

PRESENTACION

En este número se publican investigaciones en el terreno del Derecho de Familia, Penal, Contratación Administrativa, Constitucional e Historia del Derecho. Además, se efectúan las reseñas bibliográficas respectivas.

El director y editor



LOS NUEVOS PARADIGMAS Y LOS DERECHOS DEL CONCEBIDO COMO PERSONA(*)

Dr. Víctor Pérez Vargas^()*

Catedrático Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho
Director Revista Judicial
de la Corte Suprema de Justicia

(*) Ponencia presentada en el X Congreso Internacional de Derecho de Familia, Mendoza, Argentina, setiembre 98. El autor agradece el apoyo de la Licda. Paula M. Lizano y de la egresada Rosemarie Mc Laren en la preparación de este trabajo.

SUMARIO:

- I. Perspectiva cultural y axiológica de los cambios paradigmáticos
 - II. Los paradigmas de las diversas épocas
 - III. Los paradigmas del siglo XX
 1. En física
 2. En comunicaciones
 3. En religión
 4. En psicología
 5. En lo político
 6. En materia ambiental
 7. En lo económico
 - IV. Los paradigmas en lo jurídico
 - V. Los paradigmas del Derecho Comparado
 1. Los codificadores latinoamericanos
 2. En el Derecho de Familia
 3. En materia de infancia
 - VI. La relación entre el concepto de persona y el reconocimiento de los valores fundamentales de la personalidad del niño (instrumentados mediante los derechos subjetivos y las demás situaciones jurídicas): situaciones jurídicas de las que es titular actual o potencial el concebido
 1. Aclaración terminológica
 2. El comienzo de la vida humana
 - VII. La capacidad jurídica del concebido
 - VIII. Los derechos del concebido
 1. Derechos subjetivos patrimoniales
 2. Derechos subjetivos personalísimos y familiares
 - a) Los derechos fundamentales
 - b) Los derechos familiares fundamentales
 - IX. Costa Rica. Nuevas disposiciones
 - X. Bibliografía
- Anexo: Voto 2306-00 Sala Constitucional

Señores y señoras, estimados amigos y amigas:

Agradezco a la Dra. Aída Kemelmajer y al Comité Organizador por la posibilidad que me han brindado de participar en este encuentro, continuador ya de una larga tradición.

Me referiré al tema de los derechos del concebido frente a la nueva tecnología, a la luz de los cambios y conflictos paradigmáticos de los cuales hoy somos testigos, aunque también protagonistas y, por ello, además, conductores de la historia, en esta época de globalización.

El tema debe tratarse dentro de una perspectiva totalizante, pero comparatista, pues el dinamismo de su evolución depende del conflicto de factores culturales, económicos, diferentes por derivar de opuestos sistemas de Derecho Comparado y diferentes tradicionales culturales, según veremos.

La materia que nos ocupa plantea cuestionamientos políticos como:

¿Acaso estar en el vientre materno o fuera de él en un tubo de ensayo acarrea alguna diferencia de humanidad?

¿Es más conveniente para un niño crecer en un hogar donde estén su padre y su madre o en una casa con uno solo de ellos?

¿Se encuentra, jerárquicamente, el derecho de todo ser humano a procrear sobre la vida de otros seres humanos indefensos, sin voz ni voto?

¿Queremos permitir los bancos anónimos de gametos, de embriones o, lo que es peor, de tejidos fetales?

¿Queremos abrirnos al libre mercado de la procreación y al libre comercio de gametos y embriones?

¿Queremos que se desarrolle en nuestros países el turismo procreativo?

¿Queremos legitimar a los prestadores de servicios procreativos ajenos a toda paternidad responsable, como los donantes de gametos o las madres sustitutas?

¿Queremos que el Estado destine los pocos recursos de que dispone para las costosas investigaciones que estas tecnologías requieren?

¿Queremos exonerar de responsabilidad a los médicos y auxiliares negligentes o que se excedan en el ejercicio de su profesión, en detrimento de seres humanos no nacidos?⁽¹⁾

(1) Ver ANTOS, Valeria, *Responsabilidad civil por daño genético*, en **Revista Judicial de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica**, N° 73, 1998, ps. 21 y ss.

¿Queremos admitir la validez de los contratos de arrendamiento de vientre en aras de un derecho absoluto a la libre determinación, a la intimidad y a la absoluta libertad procreativa?

¿Queremos realmente que, para curar el mal de Parkinson de un anciano se sacrifique a un niño por nacer extrayéndose el tejido de su médula?

El tema es, fundamentalmente: “redefinición de valores”.

I. Perspectiva cultural y axiológica de los cambios paradigmáticos

La cultura es la inserción de valores humanos en la naturaleza, de valores éticos, estéticos, funcionales, jurídicos, etc. En la piedra se proyecta el espíritu del escultor, en la partitura el del músico, en el lienzo el del pintor, en el libro el del escritor, en las máquinas el valor funcional del inventor, en las leyes la valoración ética del jurista, en las costumbres el modo de ser de todo un pueblo. La cultura es un macrosistema dinámico de valores (éticos, estéticos, funcionales, etc).

Un paradigma es un modelo o un sistema de modelos culturales en cada uno de los campos del saber y quehacer humano.

Cada pueblo tiene formas particulares de expresión. Cada época es la manifestación de todo un modo de vivir la espiritualidad, de un esquema para conocer y percibir el universo, de una específica sensibilidad emotiva y de un particular modo de disfrutar de los bienes materiales. Cada uno de estos modos de afrontar el universo determina la existencia de sistemas sociales dinámicos conectados por un sinnúmero de vasos comunicantes.

En el mundo jurídico coexisten varios paradigmas, porque el Derecho integra en su seno todas las manifestaciones culturales: la literatura, las comunicaciones, el arte, la sociología, la biología, la economía, la física, la psicología y las demás ciencias. Los cambios en estos sectores de la cultura son, muchas veces, la “causa eficiente” (tal como la conceptualizó Aristóteles) de las mutaciones jurídicas. Nuevas formas de transporte plantean nuevos problemas jurídicos; nuevos modelos económicos exigen una diversa normativa; nuevas formas de comunicación exigen nuevas regulaciones; nuevas tecnologías genéticas obligan a la afirmación de los valores fundamentales de la personalidad y de los derechos para su tutela. El Derecho, inmerso en toda la vida social, es usualmente espejo, aunque puede ser también faro, de las transformaciones.

Los nuevos paradigmas requieren poner en marcha nuevas fuerzas, requieren de nuevas iniciativas y exigen una reformulación de los valores tradicionales y de los cauces para la conducta humana. "Se puede afirmar que la estampa de la sociedad y hombres actuales que nos presenta la modernización se caracteriza por una transición de un tipo de sociedad más tradicional a otro de sociedad más desarrollado, en la que los esquemas estructurales y los sistemas de valores han quedado profundamente afectados y modificados. La escala de valores éticos sufre también alteración, no sólo en cuanto que son desplazados del lugar absoluto y prioritario que tradicionalmente ocupaban, sino además en cuanto que son reinterpretados, llegando incluso a cambiar el signo de valor".⁽²⁾ Los lazos tradicionales dan paso a estructuras e instituciones más diversificadas. Estas transformaciones no siempre son súbitas; a menudo resultan de la maduración. El proceso es también acumulativo; de ahí la necesidad de una perspectiva de varias décadas para poder observar el cambio. El propio Kuhn admitió en sus escritos posteriores a su célebre obra sobre las revoluciones científicas que muchos cambios paradigmáticos son acumulativos.

C.4

340-R

No. 93

II. Los paradigmas de las diversas épocas

Set. Dic / 2000

La historia está repleta de cambios paradigmáticos, pues los sistemas de modelos culturales no son permanentes, sino que están en perpetua transformación.

Cada época se caracteriza por sus paradigmas. Los modelos de convivencia están ligados a el modo de pensar, querer y sentir de cada tiempo y lugar y a cada concepción del mundo.

Así, por ejemplo, en Occidente:

En la *Edad Media* son paradigmáticos el arte románico y el gótico expresados en las magníficas catedrales, el feudalismo y los gremios, los ideales de la caballería, los valores católicos y el universalismo de la "*Lex Mercatoria*", que configuraron los modelos de la época.

En la *Edad Moderna*: la formación de los Estados nacionales, el humanismo jurídico racionalista post-renacentista de Vázquez de Menchaca, Grocio y Puffendorf, con sus mil manifestaciones; el Derecho Natural que existiría, aunque Dios no existiese; la duda metódica cartesiana como supuesto método de llegar a la Verdad, las formas arquitectónicas, escultóricas, pictóricas y musicales del barroco, del

(2) ANDRUET, p. 802.

rococó y del neoclásico y la “diosa Razón” de los “ilustrados” del siglo XVIII.

En la *Edad Contemporánea* es necesario diferenciar entre la primera y la segunda mitad del siglo XIX: por un lado, la primera mitad, con sus ideales de libertad reflejados en toda la cultura: en las pinturas neo-barrocas de Gericault y en las románticas de Delacroix, con escenas de caballos en furias vertiginosas, de odaliscas orientales o de escabrosos mares, o los paisajes de Corot y Constable; la fuerza de las sinfonías de Beethoven; las afirmaciones de Espronceda en su *Canción del Pirata*, quien cantaba “ser su Dios, la Libertad, su Ley la fuerza y el viento, su única Patria, la mar”, las evasiones de Lord Byron, las Rimas y Leyendas de Bécquer, a la par del liberalismo político y económico, junto a una ciencia jurídica donde la Voluntad, la Libertad, la Autonomía Privada eran el eje de las relaciones jurídicas. Es la época del voluntarismo jurídico, cuyo máximo representante es Windscheid, para quien el derecho subjetivo era un “poder de la voluntad”, a quien Ihering opuso luego su metodología realista basada en el concepto de “interés”, al definir el derecho subjetivo como un interés legalmente protegido. También romántico fue Savigni y la Escuela Histórica, que hizo amplio uso del concepto de “*Volkgeist*” (espíritu del pueblo).

Por otro lado, el *Realismo positivista y socializante* de la segunda mitad del siglo XIX. se refleja, igualmente, en todos los ámbitos de la cultura: en la literatura naturalista de Zola; en la pintura realista de Courbet, en el vagón de tercera clase de Daumier, en el positivismo de Comte y en sus expresiones en Spencer y Darwin y en la reacción antiliberal, tanto de Marx y Engels, como de el Papa León XIII, en su Encíclica *Rerum Novarum* (“De las cosas nuevas”).

Los modelos culturales tienen así su reflejo jurídico.

III. Las paradigmas del siglo XX

En diversos campos, en este siglo, han ocurrido mutaciones paradigmáticas, que inmediatamente reclaman la atención del jurista:

1. *En Física*

Se abren paso nuevas hipótesis como la de la expansión universal a partir del “Big Bang”, especialmente en la obra de Hawking,⁽³⁾ a la que

(3) HAWKING, Stephen W. *A brief History of Time. From the big bang to the black holes*. Bantam Books, N.Y., 1989, ps. 9, 50, 54, 66, 105, 121, 131 y 140.

ya el propio Capra⁽⁴⁾ ha opuesto otra hipótesis de antiguo corte hinduista: el palpar del universo en constante diástole y sístole, en expansión y contracción, la respiración de Brahma en un universo palpitante como un ser orgánico vivo. Este modelo describe un universo oscilante, expandiéndose durante millones de años y luego contrayéndose...y luego expandiéndose de nuevo. La misma Filosofía del Derecho ha debido repensar acerca del orden inmanente o trascendente del universo. Resurge el Rta (orden cósmico) de los Vedas frente al Dharma, bajo nueva forma; *Diké*, de nuevo, es confrontada con el *Nomos*.

