la jurisprudencia con la finalidad de crear un estándar en la región sobre su aplicabilidad y efectividad.⁸⁹ En atención a lo señalado por el juez de la Corte pode-

⁸⁶ García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México, Porrúa, 2018, p. 173.

⁸⁷ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Carbo-nell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, 4a. ed., México, Porrúa, UNAM, 2016, p. 394.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 400.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 394.

mos concluir que el juez nacional de los Estados firmantes de la Convención ADH debe aplicar la jurisprudencia del caso *Artavia Murillo*, aunque su Estado no haya sido parte del conflicto que dio origen a la jurisprudencia.

En Argentina, país integrante del Sistema Americano, se ha reconocido la vinculación de los Estados firmantes de la Convención respecto a la interpretación formulada por la Corte en el caso *Artavia Murillo*. En la reciente modificación a su Código Civil y Comercial los legisladores tomaron en cuenta la interpretación oficial del término “concepción” en los siguientes términos: “La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de las técnicas de reproducción humana asistida comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado”.⁹⁰

El proyecto de Ley Integral de Técnicas de Reproducción Humana Médicamente Asistida, presentado ante el Senado y Cámara de Diputados de Argentina en 2016, alude a una resolución de su Suprema Corte de Justicia de esa Nación que expresamente señala: “la interpretación de la Convención ADH para la Protección de los Derechos Humanos debe guiarse por la Jurisprudencia de la Corte...”. El mismo proyecto de ley admite en sus fundamentos haberse respaldado “en la doctrina que emerge del caso *Artavia Murillo*”.⁹¹

La reconocida jurista argentina, Aida Kemelmajer de Carlucci ha manifestado:

La importancia de esta decisión [la sentencia *Artavia Murillo*] es enorme pues la jurisprudencia de este tribunal es de aplicación obligatoria para los veinticinco países de América que han ratificado la Convención Americana para la Protección de Derechos

⁹⁰ Artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación, de Argentina.

⁹¹ Congreso de la Nación Argentina, *Proyecto de la Ley Integral de Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, 2016, pp. 40 y 43, disponible en: http://www.samer.org.ar/pdf/PROYECTO_LEY_ESPECIAL_E_INTEGRAL_DE_TRHA.pdf.

Humanos y que se han sometido a la jurisprudencia de ese tribunal. Tal sometimiento implica la responsabilidad internacional del Estado que no cumpla con lo dispuesto en la Convención conforme a la interpretación que la Corte Internacional realiza de su articulado.⁹²

⁹² Kemelmajer de Carlucci, Aída *et al.*, “Con el impulso de la ciencia sin fundamentalismo”, síntesis del título de dos artículos que se retoman de las mismas autoras, “Nuevo Código Civil sin fundamentalismos”, *Clarín*, 27 de diciembre de 2012, y “Con el impulso de la ciencia”, *Diario La Nación*, 27 de septiembre de 2012, disponible en: <http://www.la.nación.com.ar/151198-con-el-impulso-de-la-ciencia>.

CAPÍTULO QUINTO

INTENTOS LEGISLATIVOS EN COSTA RICA

I. ATENCIÓN A LA SENTENCIA

Quienes pensamos que el caso *Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica* —conocido como *Artavia Murillo*— con sus sólidos argumentos proporciona una visión científica sobre la aplicación de fertilización *in vitro* no dejamos de sorprendernos cuando vemos a las corrientes conservadoras insistir en sus argumentos, desconociendo totalmente los de la sentencia. Se han suscrito varios documentos, entre ellos la Declaración de Guanajuato sobre fecundación *in vitro*⁹³ que insiste en identificar concepción con fecundación y que sostiene que para los instrumentos internacionales sobre derechos humanos el embrión es titular de los derechos consagrados en ellos. En la *Enciclopedia bioética*⁹⁴ se enfatiza que la vida comienza en la fecundación porque el óvulo constituye una nueva realidad biológica con patrimonio cromosómico propio. Estos documentos prueban que los conocimientos científicos no quieren ser atendidos, se insiste en una posición dogmática. La lucha por una legislación y por una interpretación de las leyes con base en conocimientos científicos y no ideológicos o religiosos será todavía larga.

⁹³ Suscrita en abril de 2013 en la Ciudad de Guanajuato, México, por un grupo de personas dedicadas a la bioética, incluidos médicos, filósofos, biólogos académicos y juristas.

⁹⁴ Disponible en: <http://enciclopediabiologica.com/index.php/todas-las-voces/213-corte-interamericana-de-derechos-humanos>.

II. COSTA RICA DESPUÉS DE LAS RESOLUCIONES DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE JUSTICIA

Después del 2010, Costa Rica volvió a ser ejemplo de un largo y complicado camino para dar cumplimiento a las resoluciones del Sistema Interamericano de Justicia. Primero, la Comisión IDH y después la Corte IDH dictaron, la primera en su Informe y la segunda en la sentencia *Artavia Murillo*, recomendaciones dirigidas al Estado de Costa Rica en el sentido de que debería levantar la prohibición a la práctica de la fecundación *in vitro* y que, por el contrario, debería regular la práctica de tal modo que se respetaran los derechos humanos reconocidos en la Convención para la protección de los Derechos Humanos.

El Informe de la Comisión fue notificado al Estado en julio de 2010, pero pasaron más de cinco años entre este acto y la promulgación del decreto del Ejecutivo núm. 24029-S que entró en vigor el 11 de septiembre de 2015, para que Costa Rica regulara la fecundación asistida. ¿Qué pasó en ese largo periodo en que la normativa en torno a la técnica reproductiva no se concretó?, ¿a qué se debió esta falta?, ¿qué sucedió en el orden nacional costarricense?

Para contestar estas preguntas escogí dos textos publicados en la *Revista Parlamentaria de Costa Rica* que —en mi opinión— pueden servir para dar una visión sobre lo ocurrido y sobre las distintas posturas que antagonizaron el debate en el ámbito nacional. Adriana Ramírez Gutiérrez redactó “Trayectorias de las Iniciativas vigentes en la corriente legislativa sobre fertilización *in vitro*”⁹⁵ y el diputado Fabricio Alvarado Muñoz, “Fecundación *in vitro* en Costa Rica: entre la soberanía coartada y la defensa de la vida”.⁹⁶

⁹⁵ Ramírez Gutiérrez, Adriana, “Trayectoria de las iniciativas vigentes en la corriente legislativa sobre Fertilización *in vitro*”, *Revista Parlamentaria Asamblea Legislativa*, Costa Rica, vol. 21, núm. 1, mayo de 2015, pp. 49-84.

⁹⁶ *Ibidem*, pp. 373- 402.

1. *Primer testimonio*

El primer documento nos relata como, con el propósito de atender la recomendación establecida en el Informe de fondo núm. 85/10 de 14 de julio de 2010 emitida por la Comisión IDH, el Estado Costarricense acudió a la Asamblea Legislativa para solicitarle la elaboración de la normativa necesaria a fin de regular la aplicación de la fertilización asistida en el país. La Asamblea inició el proceso con la conformación de una comisión especial y tanto el Estado como algunos diputados presentaron cuatro proyectos de ley los cuales despertaron, cada uno en su momento, discusiones muy acaloradas en el seno de las comisiones legislativas.

- a) Expediente núm. 18057, Ley Sobre Fecundación *in Vitro* y Transferencia de Óvulos Fecundados.
- b) Expediente núm. 18151, Ley Sobre Fecundación *in Vitro* y Transferencia Embrionaria y Creación de Depósito Nacional de Gametos.
- c) Expediente núm. 18738, Ley de Fecundación *in Vitro* y Transferencia de Embriones Humanos.
- d) Expediente núm. 18224, Ley Marco de Fecundación *in Vitro*.

2. *Primer intento legislativo*

A unos meses de recibidas las recomendaciones de la Comisión IDH, en octubre de 2010, el Poder Ejecutivo presentó ante la Asamblea Legislativa el expediente núm. 17900: Ley de Fecundación *in Vitro* y Transferencia Embrionaria, el cual fue trasladado para su estudio a la Comisión de Asuntos Jurídicos el 9 de noviembre de ese año. El expediente fue sometido a la consulta de un conjunto de organizaciones y entidades que incluían ministerios, instituciones autónomas, universidades, organizaciones

religiosas y una variedad de organizaciones de la sociedad civil dedicadas al tema de la mujer.

El texto inicial, así como los aportes recibidos por los expertos consultados, constituyó la base para que la Comisión elaborara el texto de un proyecto de ley en materia de fertilización *in vitro* acorde con la idiosincrasia de la sociedad costarricense. No obstante el esfuerzo, el texto elaborado no llegó a ser conocido en el plenario legislativo por el bloqueo parlamentario del que fue objeto por parte de diputadas y diputados quienes no permitieron la discusión y debate de los textos ni siquiera en la Comisión.

A. *Expediente núm. 18057, Ley sobre Fecundación in Vitro y Transferencia de Óvulos Fecundados*

Ante estas circunstancias, en primer término, la Comisión IDH definió algunas consideraciones que debían ser tomadas en cuenta en la elaboración de un proyecto. Estas incluían su práctica sólo cuando hubiera posibilidades razonables de éxito y, además, que se realizara por equipos de profesionales interdisciplinarios y se autorizara sólo la transferencia de tres óvulos fecundados en cada mujer; que no se admitiera la selección de sexo o cualquier otra forma de manipulación genética.⁹⁷

Estos principios orientadores permitieron la redacción del expediente núm. 18057 presentado a las corrientes legislativas en abril de 2011. Después de un primer estudio, el expediente fue trasladado a la Comisión Permanente de Estudios Legales⁹⁸ y en junio de 2013 pasó a la Comisión de Asuntos Sociales, donde no fue ni siquiera conocido.

⁹⁷ Para analizar todos los puntos de la Iniciativa véase Ramírez Gutiérrez, Adriana, *op cit.* pp. 58 y 59.

⁹⁸ El contenido de este proyecto también se puede analizar en Ramírez Gutiérrez, Adriana, *ibidem*, pp. 60-62.

B. *Expediente núm. 18151, Ley sobre Fecundación in Vitro y Tránsito Embrionaria y Creación de Depósito Nacional de Gametos*

Este expediente fue presentado por tres diputados del Partido Liberación Nacional;⁹⁹ su ingreso se llevó a cabo en junio de 2011 y dos años después se incorporó al orden del día para su debate en la Comisión de Asuntos Sociales, con el fin de que se llevaran a cabo consultas a diversas entidades. Un profundo silencio siguió en adelante, pues el proyecto no fue comentado nunca más.

C. *Expediente núm. 18738, Ley de Fecundación in Vitro y Tránsito de Embriones Humanos*

La primera semana de enero de 2013, la entonces ministra de Salud Dra. Daisy María Corrales Díaz, conformó una comisión interdisciplinaria avocada a investigar, estudiar y elaborar la propuesta de normativa en atención a la Sentencia de la Corte.

En la discusión se estudió legislación comparada en materia de fecundación *in vitro* a nivel internacional, particularmente de España, Noruega, Alemania, India y el Reino Unido, y se consideraron los proyectos de ley número 17900, 18057 y 18151 tramitados ante la Asamblea Legislativa. Igualmente fueron incorporadas las consideraciones que tuvo la Corte para emitir su sentencia.

La comisión nombrada elaboró una propuesta de proyecto de ley que se convirtió en iniciativa, la cual entró al proceso legislativo en abril de 2013.¹⁰⁰ El avance de este proyecto fue muy lento, tomando en cuenta la envergadura del tema y la presión de parte de la Corte. En octubre de ese año se aprobó un texto susti-

⁹⁹ *Ibidem*, pp. 63-66.

¹⁰⁰ *Ibidem*, pp. 67-69.

tutivo, pero sin que se mostrara ningún movimiento posterior en la comisión asignada. No obstante ser un texto conservador, éste no llegó a ser conocido en el Pleno legislativo debido al bloqueo parlamentario por parte de los diputados y las diputadas quienes ni siquiera permitieron la discusión, menos el debate de los textos en la comisión.¹⁰¹

D. *Expediente 18824, Ley Marco de Fecundación in Vitro*

En julio de 2013, el diputado Luis Fishman del Partido Unidad Social Cristiana presentó el expediente núm. 18824 denominado Ley Marco de Fecundación *in Vitro*. La iniciativa fue asignada al estudio de la Comisión Permanente de Asuntos Sociales donde obtuvo un primer dictamen afirmativo de mayoría que aprobó el documento sin modificaciones al texto base. El dictamen fue firmado por numerosos diputados.

A pesar de haber sido consultado por varios expertos en la materia —tanto en FIV como en derecho— y entes relacionados con la salud pública, corrió la misma suerte que los anteriores proyectos de ley y fue saturado de mociones que retrasaron su conocimiento del fondo.

Un texto sustitutivo fue aprobado por la Comisión de Asuntos Sociales; con recomendaciones posteriores, fue objeto de largas sesiones ordinarias y de trabajo. El texto sustitutivo fue aprobado¹⁰² en julio de 2013 y en octubre pasó al orden del día del plenario legislativo. Tal proyecto fue el único que avanzó a esta etapa, sin embargo, esa es la última noticia que se tiene sobre el expediente.

¹⁰¹ Según el diario costarricense *La Nación*, con esa decisión el gobierno de Costa Rica no cedió a las presiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien ha coaccionado a esta nación centroamericana para permitir la fertilización *in vitro*, véase <https://www.aciprensa.com/noticias/costa-rica-rechaza-ley-de-fecundación-in-vitro>, abril de 2013.

¹⁰² Ramírez Gutiérrez, Adriana, *op. cit.*, pp. 72 y 73.

3. *Análisis de los proyectos*

Adriana Gutiérrez observa que la discusión en el seno legislativo fue intencionalmente lenta y no se logró aprobar la normativa requerida. Los diputados y diputadas presentaron proyectos de ley alternativos con algunas diferencias pero que recogían los puntos álgidos de discusión sobre la aplicación de fecundación *in vitro*. Las discusiones subieron de tono cuando se tocaron puntos éticos y religiosos a tal grado que no llegó a vislumbrarse un panorama promisorio. De esta manera: “El avance hasta ahora (fecha en que la autora escribió su artículo publicado en 2015) logrado se puede considerar exiguo y tan solo uno de los proyectos de ley logró superar su aprobación en la comisión legislativa e incorporado en la agenda del Plenario legislativo para su conocimiento y discusión”.¹⁰³

Atinadamente Adriana Ramírez Gutiérrez imaginó como improbable el consenso requerido por todos los grupos de opinión a pesar de que en su consideración la discusión sobre la FIV es relevante para su país. La presión de los grupos opositores logró provocar el estancamiento de los procesos legislativos y quienes estuvieron encargados de la toma de decisiones postergaron su acción ante el temor de ver comprometidas sus aspiraciones políticas. Como consecuencia, los grupos adversarios ganaron la partida para evitar una normativa que posibilite la implementación de la técnica.