2. *En Comunicaciones*

Asistimos a una globalización jamás prevista. Hemos pasado de los aparatos de “*on* y *off*” al soñado mundo digital y de Internet. Hemos visto el surgir de nuevos problemas de tutela de la intimidad frente a los bancos de datos, de problemas de control (si es que es posible) de los flujos de información, de problemas de responsabilidad civil, jamás antes imaginados, por deficiente funcionamiento de programas de computación, de novedosas formas de ventas internacionales por medio de intercambio electrónico de datos, de nuevas interrogantes en materia de medios de transporte; en fin, los nuevos aportes tecnológicos se han convertido en reto para el jurista, los legisladores y los jueces.

Esta transformación globalizante en las comunicaciones ha exigido la formulación de nuevos efectos jurídicos en todos los campos.

3. *En Religión*

Resurge el ecumenismo; se produce un mayor acercamiento entre los cristianos y, al mismo tiempo, de éstos con otras manifestaciones religiosas, en particular de origen asiático, que son una realidad en nuestras ciudades en las que encontramos centros de Yoga, grupos budistas y academias de artes marciales y de danza oriental de profundo sentido religioso, como por ejemplo el Aikido y el Tai Chi.

Es evidente la existencia de una mayor tolerancia hacia otras creencias.

Esta mutación paradigmática ha abierto nuevas posibilidades de entendimiento entre los hombres.

(4) CAPRA, Fritjof, *The tao of physics*, Shambala, Boston, 1991, p. 198.

4. *En Psicología*

Las nuevas orientaciones conductistas, frente a los modelos tradicionales introspectivos, han abierto nuevas posibilidades en materia penitenciaria, de terapia conyugal y de solución de conflictos en general. En el segundo cuarto de este siglo el conductismo, cuyos orígenes se encuentran en Watson, fue el *paradigma de la psicología* en los Estados Unidos. El nuevo movimiento conductista generó mucha información sobre el aprendizaje que permitió a los nuevos psicólogos experimentales estadounidenses como Edward C. Tolman, Clark L. Hull, y B. F. Skinner formular sus teorías basadas en experimentos de laboratorio, más que en observaciones introspectivas.⁽⁵⁾

Hoy se abren paso, con gran fuerza, otras direcciones como la visión holística y el constructivismo.

5. *En lo político*

Hemos sido testigo del oscilar de un péndulo entre el totalitarismo comunista, nazi o fascista y el radical neoliberalismo, que vuelve a confiar en la supuesta mano invisible del mercado, que no es sino la ley de los peces o de la selva, el Derecho de Caliclés. Esta transformación paradigmática en proceso podrá conducir a puntos de equilibrio, donde no se exalte el nuevo Leviathán, pero tampoco el egoísmo individual, sino la participación de la persona en la comunidad.

Los horrores de la Segunda Guerra Mundial llevaron a una nueva afirmación del Derecho Natural y al cuestionamiento de los poderes públicos por sus actuaciones contrarias a los derechos humanos.⁽⁶⁾

Después de las atrocidades nazis se vuelve a afirmar la dignidad humana, en particular por medio de la difusión de las obras de Maritain y Mounier. Se supera el positivismo legalista; se reafirman internacionalmente los Derechos Humanos, mediante diversos instrumentos y toma fuerza todo un movimiento en su favor.

Muchos de estos emergentes valores han adquirido ya un sentido planetario; frente al relativismo axiológico positivista, se comienzan a

(5) V. SKINNER, B.F. *About Behaviorism*, Vintage Books, New York, 1976, p. 5 y ss.

(6) Ver VARGA, *Bioética*, p. 8.

perfilar valores con pretensiones de universalidad, que se proyectan en formas culturales comunes a todos los pueblos y se fundamentan en la dignidad humana.

6. *En materia ambiental*

Hemos visto preocupaciones por problemas de carácter mundial, como la capa de ozono, el cambio climático y la responsabilidad transfronteriza y espacial. Toda una nueva rama del Derecho se ha desarrollado como consecuencia de la constatación de estos nuevos problemas.

7. *En lo económico*

Se habla de apertura de fronteras, de comunidades regionales, de eliminación de aranceles, de liberalización y de privatización y a ello se enfrenta la protección del consumidor inmerso en esta ley de la selva y de la competencia. El paradigma económico neoliberal ha determinado en América Latina consecuencias negativas en los presupuestos públicos en los renglones de atención a los sectores de la población más necesitados y, entre éstos a los menores, según lo expresa la exposición de motivos del Código de la Niñez y la Adolescencia costarricense.

De este modo, asistimos a un proceso en el que, poco a poco las particularidades culturales de los diversos pueblos se empiezan a desvanecer y se teme por su aniquilación (como ocurre con muchos pueblos indígenas que se han visto invadidos por la llamada civilización), por lo que surgen fuertes corrientes que levantan la bandera del multiculturalismo y afirman el derecho a la diferencia.

IV. Los paradigmas en lo jurídico

Estos nuevos paradigmas que cambian la concepción del mundo son transformaciones radicales de criterio, liberación de esquemas superados, apertura hacia nuevos modelos de convivencia, que demandan nuevas respuestas jurídicas y un repensamiento de los valores tradicionales y de los instrumentos jurídicos (o sea situaciones jurídicas subjetivas) para su satisfacción.

El cambio es tanto en los institutos, entendidos como articulaciones de normas, como en las instituciones que, además de su

configuración jurídica, ofrecen una estructura social (como el sindicato, la familia, la cooperativa, la empresa, etc.).⁽⁷⁾ Ellos transforman la estructura social, entendida como “conjunto de relaciones cristalizadas en modelos relativamente establecidos”.⁽⁸⁾

Asistimos a un proceso de tendencias unificadoras, las que se dan especialmente en el Derecho Comercial por diversos medios, tales como leyes modelo, tratados internacionales, recopilaciones de usos y costumbres del comercio, códigos uniformes. Gran mérito en este proceso debe reconocerse a UNIDROIT, a UNCITRAL y los juristas italianos que han estudiado la unidad del sistema y la realidad del subsistema latinoamericano, detectando su unidad y especificidad en cuanto a valores y conceptos.

Estas tendencias unificadoras también se han manifestado en el derecho de la Niñez; sin embargo, el Derecho Comparado nos muestra la existencia de divergentes escalas de valores que impiden hablar de un nuevo paradigma global en estos momentos, en lo relativo al concebido y sus derechos.

V. Los paradigmas del Derecho Comparado

El Derecho Comparado puede ayudar a comprender el conflicto paradigmático entre los países del *Common Law* y los de tradición romano-canónica propia de la mayor parte de los países de Europa continental y América Latina.

El Profesor Francesco D. Busnelli⁽⁹⁾ ha puesto de relieve que la escogencia de fondo se presenta entre dos perspectivas constitucionales diferentes: por un lado, la perspectiva individualista anglosajona, en la que se afirma la relevancia prioritaria del derecho a buscar la propia felicidad, a la intimidad (*privacy*) y se privilegia la autonomía procreativa como su corolario necesario, salvaguardando como valor suprema la libertad; por otro lado, la perspectiva más bien Personalista y Comunitaria (en términos de las filosofías de Mounier y Maritain), propia de la mayor parte de las constituciones europeas, donde la *privacy* no es el valor cumbre y donde la cúspide del ordenamiento está en la dignidad humana y otros valores superiores, como la vida misma, de rango más

(7) RODRIGUEZ, Lino, 152.

(8) RODRÍGUEZ, p. 148.

(9) BUSNELLI, Francesco D. *Quali regole per la procreazione assistita?*

elevado que la intimidad,⁽¹⁰⁾ dándose en muchos casos relieve constitucional a la vida del concebido y a la familia. “La persona humana, por tanto, se constituye, en cuanto sujeto de derecho en centro y término de las relaciones jurídicas, en eje insustituible del Derecho”.⁽¹¹⁾

“Escapa también al mero ámbito de la ‘privacidad’ del individuo, tanto de quien experimenta como de sobre quien se realiza la experiencia, la discusión acerca de la licitud, moralidad, eticidad y juridicidad del experimento de la FIVET; compromete al todo social, ningún ámbito del mismo queda desvinculado...”.⁽¹²⁾

En nuestra época de globalización estas dos jerarquías de valores, de diferentes culturas jurídicas, luchan por la supremacía y se influyen recíprocamente.

En lo relativo al estado jurídico del concebido los dos paradigmas tienen causas eficientes diferentes. En el sistema anglosajón, los factores comerciales y tecnológicos parecen tener más peso que el mismo valor de la dignidad del concebido; ya se ha hablado hasta de un “turismo procreativo” y de un “libre comercio de servicios procreativos”. En los ordenamientos, donde los deseos no son derechos, ni los niños bienes de consumo,⁽¹³⁾ más bien se intenta preservar los resultados logrados mediante el Derecho Internacional en favor de la dignificación del hombre y en especial del Niño (en cualquiera de sus etapas de desarrollo) y se avanza en una creciente humanización.

De este línea participan los países latinoamericanos gracias a la común identidad cultural y a la coherencia axiológica y terminológica del subsistema, dentro del cual no todo lo técnicamente factible es permisible y no todo deseo es un poder.

1. *Los codificadores latinoamericanos*

En América Latina, los grandes codificadores, pero en especial Freitas, Vélez Sársfiel y Fernández Sessarego, se han preocupado por la dignificación del concebido como ser humano, desde su concepción.

(10) Así Busnelli, *op. cit.*, p. 24.

(11) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho de las Personas*, p. 15.

(12) ANDRUET, p. 807.

(13) En expresión de Garavaglia cit. por BUSNELLI, *op. cit.*, p. 3.

Para Freitas “no se concibe que haya ente susceptible de adquirir derechos sin que haya persona”.⁽¹⁴⁾ “¿Cómo hablaríamos de sus derechos si comenzamos afirmando que no existe el sujeto?”.⁽¹⁵⁾

“El Código Civil argentino proclama el principio de la personalidad jurídica del por nacer. La criatura humana, aún antes de haber nacido, ya es persona para el Derecho, ya es sujeto del Derecho, tiene personalidad jurídica y goza, por ende, de capacidad de derecho o de capacidad para la titularidad de los derechos civiles”⁽¹⁶⁾ “Tal originalidad se inspira en Freitas.”⁽¹⁷⁾

El Código Civil argentino reconoció, mucho antes de la Convención de Derechos del Niño, la personalidad del niño por nacer, apartándose en esto de muchas legislaciones.⁽¹⁸⁾

En Argentina, Vélez Sársfield (Código Civil de 1869) considera al “nascituro” como PERSONA YA EXISTENTE, usando el concepto de “personas por nacer”.

Vale la pena transcribir en parte sus notas:

“Las personas por nacer no son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre. Si fuesen personas futuras no habría sujeto que representar”.

En Perú “el Título Primero, denominado *“Principio de la Persona”* norma la situación jurídica del concebido en cuanto sujeto autónomo de derecho y regula la eventualidad dada por el nacimiento...”⁽¹⁹⁾

2. *En el Derecho de Familia*

En el Derecho de Familia, hemos presenciado también todo un cambio paradigmático: hemos visto la transición desde la concepción autoritaria o piramidal de la familia hacia una concepción igualitaria de

(14) Cit. por LLOVERAS *et al.*, p. 64.

(15) BUTELER, *op. cit.*, p. 70.

(16) COCCA, p. 68.

(17) BUTELER, *op. cit.*, p. 68.

(18) LLOVERAS, p. 65.

(19) FERNANDEZ, *op. cit.*, p. 26.

ésta; el paso del interés de la familia, inspirado en modelos corporativos, al interés de los menores, como interés prevaleciente; del interés de los adoptantes a tener hijos al interés del adoptado a tener padres.

3. *En materia de Infancia*

Hemos sido testigos de un acontecimiento jurídico histórico: la promulgación de la Convención de Derechos del Niño. Con ella se consolida un cambio paradigmático: el de la protección integral del niño (entendiéndose en ella por niño todo ser humano menor de 18 años, incluyéndose como niño también al concebido, no nacido todavía, de modo que también se de una protección integral desde el punto de vista cronológico).

“...el feto [...] desde la fecundación pertenece a la especie humana por su origen, por su misma composición y por su radical autonomía biológica y por el programa psicológico determinado por su código genético y además por sus primeras recepciones psíquicas”.⁽²⁰⁾

He dicho “se consolida” porque esta afirmación de los derechos de los niños cualquiera sea su edad, no ha sido una conquista súbita, sino producto de toda una paulatina transformación, que puede trazarse claramente a partir del Derecho Romano: desde el Antiguo Derecho, donde el “pater” tenía amplios poderes sobre el hijo (venderlo, abandonarlo), hasta el Derecho Clásico, cuando se dieron diversas disposiciones en las que se reconocen al hijo derechos sobre su persona y bienes.⁽²¹⁾ En este proceso, la codificación napoleónica tuvo un sentido involutivo al dotar de inmensas prerrogativas al padre y otorgarle gran fuerza sancionatoria sobre el hijo.

Este nuevo paradigma se ha venido afirmando, cada día más, en la legislación, doctrina y jurisprudencia desde hace varias décadas. Ya el llamado “Derecho de Menores” ha colocado al menor como “sujeto preferente de derecho”⁽²²⁾ y cada día se afirma más la autoridad de los

(20) COSSARI, p. 1.

(21) Ver JÖRS-KUNKEL, *Derecho Privado Romano*, Labor, Barcelona, 1965, p. 410; FOIGNET, René, *Manual elemental de Derecho Romano*, Cajica, Pueblo, 1948, p. 44. ARIAS RAMOS, *Derecho Romano*, II, **Revista de Derecho Privado**, Madrid, 1963, p. 722 y BRY, Georges, *Nociones de Derecho Romano*, Imprenta Eléctrica, Bogotá, 1912, p. 39.

(22) Ver SAJON, Rafael, *Derecho de Menores. Aspectos sustantivos y adjetivos*. Conferencia; CALVENTO, Ubaldino, *Nuevas tendencias del derecho de Familia*. Conferencia en **Revista Judicial** de la Corte Suprema de Costa Rica.

progenitores como función. En Costa Rica ya la Constitución de 1949 hablaba del interés prevaleciente del menor, lo cual vino a afirmar la jurisprudencia, con anterioridad al propio Código de Familia de 1974.

En lo que atañe al concebido esta globalización tiene relieve en diversos aspectos:

- Nuevos descubrimientos sobre el ADN tornan obsoletas todas las discusiones sobre la admisibilidad de la prueba de marcadores sanguíneos en materia de investigación de paternidad.
- Toda una revolución genética ha provocado serias discusiones sobre los valores fundamentales de la personalidad y sobre el valor mismo de la vida humana, tanto que se ha desarrollado una nueva rama del conocimiento: la Bioética.
- En Biotecnología, la inseminación artificial, la fertilización *in vitro*, la transferencia de embriones al útero, la transferencia intra-tubárica de gametos, la congelación de embriones, la maternidad sustituta y la aplicación de la ingeniería genética en la reproducción humana.⁽²³⁾
- Expansión mundial de estas nuevas tecnologías en materia de inseminación artificial y de los llamados métodos de fecundación asistida.
- Aplicación generalizada de estas técnicas en la vida diaria (creación de centros de FIVET en diferentes países), a pesar del rechazo que ya han merecido de parte de los grupos pro-Vida.
- Debate a nivel mundial sobre temas conexos (ej. Clonación).
- Amplio y generalizado conocimiento de los hechos (experimentos, “éxitos” científicos, etc).
- Gran difusión de información especializada (un ejemplo de lo cual es el “Proyecto Genoma Humano”).⁽²⁴⁾

Muchos de estos nuevos conocimientos y experiencias son compartidos a nivel planetario; sin embargo, muchos de ellos lesionan derechos fundamentales del concebido, según veremos.

(23) Sobre estos temas v: NÉZER, Isis, *Trascendencia Jurídica de las nuevas tecnologías y de la investigación genética*, en *Congreso de Derecho de familia*, Caracas, p. 184.

(24) Ver sobre el tema, ANTOS, Valeria, *El Proyecto Genoma Humano*, en **Revista Judicial**, Nº 70, Corte Suprema de Justicia, San José.

VI. La relación entre el concepto de persona y el reconocimiento los valores fundamentales de la personalidad del niño (instrumentados mediante los derechos subjetivos y las demás situaciones jurídicas): situaciones jurídicas de las que es titular actual o potencial el concebido

1. *Aclaración terminológica*

He preferido utilizar la expresión concebido (aunque concebidos somos todos) en lugar de la extendida expresión “*nascituro*” que ha sido criticada, pues “la doctrina italiana ha utilizado la palabra “*nascituro*” con un significado genérico impropio (contrario a la etimología y al sentido común), o sea, no como idéntico a ‘concebido’, comprendiendo, en cambio, también los no concebidos”⁽²⁵⁾

2. *El comienzo de la vida humana*

Por más que se le dé vueltas al tema, siempre terminamos admitiendo que la vida humana comienza con la unión del óvulo y del espermatozoide. “Cada vez es más claro que el comienzo de la existencia de un nuevo ser se produce por la fusión de los gametos de sus progenitores, momento en que el que se constituye su programa genético o genoma”.⁽²⁶⁾ “La fecundación *in vitro* [...] no es más que una técnica empleada a veces para esquivar una dificultad en el encuentro entre el óvulo y el espermatozoide”.⁽²⁷⁾ “...la formación del ser humano comienza con la unión del óvulo y el espermatozoide. Desde ese momento existe una unidad orgánica, un organismo, un ser vivo, una persona”.⁽²⁸⁾

(25) CATALANO, *Diritto e persone*, Giappichelli, Torino, 1990, p. 200; en relación con la polémica sobre la personalidad del concebido en Roma Ver FERNANDEZ SESSAREGO Y CATALANO, en *Derecho de las Personas*, Bogotá. Ver también: CIFUENTES, *Derechos personalísimos*, p. 44.

(26) Ver NÉZER, *op. cit.*, p. 185.

(27) LEJEUNE, p. 40.

(28) COCCA, p. 1135.

La ciencia ha sido con toda pulcritud la que ha demostrado no sólo, que desde el momento en que se confunde el esperma con el óvulo, se realiza propiamente la fecundación y comienza la existencia de una nueva vida, sino que también acredita que esa nueva vida posee una notoria autonomía...⁽²⁹⁾

La protección integral debe entenderse como tutela a lo largo de toda la existencia del niño, desde su concepción hasta los 18 años.

Frene a esto se escuchan los más arbitrarios criterios para determinar el inicio de la vida en un momento diferente al de la concepción y así justificar la eliminación de embriones. Estos criterios no son sino injustificadas discriminaciones sin razón de ser.

Entre los que se suelen esgrimir tenemos:

- *El criterio de la implantación del óvulo fecundado en la pared del útero:*

En algunos ordenamientos se admite la personalidad hasta que el concebido está en el seno materno.⁽³⁰⁾ El óvulo fecundado *in vitro* no llega a ser persona hasta que es implantado en una mujer. Esto es insuficiente. Nos oponemos a esta interpretación literal y gramatical de los textos. El Derecho requiere de una constante interpretación evolutiva o progresiva.

- *El criterio del comienzo de las ondas del cerebro:*

Sus defensores argumentan que tal embrión no puede sentir ningún dolor o placer y no tiene intereses (en el sentido de cosas deseadas o proyectadas), ya que un embrión no puede experimentar nada hasta que el sistema nervioso central empieza a desarrollarse, alrededor del decimoquinto día desde la fertilización.

- *El criterio de la diferenciación celular:*

Se ha dicho que antes de 14 días, las células de un embrión son *totipotent*, no se han diferenciado. Además, antes de ese tiempo una célula puede todavía dividirse, para formar una gemela idéntica; como consecuencia "lógica" se afirma que no es posible tratarlo como una persona individual.

Este criterio se basa en la concepción de gemelos y su posible fusión. Los embriólogos fijan la posible división a los 14 días a partir de

(29) Ver ANDRUET, p. 823.

(30) LLOVERAS, p. 75.

la concepción, tesis seguida en Inglaterra donde antes de esos 14 días es posible usar embriones para la investigación científica.⁽³¹⁾ La posible fusión puede ocurrir a las tres semanas. Argumentan que un Cigoto puede llegar a ser dos personas, o dos Cigotos pueden reducirse a uno y que mientras tal definición no se produzca no hay un ser humano irrevocable. La verdad es que esto sólo busca justificar el negocio con el más indefenso de los concebidos, con la vida humana más incipiente y débil, que sea como sea, es ya un organismo, un ser humano y esto fundamenta el deber de no exponerlo a riesgos y menos matarlo deliberadamente.⁽³²⁾

Los demás criterios son todavía menos sostenibles, entre ellos, el del movimiento del feto y el de la viabilidad.

Con estas ideas se rompe el continuo de la vida humana y al distinguirse entre el pre-embrión (¿cosa, acaso?) y el embrión (ser humano). La única ley europea que llega a hacer esta distinción es la nueva “destapada” ley española.⁽³³⁾ “No necesitamos ninguna subclase a la que llamar ‘pre-embrión’ porque no hay nada antes del embrión” .⁽³⁴⁾ Busnelli sostiene que este término despedaza la unidad conceptual del proceso vital.⁽³⁵⁾

Aquí, la cuestión política está en decidir si el ser humano es tal hasta alcanzar cierta (discutible) edad, o si se deben proteger sus intereses y derechos cualquiera sea el momento de su crecimiento.

VII. La capacidad jurídica del concebido

Digan lo que digan las leyes, la verdad es que en todo ordenamiento hay muchas disposiciones que otorgan al concebido la posibilidad de gozar de la titularidad actual de situaciones jurídicas. Esta posibilidad de ser destinatario de efectos jurídicos es precisamente la capacidad jurídica y en ella consiste el atributo fundamental de la personalidad en sentido jurídico.⁽³⁶⁾

(31) Cit. por BUSNELLI, *ob. cit.*, p. 37.

(32) Así VARGA, p. 73.

(33) Cit. por BUSNELLI, *ob. cit.*, p. 36.

(34) LEJEUNE, p. 44.

(35) BUSNELLI, *ob. cit.*, p. 36.

(36) Ver FALZEA, Angelo, *Capacità, en Voci di Teoria generale del Diritto*, Giuffrè, ed. Milano, 1970 y en la *Enciclopedia del Diritto*.

Es, en el fondo, un reconocimiento de la dignidad e igualdad de todos los seres humanos.

Nadie niega hoy el derecho a la vida del concebido y en todo ordenamiento civilizado se sanciona el aborto. ¿Acaso este derecho a la vida no se le atribuye en forma actual? Lo mismo dígame de su integridad física, de su salud, de su propio nombre (ya que puede ser sujeto de reconocimiento o de investigación de paternidad). Todos estos son derechos que puede captar actualmente el concebido, de los que cuales puede ser titular.