La misma autora considera que la discusión mostró una ciudadanía conformada por personas con distintos enfoques frente a la infertilidad y al modo de cómo se puede resolver ésta con ayuda tecnológica. En su opinión, no resulta apropiado que grupos particulares pretendan imponer sus criterios a toda la población en detrimento de los derechos que asisten a todos los integrantes de la sociedad.

¹⁰³ *Idem.*

Desafortunadamente los grupos adversarios a la técnica estuvieron muy bien organizados en el seno de la Asamblea Legislativa, en cambio, las personas que estaban a favor de la normativa padecieron el inconveniente de falta de organización o no pertenecían a ninguna de las organizaciones de la sociedad civil que pudieran haber ejercido presión. Ramírez Gutiérrez enfatiza que sólo el empeño de unas pocas parejas que habían sido afectadas por la prohibición dio la lucha por década y media en la Sala Constitucional y logró llevar el caso al Sistema Interamericano de Justicia.

4. Segundo testimonio

El segundo texto que comento pertenece al diputado Fabricio Alvarado Muñoz, quien nos proporciona su versión sobre los acontecimientos: “A partir de una reflexión sobre el cambio de valores en el mundo contemporáneo, que señala que la agenda política, cada vez más posmaterial, se discute la politización de un debate ético, por cuanto se refiere al bien jurídico más importante de toda sociedad civilizada: la vida humana”.¹⁰⁴

En el gobierno, y en las fracciones parlamentarias, no se hicieron esperar las acciones para promover la aprobación de una ley que regulara la fecundación *in vitro*. Un repaso por los principales medios de comunicación escritos en el país refleja que el debate se puso a la orden del día y que hay grupos que apoyan la fecundación *in vitro*, en tanto otros la rechazan.¹⁰⁵ Durante la campaña electoral del 2014, la mayoría de los partidos políticos con opciones a obtener curules legislativas manifestaron su apoyo a la idea de legislar para regular la utilización de la fecundación *in vitro*.¹⁰⁶ Desafortunadamente para abordar un tema tan tras-

¹⁰⁴ Alvarado Muñoz, Fabricio, “Fecundación *in vitro* en Costa Rica: entre la soberanía coartada y la defensa de la vida”, *Revista Parlamentaria Asamblea Legislativa*, Costa Rica, vol. 21, núm. 1, mayo de 2015.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 385.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 386.

cedente imperó la política de la desacreditación; unos fueron tachados de fundamentalistas religiosos, en el mejor de los casos, y medievales, retrógrados y cavernícolas, en el peor, y otros desacreditan a los promotores de estas medidas con imágenes de radicales izquierdistas y grupos abortistas.

La incapacidad emocional y técnica de las partes para tratar de negociar algo en relación con el tema se tradujo en un resultado perdedor para el proyecto —se refiere al primero— 17900. La consecuencia del proceso del debate parlamentario fue la votación del texto original del proyecto enviado por el Poder Ejecutivo, el cual fue rechazado porque ninguno de los bandos en pugna avalaba el proyecto en su versión original. El resultado del primer esfuerzo serio por discutir en el plano legislativo el tema de la fecundación *in vitro* fue un fiasco total.

Desde el punto de vista de Alvarado Muñoz, el debate parlamentario en torno a la fecundación asistida presentó una multiplicidad de aristas y contradicciones que pusieron en el tapete asuntos de gran importancia: ¿cuándo comienza la vida humana?, ¿cuáles son las implicaciones bioéticas de la reproducción asistida?, ¿es o no abortiva la técnica?

En su concepto, desfondar el debate ético en apelación a criterios supuestamente escritos en piedra, incuestionables e inaccesibles, es una falacia y se sorprende de que “la clausura opere por la vía de una resolución de una entidad jurídica compuesta por un grupúsculo de personas que son así elevados al rango de semidioses. Si la Corte dice que la vida empieza después de la implantación para sus voceros locales, la cuestión está ya resuelta”.¹⁰⁷

En su criterio, cerrar por esta vía el debate destruye los fundamentos práctico-morales que debe tener toda discusión política de manera que “la definición de lo que está bien o mal se les deja a los entes foráneos sin ninguna raigambre con nuestra vida doméstica y expresión cultural”. Esta postura, en su concepto, puede “hacer añicos nuestra soberanía ciega”. Más adelan-

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 398.

te señala: “Los costarricense somos los únicos con el derecho a decidir soberanamente cual es la concepción ética que reportan nuestras leyes e instituciones”.¹⁰⁸

III. POSICIÓN DE LA IGLESIA COSTARRICENSE

Por otra parte, desde que se tuvo noticia de la intención del Gobierno de cumplir las recomendaciones de la Comisión IDH emitidas en julio de 2010 iniciaron las críticas en contra. En octubre de 2010, el presidente de la Conferencia Episcopal y Arzobispo de San José, Mons Hugo Barrantes Ureña, solicitó al gobierno no aprobar la ley de fertilización *in vitro* por ser ésta una técnica que para lograr su fin elimina en el camino varias vidas humanas. Recordó que “un hijo siempre es un don y, consecuentemente no puede constituir un medio para satisfacer una necesidad o un deseo, sino que, su dignidad como persona exige que se le trate como un fin”.¹⁰⁹ La fuerte influencia de la iglesia católica entre los grupos parlamentarios destruyó cualquier intento de regulación legislativa.

IV. CONCLUSIÓN

Quise presentar estos testimonios y la referencia a lo expresado en un diario costarricense que de alguna manera dan fe de las distintas posturas imperantes en Costa Rica, después de las resoluciones del Sistema Interamericano. En ese ambiente tan dividido, politizado con ideologías antagónicas que incluso llegan a desconocer el valor del fallo de la Corte IDH a pesar de sus razonamientos fundados, era impensable la aprobación de ninguna de las iniciativas presentadas.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 399.

¹⁰⁹ Véase <https://www.aciprensa.com/noticias/costa-rica-rechaza-ley-de-fecundacion-in-vitro>.

V. SIGUIENTES PASOS

Decreto núm. 39210-MP-S “Autorización para la realización de la técnica de reproducción asistida de fecundación in vitro y transferencia embrionaria”

Ante la falta de acuerdos y los desastrosos resultados del debate legislativo, el Ejecutivo de Costa Rica decidió actuar. El presidente de la República y los ministros de la Presidencia y de Salud emitieron el decreto núm. 39210-MP-S “Autorización para la realización de la técnica de reproducción asistida de fecundación *in vitro* y transferencia embrionaria”, el cual entró en vigor el 11 de septiembre de 2015. En dicho decreto se autorizó expresamente la práctica de la FIV y se reguló la implementación de la técnica. Con este instrumento se pretendía dar cumplimiento a la sentencia *Artavia Murillo* emitida por la Corte IDH.

Era de esperarse que el decreto fuera impugnado ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, mediante la interposición de una acción de inconstitucionalidad. En respuesta, el 7 de octubre de 2015 la Sala Constitucional emitió una resolución ordenando la suspensión del decreto y como consecuencia, las personas nuevamente no pudieron acceder a la técnica de reproducción asistida de fecundación *in vitro* y transferencia embrionaria en tanto no se resolviera la acción.

El 3 de febrero de 2016 la Sala emitió una sentencia en la cual resolvió anular el decreto del Ejecutivo núm. 39210-MPS, “por violación al principio de reserva de ley y porque la modificación al ordenamiento jurídico, con arreglo a los procedimientos constitucionales que prevé el artículo 2o. de la Convención ADH, es a través de ley formal”. La prohibición para acceder a la técnica en el Estado continuó produciendo sus efectos jurídicos.

VI. OTRAS PETICIONES ANTE LA COMISIÓN IDH

Además de las parejas que accionaron ante la Comisión en 2000 y que dieron lugar al Informe de este organismo y posteriormente a la sentencia de la Corte IDH, otras parejas afectadas presentaron también peticiones en diversas fechas. La tramitación y resultado de esas peticiones será objeto de análisis en el siguiente capítulo; sólo pretendo por ahora hacer notar cómo, ante el *impasse* legislativo de que fue objeto Costa Rica, fueron particulares —y no el Estado— los afectados por la prohibición a la FIV, quienes con su tenacidad y empeño acudieron al Sistema Interamericano de Justicia y lograron la protección de diversos derechos humanos involucrados con sus decisiones reproductivas.

CAPÍTULO SEXTO

NUEVAS RESOLUCIONES DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

I. RECOMENDACIONES DE LA COMISIÓN IDH

Mientras el caso *Artavia Murillo* —admitido por la Comisión el 1o. de noviembre de 2000— se encontraba pendiente de resolución, se acumularon nuevos casos de parejas a quienes afectaba la prohibición de llevar a cabo un proceso de fecundación *in vitro*. Estas parejas presentaron, en distintas ocasiones (diciembre de 2004, 27 de diciembre de 2004, 17 de octubre de 2006 y 3 de mayo de 2007) nuevas peticiones. Las cinco fueron acumuladas bajo el número de petición 1368/04 y el 1o. de noviembre de 2010 quedaron registradas ante la Comisión bajo el único número de caso 12.798.¹¹⁰

En el informe de admisibilidad 156/10, la Comisión consideró que, aunque la prohibición a la fecundación asistida fue el resultado de la decisión de la Sala Constitucional en 2000, la presentación de quejas no era extemporánea a pesar de haber sido realizada en 2004, 2005, 2006 y 2007,¹¹¹ años después

¹¹⁰ Las cinco peticiones fueron acumuladas bajo el número de petición 1368/04 y admitidas en su informe 156/10, y quedaron registradas bajo el único número de caso 12.798, véase <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12798NdeREs.pdf>.

¹¹¹ Daniel Gerardo Gómez Murillo y Aída Marcela Garita Sánchez (P 1368-04); el 27 de diciembre de 2004 en nombre de Roberto Pérez Gutiérrez y Silvia María Sosa Ulate (P 16-05); el 28 de junio de 2006 en nombre de Luis Miguel Cruz Comparaz, Raquel San Vicente Rojas, Randall Alberto Torres Quirós y

del fallo definitivo de dicha Sala. La Comisión discurrió que las quejas planteadas se referían a un estado de salud —la infertilidad— situación que las presuntas víctimas no tenían por qué conocer al momento en que se emitió la Sentencia de la Sala Constitucional y ellas se vieron afectadas al momento de requerir la técnica de FIV para procrear biológicamente, por tanto, la regla del periodo de seis meses máximos a partir de la afectación no se aplicaba.

1. *Resumen*

Las peticiones se presentaron alegando violación a la Convención ADH originada por la misma sentencia 2000-02306 de 15 de marzo de 2000, dictada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, la cual prohibió la práctica de la fecundación *in vitro*, al declarar la inconstitucionalidad del decreto presidencial 24029-S del 3 de febrero de 1995. En consecuencia, las cinco parejas no pudieron recibir el tratamiento que deseaban para superar diversos padecimientos de infertilidad.¹¹²

En el informe de admisibilidad¹¹³ el Estado, por su parte, alegó que los hechos del caso no caracterizan violación a los derechos humanos garantizados por la Convención ADH y por ende no había cometido violación de dicho instrumento. Además, insistió en que la Sala Constitucional había regulado el derecho relativo a procrear indicando que éste debe ser subordinado al

Geanina Isela Marín Rankin (P 678-06); el 17 de octubre de 2006 en nombre de Carlos Edgardo López Vega y Albania Elizondo Rodríguez (P 1191-06); y el 3 de mayo de 2007 en nombre de Miguel Acuña Cartín y Patricia Núñez Marín (P 545-07). Las cinco peticiones fueron acumuladas bajo el número de petición 1368/04 y admitidas en su informe 156/10.

¹¹² Las cinco peticiones fueron acumuladas bajo el número de petición 1368/04 y admitidas en su informe 156/10, y quedaron registradas bajo el único número de caso 12.798.

¹¹³ Informe N|156/10 Petición 1368-04.

derecho absoluto a la vida porque consideraba contradictorio aceptar la posibilidad de una vida a costas de la pérdida de otras vidas humanas.

La Comisión tomó en cuenta que la incompatibilidad de la prohibición absoluta de la práctica de la fecundación *in vitro* con la Convención ADH ya fue resuelta definitivamente por ambos órganos del sistema interamericano de derechos humanos y estableció que el presente caso se relaciona con las mismas cuestiones de hechos y de derecho. Por lo tanto, determinó la responsabilidad internacional del Estado de Costa Rica con referencia al análisis de derecho efectuado tanto en su informe de fondo 85/10 respecto del caso 12.361 *Artavia Murillo*, como en la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas emitida por la Corte IDH de 28 de noviembre de 2012 respecto del mismo caso. En el informe se menciona específicamente que ninguna de las partes se pronunció sobre la posibilidad de iniciar un proceso de solución amistosa.

2. *Posición de las partes*

A. *Posición del peticionario*

En esta ocasión, la posición de los peticionarios fue la misma que en el caso *Artavia Murillo*, contra los mismos actos que causaron violación a derechos humanos por la sentencia 2000-2306 dictada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica el 15 de marzo de 2000.

En la presentación de la solicitud, el representante insistió en el argumento de que el derecho a la vida de la persona humana no tiene carácter absoluto, sino que está sujeto a excepciones y condiciones. Asimismo, expresó que la Convención ADH dictó, desde su redacción, el principio de balance de derechos al establecer en su artículo 4.1 que la vida se protege, en general, desde el momento de la concepción. Además, cuestionó la per-

sonalidad jurídica del embrión debido a que es el nacimiento el hecho que determina la existencia de la persona humana y el reconocimiento de su personalidad jurídica y expresó que toda persona que viene a este mundo es sujeto de derecho si reúne las dos condiciones de nacer y nacer con vida.

B. *Posición del Estado*

El Estado sostuvo argumentos semejantes a los que había utilizado en su primera defensa ante la Comisión y después frente a la Corte IDH en el caso *Artavia Murillo y otros* que, si bien “los padres deben ostentar el derecho a tener descendencia, esto no pareciera lícito si para lograrlo se priva a otros seres humanos de su vida”, e insistió en la necesidad de proteger al embrión frente a las posibles pérdidas ocasionadas por la práctica de la fecundación *in vitro*.

Además, alegó que independientemente de la interpretación que se le dé a la calificación “en general” del artículo 4.1 de la Convención ADH, lo importante es que el artículo establece la protección de la vida desde el momento de la concepción y que el Estado (de Costa Rica) ha escogido esa última posibilidad.

Por otra parte, afirmó que la sentencia 2000-0236 de fecha 15 de marzo de 2000, no declaró inconstitucional la fecundación *in vitro* como método de reproducción asistida como tal, sino que se refirió a que “la práctica que se desarrollaba en el año 2000 colocaba más allá de cualquier duda a los embriones en un riesgo desproporcionado de muerte”.