Si la capacidad jurídica es la posibilidad de captar situaciones jurídicas (no sólo derechos subjetivos), aunque la ley diga que se adquiere con el nacimiento, la verdad es que ya antes de tal momento ese ser humano, ya desde que había sido concebido había sido destinatario (como sujeto, no como objeto) de las consecuencias jurídicas del ordenamiento. En conclusión: la capacidad jurídica acompaña al sujeto durante toda su existencia, desde la concepción. Es la capacidad de actuar, no la capacidad jurídica, la que puede sufrir transformaciones con la edad y la salud.

La doctrina mayoritariamente afirma la necesidad de respetar al Niño (nacido o no nacido, pero en todo caso “niño”, según el texto de la Convención de Derechos del Niño) en todos sus derechos, desde que se encuentra en el seno materno.

El nuevo paradigma de la protección integral exige la consideración del menor (desde la concepción hasta los 18 años) como ser humano (persona) en desarrollo.

También el nuevo paradigma exige que la tutela de la personalidad sea diferenciada según el grado de desarrollo del niño. La integralidad exige atender los requerimientos de cada etapa evolutiva, considerar el interés superior del niño como criterio de interpretación y afirmar su derecho a la familia, su derecho a un desarrollo integral y su derecho a ser protegido contra toda forma de agresión, discriminación y explotación.

El ser humano es un ser imperfecto, pero perfectible y lo es desde su concepción, con potencialidades específicas dependientes de su carga genética única.⁽⁴¹⁾

El criterio de humanización ha de encontrarse en la dignidad humana y en el respeto al desarrollo de las citadas potencialidades. La ciencia y la tecnología pueden ser humanizantes o deshumanizantes, según que acerquen o alejen al hombre de la realización de tales posibilidades.

(41) Para Cifuentes aquel es “ya criatura: tiene características propias, conformación somática que le pertenece, un destino moral y espiritual propio, diferente del de sus progenitores”, cit. por LLOVERAS *et al.*, p. 64.

VIII. Los derechos del concebido

Los diversos autores han hecho listas de los derechos del concebido; por ejemplo:

- 1) Adquirir bienes por donación
- 2) Adquirir bienes por herencia
- 3) Ser beneficiaria de una carga impuesta a una donación a otros heredero o legatario
- 4) Adquirir los derechos y obligaciones accesorios de los que adquiriera como principales
- 5) Reclamar alimentos
- 6) Reclamar la filiación
- 7) Ser beneficiario de indemnizaciones o pensiones
- 8) Ser beneficiario de estipulaciones en su favor (por ejemplo de un seguro de vida).⁽⁴²⁾

La lista no tendría fin puesto que el concebido es titular en parte actual y en buena parte potencial de todos los derechos posibles de cualquier ser humano.

Muchas son las situaciones jurídicas de las que es titular el concebido en modo actual: Podríamos clasificarlas en: patrimoniales y personales.

1. *Derechos subjetivos patrimoniales*

Tradicionalmente se ha afirmado la posibilidad de una titularidad potencial del concebido o de la persona “por nacer” (expectativa...?) en lo patrimonial (por ejemplo, en materia de donaciones o herencias) y se ha mencionado la existencia de una condición suspensiva, tesis a la que se opone el jurista peruano Carlos Fernández Sessarego, quien habla más bien de una condición resolutoria,⁽⁴³⁾ afirmando que el concebido es titular de situaciones actuales, no meramente potenciales y que éstas pueden resolverse si no nace vivo: el no nacer vivo funciona como una condición resolutoria, que elimina los efectos jurídicos. Desde otro punto de vista se ha afirmado que: “El concebido no es una persona bajo condición suspensiva ni resolutoria”,⁽⁴⁴⁾ aclarándose que la personalidad

(42) Así LLOVERAS, p. 69.

(43) FERNANDEZ SESSAREGO, *Derecho de las personas*, ob. cit., p. 28.

(44) LLOVERAS, p. 66.

no está condicionada, son los derechos nada más. Vega Mere ha aclarado que se trataría más bien de un caso de ineficacia sobreviniente, por cuanto la condición resolutoria es, más bien, un elemento accidental del negocio jurídico⁽⁴⁵⁾ y nada tiene que ver con el tema. Desde este punto de vista, lo que se produce es una eliminación sobreviniente de las consecuencias jurídicas de las situaciones patrimoniales.

Lo realmente interesante es que estos derechos le pueden ser tutelados en forma actual mediante la representación legal que ejercen sus padres. Sólo se puede representar a la persona que existe como tal. No hay nada potencial en esta representación, “aunque no existan bienes, pues el representante es necesario y permanente, su responsabilidad es independiente de la existencia de bienes”.⁽⁴⁶⁾

2. *Derechos subjetivos personalísimos y familiares*

a) *Los derechos fundamentales*

Deben verse como valores fundamentales de la personalidad que tienen en el Ordenamiento medios de tutela, que son situaciones jurídicas específicas (derechos, sujeciones, potestades, cargas, etc.).

EL VALOR JURIDICO DE LA VIDA DEL CONCEBIDO

El nuevo paradigma de la protección integral exige considerar al concebido como un niño en sus primeras etapas de desarrollo, que merece, por su condición especial un tratamiento jurídico especial.

Recordemos que entre las personas por nacer y las personas de existencia visible lo único que hay es una diferencia de etapa de desarrollo, se trata de diferentes etapas de las llamadas “personas naturales”.⁽⁴⁷⁾

“Las personas por nacer y las ‘personas físicas’ conforman dos etapas de la existencia de las que llamamos «personas naturales»”.⁽⁴⁸⁾

(45) VEGA MERE, Yuri, *Personas naturales*, en *Diez años del Código Civil peruano*, Universidad de Lima, Tomo I, p. 51.

(46) Así en LLOVERAS, p. 70, ver también BUTELER, *ob. cit.*, p. 68.

(47) Ver LLOVERAS, p. 64.

(48) LLOVERAS, p. 79.

“El derecho a la vida no se encuentra tarifado de acuerdo con la edad del que se protege...”⁽⁴⁹⁾

Aparentemente en favor de la vida, pero en la práctica y en las estadísticas contrarias a ella, tenemos las realidades de la fecundación “*in vitro*” y de la transferencia embrionaria, que casi siempre, de paso, dejan morir seres humanos no implantados o que se implantan en demasía, con conciencia de la poca viabilidad de la mayoría de ellos. La transferencia embrionaria, en la que se desecha un alto porcentaje de embriones humanos no implantados, o implantados en exceso, en el seno materno, atenta contra el derecho a la vida de estos seres humanos, ya portadores de una individualidad y de una carga vital propia.

Debe reconocerse que estas técnicas se han venido practicando con el fin de ayudar a mujeres estériles a tener hijos propios.

Así, a pesar de un bloqueo en las Trompas de Falopio, es posible sacar los óvulos del ovario, por medios quirúrgicos, para facilitar la fecundación “*in vitro*”. Este procedimiento tiene como base los trabajos de los doctores Edwards y Steptoe y se ha desarrollado en centenares de clínicas.

Sin embargo, todavía la tasa de embarazos satisfactorios por medio de la FIV sigue siendo muy baja, lo cual significa que muchos terminan en abortos “espontáneos”.

En el *Congreso Internacional de Helsinki* de 1985 se hizo ver que para el logro de 600 nacimientos, se hicieron fecundar 124.585 óvulos⁽⁵⁰⁾... ¡masacre! (no hay otra palabra).

Las implicaciones de esta técnica podrían desarrollarse en diversos peligrosos sentidos, como la venta de óvulos a mujeres estériles. Los bancos comerciales de óvulos serían la contrapartida de los bancos de semen ya existentes.⁽⁵¹⁾ Por lo pronto, la cesión de óvulos para experimentos es ya una realidad.

Como producto de las investigaciones del doctor Seed, en Chicago, se inicia una técnica para pasar un embrión del útero de una mujer al de otra. Por ejemplo: el semen del esposo de una mujer estéril se usa para inseminar a una donante. Si la donante concibe, cinco días más tarde se saca el óvulo fecundado de su útero y se implanta en el útero de la señora estéril.

(49) ANDRUET, p. 830.

(50) NÉZER, *ob. cit.*

(51) VARGA, p. 113.

Contra este derecho elemental a la vida se desarrolla en la vida social el constante y aleatorio método de la transferencia embrionaria, que de paso deja muchos cadáveres de niños por nacer, porque la verdad es que en la práctica se sabe que no serán viables todos los óvulos que se fecundan artificialmente.

Contra este derecho elemental a la vida se desarrolla la práctica del congelamiento y descongelamiento de embriones, para su eventual –literal– “liquidación en alcohol” (léase: asesinato) , como ocurrió en Inglaterra hace poco, a pesar de la protesta del mundo entero y a pesar de que había ofertas de madres adoptantes.

El derecho a la vida exige que sea absolutamente prohibida y sancionada penalmente la producción artificial de embriones con un fin diverso a su pronta implantación en el seno materno o de embriones supernumerarios para escoger cuál o cuáles se implanta o para implantar varios a sabiendas estadísticas de que morirán algunos para que nazca su hermano póstumo. Igualmente, sería inadmisibles utilizar a estos seres humanos para experimentos, para producción de repuestos de órganos, para fabricación de cosméticos o para ser simplemente botados a la basura. Como niño y persona su vida merece pleno respeto. El Código de la Familia panameño de 1994 es contundente y fiel al nuevo paradigma de la Convención: Art 484: “El presente Libro regula los derechos y garantías del menor, entendiéndose como tal, a todo ser humano desde su concepción hasta la edad de dieciocho años”. Agrega: art 489: “Todo menor tiene derecho a la protección de su vida prenatal”.

Cabe agregar que la criocongelación de embriones suspende el ejercicio del derecho a la vida.⁽⁵²⁾

Es en tutela de este derecho a la vida que existen normas reguladoras del mismo descanso pre-parto en materia laboral.

DERECHO A LA SALUD Y A LA INTEGRIDAD FISICA Y PSIQUICA

Todos los procedimientos artificiales de fecundación asistida ponen en peligro la salud. No hay ninguna certeza de que un descongelamiento de embriones no dañe la futura salud de este ser humano. No puede negarse, además, el riesgo de malformaciones procedentes de la congelación y descongelación de embriones.

(52) LOPEZ ROJAS, Carla y TENORIO JARA, Adriana, *Derechos del concebido*, Facultad de derecho, Universidad de Costa Rica, San José, 1998, p. 43.

DERECHO AL AMBIENTE SANO

¿Es, acaso, un tubo de ensayo el ambiente sano a que se refiere la Sala Constitucional costarricense, como un derecho fundamental derivado directamente de la protección constitucional a la vida humana?

Es evidente que éste no es el ambiente natural para el desarrollo del embrión. Está comprobado que en un medio artificial los riesgos ambientales se multiplican, por ejemplo, por efecto de nutrientes artificiales, agentes físicos y elementos químicos diversos con que entra en contacto el embrión.

DERECHO A SU PROPIA IDENTIDAD

El ser humano tiene derecho a ser sí mismo, a conocer su origen y a moldear su propia identidad.

Contra este derecho se intenta tener el poder sobre la identidad genética de los concebidos. ESTE DERECHO SE OPONE A TODA MANIPULACIÓN, NO TERAPÉUTICA.

Con abierto irrespeto de este derecho se observa la creación de bancos anónimos de gametos y se pretende impedir al niño conocer a su padre genético, mediante tal anonimato.⁽⁵³⁾ Estos bancos de semen o de óvulos atentan contra el derecho a la identidad,⁽⁵⁴⁾ el derecho a saber quiénes son los propios padres, el derecho a conocer el propio origen genético y el derecho de tener la certeza de no contraer un matrimonio consanguíneo.

Aunque algunos afirman la necesidad del anonimato en la donación (en realidad, venta) de gametos para proteger la unidad de la familia, la verdad es que la familia como tal no es ningún ser de carne y hueso, como sí lo es el niño, cuyos intereses deben prevalecer.

Contra este derecho se desarrollan en la vida real bancos de donantes anónimos.

El derecho a conocer el propio origen genético es fundamental.⁽⁵⁵⁾ Países tradicionalmente liberales en ética han emitido reglas contra las donaciones anónimas de gametos; así ha ocurrido en Suecia, Suiza y Austria.

(53) Ver NÉZER, Isis, p. 189.

(54) Ver FERNANDEZ SESSAREGO.

(55) Ver BUSNELLI, p. 5.

La inseminación artificial con semen de un donante anónimo, plantea diversos cuestionamientos éticos.

Si se busca semen de alguna categoría de hombres (hay muchos Bancos de semen de personalidades famosas), los propósitos eugenésicos pueden resultar aberrantes.

Si se trata de cualquier donante anónimo, podrían surgir problemas hasta de matrimonios entre hermanos consanguíneos. “Poca o ninguna información se consigue sobre la historia genética o del peligro genético del donante, dada la escasas conservación de registros.

“Si la inseminación artificial por donante anónimo termina en una enfermedad genética, no es posible identificar la fuente de la muestra (el donante) y es posible que se vuelva a usar su semen exponiendo a otro niño a la misma enfermedad”.⁽⁵⁶⁾

Contra este derecho a la propia identidad también se vislumbra la clonación.

Con esta técnica “el hombre es reducido a simple medio para conseguir fines sociales o para satisfacer caprichos de personas particulares”.⁽⁵⁷⁾ La clonación es tal vez uno de los mayores atentados al derecho a la propia identidad.

Actualmente, es posible producir mediante esta técnica animales gemelos idénticos. Un embrión en una fase de desarrollo temprana es extraído del útero y se divide. Luego, cada parte se implanta por separado en un útero sustituto. Algunos mamíferos como ratones y ovejas se han obtenido de este modo. Otro método se basa en la posibilidad de tomar de una célula un núcleo con la dotación completa de cromosomas, e introducirlo en un huevo fecundado cuyo núcleo se extrae, como ya ha anunciado que lo hará el citado Dr. Seed utilizando un óvulo y el vientre de su esposa. La división del huevo supone la división del núcleo y el núcleo descendiente, a su vez, puede ser inyectado en otros huevos. Después de varias transferencias, cada núcleo puede ser capaz de dirigir el desarrollo de los huevos en organismos completos, genéticamente idénticos al organismo del que se había obtenido el núcleo original. Por lo tanto, esta técnica de clonación es, en teoría, capaz de producir un gran número de individuos genéticamente idénticos. Con la clonación “se afecta el derecho a la propia identidad genética de que goza el individuo, es decir, el derecho a ser sí mismo y no una mera copia de otro individuo”.⁽⁵⁸⁾

(56) VARGA, *ob. cit.*

(57) VARGA, p. 134.

(58) ANDORNO, p. 111.

¿Queremos realmente la producción de seres humanos en serie?

La ingeniería genética, en sentido estricto, es “la intervención directa en la estructura genética de un ser viviente, la sustitución de genes, o el aumento de nuevos genes en el ‘código’ genético o ‘programación’ de un organismo”,⁽⁵⁹⁾ pero la manipulación genética, sin fines terapéuticos es una agresión al derecho a la identidad, porque “...el embrión, constituye una realidad radical distinta de la gestante con su propio código genético, que merece, por lo tanto, el respeto debido a una vida humana en gestación”.⁽⁶⁰⁾ Sin embargo, en terapia genética, hay progresos esperanzadores en lo que se refiere a la determinación de los genes defectuosos causantes de diversas enfermedades. La investigación científica llega a veces a superponer el interés social a la investigación sobre la dignidad humana del embrión, por lo que no debe olvidarse que la única admisible manipulación de la identidad genética ha de ser con fines terapéuticos y con certeza científica. Me refiero concretamente al caso en que sea posible modificar el gen portador de una enfermedad hereditaria.

b) *Los derechos familiares fundamentales*

Aquí luchan por su supremacía dos valores: el derecho a procrear que tiene todo ser humano y el derecho de todo niño a una paternidad responsable de sus progenitores.

Todo derecho tiene límites internos fuera de los cuales cualquier actuación debe considerarse exorbitante y abusiva. Frente a la absoluta libertad procreativa y al pretendido derecho de la madre gestante sobre el ser humano en su vientre, que ha llevado en otras latitudes a liberalizar el aborto, afirmado dentro del sistema de “*Common Law*”, se sostiene que también el derecho a procrear encuentra límites en los derechos del procreado a una familia, a una paternidad responsable y a su propia identidad.

DERECHO A UN HOGAR Y UNA FAMILIA

Toda persona tiene derecho a una familia donde se comparta su guarda, crianza y educación, para un adecuado balance de la influencia de las figuras paterna y materna y de un adecuado desarrollo e identificación con su rol sexual.

(59) VARGA, p. 137.

(60) VIDAL, cit. por HOOFT, p. 688.

Frente a este derecho se trata de afirmar la posibilidad de *inseminación artificial de mujeres solteras y la inseminación post-mortem que abre la posibilidad de implantar embriones, incluso muchos años después del fallecimiento de los que aportaron los gametos*. Igualmente grave se presenta la posibilidad de autorizar a hombres solteros a tener hijos, mediante la posibilidad de comprar un óvulo y de encargar el trabajo a una gestante, mediante el llamado contrato de *maternidad sustituta*.

La madre sustituta puede recibir el óvulo fecundado con el semen del marido, o puede ser "donante" del óvulo que será fertilizado con el semen del "contratante".⁽⁶¹⁾

Hemos llegado ya a la posibilidad de producir hijos por encargo, mediante contratos de alquiler de útero... Ya las señoras pueden (técnicamente) "librarse de las molestias del embarazo" por medio de una madre alquilada...

En estos casos el niño es un medio para satisfacer un deseo. La madre sustituta es un artículo comercial, una prestadora de servicios de gestación. La maternidad sustituta o arrendamiento de vientre atenta contra el derecho del niño a no ser cosificado como objeto en el comercio.

Ya en varias latitudes se ha declarado la nulidad de estos contratos (así por ejemplo en la Ley francesa).

Paralelamente, la posibilidad de *inseminación artificial de mujeres solteras y la inseminación post-mortem*, plantean un serio problema ético. Los defensores de estas ideas argumentan que el estado civil no puede ser criterio para discriminar en cuanto al derecho fundamental a procrear y que, de hecho, son muchos los hogares donde no existe la figura paterna y que en la realidad encontramos un verdadero "polimorfismo" familiar. Afirman que la familia tradicional (matrimonial o de hecho) compuesta por un hombre, una mujer y sus hijos, no es el único modelo de familia y que junto a ella existe la familia dirigida por un solo progenitor. El hecho, sociológicamente comprobable de hogares sin figura paterna o de uniones homosexuales, no es un argumento lógico para generalizar estas técnicas. Precisamente estas formas familiares, en muchos casos, son resultado de hogares rotos y no siempre se presentan como el modelo ideal para el crecimiento y educación equilibrada de un menor. De hecho hasta hay estadísticas que demuestran una correlación entre desintegración familiar y delincuencia.

(61) Ver NÉZER, *ob. cit.*, p. 186.

Esta ausencia de padre, aunque sea una realidad social, no es lo mejor para el menor. Este hecho social no justifica admitir que deliberadamente se traigan niños a hogares sin padre. En estos casos el donante se limita a vender su semen, eludiendo toda paternidad responsable.

Los nuevos paradigmas no surgen en forma pacífica. Así, estos derechos familiares del niño chocan abiertamente con el pretendido derecho a la maternidad de la mujer soltera, divorciada o viuda proclamado por las “partenogénofilas” y por el movimiento feminista norteamericano, que aducen que el estado civil no puede ser un criterio para discriminar a las mujeres ni para limitarles el derecho a ser madres. Se alega la existencia de los Convenios relativos a la no discriminación de las mujeres, pero igual rango formal tiene la Convención de Derechos del Niño y el Pacto de San José.

“...de conformidad con el Pacto de San José de Costa Rica no cabe duda de que conforme al ya mencionado artículo 4, la vida generada a partir de la unión de las células sexuales –gametos– aun mediante una fecundación extracorpórea, debe hallarse alcanzada por la protección al derecho a la vida que la Convención reconoce”.⁽⁶²⁾

La Convención Americana es muy clara y no hay mucha vuelta que darle: “Persona es todo ser humano” (artículo 20). ¿No es acaso, el concebido un ser humano?, puesto que cosa no es.⁽⁶³⁾

Aunque, en mi criterio, por más respetable que sea el derecho de la mujer a ser madre, o del hombre soltero a ser padre, este derecho no debe ir en contra de los intereses fundamentales de todo niño a un padre y a un hogar. ¿Por qué permitir la exposición de niños a una vida familiar anormal? Todo niño tiene derecho al ambiente familiar y a la imagen paterna y materna⁽⁶⁴⁾ para el adecuado y equilibrado desarrollo de su personalidad. Los cambios paradigmáticos exigen una re-jerarquización de valores, una decisión de tipo ético. La nueva Ley francesa N° 94654 de 29 de julio de 1994⁽⁶⁵⁾ reserva estas técnicas reproductivas asistidas a la pareja de un hombre y una mujer casados o por lo menos con dos años comprobados de unión de hecho, sobre la base de los estudios psicológicos que afirman la importancia para el menor, tanto de la madre,

(62) HOOFT, p. 688.

(63) Ver HOOFT, p. 689.

(64) Ver VARGA, p. 100.

(65) Cit. por BUSNELLI, *ob. cit.*, p. 15.

como del padre, pronunciándose así esta ley en favor del modelo tradicional de familia. Llama la atención que Suecia, país tradicionalmente liberal en materia sexual, establezca claramente que el acceso a la fecundación artificial se limita a la cónyuges o convivientes heterosexuales,⁽⁶⁶⁾ en síntesis a la familia heterosexual estable.

La respuesta la irá dando en cada país la legislación y la jurisprudencia, bajo el impulso de las fuerzas sociales. Así por ejemplo, recientemente, en Costa Rica, por la presión de la Iglesia, se retiró un proyecto que autorizaba la inseminación de solteras, además de regular muchos aspectos, como fecundación asistida, experimentación con gametos humanos, bancos de semen, etc.

DERECHO A UN ADECUADO EJERCICIO DE LA AUTORIDAD PARENTAL

La "sujeción" a estas potestades (poderes-deberes) es otra situación de la que es titular actual.⁽⁶⁷⁾

La práctica de métodos de concepción asistida debe realizarse en el seno de una familia, para que el niño pueda recibir los cuidados que le deben tanto su padre como su madre.

El deseo de autodeterminación de una mujer soltera, que quiere ser dueña absoluta de su hijo, sin interferencias masculinas, choca gravemente contra el derecho de todo niño a recibir la influencia adecuada de la imagen paterna, condición casi necesaria para un adecuado desarrollo de su identidad sexual en la vida.

Se trata de poner en la balanza la supuesta libertad de procrear de todo ser humano, con los derechos del niño a que se ejerza sobre él una paternidad responsable, de parte de sus progenitores. Esta es la tendencia de la nueva ley sueca para responsabilizar la procreación.

DERECHO A SUS RELACIONES FAMILIARES

Muchas de estas nuevas técnicas alejan al menor, no sólo de su padre, sino de toda una serie de relaciones familiares.