El Estado fue enfático al reiterar que la decisión de la Sala Constitucional en su sentencia de 2000 reguló el derecho relativo a procrear indicando “que debe ser subordinado al derecho absoluto a la vida y sus efectos no constituían violaciones a la Convención ADH”. En consecuencia, insistió que la técnica no era acorde con la Constitución ni con el artículo 4o. de la Con-

vención ADH. Según el Estado, la Sala Constitucional consideró que “...los avances de la ciencia y la biotecnología son tan vertiginosos que la técnica podría llegar a ser mejorada de tal manera, que los reparos señalados aquí desaparezcan”.

El Estado recordó que había presentado un escrito desde 2011 solicitando una prórroga para presentar observaciones de fondo ya que se encontraba es proceso de cumplimiento de las recomendaciones del informe de fondo de la Comisión en el caso 12.361 *Artavia Murillo*.

Como hemos descrito en el capítulo anterior, durante el periodo de prórroga otorgado por la CIDH, el poder legislativo de Costa Rica realizó varios intentos encaminados a aprobar una ley que regulara la fertilización *in vitro*; intentos que resultaron infructuosos. Concluido el periodo, el caso fue sometido a la jurisdicción de la Corte.

3. *Los hechos probados*

- a) La sentencia 2000-12306 del 15 de marzo de 2000 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia prohibía la práctica de la fecundación *in vitro* en Costa Rica y continuaba vigente al momento en que la Comisión IDH presentara su análisis.
- b) La situación de las presuntas víctimas de las cinco peticiones que dan cuenta de la circunstancia y sufrimiento causado al no poder acceder a la técnica de fecundación *in vitro*.

4. *Análisis de derecho y conclusiones*

De los hechos que la Comisión IDH dio por establecidos, así como de las posiciones de las partes, resultó que, como consecuencia de la decisión de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, continuaba la prohibición que

afectaba de manera general a todas las personas y/o parejas que requerían de la fecundación *in vitro* para llevar a cabo su decisión de tener hijos/as biológicos/as.

Los dos órganos del Sistema Interamericano ya habían tenido la oportunidad de pronunciarse sobre esta situación en el marco del sistema de peticiones y casos. La Corte emitió su sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas el 28 de noviembre de 2012.

En virtud del principio de economía procesal y tratándose, como se dijo, de una problemática de alcance general ya resuelta por ambos órganos del sistema interamericano, la Comisión determinó la responsabilidad internacional del Estado de Costa Rica con referencia al análisis de derecho y artículos aplicados tanto en su informe de fondo 85/10 respecto del caso 12.361 *Artavia Murillo*, como en la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas emitida por la Corte.

Con base en las consideraciones antes expuestas, la CIDH concluyó que el Estado de Costa Rica violó los derechos consagrados en los artículos 5o. (integridad personal), 7o. (libertad personal), 11.2 (derecho a la vida privada y familiar), 17.2 (derecho a fundar una familia) y 24 (igualdad ante la ley e igual protección de la ley) de la Convención ADH, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 (obligación de respetar los derechos) y 2o. (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) del mismo instrumento, en perjuicio de los peticionarios.

5. Recomendaciones

Conforme a la información disponible en el proceso de supervisión de cumplimiento de sentencia de la Corte IDH en el caso *Artavia Murillo y otros*, del cual la Comisión IDH hizo parte, a la fecha de aprobación del informe de fondo no se había adoptado acto normativo o judicial alguno que levantara expresamente la prohibición de la fecundación *in vitro* ni se había regulado le-

gislativamente la referida técnica, por tanto, emitió las siguientes recomendaciones que a continuación se referirán.

6. *La Comisión IDH recomienda al Estado de Costa Rica*

- a) Levantar la prohibición de la fecundación *in vitro* en el país, a través de los procedimientos legales correspondientes.
- b) Asegurar que la regulación que se otorgue a la práctica de la fecundación *in vitro* a partir del levantamiento de la prohibición sea compatible con las obligaciones estatales bajo la Convención ADH. En particular, que las personas y/o parejas que lo requieran y así lo deseen, puedan acceder a las técnicas de la fecundación *in vitro* de forma que dicho tratamiento contribuya efectivamente a su finalidad.
- c) Reparar integralmente a las víctimas del presente caso tanto en el aspecto material como moral, incluyendo medidas de satisfacción por los daños ocasionados.

Dado y firmado en la ciudad de Washington, D. C., el 29 de enero de 2015. El informe de fondo de la Comisión fue notificado al Estado el 18 de febrero de 2015, otorgándole un plazo de dos meses para rendir cuenta sobre el cumplimiento de las recomendaciones emitidas.

Posteriormente, la Comisión señaló que “tras el otorgamiento de cuatro prorrogas al Estado de Costa Rica, las recomendaciones del informe de fondo continúan en situación de incumplimiento”. En vista de lo anterior, el 18 de enero de 2016 la Comisión sometió el caso a la Corte, y solicitó que se declarara la responsabilidad internacional del Estado por las violaciones señaladas en el informe y se ordenara a Costa Rica, como medidas de reparación, las recomendaciones contenidas en éste.

II. SENTENCIA DE LA CORTE IDH CASO GÓMEZ MURILLO Y OTROS VS. COSTA RICA

1. *Procedimiento ante la Corte*

El informe de la Comisión IDH caso *Gómez Murillo y otros vs. Costa Rica* fue notificado a Costa Rica y al representante de las presuntas víctimas el 18 de febrero de 2015, pero en vista del incumplimiento a sus recomendaciones, el 18 de enero de 2016 la Comisión sometió el caso a la Corte solicitando la declaración de responsabilidad internacional del Estado por las violaciones señaladas en el informe de fondo 1/15 y se ordenó a Costa Rica el cumplimiento de las recomendaciones emitidas.

El caso,¹¹⁴ una vez aceptado por la Corte, fue notificado a Costa Rica y al representante de las presuntas víctimas el 26 de febrero de 2016. El 4 de agosto de ese año la Corte recibió de Costa Rica un “Acuerdo de arreglo amistoso suscrito entre el Estado de Costa Rica y la parte demandante”.¹¹⁵ Después de un plazo concedido para observaciones, las partes pactaron trasladar un acuerdo de arreglo amistoso a la Corte para que este órgano valorara su homologación y con ello poner fin al proceso sin más trámites.

2. *Hechos*

Decreto núm. 39210-MP-S “Autorización para la realización de la técnica de reproducción asistida de fecundación in vitro y transferencia embrionaria”.

¹¹⁴ Corte IDH, *Caso Gómez Murillo y otros vs. Costa Rica*, 29 de noviembre de 2016, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_326_esp.pdf.

¹¹⁵ Acuerdo de arreglo amistoso suscrito entre el Estado de Costa Rica y la parte demandante, San José, 4 de agosto de 2016, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/acuerdo_326_esp.pdf.

La Corte hizo notar que esta era la segunda ocasión en que se había sometido a su conocimiento hechos relacionados con la prohibición de la FIV en Costa Rica a partir de la sentencia núm. 2000-02306 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica de 15 de marzo de 2000. Sin embargo, también hizo hincapié en los nuevos acontecimientos ocurridos en Costa Rica.

El presidente de la República y los ministros de Presidencia y Salud emitieron el decreto núm. 39210-MP-S “Autorización para la realización de la técnica de reproducción asistida de fecundación *in vitro* y transferencia embrionaria”, el cual entró en vigor el 11 de septiembre de 2015. En dicho decreto se autorizó expresamente la práctica de la FIV y se reguló la implementación de la técnica.

Como era de esperarse, el decreto fue impugnado ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia mediante la interposición de una acción de inconstitucionalidad. En respuesta, el 7 de octubre de 2015 la Sala Constitucional emitió, primero, una resolución ordenando la suspensión del decreto y, después, en febrero de 2016, la sentencia en la que resolvió anularlo: “por violación al principio de reserva de ley y porque la modificación al ordenamiento jurídico, con arreglo a los procedimientos constitucionales que prevé el artículo 2o. de la Convención ADH, es a través de ley formal”. El resultado fue que la prohibición para acceder a la técnica en el Estado continuó produciendo efectos jurídicos.

III. RESOLUCIÓN DE SUPERVISIÓN DE CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS EN EL CASO *ARTAVIA MURILLO* *Y OTROS VS. COSTA RICA*

No obstante la sentencia de la Sala Constitucional, el Estado expresó ante la Corte IDH que “«considera con firmeza que el mencionado Decreto constituye un mecanismo idóneo de cumplimiento» de la Sentencia dictada por la Corte en el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*”, pero indicó que “debido al fallo dicta-

do por la Sala Constitucional, resultaría necesario poner en vigencia nuevamente dicho Decreto, a efectos de permitir la puesta en práctica de la FIV, y así garantizar los derechos en este ámbito”.

El 26 de febrero de 2016 la Corte emitió una resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso *Artavia Murillo y otros*,¹¹⁶ en ella se refirió a las distintas vías por las cuales podía ser implementada la FIV por el Estado, tomando en cuenta el efecto inmediato y vinculante que debía tener la sentencia en el ordenamiento interno costarricense. Al respecto concluyó que, “a la luz de la Convención ADH y la reparación ordenada en la Sentencia, debe entenderse que la FIV está autorizada en Costa Rica y, de forma inmediata, se debe permitir el ejercicio de dicho derecho tanto a nivel privado como público, sin necesidad de un acto jurídico estatal que reconozca esta posibilidad o regule la implementación de la técnica”. Es decir, la Corte no consideró la necesidad de convalidar el decreto mediante procedimiento jurídico alguno pues este es el instrumento por el que el Estado de Costa Rica cumplió con la sentencia *Artavia Murillo*.

1. Situación de las presuntas víctimas

Las parejas, presuntas víctimas de la prohibición a la implementación de las TRA, hicieron saber los sentimientos negativos que les embargaba su situación de parejas infértiles y la prohibición al acceso a la FIV.

2. Homologación

Los términos del acuerdo propuestos por el Estado y el representante de los demandantes incluyeron el reconocimiento del Estado respecto de las violaciones a los derechos humanos

¹¹⁶ Corte Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica*. Supervisión de cumplimiento de la sentencia, 26 de febrero de 2016, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/artavia_26_02_16.pdf.

indicadas por la Comisión IDH en el Informe de Fondo, por lo que la Corte IDH consideró cesada la controversia. También la Comisión valoró el acuerdo y consideró procedente su homologación. Por tanto, las medidas de reparación acordadas debían de ser cumplidas en los términos de la sentencia, conforme a las indicaciones que ella misma describe, las cuales a continuación se mencionan.

3. *Medidas no pecuniarias*

Publicación del acuerdo de arreglo amistoso y de la sentencia en un plazo máximo de tres meses a partir de la homologación del acuerdo.

El Estado debe hacer efectiva la posibilidad de acceso a la técnica de fecundación *in vitro* en los ámbitos público y privado, de modo que todas las personas infértiles puedan, de acuerdo con su libre voluntad y de acuerdo con lo regulado por el decreto 39210-MP-S, decidir si desean someterse a la referida técnica para procrear.

La Corte, ha dejado sentado¹¹⁷ que:

...la prohibición de la FIV no puede producir efectos jurídicos en Costa Rica ni constituir un impedimento al ejercicio del derecho a decidir sobre si tener hijos biológicos a través del acceso a esa técnica. En consecuencia, debe entenderse que la FIV está autorizada en Costa Rica y, de forma inmediata, se debe permitir el ejercicio de dicho derecho tanto en el ámbito privado como en el público, por lo cual dispone que... se mantenga vigente el decreto del Ejecutivo No. 39210-MP-S de 11 de septiembre de 2015, sin perjuicio de que el órgano legislativo emita alguna regulación posterior en apego a los estándares indicados en la sentencia de *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*.

¹¹⁷ En la sentencia dictada en el caso *Artavia Murillo contra Costa Rica*, de 28 de noviembre de 2012, así como en la resolución pronunciada en el proceso de supervisión de cumplimiento de la referida sentencia, de 26 de febrero de 2016.

Para dar efectivo cumplimiento a su deber de ofrecer la técnica de fecundación *in vitro* como parte de sus programas públicos en salud, el Estado debe asegurar, a través de la Caja Costarricense del Seguro Social, que se cumplan en forma estricta las obligaciones y plazos establecidos en el decreto de Ejecutivo núm. 39210-MP-S de 11 de septiembre de 2015.

4. Otras medidas

En diferentes puntos del Acuerdo, las partes acordaron que el Estado debe:

- Propiciar acercamientos con la Defensoría de los Habitantes de la República, con instituciones académicas, así como con organismos internacionales especializados en derechos humanos a efecto de generar procesos de capacitación dirigidos a funcionarios y funcionarias tanto de los diversos poderes del Estado como de la Caja Costarricense del Seguro Social.
- A través del Ministerio de Educación Pública, buscar fortalecer los programas educativos de educación básica dirigidos a propiciar una formación en derechos humanos, no discriminación y respeto de la autonomía de la voluntad, e iniciar una discusión amplia y participativa acerca de la maternidad por subrogación como procedimiento para la procreación.

La Corte valoró positivamente los referidos compromisos del Estado en materia de capacitación en derechos humanos a sus funcionarios y en la educación básica costarricense, en cumplimiento de la sentencia del caso *Artavia Murillo y otros*.

5. *Medidas pecuniarias y el reintegro de costas y gastos*

El Estado asumió la entrega de la indemnización compensatoria de US\$25,000.00 (veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América) a cada una de las víctimas y el reintegro de los gastos y costas que el procedimiento implicó.

6. *Puntos resolutivos de la sentencia*

La sentencia de la Corte IDH no fue unánime, las distintas decisiones que la conformaron contaron con cinco votos a favor y uno en contra emitido por el juez Vio Grossi. Los resolutivos de la sentencia se pueden sintetizar en los siguientes aspectos:

- a) Homologar el acuerdo de arreglo amistoso y disponer que la sentencia homologatoria constituya por sí misma una forma de reparación.
- b) Además de publicar la sentencia, asegurar que la Caja Costarricense del Seguro Social cumpla con sus obligaciones de manera que el tratamiento de fertilización asistida esté disponible dentro de los programas y tratamientos de infertilidad en atención a su salud; generar procesos de capacitación en derechos humanos dirigidos a funcionarios de los diversos Poderes del Estado y la mencionada Caja; iniciar, en un plazo razonable, una discusión amplia y participativa acerca de la maternidad por subrogación como procedimiento para la procreación, así como pagar las indemnizaciones, costas y gastos al representante e informar a la Corte periódicamente del cumplimiento de la sentencia.
- c) El Estado debe hacer efectiva la posibilidad de acceso a la técnica de fecundación *in vitro* y, a tal efecto, mantener vigente el decreto del Ejecutivo núm. 39210-MP-S, sin perjuicio de que el órgano legislativo emita alguna regulación posterior en apego a los estándares indicados en

la sentencia del caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*. El cumplimiento de esta medida será supervisado por la Corte en forma conjunta con la supervisión correspondiente al cumplimiento de la sentencia del caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*.