(66) Cit. por BUSNELLI, *ob. cit.*

(67) Ver PINO, *Il Diritto di Famiglia*. Cedam, Padova, 1977, p. 200.

Ya en Psicología infantil se ha constatado que mientras más relaciones de cariño tenga un menor, mayor será su estabilidad emocional, sin que estas relaciones se conviertan en un vértigo migratorio.

La Ley costarricense establece, por ejemplo a favor de los abuelos un derecho de visita.

IX. COSTA RICA. Nuevas disposiciones

El nuevo Código de la Niñez y la Adolescencia costarricense reconoce en su preámbulo como derechos fundamentales de la niñez (en orden de importancia): la salud (aunque creo que antes está la vida), la educación, participar en las decisiones de la familia, expresar opiniones y sentimientos propios, el ambiente sano, el descanso, la vida social, tener acceso a diversas opciones educativas, tener “privacidad” y respeto a su intimidad, libertad, reunión y asociación y el acceso a la información y educación sobre salud reproductiva; estos son derechos de todo niño.⁽⁶⁸⁾

La ley señala separadamente los derechos de los adolescentes. Esta distinción, ¿es acaso discriminatoria entre púberes o impúberes? ¡Claro que no! A cada uno lo suyo.

Del mismo modo, podemos pensar en disposiciones específicas para el no nacido, que no por esto van a ser discriminatorias.

Por supuesto que no puede haber aborto para el ya nacido; sería infanticidio u homicidio. Pero esta diversa regulación entre el aborto y el homicidio no significa discriminación entre dos categorías de personas.

Esta apreciación es importante para entender que *la palabra niño comprende diversas categorías, cada una de las cuales tiene derechos particulares: los concebidos, los impúberes, los adolescentes y si queremos, los jóvenes. Todos ellos entran, en cuanto sean menores de 18 años, dentro del concepto de “niño” de la Convención sobre Derechos del Niño.*

Estas disposiciones se aplican a las personas (por nacer o nacidas, debe entenderse) que no han llegado al umbral de la mayoría de edad, SIN DISCRIMINACION DE NINGUNA CLASE, —expresa el preámbulo de la ley costarricense— (exp. 12.839, Asamblea Legislativa).

Esta imposibilidad de discriminación es también por razones de edad. Tan humano es el que tiene algunos segundos de concebido, como cualquiera de nosotros.

(68) Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, Asamblea Legislativa. Ver Exposición de Motivos, p. 1.

X. Bibliografía

- ANDORNO, Roberto, *Clonación, fecundación in vitro y deshumanización de la procreación*, en CONGRESO INTERNACIONAL DE BIOÉTICA, Memorias, Universidad de La Sabana, Bogotá, julio 16 a 19 de 1997.
- ANDRUET, Armando (Ilustre Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Córdoba), *La eticidad en las ciencias médicas en general y en la fecundación "in vitro" en particular*. **Revista Jurídica, El Derecho**, Tomo, 127, pp. 801-830.
- ANTOS, Valeria, *El Proyecto Genoma Humano*, en **Revista Judicial**, Nº 70, Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica, 1998.
- , *Responsabilidad Civil por daño genético*, en **Revista Judicial**, Nº 73, Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica, 1998.
- ASTIGUETA, César, Algo más sobre el derecho a nacer. **Revista Jurídica, El Derecho**, Tomo 117.
- BORDA, Guillermo *¿El cadáver de una criatura nacida muerta, es jurídicamente una cosa?* **Revista Jurídica, La Ley**, tomo 1981-3.
- BUSNELLI, Francesco D. *Quali regole per la procreazione assistita?* Fotocopias.
- , *Código de la Familia*, Panamá, 1995.
- BUTELER, José. *Derecho Civil*, Parte General, Jano Ediciones, 2ª edición actualizada, Córdoba, 1987.
- CAPRA, Fritjof, *The tao of physics*, Shambala, Boston, 1991.
- CATALANO, Pierangelo, *Diritto e Persone*. Giappichelli, Torino, 1990.
- COCCA, Armando, *Nacer con dignidad (manipulación del embrión humano)*, **Revista Jurídica, La Ley**, Tomo 1984, Sección doctrina.
- CONGRESO VIII MUNDIAL SOBRE DERECHO DE FAMILIA, Memoria, Caracas, 1994.
- COSSARI, Nelson, *El embrión de probeta, su derecho a la personalidad y la protección de su vida*, **Revista Jurídica**, Rosario, R.A. 20-9-85.
- CUIÑAS RODRIGUEZ, Manuel, *Daños resarcibles derivados de la muerte de la persona por nacer*. **Revista Jurídica, La Ley**, 1997-3.
- FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho de las Personas*, Studium, Lima, 1986.
- , *Derecho a la identidad personal*, Astrea, Buenos Aires, 1992.
- HAWKING, Stephen W. *A brief History of Time. From the big bang to the black holes*. Bantam Bokks, N.Y., 1989.

- HOOFT, Pedro Federico, (Juez en lo Penal en Mar del Plata), *Los derechos humanos ante el desarrollo de la ciencia y la técnica: la protección de la vida humana naciente*. **Revista Jurídica** "El Derecho", tomo 124.
- LEJEUNE, Jerome, (en declaraciones en un caso de custodia temporal de embriones) *¿Qué es el embrión humano?* Universidad de Navarra, Rialp, Madrid, 1993.
- LIZANO VAN DER LAAT, Paula M., y MOYA, Ana C., *La mujer en el contexto socio-jurídico romano*, Hermenéutica, Nº 4, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José.
- LLOVERAS DE RESK, BERTOLDI DE FORUCADE, BERGOGLIO, *Lecciones de Derecho Civil. Personas naturales y jurídicas*, Editorial Advocatus, Córdoba, R.A., 1990.
- LOPEZ ROJAS, Carla y TENORIO JARA, Adriana, *Derechos del concebido*. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, 1998.
- MOUNIER, Emmanuelle, *El Personalismo*, EUDEBA, Buenos Aires.
- NÉZER, Isis, *Trascendencia Jurídica de las nuevas tecnologías y de la investigación genética*, Congreso de Derecho de familia, Caracas.
- ORDOQUI, Gustavo, *Estatuto de los derechos de la personalidad*, Acali, Montevideo, 1984.
- ORGAZ, Alfredo, *Derecho Civil Argentino. Personas individuales*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1946.
- PEREZ, Alicia Viviana, *Daño resarcible por la vida del "nasciturus"*. **Revista Jurídica, La Ley**, Tomo 1994, 3.
- PINO, *Il Diritto di Famiglia*. Cedam, Padova, 1977.
- RODRIGUEZ ARIAS BUSTAMANTE, Lino, *Abogacía y Derecho*.
- RODRIGUEZ VARELA, Alberto, *El Derecho a Nacer*, **Revista Jurídica, El Derecho**, tomo 96.
- SILVA RUIZ, Pedro F. *Derecho de Familia*, tomo II, Equity Publishing Co., New Hampshire.
- VARGA, Andrew, *Bioética, principales problemas*, Bogotá, 1994.
- VAZQUEZ FERREIRA, Roberto A., (reconocido constitucionalista, especialista en Derecho Público) *La defensa de la Constitución y el derecho a la vida*, **Revista Jurídica, La Ley**, tomo 1988-E.
- VEGA MERE, Yuri, *Personas Naturales, Diez Años del Código Civil peruano*, U. de Lima, Tomo I.

ANEXO

Exp.: 95-001734-0007-CO

Res.: 2000-02306

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

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

Resultando:

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

la acción en el artículo 75, párrafo segundo de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, pues en el presente caso se trata de la defensa de intereses difusos o que atañen a la colectividad en su conjunto, pues cualquier persona puede accionar en favor del derecho a la vida. Señaló que la Constitución Política, en su artículo 21, establece que la vida humana es inviolable, norma que tiene la amplitud necesaria para la protección de ese derecho. La vida inicia desde el momento de la fecundación, por lo tanto, cualquier eliminación o destrucción de concebidos –voluntaria o derivada de la impericia del médico o de la inexactitud de la técnica utilizada– resulta en una evidente violación al derecho a la vida humana, contenido en la norma constitucional antes citada. Señala que la Convención Americana de Derechos Humanos –aprobada por Ley N° 4534 del 23 de febrero de 1970– establece en su artículo 4 que toda persona tiene derecho a que se respete su vida, derecho que estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Asimismo su artículo 1, inciso 2 establece que para los efectos de la Convención, persona es todo ser humano. La Convención aclara que para efectos de su articulado persona es todo ser humano, y ser humano se es desde el momento de fecundado el óvulo, por lo que considera que manifestar que se es ser humano en un lapso posterior a este hecho nos llevaría a volver a una etapa en la que el hombre determinaba quién tenía esa condición y quién era simplemente un objeto sin derechos. Indica que según un documento elaborado por la Sociedad Suiza de Bioética, el embrión humano posee la dignidad y los derechos fundamentales reconocidos al ser humano; no se puede atentar contra su integridad ni destruirlo, ya sea intencionalmente o por negligencia, agregando que conferirle al embrión un estatuto artificial, a medida de nuestros deseos, o de una ideología, o de las necesidades de la ciencia o de la sociedad, constituyen una corrupción inadmisibles de la razón. Tal documento señala que la ciencia y la técnica no se deben empeñar en una investigación que menosprecie la dignidad y los derechos fundamentales de un ser humano. Cita el actor el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por Ley N° 4229 del 11 de diciembre de 1968 y afirma que el derecho a la vida es inherente a la persona humana, por lo tanto, no requiere de una ley para concederle dicho derecho, es suyo por el simple hecho de su humanidad. Como se dijo, los óvulos fecundados son personas humanas y tienen de por sí el derecho inherente a la vida, no requieren de una normativa para adquirir dicho derecho ni puede ningún reglamento, ley, o convención quitarle o disminuirle ese derecho a la vida. Cita también la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por Ley N° 7184 del 18 de julio de 1990 y señala que de su preámbulo y artículo 6 se desprende que el niño –toda persona menor de 18 años, incluso antes de su nacimiento, desde la concepción– debe ser protegido. Menciona asimismo la protección que se consagra en el artículo 31 del Código Civil. Manifiesta que la Fecundación In vitro es un negocio y no una cura para una enfermedad ni un tratamiento de emergencia para salvar una vida –como los casos de aborto permitidos por el Código Penal–. Manifiesta que el decreto impugnado dispone en sus artículos 9 y 10 que está prohibida la fertilización in vitro de más de seis óvulos de la paciente por ciclo de tratamiento y el artículo 10 señala que todos los óvulos fecundados deberán ser transferidos a la cavidad uterina de la paciente,