- d) La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de la sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención ADH, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

En todos los puntos resolutivos el juez Eduardo Vio Grossi sostuvo una posición disidente y, como consecuencia, emitió un voto individual.

7. *Voto individual disidente del juez Eduardo Vio Grossi, Corte IDH, caso Gómez Murillo y otros vs. Costa Rica, sentencia de 29 de noviembre de 2016*

El juez Eduardo Vio Grossi era miembro de la Corte en el momento en que se dictó la sentencia *Artavia Murillo* en 2012 y en aquel entonces también emitió un voto disidente contra el fallo. En esta ocasión reconoce que la homologación del acuerdo de solución amistosa por sentencia de 29 de noviembre de 2016 conlleva a la aceptación de esa resolución, en especial, su *ratio decidendi*. En vista de que él no comparte la argumentación ni las conclusiones de esa resolución, se sintió obligado, como miembro de la actual Corte, a presentar su parecer y obró en consecuencia emitiendo un voto individual disidente.

Las posiciones del juez Vio Grossi son contrarias a las expuestas por los demás jueces que dictaron la sentencia *Artavia Murillo*. En especial, su discrepancia se centra en la interpretación del término “concepción” contenido en el artículo 4.1 de la Convención IDH. Recordemos que la Corte demostró con argumentos científicos que tal acontecimiento tiene lugar en el

momento en que el embrión se implanta en el útero femenino, “razón por la cual, antes de este evento no habría lugar a la aplicación de la citada disposición”, por tanto, “no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión para los efectos del artículo 4.1 de la Convención”.

En contrario, el juez Vio Grossi considera en su voto que, para llegar a esta conclusión, se tomó en cuenta una de las posturas médicas en la materia, pero se desecharon sin mayor fundamento otras. En su concepto, tales expresiones podrían eventualmente “ser empleadas para intentar justificar que la Convención permitiera el aborto, lo que no sería ajustado a su letra y espíritu”.

Recordemos que la Corte tuvo a bien realizar un análisis exhaustivo de las discusiones y negociaciones previas a la redacción del artículo 4.1 de la Convención ADH y en el mismo quedó perfectamente aclarado que la introducción del término “y en general” era precisamente para admitir que aquellos Estados que quisieran legislar para autorizar el aborto lo pudieran hacer,¹¹⁸ sin que la normativa se contrapusiera a la Convención.

Desde el punto de vista de quien redactó el voto disidente, la vida comienza en el momento en que el espermatozoide se une al óvulo, por tanto, se debe entender que la Convención, al consagrar el derecho a la protección de la vida desde la concepción, reconoce al concebido, pero aún no nacido, como persona o ser humano.

Este asunto fue exhaustivamente tratado por la Corte y resuelto en la sentencia *Artavia Murillo* al diferenciar el término “fecundación” de “concepción” y del valor del cigoto cuando éste no ha sido aún trasplantado.¹¹⁹

Es cierto, como lo cita el juez disidente, que la Corte se refirió en su sentencia a cuerpos normativos no vinculantes para Costa Rica o para los Estados partes de la Convención, pero lo

¹¹⁸ Me remito a la parte de la sentencia *Artavia Murillo* comentada en el capítulo cuarto de esta obra.

¹¹⁹ También me remito a los comentarios expresados en el capítulo cuarto de esta obra.

hizo no en invocación, como él señala, sino como referencia para conocer cuáles han sido los argumentos y criterios internacionales respecto a la consideración jurídica que merece el cigoto y/o el embrión según el momento de desarrollo y las circunstancias que lo rodeen.

Además, Eduardo Vio Grossi estuvo en contra de la homologación del acuerdo de solución amistosa, porque al hacerlo la Corte dictó un fallo definitivo e inapelable, otorgando al acuerdo el mismo valor vinculante que una sentencia que, como tal, queda sujeta a la correspondiente supervisión de cumplimiento. Al juez Vio Grossi lo asiste la razón en este punto, pues ciertamente la homologación del acuerdo tiene el mismo valor vinculante que una sentencia y la Corte puede supervisar su cumplimiento.

IV. COMENTARIOS

Por segunda ocasión el Sistema Interamericano de Justicia se ocupó de la fecundación *in vitro* y lo hizo para reafirmar la postura liberal y laica fundada en evidencias científicas adoptada en el caso *Artavia Murillo*.

No tenemos el dato exacto, pero imaginamos que el *impasse* del que estaba siendo objeto el Estado de Costa Rica —del que dimos cuenta en un capítulo anterior— motivó a la Comisión IDH para intervenir de nuevo.

El Estado se había colocado en una clara situación de incumplimiento ante las diversas resoluciones del Sistema Interamericano de Justicia. El tiempo transcurrido desde las primeras recomendaciones emitidas por la Comisión en 2010, los conflictos surgidos en el seno del poder legislativo y el incumplimiento de la sentencia *Artavia Murillo* auguraban que la reglamentación necesaria no llegaría a implementarse. Una forma de motivar un cambio se logró a través de una nueva intervención del Sistema Interamericano de Justicia.

Con base en cinco peticiones presentadas en diferentes fechas que van del 2004 al 2007, las cuales fueron acumuladas y acep-

tadas, se inició un nuevo procedimiento. La Comisión tomó en cuenta que las parejas fueron afectadas en el momento en que, por su infertilidad, decidieron acudir a la fecundación *in vitro* y se toparon con su prohibición. Si el Estado de Costa Rica hubiera cumplido cabalmente la sentencia *Artavia Murillo* después de noviembre de 2012 estos casos no hubieran sido aceptados ante la falta de materia, pues los afectados podrían haber accedido libremente a la fecundación *in vitro*.

Revisado el caso, nuevamente la Comisión recomendó al Estado levantar la prohibición de la fecundación *in vitro* y asegurar una regulación compatible con la Convención ADH. Pero ni con estas recomendaciones lograron un cambio en Costa Rica, cuyo poder legislativo continuaba aferrado a sostener la prohibición de la técnica y donde el decreto presidencial de septiembre de 2015, que autorizaba la técnica, había sido primero suspendido y luego anulado por la Sala Constitucional el 3 febrero de 2016. Es decir, quedaba claro que ni poder legislativo ni poder judicial admitirían la fecundación *in vitro* en Costa Rica.

La Comisión solicitó entonces la intervención de la Corte y ésta decidió actuar de inmediato. El 26 de febrero notificó tanto al Estado como al representante que había admitido el caso. Hasta ese momento se perciben los cambios: el 4 de agosto Costa Rica entrega a la Corte un Acuerdo de arreglo amistoso en el cual admite las violaciones cometidas a los derechos humanos de los peticionarios y se compromete a cumplir con las reparaciones dictadas, pero solicita a la Corte que reponga de nuevo la vigencia el decreto presidencial que autorizó la práctica de la técnica y que la Sala Constitucional había anulado.

La Corte se refirió a su resolución de supervisión de sentencia en el caso *Artavia Murillo*, cuyos efectos son inmediatos y vinculantes, e hizo notar que la reparación ordenada en ese fallo ya se había cumplido y la fecundación *in vitro* ya estaba autorizada. Aunque no lo refirió expresamente, esto significa que la sentencia de la Sala Constitucional de Costa Rica que declaró sin efectos el decreto presidencial no tuvo consecuencias jurídicas, pues este

órgano jurisdiccional carece de facultades para emitir una resolución sobre un acto realizado en ejecución de una sentencia de la Corte.

Si bien no se logró la unanimidad, la sentencia de la Corte en al caso *Gómez Murillo y otros vs. Costa Rica* sí permite constatar el compromiso de los integrantes del tribunal de atender los derechos humanos relacionados con la libertad de procreación, el derecho a fundar una familia, a no ser discriminado, el respeto a la privacidad de la vida personal y al acceso a las nuevas tecnologías.

V. COLOFÓN

Una nota periodística de enero de 2017 refiere que la Caja Costarricense del Seguro Social prevé tener listas las instalaciones para la realización de la FIV en noviembre de ese año, e indica como plazo para la finalización de las instalaciones el 2018. Aunque la Caja no ha puesto, por el momento, a disposición de los usuarios la realización de la técnica en cuestión, da señales de estar capacitando personal y planeando la infraestructura de las instalaciones adecuadas para el desarrollo de tal técnica.¹²⁰

El 8 de marzo de 2017, cuando por fin fue levantada la prohibición, nace la primera persona a través de la FIV en Costa Rica, una niña nombrada María José. El nacimiento tuvo lugar en una institución privada, denominada Centro Fecundar Costa Rica¹²¹ y para junio de 2017 otra nota relata que el Centro de Fertilización

¹²⁰ Ávalos, Ángela, “Instalaciones de la CCSS para hacer fertilización *in vitro* estarían listas en noviembre”, *La Nación*, 10 de enero de 2017, disponible en: <https://www.nacion.com/el-pais/salud/instalaciones-de-ccss-para-hacer-fertilizacion-in-vitro-estarian-listas-en-noviembre/PVBECSE06RBTNPWURVBT6GOBCQ/story/>.

¹²¹ Ávalos, Ángela, “Nació primera bebé fecundada *in vitro* en Costa Rica después de fallo de Corte IDH”, *La Nación*, 9 de marzo de 2017, disponible en: <https://www.nacion.com/el-pais/salud/nacio-primera-bebe-fecundada-in-vitro-en-costarica-despues-de-fallo-de-corte-interamericana/UOMOAFSC2VF37NUVOJXRBBOU PU/story/>.

in vitro La California logra 7 embarazos por medio de la técnica.¹²² Al 20 de febrero de este año se tienen registrados 71 nacimientos de personas concebidas por medio de la FIV en centro médicos privados, mientras se espera que las instalaciones de la CCSS comiencen a operar entre septiembre y octubre.¹²³

El triunfo del Sistema Interamericano de Justicia fue lograr que, gracias a sus resoluciones, por fin Costa Rica emitiera una regulación no prohibitiva de la FIV y que con ella fuera posible el nacimiento de varios infantes en esa República.

¹²² Ávalos, Ángela, “Centro Pionero de fertilización *in vitro* logra siete embarazos mediante esta técnica de reproducción asistida”, *La Nación*, 29 de junio de 2017, disponible en: <https://www.nacion.com/el-pais/salud/centro-pionero-de-fertilizacion-in-vitro-logra-siete-embarazos-mediante-esta-tecnica-de-reproduccion-asistida/PHHCKONQD7JCWPF0BXGDN3NV37JA/story/>.

¹²³ Ávalos, Ángela, “71 bebés concebidos *in vitro* han nacido en Costa Rica desde regreso de FIV”, *La Nación*, 20 de febrero de 2018, disponible en: <https://www.nacion.com/el-pais/salud/71-bebes-concebidos-in-vitro-han-nacido-en-costa/QB.NL6C4NGVELBDN3UAR5K3M5TY/story/>.

CAPITULO SÉPTIMO

LA FECUNDACIÓN ASISTIDA EN MÉXICO

I. PANORAMA EN LA REGIÓN

En el panorama latinoamericano las posiciones para determinar el comienzo de la vida y, por tanto, a partir de qué momento es deber del Estado protegerla, han estado claramente definidas. La posición de la Iglesia católica¹²⁴ ha sido tajante: “La vida humana ha de ser tenida como sagrada porque desde su inicio es fruto de la acción creadora de Dios y nadie en ninguna circunstancia puede atribuirse el derecho de matar de modo directo a un ser humano inocente”.¹²⁵ Esta premisa conduce a la conclusión de que la vida humana debe ser respetada y protegida de manera absoluta desde el momento de la concepción.¹²⁶ Pero, además, la Iglesia prescribe que “los derechos inalienables de la persona deben ser reconocidos y respetados no solo por los creyentes sino también por parte de la sociedad civil y la autoridad política”.¹²⁷

¹²⁴ Para conocer la posición de la Iglesia protestante y judía consultar Mendoza, Héctor, *La reproducción humana asistida. Un análisis desde la perspectiva biojurídica*, México, Universidad Autónoma de Nuevo León-Fontamara, 2001.

¹²⁵ Congregación para la Doctrina de la Fe, “Instrucción *donum vitae* sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación”, *Las enseñanzas del magisterio*, Ciudad del Vaticano, 22 de febrero de 1987, Introducción, punto 5, disponible en: http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_sp.html.

¹²⁶ Desde el primer momento de su existencia el ser humano debe ver reconocidos sus derechos de persona, entre los cuales está el derecho inviolable de todo ser inocente a la vida, 2273 2.

¹²⁷ Juan Pablo II *et al.*, “Catecismo de la Iglesia católica”, *Teología moral*, Ciudad del Vaticano, 2a. ed., agosto de 1997, tercera parte La vida en Cristo,

La posición de la Iglesia católica en temas reproductivos es apreciable a partir de la IV Conferencia General de Episcopado Latinoamericano.¹²⁸ El entonces Papa Juan Pablo II sentó las bases de una ideología y estrategia dirigidas concretamente a los gobiernos y partidos políticos afines ideológicamente con la Iglesia católica para que éstos impulsen iniciativas de leyes acordes a los principios de la fe católica y detengan, por el contrario, las que son adversas.¹²⁹ Lamentablemente en América Latina estas posiciones tienen una presencia política muy fuerte y dominan las políticas públicas y la legislación con la pretensión de regir la vida no sólo de sus fieles sino también de toda la población.¹³⁰ Costa Rica ha sido un ejemplo de la observancia de esas políticas conservadoras, pues tardó varios años en acatar, hasta 2017, la resolución de la Corte IDH.

En contrapunto, la perspectiva liberal fundada en posiciones científicas ha mostrado una gran vitalidad para defender la consideración que se debe al embrión durante su desarrollo y en especial antes de implantarse en el útero. Alonso Bedate sostiene que el cigoto sólo es potencia en términos de información genética, pero si no entran en juego otros elementos ontogénicos, la potencia del cigoto no se desarrolla.¹³¹ En el mismo sentido, Julia-

segunda sección *Los diez mandamientos*, capítulo segundo Amarás a tu prójimo como a ti mismo, artículo 5o., El quinto mandamiento, disponible en: http://www.vatican.va/archive/catechism_sp/p3s2c2a5_sp.html.

¹²⁸ 12 de octubre de 1992.

¹²⁹ Miyares, Alicia, “Derechos sexuales y reproductivos en América Latina”, *Pensamiento iberoamericano, feminismo, género e igualdad*, Madrid, 2a. época, núm. 9, septiembre de 2011.

¹³⁰ Luna, Florencia, *op. cit.*, p. 38. Jorge Carpizo expresó: “No existe duda alguna de que una de las regiones más atrasadas, si no es la que más en el reconocimiento de los derechos reproductivos de la mujer es América Latina, debido entre otros factores a una fuerte influencia de la Iglesia Católica.”, Carpizo, Jorge y Valadés, Diego, *op. cit.*, p. 14.