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

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

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

4.- La Procuraduría General de la República rindió su informe (folios 175 a 202) y considera que la acción es admisible pues es difícil encontrar en cabeza de una persona determinada la individualización de la lesión que pueda provocar el decreto que se impugna. Estamos además en presencia de un

interés difuso, como es el respeto a la vida, la salud y la dignidad humana. En cuanto al fondo, considera que el decreto es inconstitucional por violación al principio de reserva de ley, pues existe prohibición para que el Poder Ejecutivo, a través de un reglamento, de la clase que sea, regule en vía original y primaria el derecho a la vida y la dignidad humana. Pese a la evidente inconstitucionalidad del decreto cuestionado, considera la Procuraduría que es preciso hacer varias reflexiones sobre los aspectos planteados por el accionante, la primera de ellas es determinar si en el producto de la fecundación existe vida y, en su caso, la protección a esa vida y en concreto de vida humana en el producto. Se ha sostenido desde el punto de vista religioso, jurídico, ético e incluso biológico, que la vida comienza a partir de la concepción, de la unión de un gameto masculino con uno femenino, momento en que es individualizable una nueva vida desde el punto de vista genético. Sin embargo, este concepto es cuestionado por la ciencia médica, pues algunos señalan que la vida embrionaria comenzaría 14 días después de la fecundación y hasta ese momento, con su implantación, los primeros esbozos de tejido nervioso y con ello, la individualización. Esa consideración ha conducido a alguna doctrina y legislación extranjera a acuñar el término preembrión –por ejemplo en España la Ley Nº 35-1988 de 22 de noviembre de 1988–. Por ello, si el comienzo de la vida de un ser humano tuviese que ser definida, médicamente podría darse una definición que se aparte de la indicada. Si se desconoce la existencia de vida humana, surgen riesgos de experimentación y manipulación. Asimismo, podría cuestionarse la procedencia de una protección jurídica que restrinja o simplemente regule la manipulación de esa vida “no humana”. A juicio de la Procuraduría, del artículo 21 de la Constitución Política se desprende que desde el momento en que se determine que existe vida, se impone la protección constitucional. Poco importa que esa vida no se haya materializado en un ser humano, por el contrario, la protección se da desde su existencia en la forma más primigenia que sea. Podría discutirse que, al incorporar dicha norma, el constituyente tenía presente la vida a partir del nacimiento, sin embargo, cabe recordar que civilmente el concebido era ya objeto de protección jurídica bajo el Código Civil. Además, la Convención Americana de Derechos Humanos no da margen de duda en cuanto al hecho de que la protección a la vida anterior al nacimiento constituye un derecho fundamental –artículo 4–. La Convención se manifiesta expresamente porque existe vida humana a partir de la concepción, y, en virtud de la aprobación por Ley Nº 4534 de 23 de febrero de 1970, esa Convención tiene valor constitucional. En virtud de lo dispuesto en ese instrumento de Derechos Humanos, no podría discutirse en Costa Rica si el preembrión, el embrión, y con mucha mayor razón el feto, son titulares del derecho a la vida y que esa vida está constitucionalmente protegida. En ese sentido afirma la Procuraduría, que en caso de que el producto de la fecundación artificial sea eliminado o destruido voluntaria o involuntariamente, por ejemplo, por impericia del médico o por la inexactitud de la técnica utilizada, se daría una violación al derecho a la vida, sancionable en los términos que el ordenamiento establezca o llegue a establecer. Desde el punto de vista civil hay que recordar que el artículo 31 del Código Civil señala que toda persona se repute nacida para lo que le favorezca desde 300 días antes de su nacimiento, es decir antes de su concepción. En cuanto a las regulaciones del

decreto impugnado indicó el Órgano Asesor que su artículo 9 tiene por objeto evitar que preembriones o embriones puedan ser congelados o manipulados de cualquier otra forma, de allí que se prevea la implantación de todos los productos. En ese sentido puede considerarse que la disposición reglamentaria respeta la vida y la dignidad humana. Lo que puede discutirse es el número de óvulos que se permite sea fertilizado. No puede desconocerse que existe un gran riesgo de que la técnica fracase, sea porque no se dé la fertilización, o porque al implantarse el producto en la mujer sea rechazado, lo que hace necesario que se implante más de un óvulo. Sin embargo, si tomamos en cuenta que en otros ordenamientos se considera suficiente la fecundación de tres óvulos –Ley de Protección de Embriones de Alemania–, así como en Costa Rica no es posible la criocongelación, no se determina la razonabilidad de la disposición que contempla la posibilidad de fecundar hasta 6 óvulos, todos los cuales deberán ser implantados. Al respecto, un criterio es el contenido en la Ley Española en cuanto dispone que sólo pueden ser transferidos al útero “el número de embriones valorado desde el punto de vista científico como el más adecuado para asegurar razonablemente un embarazo” y es de esperar que el avance de la técnica determine la necesidad de implantar pocos embriones. Esa necesidad de apreciación técnica es importante sobre todo si se considera que el hecho de que no sobreviva el óvulo fecundado en el vientre de la madre puede ser considerado un microaborto y como allí hay vida humana, se plantea el problema de la protección jurídica en términos del objeto de la técnica en sí misma o, en el caso, la necesidad de definir por qué y para qué producir una fecundación –sea vida humana– si se sabe que no tendrá éxito. El artículo 10 prohíbe desechar o eliminar embriones o preservarlos para transferencia en ciclos subsecuentes de la misma paciente o de otras pacientes. El accionante estima que la norma no garantiza que no se mantengan concebidos congelados, lo cual abre la posibilidad de que se den situaciones como que muera la madre por enfermedad o en accidente antes de la implantación de los concebidos, caso en el cual quedarían huérfanos, o que a consecuencia de una disputa, la madre puede negarse a la implantación o que la estadía de los concebidos en la caja de cristal se prolongue porque la madre tenga una complicación médica. Tales eventualidades generarían problemas que no encuentran una respuesta en la sola prohibición contenida en esa norma.

Pareciera que en la hipótesis en que la implantación del óvulo fecundado no sea posible, o en caso de que sea necesario retardarla, el camino es la crioconservación –con todos los problemas jurídicos (respeto a la vida y dignidad humanas) éticos y científicos que implica o la eliminación pura y simple del embrión a pesar de lo dispuesto. En todo caso, estima la Procuraduría que ninguna de las soluciones indicadas se compagina con la dignidad que encierra la vida humana. La Fecundación In Vitro constituye una técnica para solucionar un problema, sea la infertilidad, en la medida en que el objeto de esa técnica se modifique, se desnaturaliza la técnica con el riesgo de atentar contra la vida y la dignidad humanas. Entre las conductas que se consideran contrarias a la dignidad humana están el aporte de un gameto en contraprestación de una suma de dinero, los contratos de madre sustituta, pre-adopción, etc., el decreto ejecutivo pretende evitar situaciones degradantes de la

condición humana en su artículo 12, norma acorde con el ordenamiento constitucional porque la libertad de disponer de sí mismo tiene como límite la propia dignidad humana. En cuanto a la posibilidad de que se realice la fecundación artificial heteróloga, la Procuraduría señala que existe un derecho fundamental a la familia, según se deriva del artículo 51 de la Carta Fundamental, 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 7, 8, 9 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Relacionando ese derecho con la fecundación In Vitro, podríamos decir que todo niño tiene el derecho a nacer en el seno de una familia, así como a ser criado y educado por sus padres, por lo que la técnica debe desarrollarse tomando en cuenta este aspecto. Señala que debe tomarse en cuenta la protección que el ordenamiento otorga a la familia de hecho, tal y como lo ha puesto en evidencia la Sala en reiteradas sentencias. Pese a que existe un derecho a la privacidad en la relación marital, cuando esa relación trasciende lo externo y se refiere a valores como la vida y la dignidad humana, la intervención estatal se hace necesaria. No es posible aceptar que los padres tengan derecho a disponer del preembrión, embrión o feto, pues éste es un tercero que tiene derechos propios. En cuanto a la Fecundación in Vitro heteróloga, el Decreto pretende regularla, pero no se regula nada en cuanto a la identidad del donante, y establece que el donante no asume derecho ni responsabilidad alguna respecto del nacido. Se aplica una presunción de paternidad del esposo, lo que no excluye, eventualmente, la posibilidad de impugnación.

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

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

7.- Por resolución de las 13:30 horas del 30 de junio de 1997 se convocó a una audiencia a las partes y al Ministerio de Salud, a la Caja Costarricense de Seguro Social, al Colegio de Médicos y Cirujanos y al Instituto Costarricense de Infertilidad, con el fin de que expertos evacuaran dudas de los magistrados sobre la Técnica de Fertilización In Vitro y Transferencia Embrionaria (FIVET). La audiencia se celebró a las 9:15 horas del 7 de agosto de 1997 con la presencia del Magistrado Rodolfo E. Piza Escalante, quien presidió y los Magistrados Luis Fernando Solano Carrera, Eduardo Sancho González, Ana Virginia Calzada Miranda, Adrián Vargas Benavides, José Luis Molina Quesada y Fernando Albertazzi Herrera. Se presentó el accionante Lic. Hermes Navarro del Valle,

acompañado de los doctores Marta Garza y Alejandro Leal Esquivel. En representación de la Procuraduría General de la República el Dr. Román Solís Zelaya, Procurador General, el Lic. Farid Beirute Brenes, Procurador Adjunto, la Doctora Magda Inés Rojas y el Doctor Francisco Fuster Alfaro. Acreditados por la Caja Costarricense de Seguro Social concurren los doctores Ricardo Slon Hitti y Hernán Collado Martínez; por parte del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica acudieron los doctores Gerardo Montiel Larios y Fernando Sánchez Arroyo y por el Instituto Costarricense de Infertilidad, el Doctor Gerardo Escalante López.

8.- En los procedimientos se ha cumplido las prescripciones de ley.

Redacta el Magistrado Piza Escalante; y,

Considerando:

I.- Sobre la admisibilidad. La acción es interpuesta por el recurrente en forma personal y directa y es admisible de conformidad con el artículo 75, párrafo segundo de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Se cuestiona la constitucionalidad del Decreto Ejecutivo 24029-S de 3 de febrero de 1995 por considerar que infringe dos valores fundamentales del ordenamiento jurídico, el derecho a la vida y a la dignidad del ser humano. Frente al interés del accionante en impugnar el decreto que regula la Fertilización In Vitro, en la forma en que ha sido impugnada, no hay en el asunto interesado individual y directo en su eliminación, sino que lo que podría haber es, más bien, el interés de conservar la norma o ampliar su contenido con el fin de acceder a ella.

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

“Artículo 9.- En casos de fertilización in vitro, queda absolutamente prohibida la fertilización de más de seis óvulos de la paciente por ciclo de tratamiento.

Artículo 10.- Todos los óvulos fertilizados en un ciclo de tratamiento, deberán ser transferidos a la cavidad uterina de la paciente, quedando absolutamente prohibido desechar o eliminar embriones, o preservarlos para transferencia en ciclos subsecuentes de la misma paciente o de otras pacientes.

Artículo 11.- Quedan absolutamente prohibidas las maniobras de manipulación del código genético del embrión, así como toda forma de experimentación sobre el mismo.

Artículo 12.- Queda absolutamente prohibido comerciar con células germinales –óvulos y espermatozoides– para ser destinados a tratamiento de pacientes en técnicas de reproducción asistida, sean éstas homólogas o heterólogas.

Artículo 13.- El incumplimiento de las disposiciones aquí establecidas faculta al Ministerio de Salud para cancelar el permiso sanitario de funcionamiento y la acreditación otorgada al establecimiento en el que se cometió la infracción, debiendo remitirse el asunto en forma inmediata al Ministerio Público y al Colegio Profesional respectivo, para establecer las sanciones correspondientes.”