¹³¹ La potencia está definida solamente en términos de información. Esta tiene que ser decodificada, traducida a través de los procesos de síntesis que supone la incorporación de nuevos materiales al elemento que es la potencia. Traducido esto al ser humano diríamos que el desarrollo de la potencialidad de

na González sostiene que el embrión en estado preimplantatorio no constituye más que una vida potencial a la que si se deja sola morirá, aun cuando contenga la herencia genética humana.¹³² Desde el punto de vista científico, Ricardo Tapia sostiene que el ser humano, la persona, es el resultado del desarrollo ontogénico cuando éste alcanza la etapa de autonomía fisiológica y, en su concepto, mientras no se desarrolle la corteza cerebral no se puede hablar de vida humana —aunque por supuesto hay vida—.¹³³

Si bien las opuestas argumentaciones sobre el inicio de la vida y de la personalidad del cigoto no logran el consenso general, la libertad reproductiva ha ganado posición. Actualmente existe una mayor aceptación de la autonomía de las personas para tomar decisiones sobre el número y espaciamiento de sus hijos, incluidos la admisión de métodos alternativos de procreación y el acceso sin discriminación alguna a las nuevas formas de tecnología de reproducción.¹³⁴ Esta tendencia ha penetrado en el Continente Americano, tanto en aquellos países con gobiernos de preferencias liberales como en los de tendencias conservadoras.

Cada Estado del Continente Americano, de una manera más abierta o más restringida, permite la realización de varias TRA incluida la FIV; sin embargo, la tendencia entre los países es la falta de leyes sistemáticas que las disciplinen y este es un mal que aqueja a la región. En la mayoría de los Estados, como Roberto

la realidad biológica del cigoto únicamente se traducirá en una persona si las informaciones contenidas en el cigoto se suman a una serie de informaciones procedentes de moléculas exógenas, nutrientes y hormonas del útero materno. Citado por Mejía, Consuelo, “El dilema ético en el tema del aborto. Reflexiones éticas sobre el derecho a decidir”, *Conciencia Latinoamericana*, México, vol. XIX, núm.18, julio de 2011, p. 28.

¹³² González, Juliana, “Embrión humano y dignidad humana”, en Brena, Ingrid (coord.), *Células troncales...*, cit., pp. 55-75.

¹³³ Tapia, Ricardo, “La formación de la persona durante el desarrollo intrauterino desde el punto de vista de la neurobiología”, en *Conciencia Latinoamericana*, México, vol. XVII, núm.16, abril 2009, p. 23- 25.

¹³⁴ Vázquez, Rodolfo, “La cuestión del embrión y algunos de los problemas de la bioética”, en Pérez Tamayo, Ruy *et al.* (coords.), *La construcción de la Bioética*, México, Fondo de Cultura Económica, Textos de Bioética, 2007, vol.1, p. 36.

Andorno señala, solo existen algunos principios generales aplicables a la reproducción asistida que figuran en los códigos civiles, penales o leyes sanitarias.¹³⁵

II. INFERTILIDAD EN MÉXICO

En cuanto a nuestro país, el incremento mundial de la infertilidad se ha visto reflejado de manera significativa en la sociedad. Algunos estudios estiman hasta en millón y medio a las parejas que padecen algún tipo de infertilidad. El Instituto Nacional de Perinatología “Isidro Espinosa de los Reyes” menciona haber atendido y proporcionado abundantes tratamientos contra este procedimiento.¹³⁶ Otros hospitales públicos dependientes de IMSS y del ISSSTE atienden casos de infertilidad y también son numerosos los casos atendidos en clínicas particulares.¹³⁷

La magnitud de los casos atendidos en México convierte al problema de la infertilidad en uno de salud pública. Afortunadamente la opción de acudir a la reproducción asistida es, en la mayoría de los casos, la solución; además, debemos tomar en cuenta a aquellas personas que acuden a las TRA por motivos distintos a la infertilidad, pero que igual están interesadas en ejercer sus derechos reproductivos.

Según datos de la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (Cofepris), a pesar de la falta de regulación sobre reproducción asistida, en México existen actualmen-

¹³⁵ Andorno, Roberto, “Técnicas de procreación asistida”, en Brena Sesma, Ingrid y Teboul, Gérard (coords.), *Hacia un instrumento regional interamericano sobre bioética. Experiencias y expectativas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, pp. 195-211.

¹³⁶ 48,149 personas durante el periodo de 2006 a junio de 2012 y en 2017 5,364 según información proporcionada por el Instituto Nacional de Perinatología.

¹³⁷ No se pudieron obtener cifras ni aproximadas de los casos de infertilidad atendidos a pesar de que se formularon consultas a varias instituciones, pues éstas no fueron contestadas.

te 52 centros autorizados para realizar TRA.¹³⁸ Estos datos nos permiten confirmar que varios procedimientos de reproducción asistida se están llevando a cabo en un número considerable de centros, con la posibilidad abierta —pues no existe regulación suficiente— para que quienes los desarrollan actúen sin proteger los intereses de todos los involucrados y en ocasiones sin respetar algunos de sus derechos humanos.

III. LEGISLACIÓN ACTUAL

1. *La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*

En México el artículo 4o. de la CPEUM establece que todas las personas tienen el derecho a decidir de manera libre, responsable e informada el número de hijos que desean tener y el espaciamiento entre ellos. La norma no distingue entre una reproducción por vía coital o por la no coital, es decir, si ésta es consecuencia de un proceso natural o si para lograrla se utilizan TRA, el derecho es el mismo, pero habrá de ejercitarse de distinta manera.

Como hemos concluido en el primer capítulo de este libro, el derecho a la reproducción es considerado como una expresión de la dignidad humana y del libre desarrollo de su personalidad. En caso de que las personas opten por una reproducción no sexual, ese derecho se concreta en la posibilidad de acceder y beneficiarse de los avances científicos en materia de reproducción asistida.

La norma jurídica es la vía indicada para proteger la autonomía reproductiva de quienes decidan participar en procedimientos de reproducción asistida de intromisiones no deseadas y a esa misma norma corresponde establecer los controles y las limitaciones necesarias para evitar daños no deseados.

¹³⁸ Datos obtenidos de la publicación GIRE, *Omisión e indiferencia. Derechos reproductivos en México*, México, Grupo de Información en Reproducción Elegida, 2013, disponible en: <http://informe.gire.org.mx/>.

Por otra parte, el mismo artículo 4o. constitucional en su párrafo tercero expresa: “Toda persona tiene derecho a la protección de su salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud...”. La vinculación entre infertilidad y salud ya ha sido analizada en capítulos anteriores, por ahora, sólo insistimos en que corresponde al Estado atender los problemas de infertilidad en vista de que éstos, por su magnitud e importancia, se han convertido en un asunto que requiere de una política pública.

2. *Legislación sanitaria*

En desarrollo del mandato del 4o. constitucional, la Ley General de Salud define las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud. El artículo 68 de esta Ley regula el apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología. Los servicios de planificación familiar comprenden: el apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología de la reproducción humana.¹³⁹ Además, el Reglamento de la Ley General en Materia de Investigación para la Salud derivado de la Ley General de Salud regula algunos aspectos de fertilización asistida.

Este Reglamento define a la técnica como “aquella en que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización *in vitro*”.¹⁴⁰ Para la práctica de una fertilización asistida, el Reglamento exige la presentación de una carta de consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge o concubinario, firmada tras haber recibido información de los riesgos posibles para el embrión, feto o recién nacido. El consentimiento del cón-

¹³⁹ Artículo 68, fracción IV, de la Ley General de Salud.

¹⁴⁰ Artículo 40, fracción XI, del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud.

yuge o concubinario sólo podrá dispensarse en caso de incapacidad o imposibilidad fehaciente o manifiesta para proporcionarlo; porque el concubinario no se haga cargo de la mujer o, bien, cuando exista riesgo inminente para la salud o la vida de la mujer, embrión, feto o recién nacido.¹⁴¹

Conforme a esta disposición la mujer sola, sin cónyuge o concubinario (“que se haga cargo de ella”) no tendría acceso a la fertilización asistida. Podríamos encontrar el fundamento de este precepto en una intención protectora hacia la mujer, pero esta defensa no solicitada implica un desconocimiento de su autonomía. Si ella no depende de un hombre o éste no quiere acceder a la reproducción asistida, según este precepto, no podrá ejercer su derecho a la reproducción.

El mismo Reglamento expresa:

La investigación sobre fertilización asistida sólo será admisible cuando se aplique a la solución de problemas de esterilidad que no se puedan resolver de otra manera, respetándose el punto de vista moral, cultural y social de la pareja, aun si éste difiere con el del investigador.¹⁴²

Conforme a la redacción de este precepto, las personas sin problema de esterilidad carecen de la posibilidad de acceder a la reproducción asistida. Esta disposición tan tajante deja fuera a quienes opten por acudir a las modernas tecnologías en busca de una progenie libre de determinadas enfermedades genéticas y también excluye a personas sin pareja o parejas de personas del mismo sexo que toman la decisión de tener hijos. La exclusión de todas estas personas sin una razón justificada implica que este precepto pueda ser considerado francamente discriminatorio.

¹⁴¹ Artículo 43 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud.

¹⁴² Artículo 56 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud.

3. *Legislación penal de la Ciudad de México*

Además de la legislación sanitaria federal, la legislación penal de la Ciudad de México también hace referencia a la fertilización asistida,¹⁴³ sin embargo, conviene aclarar que el Código Penal de esta entidad no la regula,¹⁴⁴ sólo se limita a sancionar algunas conductas relacionadas con ella que son tipificadas como delitos bajo los términos que a continuación se mencionan:

Establece sanciones a quien disponga de óvulos o esperma para fines distintos a los autorizados por sus donantes;¹⁴⁵ a quien, sin consentimiento de una mujer mayor de dieciocho años,¹⁴⁶ o aún con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo, realice en ella inseminación artificial, y a quien implante a mujer mayor de dieciocho años un óvulo fecundado, cuando hubiere utilizado para ello un óvulo ajeno o esperma de donante no autorizado, sin el consentimiento expreso de la paciente o del donante o con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el hecho o para resistirlo.¹⁴⁷

El mismo Código también tipifica como delito la manipulación de genes humanos de manera que se altere el genotipo, con finalidad distinta a la eliminación o disminución de enfermedades graves o taras y sanciona a quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto al de la procreación humana, y creen

¹⁴³ Fertilización y fecundación son considerados como términos sinónimos.

¹⁴⁴ Para más información sobre el tema consultar Brena, Ingrid, “Comentarios al título segundo del Código Penal para el Distrito Federal: procreación asistida, inseminación artificial y manipulación genética”, en García Ramírez, Sergio e Isla de González, Olga (coords.), *Análisis del nuevo Código Penal para el Distrito Federal. Terceras Jornadas sobre Justicia Penal Fernando Castellanos Tena*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 243-250.

¹⁴⁵ Artículo 149 del Código Penal para el Distrito Federal.

¹⁴⁶ *Ibidem*, artículo 150.

¹⁴⁷ *Ibidem*, artículo 151.

seres humanos por clonación o realicen procedimientos de ingeniería genética con fines ilícitos.¹⁴⁸

4. *Legislación civil*

Son varias entidades federativas las que se refieren a la reproducción asistida por los efectos de filiación que ésta genera. A modo de ejemplo cito el Código Civil para el Distrito Federal, el cual expresa: “Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, así como el empleo, en los términos que señala la ley, de cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia”.¹⁴⁹ Este texto es un reconocimiento explícito y muy amplio para que las personas puedan utilizar las TRA. En cambio, en una posición totalmente conservadora, el Código Civil de Coahuila establece en su artículo 95: “El óvulo fecundado corpórea o extracorpóreamente, cualquiera que sea su grado de desarrollo, merece la protección de este código y las leyes otorgan a la vida humana inherente a las personas concebidas”. Por otra parte, el artículo 239 del Código Familiar de San Luis Potosí establece: “Podrán ser destinatarios de las técnicas de reproducción asistida quienes se encuentren unidos en matrimonio o concubinato y derivado de cuestiones de esterilidad o infertilidad, así diagnosticada...”. Más avanzados, Tabasco y Sinaloa regulan la gestación subrogada como un supuesto de la filiación en sus códigos civiles.

Ante la escasa legislación sanitaria, una regulación penal sancionadora vigente sólo en la CDMX, y unas referencias en las legislaciones civiles estatales, podemos afirmar que la reglamen-

¹⁴⁸ *Ibidem*, artículo 154. Para obtener más información sobre la regulación penal en el Código Penal para el Distrito Federal consultar Brena Sesma, Ingrid, “Procreación asistida e inseminación artificial y manipulación genética en el Código Penal del Distrito Federal”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, México, núm. 20, enero-junio de 2004.

¹⁴⁹ Artículo 162 del Código Civil para el Distrito Federal.

tación de la fecundación asistida resulta a todas luces insuficiente. Esta carencia es una muestra del rezago del Estado mexicano frente a su obligación de actuar en protección de los derechos humanos del creciente número de personas que por cualquier causa decidan acceder a la fecundación asistida.

IV. INICIATIVAS DE LEY PRESENTADAS EN EL CONGRESO DE LA UNIÓN

Si la regulación en la legislación mexicana es escasa no es por falta de iniciativas para normar la fecundación asistida sino por ausencia de acuerdos en las cámaras legislativas. Las discusiones sobre reproducción asistida se han empantanado en debates interminables entre las distintas corrientes interesadas en el tema.

Cada uno de los principales partidos políticos ha presentado una o varias iniciativas tanto ante el Senado de la República como ante la Cámara de Diputados, sin que, hasta la fecha, se haya obtenido ninguna aprobación.

El Grupo Reproducción Elegida, GIRE, realizó una evaluación sobre las iniciativas legislativas.¹⁵⁰ El estudio abarca el periodo comprendido entre abril de 2008 y diciembre de 2012. En ese lapso se presentaron ante el Congreso de la Unión por lo menos ocho iniciativas para reformar la Ley General de Salud o para crear leyes específicas: la Ley de Reproducción Humana Asistida y la Ley Federal de Subrogación Gestacional.

A todas las iniciativas de corte conservador presentadas se les pueden señalar graves deficiencias. En principio, el uso indistinto de los términos concepción y fertilización con el mismo significado a pesar de su probada diferencia en la sentencia *Artavia Murillo*. La prohibición a la criopreservación de óvulos fecundados o la autorización para fecundar limitada a un solo óvulo traerían como consecuencia poner en serio riesgo la efectividad del procedimiento. Estas iniciativas insistieron en el reconocimiento de la

¹⁵⁰ GIRE, *op. cit.*

personalidad jurídica de los embriones y pretendieron impedir el acceso a las TRA a personas solteras y a parejas del mismo sexo. Bajo estas premisas cualquier avance legislativo de regular la reproducción asistida podría ser declarado inconstitucional.

Caso aparte es la iniciativa presentada por la senadora María de los Ángeles Moreno en julio de 2011, la cual incluye como sujetos de las TRA a las personas y no a las parejas, es decir, no se requiere estar casado o vivir en pareja para acceder a la nueva tecnología; además, la propuesta incluye la posibilidad de crioconservar material genético.

Las iniciativas para regular la gestación subrogada han ido más lejos. El noviembre de 2010 una Ley de Gestación Subrogada fue aprobada por la Asamblea Legislativa del entonces Distrito Federal, sin embargo, nunca fue publicada. El Ejecutivo envió comentarios a la iniciativa en septiembre de 2011, mismos que fueron discutidos, pero no aprobados.

Actualmente se encuentra en revisión en la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados una minuta en materia de Reproducción Humana Asistida, dictaminada por las Comisiones Unidas de Salud, Derechos Humanos y Estudios Legislativos del Senado y aprobada por el pleno de la misma Cámara el 28 de abril de 2016. La minuta propone reformar la Ley General de Salud para regular la reproducción humana asistida como materia federal bajo control de la Secretaría de Salud federal.

El dictamen propone el establecimiento de un Registro Nacional de Reproducción Asistida que sería de gran utilidad para concentrar información estadística sobre los centros que realizan procedimientos vinculados con la reproducción humana y bajo qué condiciones lo hacen. Sin embargo, algunas propuestas como exigir que quienes pretendan acceder a las TRA deben contar con una indicación médica, excluirían a quienes lo intenten por razones de soltería o de homosexualidad.

Sin tomar en cuenta esa minuta, en septiembre de 2016 la Cámara de Diputados emitió un dictamen propio sobre Reproducción Humana Asistida y Gestación subrogada. Este docu-

mento presenta problemas adicionales al no proteger los derechos humanos de quienes intenten acceder a las prácticas. Sería recomendable que los diputados se asesoraran con expertos en el tema y que tuvieran acceso a las distintas resoluciones del Sistema Interamericano de Justicia para que el asunto no quedara, de nuevo, en el limbo legislativo.

V. JURISPRUDENCIA

Citamos algunas de las resoluciones emitidas en relación con el derecho a acceder a las TRA en México.

1. *Derecho a la vida familiar de las parejas del mismo sexo*

El 18 de enero de 2017, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación aprobó la tesis 8/2017 (10a.), con el mismo rubro de este apartado. Este criterio jurisprudencial se conformó en virtud de cinco amparos en revisión resueltos en el mismo sentido, en el tiempo transcurrido entre diciembre de 2012 y marzo de 2015:

A partir de las consideraciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la similitud entre las parejas homosexuales y heterosexuales en cuanto a su capacidad de desarrollar una vida familiar, la Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación entiende que la vida familiar entre personas del mismo sexo no se limita únicamente a la vida en pareja, sino que puede extenderse a la procreación y a la crianza de niños y niñas según la decisión de los padres. Así, existen parejas del mismo sexo que hacen vida familiar con niños y niñas procreados o adoptados por alguno de ellos, o parejas que utilizan los medios derivados de los avances científicos para procrear.¹⁵¹

¹⁵¹ Tesis: 1a./J. 8/2017 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, enero de 2017, p. 127.

Esta jurisprudencia atiende a la capacidad de las parejas homosexuales para hacer vida familiar utilizando los avances científicos encaminados a la procreación.

2. *Constitucionalidad de los requisitos para ingresar al servicio de reproducción asistida brindados por el ISSSTE, a la luz de los principios de igualdad y no discriminación*

Una mujer, a quien se le negó el ingreso a Programa Integral de Reproducción Asistida del Centro Médico Nacional 20 de Noviembre bajo el argumento de no cumplir los criterios de ingreso, presentó el caso antes diversas autoridades judiciales hasta que llegó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. El tema principal fue la “Constitucionalidad de los requisitos para ingresar al servicio de reproducción asistida brindados por el ISSSTE, a la luz de los principios de igualdad y no discriminación”.¹⁵²

Los criterios elaborados por el Centro Médico eran: *a)* edad límite de los pacientes: femenina 35 años, masculino 55 años; *b)* sólo parejas constituidas legalmente, en matrimonio o concubinato; *c)* que los pacientes no tuvieran ningún o un hijo; *d)* que las parejas no tuvieran anomalías genéticas heredables a los hijos; *e)* que los pacientes, cuando presentaran alguna enfermedad concomitante, se realizaran una consulta preconcepcional para evaluar el riesgo potencial del embarazo.

Después de su análisis, la Segunda Sala concluyó que los criterios del límite de la edad, incluir sólo a parejas constituidas legalmente y excluir a las parejas con anomalías genéticas heredables a sus hijos, fueron violatorios de derechos y, por tanto, no debían ser aplicados a la esfera jurídica de la quejosa.

Este criterio fue un avance significativo en el reconocimiento de derechos reproductivos vinculados a las TRA y concuerda

¹⁵² Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ministro ponente Eduardo Medina Mora, *amparo en revisión 619/2017*, 29 de noviembre de 2017, pp. 10 y ss.

con los criterios del Informe y de la sentencia *Artavia Murillo* y da muestra de un Poder Judicial al tanto de las resoluciones tanto de la Comisión IDH como de la Corte IDH, atenta a la información científica sobre reproducción humana y pronta a proteger los derechos de quienes en uso de su autonomía deciden acceder a las TRA.

Desafortunadamente el avance logrado resulta insuficiente para la sociedad, toda vez que los fallos de la Suprema Corte son aplicados únicamente a la esfera jurídica de quienes promueven la intervención judicial y no al total de la población. Sin legislación adecuada y protectora de los derechos relacionados con la fecundación asistida, un número considerable de personas continuarán desprotegidas y los casos que lleguen a los tribunales irán multiplicándose.

VI. EFECTOS VINCULANTES DE LA SENTENCIA *ARTAVIA MURILLO* PARA MÉXICO

Ya en un capítulo anterior quedó probada la fuerza normativa de la Convención ADH, de sus protocolos y de la interpretación que de ella realice la Corte IDH, considerada el único órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos e intérprete último y definitivo de dicho pacto. La exégesis emprendida por el tribunal interamericano en el caso *Artavia Murillo* adquirió la misma eficacia que posee la Convención¹⁵³ y, por lo tanto, se convirtió en obligatoria para México, como Estado firmante.

La interpretación de la Convención ADH realizada por la Corte en el caso *Artavia Murillo* se proyectó hacia dos dimensiones. La primera, lograr la eficacia en el caso particular con efectos subjetivos para Costa Rica. A partir de sus conclusiones, la Corte condenó al Estado a tomar las medidas necesarias para dejar sin

¹⁵³ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.*, p. 394.

efecto la prohibición decretada y le exigió regular a la brevedad aquellos aspectos que considerara necesarios para la implementación de la FIV y el establecimiento de sistemas de control de calidad para las instituciones y profesionales que la desarrollen.

La segunda dimensión que proyecta la sentencia es la de establecer la eficacia general con efecto de la norma interpretada hacia los Estados que son parte de la Convención ADH. La sentencia *Artavia Murillo* interpretó varios derechos humanos consagrados en la Convención relacionados con la fecundación asistida: derecho a la autonomía, privacidad, fundar una familia, no discriminación y, en forma especial, interpretó el término “concepción” y la explicación de cómo debe entenderse la frase “y en general desde el momento de la concepción”, referida a la protección de la vida, mencionada en el artículo 4.1 de la Convención ADH.¹⁵⁴

México se adhirió a la Convención¹⁵⁵ y en 1999 reconoció la competencia de la Corte,¹⁵⁶ con lo que se obligó a aceptar las interpretaciones o aplicaciones de la Convención. Bajo este orden de ideas, la interpretación que la Corte formuló respecto a los

¹⁵⁴ En relación al tema concreto del término “concepción”, vale la pena recordar que, al firmar la Convención ADH, nuestro país presentó una reserva respecto a una declaración interpretativa: “Declaración interpretativa: Con respecto al párrafo 1o. del artículo 4 considera que la expresión ‘en general’ usada en el citado párrafo no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida ‘a partir del momento de la concepción’, ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados”. Desde luego, la reserva no tuvo como fin favorecer a la fecundación *in vitro*, la cual no se practicaba al momento de redactarse la Convención, sino dejar abierta la posibilidad para que México pudiera regular en materia de aborto.

¹⁵⁵ Este reconocimiento fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de febrero de 1999.

¹⁵⁶ Artículo 62 de la Convención ADH para la protección de los derechos humanos: “Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención”.

derechos humanos vinculados a la FIV —en especial al término “concepción” y la aclaración respecto al significado de la expresión “y en general”, que también es una interpretación— son obligatorias en la jurisdicción mexicana.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor, juez de la Corte IDH, hace notar que, además del control de convencionalidad “concentrado” —que corresponde a la Corte y que constituye su razón de ser— otro, el control “difuso”, debe realizarse por los jueces y órganos de administración de justicia nacionales de los Estados que han suscrito o se han adherido a la Corte, y con mayor intensidad a los que han aceptado la jurisdicción de ésta.¹⁵⁷ Es decir, los jueces nacionales tienen la obligación, además de aplicar su ley nacional, de realizar una interpretación convencional para verificar si dichas leyes en un caso particular resultan compatibles con la Convención. Así, los jueces nacionales se convierten en guardianes de la Convención, pero también de las interpretaciones que de la misma haga la Corte.¹⁵⁸

Eduardo Ferrer menciona que el juez nacional debe aplicar la jurisprudencia convencional, incluso la que se crea en aquellos asuntos donde no sea parte el Estado nacional al que pertenece ya que lo que define la integración de la jurisprudencia de la Corte es la interpretación que ese tribunal interamericano realiza del *corpus juris* interamericano con la finalidad de crear un estándar en la región sobre su aplicabilidad y efectividad. Respecto a este tipo de control, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió la siguiente jurisprudencia:

JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA.

¹⁵⁷ Corresponde al juez mexicano el control difuso de convencionalidad. Nos explica Eduardo Ferrer que éste consiste en el deber de los jueces nacionales de realizar un examen de compatibilidad entre actos, normas nacionales, la Convención ADH, sus protocolos adicionales y sus jurisprudencias. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.*, pp. 339, 430 y ss.

¹⁵⁸ *Idem.*

Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1o. constitucional, pues el principio pro persona obliga a los jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. En cumplimiento de este mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos.¹⁵⁹

Esta jurisprudencia fija el control de convencionalidad que corresponde a los jueces ejercer respecto a los criterios jurisprudenciales de la Corte como una extensión de la Convención ADH, con efectos vinculantes, independientemente de que el Estado Mexicano no haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, situación en la que nos encontramos con respecto a la sentencia *Artavia Murillo* dirigida al Estado de Costa Rica.

El principal factor para el cumplimiento de las resoluciones del Tribunal interamericano en el orden jurídico interno mexicano es la recepción. Sergio García Ramírez señala que el movimiento de recepción corre por múltiples vías: modificaciones

¹⁵⁹ Criterios obligatorios de la contradicción de tesis 293/2011, tesis: P./J. 21/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 5, t. I, abril de 2014, p. 202, disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?id=2006225&Clase=DetalleTesisBL>.

constitucionales, leyes internas de implementación, decisiones jurisdiccionales, políticas públicas y admisión cultural.¹⁶⁰ De manera que cualquiera de los diferentes Poderes o de los órdenes de gobierno que pretenda legislar, aplicar o resolver cualquier asunto relacionado con la fecundación asistida o con la vida prenatal encontrará un material riquísimo sobre los derechos humanos vinculados a la FIV que están protegidos tanto por la CPEUM como por la Convención ADH para la protección de los derechos humanos.¹⁶¹ En este sentido, Eduardo Ferrer explica que la obligación de cumplimiento del derecho convencional es vinculante para todas las autoridades y órganos nacionales, con independencia de su pertenencia a los poderes Legislativo, Ejecutivo o Judicial, toda vez que el Estado responde en su conjunto y adquiere responsabilidad internacional ante el incumplimiento de los instrumentos internacionales que ha asumido¹⁶² y, como señala Manuel Becerra, el control de convencionalidad que se ejerza fortalecerá la recepción, además dará oportunidad al sistema interno de expandirse con base en las interpretaciones de la Convención realizadas por la Corte.¹⁶³

Esta vinculación se extiende, en términos del artículo 133,¹⁶⁴ a los jueces de cada entidad federativa a pesar de las disposiciones en contrario que pudieran contener sus Constituciones o leyes. En

¹⁶⁰ García Ramírez, Sergio y Zanghi, Claudio, “Las jurisdicciones regionales de derechos humanos y las reparaciones y efectos de las sentencias”, en Canosa Usera, Raúl *et al.* (coords.), *El diálogo entre los Sistemas Europeos y Americanos de Derechos Humanos*, 2a. ed., Lima, Thompson Reuters, 2015, pp. 484 y ss.

¹⁶¹ Artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁶² Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.*, p. 394.

¹⁶³ Becerra, Manuel, *El control de la aplicación del derecho internacional en el marco del Estado de Derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 144.

¹⁶⁴ Artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, además de reconocer que “los tratados que estén de acuerdo con la Constitución celebrados por el Ejecutivo y aprobados por el Senado serán Ley Suprema de toda la Unión, refiere que los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a... los tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas”.

el mismo sentido, el artículo 28 de la Convención ADH¹⁶⁵ prescribe que el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención.

Sin embargo, y a pesar de las disposiciones tanto de la Convención ADH como de nuestra CPEUM, actualmente las constituciones de 17 estados de la República contienen cláusulas de protección de la vida prenatal, que van desde la protección general hasta la dotación de personalidad jurídica al embrión.¹⁶⁶ Al respecto, Rebeca Antonia Ramos Duarte, integrante de GIRE, opina que en esas entidades federativas todas las autoridades, incluidas las jurisdiccionales, administrativas y legislativas, tienen la obligación de proteger la vida prenatal de conformidad con la jurisprudencia de la Corte IDH establecida en la sentencia del caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, es decir, a través del respeto irrestricto de los derechos reproductivos de las mujeres.¹⁶⁷ Pero ni la Convención ADH ni la CPEUM ni la doctrina han logrado ese respeto ni se ha emitido regulación alguna sobre la fecundación asistida.

¹⁶⁵ “Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención”.

¹⁶⁶ Para más detalles véase Tamés, Regina, *op. cit.*, pp. 35-37, 43-48 y 52-53.

¹⁶⁷ Ramos Duarte, Rebeca Antonia, “La protección de la vida prenatal en México”, en Medina Arellano, María de Jesús *et al.* (coords.), *Bioética laica, vida, muerte, género, reproducción y familia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018, p. 324.

CAPÍTULO OCTAVO

REGULACIÓN DE LAS TRA DE ACUERDO A UN MODELO QUE PROTEJA DERECHOS HUMANOS

I. ATENCIÓN A LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS

Los crecientes casos de infertilidad en nuestro país han puesto sobre la mesa la necesidad de un replanteamiento sobre el ejercicio de los derechos reproductivos, lo mismo que los derechos de las parejas del mismo sexo o de las personas que, en solitario, desean tener descendencia. Tanto los derechos de las personas fértiles a exigir del Estado una simple abstención de interferencia en sus decisiones, como los de las personas que padecen algún tipo de infertilidad o que, atendiendo a otras causas, optan por acceder a la reproducción asistida, generan la necesidad de una respuesta estatal. Ante esta legítima exigencia el Estado no debe permanecer inactivo, por el contrario, debe proporcionar respuestas capaces de garantizar a quien lo solicite un acceso seguro y sin discriminación a las nuevas formas de tecnología de la reproducción.

II. DEBER DEL ESTADO MEXICANO DE LEGISLAR EN MATERIA DE FECUNDACIÓN ASISTIDA

1. *La Convención Americana para la Protección de los Derechos Humanos*

El artículo 1.1 de esta Convención expresa:

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su

libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

En seguimiento de este precepto, el artículo 2o. establece:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1o. 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.

2. *La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*

En el ámbito interno, el artículo 1o. de la CPEUM reconoce diversos derechos humanos contenidos en el propio texto constitucional, así como los establecidos en los tratados en que México es parte.¹⁶⁸ Sin embargo, este reconocimiento resulta insuficiente si no se asegura su protección. El mismo texto constitucional expresa: “Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad”. Los derechos humanos relacionados con la aplicación de las TRA se insertan en este contexto.

¹⁶⁸ “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte”. Párrafo reformado *Diario Oficial de la Federación*, 10 de junio de 2011.

3. *Opinión de la doctrina*

Acudimos a textos del constitucionalista Miguel Carbonell para descubrir cuáles son las obligaciones de las autoridades relacionadas con los derechos humanos que podemos vincular a los procedimientos de FIV que fueron objeto de la sentencia *Artavia Murillo*. Este autor opina que la CPEUM obliga a las autoridades de todos los niveles, no solo a respetar los derechos mediante conductas de abstención sino a hacer todo lo que esté a su alcance para lograr la eficacia plena de los derechos, sin poder esgrimir ningún tipo de estructura competencial para dejar de tomar medidas en favor de los derechos.¹⁶⁹ Carbonell insiste en que entre las primeras medidas que deben tomar las autoridades están las de carácter legislativo. Las obligaciones del Estado mexicano pueden tener como origen una norma nacional o internacional y deben ser cumplidas dentro de un plazo razonablemente corto, con independencia de que la plena realización de todos los derechos lleve un plazo más prolongado.

Los Estados deben modificar el ordenamiento jurídico interno en la medida necesaria para dar efectividad a las obligaciones emergidas de la Convención ADH y corroboradas en la sentencia *Artavia Murillo*. Adecuar el ordenamiento interno en todas aquellas materias que sea necesario resulta primordial para efecto de eliminar cualquier norma contraria a los derechos vinculados con la reproducción asistida que pueda impedir su completa realización.

En el contexto de los derechos reproductivos, el Estado Mexicano debe adoptar las medidas activas para que todos los sujetos de los derechos tengan la oportunidad de disfrutar de ellos en caso de que pretendan llevar a cabo una FIV o cualquier otra TRA. Los poderes legislativos tanto federales como locales es-

¹⁶⁹ Carbonell, Miguel, “Las obligaciones del Estado mexicano en el artículo 1o. de la Constitución”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos...*, cit., pp. 67 y ss.

tán obligados a garantizar la plena efectividad de los derechos fundamentales generando el marco normativo para que ello sea posible.¹⁷⁰

Pero a pesar de las disposiciones en la Convención ADH y las contenidas en nuestra CPEUM, el Estado Mexicano aún no adopta las disposiciones necesarias para que a través de sus cuerpos legislativos o del Ejecutivo se protejan y hagan efectivos los derechos humanos relacionados con la implementación de las TRA. Esta abstención implica una deuda con las personas que decidan ejercer sus derechos reproductivos a través de las modernas tecnologías ya que sus derechos humanos no se encuentran debidamente respetados, protegidos ni garantizados. La escasa regulación sanitaria y civil, así como algunas sentencias de la Suprema Corte que han resuelto casos concretos resultan, a todas luces, insuficientes.

III. LEGISLAR DESDE UNA PERSPECTIVA LAICA

Desde una perspectiva biológica, la reproducción es la respuesta a un instinto del ser humano como organismo vivo y a esta perspectiva biológica se suman: la exigencia cultural de una sociedad compuesta básicamente por familias, y los postulados económicos que exigen tener descendientes a quienes heredar los bienes adquiridos. Nuestra organización social parte del núcleo familiar; la sociedad espera de los individuos, hombres y mujeres, la conformación de una familia integrada con herederos que garanticen la preservación de los patrimonios familiares. Sin embargo, las estructuras tan largamente preservadas han sido modificadas en los últimos tiempos y ahora son comúnmente aceptadas tanto las decisiones de personas de acudir a las TRA como las de aquellas que, alejadas de los imperativos de la naturaleza y de los mandatos cultural y social, optan de acuerdo a su proyecto de vida, no tener descendencia.

¹⁷⁰ *Idem.*

Cualquiera que sea la decisión reproductiva que las personas tomen, supone el ejercicio del libre albedrío. Pero la libre decisión para tener o no tener descendencia o de acceder a la reproducción asistida requiere de un Estado que no admita imposiciones ni trabas religiosas a la decisión de cada persona, es decir, de un estado laico que, además del reconocimiento de esa libertad, implemente las condiciones adecuadas para que las personas puedan ejercerla. La vigencia del Estado laico¹⁷¹ es fundamental para la preservación y consolidación de los derechos sexuales y reproductivos de todas las personas, en tanto que derechos humanos.¹⁷²

Las argumentaciones religiosas que sustentan el inicio de la vida del ser humano a partir del encuentro del óvulo con el espermatozoide y que consideran a los procedimientos de fecundación asistida como potenciales aniquiladores de personas titulares de derechos, son válidas. Pero esta validez se restringe a los fieles a ese conglomerado religioso quienes, en ejercicio de su libertad, probablemente no accederán a las TRA; en cambio, esas argumentaciones dejan de ser válidas para personas ajenas a grupos religiosos.

En el Congreso es incuestionable que los diputados tienen sus convicciones personales, algunas religiosas otras no, pero como legisladores les corresponde pautar su acción legislativa no desde sus convicciones personales sino tomando en cuenta de manera primordial el interés de toda la sociedad. Para Bovero no existe justificación para que los partidos políticos confesionales pretendan imponer su propia verdad, incluso a aquellos que no la comparten, apelando a su fuerza numérica, eventualmente mayorita-

¹⁷¹ La laicidad significa mucho más que la separación del Estado y de la Iglesia, representa el respeto debido a la pluralidad de convicciones religiosas, ateas, agnósticas y filosóficas, así como la obligación de favorecer por diversos medios la deliberación democrática y pacífica.

¹⁷² Jorge Carpizo ha expresado que laicismo es contrario al fanatismo, dogmatismo, al pensamiento único, es sinónimo de democracia como expresión de tolerancia al derecho a pensar distinto. La democracia es derecho a disentir.

ria y con alguna presunta o pretendida autoridad moral.¹⁷³ Tratar de imponer en una legislación una concepción religiosa o moral, aunque sea de la mayoría de la sociedad, atenta gravemente contra la libertad de conciencia, de pensamiento y de culto.

La sentencia de la Corte IDH en el caso *Artavia Murillo* representó un gran avance del pensamiento democrático y laico. La autoridad de las argumentaciones vertidas en la sentencia, así como en la interpretación oficial del artículo 4.1 de la Convención ADH, han dejado un precedente que difícilmente podrá ser desconocido para quienes intenten aplicar este precepto y regular las diversas TRA en Latinoamérica. Los integrantes de la Corte optaron por partir de una visión al margen de las creencias y religiones y sus interpretaciones dan luz a otros debates tales como la práctica del diagnóstico preimplantatorio o la empantañada discusión en Latinoamérica sobre la posible utilización de células troncales embrionarias con fines de investigación.

Además, debemos tener presente que el pueblo mexicano ha optado constituirse en una República representativa, democrática y laica según consta en el artículo 40 de la CPEUM.¹⁷⁴ El reconocimiento a nuestra República como laica tuvo un propósito, José María Serna señala:

...evitar que los valores o intereses religiosos se erijan en parámetros para medir la justicia o legitimidad o la justicia de las normas y de los actos del poder político e impedir cualquier tipo de confusión entre funciones religiosa y funciones estatales. A partir del cambio, el concepto laico debe ser un parámetro de control de la constitucionalidad de normas generales y de actos de autoridad del sistema jurídico mexicano.¹⁷⁵

¹⁷³ Bovero, Michelangelo, *El concepto de laicidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Iberoamericano de derecho Constitucional, Cátedra extraordinaria Benito Juárez, 2013, Colección Jorge Carpizo para entender y pensar la laicidad, p. 19.

¹⁷⁴ Adición constitucional de noviembre de 2012.

¹⁷⁵ Serna de la Garza, José María, *Laicidad y derecho internacional de los derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Ibe-

Además, otra adición al artículo 24 constitucional expresa: “Toda persona tiene derecho a la libertad de convicciones éticas, de conciencia y de religión, y a tener o adoptar, en su caso, la de su agrado... Bajo ese tenor, el Congreso no puede dictar leyes que establezcan o prohíban religión alguna”.¹⁷⁶

La lectura de los textos constitucionales nos permite argumentar que nadie tiene derecho, incluido el Estado, a coartar la libertad religiosa de las personas, tratando de imponer las convicciones éticas de conciencia o religión que no le sean propias. En el supuesto de que una legislación sobre reproducción asistida no tuviera por principio el respeto a esa laicidad y que cimentara sus motivos en argumentaciones religiosas estaría imponiendo a una parte de la sociedad que no comparte esa religión, valores y creencias que le son ajenos.

IV. DERECHOS QUE DEBEN SER PROTEGIDOS POR UNA LEGISLACIÓN SOBRE FECUNDACIÓN ASISTIDA

La falta de legislación sobre fecundación asistida afecta varios de los derechos humanos reconocidos por la Convención ADH y que fueron protegidos por la sentencia *Artavia Murillo*: derecho a la salud reproductiva, al ejercicio de la autonomía, a fundar una familia, derecho a la privacidad, a la no discriminación, etcétera. La mayoría de estos derechos también se encuentran protegidos por la CPEUM. Basta con consultar el contenido de los artículos 1o., 4o., 6o. y 16 constitucionales para comprobarlo; más, desde luego, las leyes secundarias que también los garantizan. La utilización de la fecundación *in vitro*, la TRA más utilizada, también se encuentra estrechamente vinculada con el goce de los beneficios del progreso científico, derecho que ha sido reconocido interna-

roamericano de Derecho Constitucional, Cátedra extraordinaria Benito Juárez, 2013, Colección de cuadernos Jorge Carpizo para entender y pensar la laicidad.

¹⁷⁶ Párrafo reformado, *Diario Oficial de la Federación*, 19 de julio de 2013.

cionalmente en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.¹⁷⁷

V. LÍMITES AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS

Las complejas y variadas TRA deberán estar, desde luego, sometidas a ciertas limitantes. La autonomía personal debe ser complementada con la responsabilidad frente a los posibles daños que éstas pudieran causar, tanto a los involucrados en procesos concretos como a terceros. Pero las limitaciones a los derechos relacionados con las TRA deberán estar enmarcadas dentro del orden constitucional sustentado en un contexto liberal y por razones válidas para el conjunto de la sociedad.¹⁷⁸ Existe una gran diferencia entre establecer restricciones a la autonomía de las personas cuando éstas se encuentran justificadas y no sean excesivas, a imponer una tajante prohibición o no legislar, como hasta ahora se ha hecho.¹⁷⁹

VI. LEGISLACIÓN FEDERAL

El artículo 4o. constitucional en su párrafo tercero expresa: “Toda persona tiene derecho a la protección de su salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución”.

¹⁷⁷ El artículo 15, inciso *b*, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone que “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones”.

¹⁷⁸ Gómez, Yolanda, *El derecho a la reproducción humana...*, *cit.*, pp. 49 y 50.

¹⁷⁹ Más información sobre este punto en el primer capítulo de esta obra.

En atención a este mandato, el Congreso expidió la Ley General de Salud como la reglamentaria del 4o. constitucional. Esta ley en su articulado establece las bases y modalidades de esa concurrencia federativa en materia de reproducción bajo los siguientes términos:

El artículo 3o. establece como materia federal el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y células (esto incluye a las sexuales) por considerarla materia de salubridad general.

Por su parte, el artículo 13, apartado A, fracción II, señala que esa materia —el control sanitario antes enunciado— le corresponde al Ejecutivo Federal por conducto de la Secretaría de Salud.

Además de la Ley, los reglamentos que de ella derivan son de aplicación en toda la República y en el Reglamento en Materia de Investigación para la Salud encontramos el marco jurídico vigente de la reproducción asistida en nuestro país, analizado previamente en este trabajo. De manera que cualquier intento de reforma a estos textos o de crear una regulación específica sobre los servicios de reproducción asistida tendrá que legislarse y estar bajo el control del mismo ámbito federal.¹⁸⁰

VII. COMPETENCIA ESTATAL

Los poderes de los Estados integrantes de la federación, como cualquier autoridad, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, por tanto, deben modificar el ordenamiento jurídico interno en la medida necesaria para dar efectividad a las obligaciones emergidas de la Convención ADH y corroboradas en la sentencia *Artavia Murillo*.

¹⁸⁰ GIRE concuerda con este razonamiento y expresa: “Por tratarse de una materia federal se requiere o de modificaciones a la LGS o una ley especial que la reglamente”, *op. cit.* p. 175.

En vista de las implicaciones que la aplicación de las TRA produce al interior de la familia y que modifican el estado civil de las personas, a los Congresos locales les corresponde promover las reformas necesarias en materia civil. Estos Congresos también deberían señalar aquellas conductas relacionadas con la reproducción asistida que pudieran ser consideradas como delito y las posibles sanciones que se impondrían a dichas conductas. Adecuar el ordenamiento interno en todas aquellas materias que sea necesario resulta primordial para efecto de eliminar cualquier norma contraria a los derechos vinculados con TRA que pueda impedir su completa realización.

A MODO DE CONCLUSIÓN

La trascendente importancia de la intervención del Sistema Interamericano de Justicia que marca un antes y un después en el reconocimiento y protección de los derechos reproductivos en Latinoamérica, motivaron la redacción de la investigación presentada. Tanto la primera intervención de la Comisión IDH que concluyó en un informe y recomendaciones dirigidos a Costa Rica por la prohibición de la FIV, así como la de la Corte IDH que dictó la sentencia conocida ya como *Artavia Murillo*, fueron concluyentes. Las nuevas intervenciones en el caso *Gómez Murillo* tuvieron el propósito de conminar a Costa Rica a cumplir con el fallo, hasta lograr un acuerdo entre las partes para dar fin a la larga controversia. Todas y cada una de las intervenciones fueron pieza clave para erradicar de Costa Rica la prohibición a la FIV e implementar su reglamentación, pero también para generar avances importantes a la concepción de los derechos reproductivos en toda la región.

En especial, la sentencia *Artavia Murillo* mereció un extenso análisis y comentarios. En este importante fallo, los miembros de la Corte IDH se expresaron con sólidos argumentos, fundados en evidencia científica y alejados de fundamentalismos religiosos y optaron por una nueva percepción de los derechos reproductivos. Esta sentencia, como se comprobó a lo largo de esta investigación, posee efectos vinculantes a hacia todos los Estados partes de la Convención, entre ellos México, como lo ha confirmado jurisprudencia de la SCJN.

La investigación también se propuso exponer que, a pesar de las disposiciones de la Convención ADH y de la CPEUM, al carecer de una regulación específica basada en la protección de derechos humanos vinculados a la autonomía reproductiva, nuestro país se encuentra en deuda con todas aquellas personas

que deciden acceder a las TRA por problemas de infertilidad o por cualquier otra causa. México debe legislar en la materia, pero es necesario que lo haga bajo un modelo que proteja los derechos humanos relacionados a la procreación y que, además, garantice su efectividad.

Como contraparte, es conveniente que las personas estén al tanto del significado y alcance de sus derechos a la libertad y salud reproductiva, así como al acceso a los adelantos científicos y tecnológicos, por ello deben tener información sobre los avances de las TRA y sus posibilidades reales. También es necesario que sepan que sus decisiones reproductivas, incluida la de fundar una familia, pueden ser tomadas en forma privada y que tienen derecho a ser tratados de tal forma que no sean discriminados.

Una manera de fomentar una sociedad informada, pero también de procurar un Estado responsable de sus obligaciones, es a través de la apertura de discusiones democráticas, deliberativas, alejadas de prejuicios y formaciones ideológicas; se trata de constituir una atmósfera de diálogo apoyada en las herramientas jurídicas y en las políticas públicas que permitan a las personas interesadas hacer oír su voz ante los distintos órganos gubernamentales, de tal manera que sus derechos gocen, además de reconocimiento, de efectividad. El último propósito de este libro fue contribuir a esa discusión.

BIBLIOGRAFÍA

- ALVARADO MUÑOZ, Fabricio, “Fecundación *in vitro* en Costa Rica: entre la soberanía coartada y la defensa de la vida”, *Revista Parlamentaria Asamblea Legislativa*, Costa Rica, vol. 21, núm. 1, mayo de 2015.
- ANDORNO, Roberto, “Técnicas de procreación asistida”, en BRENA SESMA, Ingrid y TEBOUL, Gérard (coords.), *Hacia un instrumento regional interamericano sobre bioética, experiencias y expectativas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.
- ANDÚJAR DE ZAMORA, Myrian, voz “Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Enciclopedia de Bioética en línea*, disponible en: <http://enciclpodediabioretica.com/index.php/todas-las-vozes/213corte-interamericana-de-derechos-humanos>.
- BACCINO, Giuliana, *Reproducción humana asistida. Aspectos jurídicos, sociales y psicológicos en las familias del nuevo milenio*, Tirant lo Blanch, 2014.
- BECERRA, Manuel, *El control de la aplicación del derecho internacional en el marco del Estado de derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.
- BOHOLAVKY, Ernesto, *Laicidad en América Latina*, México, UNAM, Instituto de investigaciones Jurídicas, Cátedra Universitaria Benito Juárez, Instituto Iberoamericano de derecho Constitucional, 2013, Colección de cuadernos Jorge Carpizo para entender y pensar la laicidad.
- BOVERO, Michelangelo, *El concepto de laicidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Iberoamericano de derecho Constitucional, Cátedra extraordinaria Benito Juárez, 2013, Colección Jorge Carpizo para entender y pensar la laicidad.

- BRENA SESMA, Ingrid (coord.), *Células troncales. Aspectos científicos-filosóficos y jurídicos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.
- BRENA SESMA, Ingrid, *El derecho y la salud. Temas a reflexionar*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.
- BRENA SESMA, Ingrid, “Comentarios al título segundo del Código Penal para el Distrito Federal: procreación asistida, inseminación artificial y manipulación genética”, en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio e ISLA DE GONZÁLEZ, Olga (coords.), *Análisis del nuevo Código Penal para el Distrito Federal. Terceras Jornadas sobre Justicia Penal Fernando Castellanos Tena*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- BRENA SESMA, Ingrid, “La fecundación asistida. ¿Historia de un debate interminable? El informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. XII, 2012.
- BRENA SESMA, Ingrid, “La gestación subrogada. ¿Una nueva figura del derecho de familia?”, en BRENA SESMA, Ingrid (coord.), *Reproducción asistida*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.
- BRENA SESMA, Ingrid, voz “maternidad subrogada”, en ROMERO CASABONA, Carlos María (dir.), *Enciclopedia de bioderecho y bioética*, Granada, Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, 2011.
- BRENA SESMA, Ingrid, “Procreación asistida e inseminación artificial y manipulación genética en el Código Penal del Distrito Federal”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, México, núm. 20, enero-junio de 2004.
- CANOSA USERA, Raúl *et al.* (coords.), *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, 2a. ed., Lima, ECB, 2015.
- CARBONELL, Miguel, “Las obligaciones del estado mexicano en el artículo 1o. de la Constitución”, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, 4a. ed., México, Porrúa, UNAM, 2016.

- CARPIZO, Jorge y VALADÉS, Diego, *Derechos humanos aborto y eutanasia*, México, UNAM, Instituto de investigaciones Jurídicas, 2008.
- CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, *Instrucción donum vitae “Sobre el respeto de la vida Humana naciente y la dignidad de la procreación”*, Ciudad del Vaticano, 22 de febrero de 1987, Introducción, punto 5, Las enseñanzas del magisterio, disponible en: http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_sp.html.
- CONSEJO EJECUTIVO, *Clonación de seres humanos con fines de reproducción: informe sobre los debates de la Asamblea General de las Naciones Unidas*, Ginebra, Organización Mundial de la Salud, 2005, disponible en: http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/22303/1/B115_ID2-sp.pdf.
- DWORKIN, Ronald, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, trad. de Ricardo Caracciolo y Víctor Ferreres, Barcelona, Ariel, 1994.
- EMALDI, Aitziber, voz “diagnóstico preimplantatorio”, en ROMEO CASABONA, Carlos María (dir.), *Enciclopedia de bioderecho y bioética*, Granada, Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, 2011.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, 4a. ed., México, Porrúa, UNAM, 2016.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México, Porrúa, 2018.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y ZANGHI, Claudio, “Las Jurisdicciones regionales de derechos humanos y las reparaciones y efectos de las sentencias”, en CANOSA USERA, Raúl *et al.* (coords.), *El diálogo entre los Sistemas Europeos y Americanos de Derechos Humanos*, 2a. ed., Lima, Thompson Reuters, 2015.

- GIRE, *Omisión e indiferencia, derechos reproductivos en México*, México, Grupo de Información en Reproducción Elegida, 2013, disponible en: <http://informe.gire.org.mx/>.
- GÓMEZ, Yolanda, *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, Marcial Pons, 1994.
- GÓMEZ, Yolanda, “Reproducción asistida: fundamento y nuevos problemas”, en LASTRE, Carlos *et al.* (coords.), *Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI*, Sevilla, Huelva, XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia, 2004.
- GONZÁLEZ, Juliana, “Embrión humano y dignidad humana”, en BRENA, Ingrid (coord.), *Células troncales. Aspectos científicos-filosóficos y jurídicos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.
- JUAN PABLO II *et al.*, “Catecismo de la Iglesia católica”, *Teología Moral*, Ciudad del Vaticano, 2a. ed., agosto de 1997, tercera parte La vida en Cristo, segunda sección, Los diez mandamientos, capítulo segundo, Amarás a tu prójimo como a ti mismo, artículo 5, El quinto mandamiento, disponible en: http://www.vatican.va/archive/catechism_sp/p3s2c2a5_sp.html.
- LACADENA CALERO, Juan Ramón, voz “embrión”, ROMERO CASABONA, Carlos María (dir.), *Enciclopedia de bioderecho y bioética*, Granada, Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, 2011.
- LAMAS, Marta, *Política y reproducción. Aborto: la frontera del derecho a decidir*, México, Plaza & Janés editores, 2001.
- LEMA AÑÓN, Carlos, *Reproducción poder y derecho*, Madrid, Trotta, 1999.
- LUNA, Florencia, “Infertilidad en Latinoamérica. En busca de un nuevo modelo”, *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 28, mayo de 2013, disponible en: http://www.ub.edu/fildi/revista/pdf/rbyd28_art-luna.pdf.
- MARIS MARTÍNEZ, Stella, voz “ingeniería genética”, “diagnóstico preimplantatorio”, en ROMERO CASABONA, Carlos María (dir.), *Enciclopedia de bioderecho y bioética*, Granada, Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, 2011.

- MEJÍA, María Consuelo, “El dilema ético en el tema del aborto. Reflexiones éticas sobre el derecho a decidir”, *Conciencia Latinoamericana*, México, vol. XIX, núm.18, julio de 2011.
- MEJÍA, María Consuelo, “Estado laico y libertad de conciencia. En defensa de la constitucionalidad de la ley que permite la interrupción del embarazo hasta la 12 semana de gestación”, *Conciencia Latinoamericana*, México, vol. XVII, núm.16, 2009.
- MENDOZA, Héctor, *La reproducción humana asistida. Un análisis desde la perspectiva biojurídica*, México, Universidad de Nuevo León-Fontamara, 2001.
- MIYARES, Alicia, “Derechos sexuales y reproductivos en América Latina”, *Pensamiento iberoamericano feminismo, género e igualdad*, Madrid, 2a. época, núm. 9, septiembre de 2011.
- OVALLE FAVELA, José, “Influencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLV, núm. 134, mayo-agosto de 2012.
- RAMOS DUARTE, Rebeca Antonia, “La protección de la vida prenatal en México”, en MEDINA ARELLANO, María de Jesús *et al.* (coords.), *Bioética laica, vida, muerte, género, reproducción y familia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Cátedra Extraordinaria Benito Juárez, 2018.
- RAMÍREZ GUTIÉRREZ, Adriana, “Trayectoria de las iniciativas vigentes en la corriente legislativa sobre Fertilización *in vitro*”, *Revista Parlamentaria Asamblea Legislativa*, Costa Rica, vol. 21, núm. 1, mayo de 2015.
- ROBERTSON, John A., “Basic Concepts in Reproductive Decision-Making”, en SHAPIRO, Michel *et al.* (coords.), *Bioethics and Law, Cases, Materials and Problems*, 2a. ed., Casebook, Series, Thomson West, 1981-2003.
- ROBERTSON, John A., “Procreative Liberty in the Era of Genomics”, *American Journal of Law & Medicine*, vol. 29, núm. 4, 2003.
- SERNA DE LA GARZA, José María, *Laicidad y derecho internacional de los derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Iberoamericano de Derecho Consti-

- tucional, Cátedra extraordinaria Benito Juárez, 2013, Colección de Cuadernos Jorge Carpizo para entender y pensar la laicidad.
- TAPIA, Ricardo, “La formación de la persona durante el desarrollo intrauterino desde el punto de vista de la neurobiología”, *Conciencia Latinoamericana*, México, vol. XVII, núm.16, abril 2009.
- VALERIO, Carlos *et al.*, *Fecundación in vitro en Costa Rica y en la Argentina*, Buenos Aires, Organización Abeledo Perrot, 2012.
- VÁZQUEZ, Rodolfo, “La cuestión del embrión y algunos problemas de la bioética”, *La construcción de la bioética*, Pérez Tamaayo, Ruy *et al.* (coords.), México, Fondo de Cultura Económica, 2007, Textos de Bioética, vol. I.
- VIDAL MARTÍNEZ, Jaime, voz “reproducción asistida”, en CASABONA, Carlos María (dir.), *Enciclopedia de bioderecho y bioética*, Granada, Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, 2011.
- WHO SCIENTIFIC GROUP ON RECENT ADVANCES IN MEDICALLY ASSISTED CONCEPTION, *Recent Advance in Medically Assiteed Conception*, World Health Organization, Genova, 1992.
- WINOCUR, Mariana, “El mandanto cultural de la maternidad”, en BRENA, Ingrid (coord.), *Reproducción asistida*, México, UNAM, Instituto Investigaciones Jurídicas, 2012.
- ZEGERS, Fernando, “Algunas consideraciones éticas en la práctica de la reproducción Asistida en Latinoamérica”, CASADO, María y LUNA, Florencia (coords), *Cuestiones de la bioética en y desde latinoamérica*, Pamplona, Thomson Reuter Civitas, 2012.
- ZEGERS-HOCHSCHILD, F., “Descripción y análisis de las técnicas de reproducción asistida como tratamiento para la infertilidad”, en ZEGERS-HOCHSCHILD, F., y SALAS, Sofía P. (eds.), *Bioética, reproducción y familia*, Santiago de Chile, Universidad Diego portales, 2014.
- ZEGERS-HOCHSCHILD, F. *et al.*, *Glosario de terminología en técnicas de reproducción asistida (TRA), versión revisada y preparada por el In-*

ternational Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS), Organización Mundial de la Salud, noviembre de 2010, disponible en: http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology2/es/.

La fecundación in vitro en el sistema interamericano de justicia, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 12 de septiembre de 2019 en los talleres de Ultradigital Press, S. A. de C. V., Centeno 195, colonia Valle del Sur, Iztapalapa, 09819 Ciudad de México, tel. 55 5445 0470. Se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel *holmen book* de 57 x 87 de 55 gramos para los interiores y cartulina couché de 250 gramos para los forros. Consta de 200 ejemplares (impresión digital).

Varias parejas a quienes se les prohibió el acceso a la fertilización asistida por una sentencia de la Sala Constitucional de Costa Rica acudieron ante la Comisión IDH para iniciar un procedimiento contra ese Estado. La Comisión integró el expediente ya conocido como *Artavia Murillo* y emitió un Informe y unas recomendaciones, mismas que, por no ser atendidas, motivaron que el caso fuera turnado a la Corte IDH. Tanto la resolución de la Comisión como la sentencia de la Corte, basadas en la interpretación de la Convención ADH, resultan una guía para la construcción de un pensamiento liberal fundado en criterios despojados de cualquier ideología o religión que pudiera afectar la toma de decisiones de cualquier persona que implique el uso de tecnología reproductiva.

Resulta imprescindible volver la mirada para observar a nuestro país, el cual, a pesar de estar obligado a proteger los derechos humanos vinculados a la reproducción, carece de una legislación acorde a la Convención ADH. En tanto opera el cambio legislativo, este libro pretende contribuir a la difusión y, por tanto, a un mejor entendimiento de los derechos humanos de las personas que optan por acudir a la fecundación asistida.