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

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

V.- La protección constitucional del Derecho a la Vida y la Dignidad del ser humano: el inicio de la vida humana. Los derechos de la persona, en su dimensión vital, se refieren a la manifestación primigenia del ser humano: la vida. Sin la existencia humana es un sinsentido hablar de derechos y libertades, por lo que el ser humano es la referencia última de la imputación de derechos y libertades fundamentales. Para el ser humano, la vida no sólo es un hecho empíricamente comprobable, sino que es un derecho que le pertenece precisamente por estar vivo. El ser humano es titular de un derecho a no ser privado de su vida ni a sufrir ataques ilegítimos por parte del Estado o de particulares, pero no solo eso: el poder público y la sociedad civil deben ayudarlo a defenderse de los peligros para su vida (sean naturales o sociales), tales como la insalubridad y el hambre, sólo por poner dos ejemplos. La pregunta ¿cuándo comienza la vida humana? tiene trascendental importancia en el asunto que aquí se discute, pues debe definirse desde cuándo el ser humano es sujeto de protección jurídica en nuestro ordenamiento. Existen divergencias entre los especialistas. Algunos consideran que los embriones humanos son entidades que se encuentran en un estado de su desarrollo donde no poseen más que un simple potencial de vida. Describen el desarrollo de la vida en este estadio inicial diciendo que el gameto —célula sexual o germinal llegada a la madurez, generalmente de número de cromosomas haploide, con vistas a asociarse con

otra célula del mismo origen para formar un nuevo vegetal o animal— se une con uno de sexo opuesto y forma un cigoto (que después se dividirá), luego un pre-embrión (hasta el día catorce tras la fecundación) y por último, un embrión (más allá del día catorce y en el momento de la diferenciación celular). Señalan que antes de la fijación del pre-embrión éste se compone de células no diferenciadas, y que esa diferenciación celular no sucede sino después de que se ha fijado sobre la pared uterina y después de la aparición de la línea primitiva —primer esbozo del sistema nervioso—; a partir de ese momento se forman los sistemas de órganos y los órganos. Quienes sostienen esta posición afirman que no es sino hasta después del décimo a decimocuarto día posterior a la fecundación que comienza la vida, y que no está claro que un embrión humano sea un individuo único antes de ese momento. Por el contrario, otros sostienen que todo ser humano tiene un comienzo único que se produce en el momento mismo de la fecundación. Definen al embrión como la forma original del ser o la forma más joven de un ser y opinan que no existe el término preembrión, pues antes del embrión, en el estadio precedente, hay un espermatozoide y un óvulo. Cuando el espermatozoide fecunda al óvulo esa entidad se convierte en un cigoto y por ende en un embrión. La más importante característica de esta célula es que todo lo que le permitirá evolucionar hacia el individuo ya se encuentra en su lugar; toda la información necesaria y suficiente para definir las características de un nuevo ser humano aparecen reunidas en el encuentro de los veintitrés cromosomas del espermatozoide y los veintitrés cromosomas del ovocito. Se ha dicho que por inducción científica se tuvo conocimiento de la novedad de la “criatura única” desde hace más de cincuenta años, pero como la información escrita en la molécula ADN del cromosoma era diminuta, no fue aproximadamente hasta 1987 que esa suposición pasó a ser una realidad científicamente demostrable. Al describir la segmentación de las células que se produce inmediatamente después de la fecundación, se indica que en el estadio de tres células existe un minúsculo ser humano y a partir de esa fase todo individuo es único, rigurosamente diferente de cualquier otro. En resumen, en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico, según se demuestra de seguido. Esta segunda posición es acorde con las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos vigentes en Costa Rica.

VI.- La protección del derecho a la vida y la dignidad del ser humano en los instrumentos internacionales vigentes en Costa Rica y en nuestra Constitución Política. Del principio de inviolabilidad de la vida se derivan varios corolarios y derechos anexos. Entre ellos, cabe destacar que, como el derecho se declara a favor de todos, sin excepción, —cualquier excepción o limitación destruye el contenido mismo del derecho—, debe protegerse tanto en el ser ya nacido como en el por nacer, de donde deriva la ilegitimidad del aborto o de la restitución de la pena de muerte en los países en que ya no existe. La normativa internacional, sin ser muy prolija, establece principios rectores sólidos en relación con el tema de la vida humana. A modo de enumeración, podemos decir que el valor vida humana encuentra protección normativa internacional en el artículo I de la Declaración Americana de los Derechos y

Deberes del Hombre, –adoptada en la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 1948 que afirma “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”–, el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 4 del Pacto de San José, en el que el derecho a la vida tiene un reconocimiento y una protección mucho más elaborada. Persona es todo ser humano (artículo 1.2) y toda persona “tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica” (artículo 3), ambas normas del Pacto de San José. No existen seres humanos de distinta categoría jurídica, todos somos personas y lo primero que nuestra personalidad jurídica reclama de los demás es el reconocimiento del derecho a la vida, sin la cual la personalidad no podría ejercerse. Señala textualmente el Pacto de San José en su artículo 4.1:

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

Este instrumento internacional da un paso decisivo, pues tutela el derecho a partir del momento de la concepción. Se prohíbe tajantemente importar la pena de muerte a una mujer en estado de gravidez, lo que constituye una protección directa y, por ende, un reconocimiento pleno, de la personalidad jurídica y real del no nacido y de sus derechos. Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por ley N° 7184 del 18 de julio de 1990, tutela el derecho a la vida en el artículo 6. Reconoce la personalidad del no nacido y en el párrafo 2 del Preámbulo señala que no se puede hacer distinción por razón alguna, entre las que menciona “el nacimiento”. Más adelante cita la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, que otorga “debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”. Nuestro ordenamiento contempla en el artículo 21 de la Constitución Política que “la vida humana es inviolable”.

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

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

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

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

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

VIII.- Conclusiones: A).- *La Sala circunscribe la cuestión al análisis de la técnica de fecundación in vitro en relación con el derecho a la vida y la dignidad del ser humano, por lo que omite pronunciamiento sobre los problemas atribuidos a tal técnica, en el sentido de que plantea serios inconvenientes cuya solución no está contemplada en las normas vigentes en Costa Rica, especialmente en el Derecho de Familia y el Derecho Penal. Este Tribunal acepta que los avances científicos y tecnológicos en el campo de la medicina, en general, tienden al mejoramiento de las condiciones de vida del ser humano. El desarrollo de técnicas de reproducción asistida han posibilitado que muchas parejas estériles alrededor del mundo consigan tener hijos. Sin embargo, es preciso cuestionarse si todo lo científicamente posible es compatible con las normas y principios que tutelan la vida humana, vigentes en Costa Rica, y, hasta qué punto, la persona humana admite ser objeto o resultado de un procedimiento técnico de producción. Cuando el objeto de la manipulación técnica es el ser humano, como en la Técnica de Fecundación In Vitro y Transferencia de Embriones el análisis debe superar el plano de lo técnicamente correcto o efectivo. Debe prevalecer el criterio ético que inspire los instrumentos de Derechos Humanos suscritos por nuestro país: el ser humano nunca puede ser tratado como un simple medio, pues es el único que vale por sí mismo y no*

en razón de otra cosa. Si hemos admitido que el embrión es un sujeto de derecho y no un mero objeto, debe ser protegido igual que cualquier otro ser humano. Solamente la tesis contraria permitiría admitir que sea congelado, vendido, sometido a experimentación e, incluso, desechado. El decreto prohíbe la selección de embriones, su congelamiento y eliminación, y la experimentación con estos seres humanos, a diferencia de la práctica común en el resto de los países del mundo –es muy ilustrativa la permisiva ley española “Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida” Nº 35/1988 de 22 de noviembre de 1988–, que en el artículo 11, párrafos tercero y cuarto, dispone:

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

El artículo 12 dispone, por su parte:

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

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

IX. Conclusiones: B). - *En relación con lo expresado, cabe concluir que tales prácticas atentan claramente contra la vida y la dignidad del ser humano. A juicio de este Tribunal no basta con establecer las restricciones que contiene el Decreto, pues la aplicación de la Técnica de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria, aún con ellas, atenta contra la vida humana. El embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación, y lo que es fundamental para la Sala, no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte. Ha quedado claro a este Tribunal que durante la ejecución de la técnica FIVET, se transfieren al útero los embriones previamente fecundados en laboratorio a sabiendas de que la mayor parte de ellos está destinada a no generar un embarazo: no van a seguir una gestación normal,*

pues no se implantan, o bien se implantan pero su desarrollo se interrumpe a causa de un aborto espontáneo. No es casual que se intente fecundar más de un óvulo por ciclo, pues la transferencia de múltiples embriones al útero de la madre –generalmente no más de cuatro– aumenta las posibilidades de lograr un embarazo. La objeción principal de la Sala es que la aplicación de la técnica importa una elevada pérdida de embriones, que no puede justificarse en el hecho de que el objetivo de ésta es lograr un ser humano, dotar de un hijo a una pareja que de otra forma no podría tenerlo. Lo esencial es que los embriones cuya vida se procura primero y luego se frustra son seres humanos y el ordenamiento constitucional no admite ninguna distinción entre ellos. No es de recibo tampoco el argumento de que en circunstancias naturales también hay embriones que no llegan a implantarse o que aún logrando la implantación, no llegan a desarrollarse hasta el nacimiento, sencillamente por el hecho de que la aplicación de la FIVET implica una manipulación consciente, voluntaria de las células reproductoras femeninas y masculinas con el objeto de procurar una nueva vida humana, en la que se propicia una situación en la que, de antemano, se sabe que la vida humana en un porcentaje considerable de los casos, no tiene posibilidad de continuar. Según la Sala ha podido constatar, la aplicación de la Técnica de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria, en la forma en que se desarrolla en la actualidad, atenta contra la vida humana. Este Tribunal sabe que los avances de la ciencia y la biotecnología son tan vertiginosos que la técnica podría llegar a ser mejorada de tal manera, que los reparos señalados aquí desaparezcan. Sin embargo, las condiciones en las que se aplica actualmente, llevan a concluir que cualquier eliminación o destrucción de concebidos –voluntaria o derivada de la impericia de quien ejecuta la técnica o de la inexactitud de ésta– viola su derecho a la vida, por lo que la Técnica no es acorde con el Derecho de la Constitución y por ello el reglamento cuestionado es inconstitucional por infracción al artículo 21 de la Constitución Política y 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por contravenir la técnica, considerada en sí misma, el derecho a la vida, debe dejarse expresa constancia de que, ni siquiera por norma de rango legal es posible autorizar legítimamente su aplicación, al menos, se insiste, mientras su desarrollo científico permanezca en el actual estado y signifique el daño consciente de vidas humanas. Salvan el voto los Magistrados Arguedas Ramírez y Calzada Miranda y declaran sin lugar la acción.

Por tanto:

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

R. E. Piza E. Presidente/Luis Fernando Solano C./Luis Paulino Mora M./Eduardo Sancho G./Carlos M. Arguedas R./Ana Virginia Calzada M./Adrián Vargas B.

LOS MAGISTRADOS ARGUEDAS RAMIREZ Y CALZADA MIRANDA,
SALVAMOS EL VOTO Y DECLARAMOS SIN LUGAR LA ACCION, CON BASE EN LAS
CONSIDERACIONES QUE A CONTINUACION EXPONEMOS Y QUE REDACTA LA
ULTIMA:

I.- *La Técnica de Fecundación In Vitro, en los términos en que se regula en el Decreto Ejecutivo N° 24029-S, no es incompatible con el derecho a la vida ni a la dignidad humana, sino que por el contrario, constituye un instrumento que la ciencia y la técnica han concedido al ser humano para favorecerla, ya que la infertilidad, a nuestro juicio, debe ser vista como la consecuencia de un estado genuino de enfermedad, por lo que debe ser atendida dentro de este contexto, a los efectos preventivos, diagnósticos y terapéuticos. Defendemos que el engendrado no nacido es sujeto de tutela en nuestro Estado de Derecho, conforme a la Constitución Política y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos –especialmente el Pacto de San José–, que le reconocen su derecho a la vida, a la dignidad y a recibir protección del Estado. En consecuencia, repudiamos que pueda ser manipulado con fines de experimentación, sometido a crioconservación o peor aún, que embriones humanos sean desechados en el laboratorio sin ser implantados en el útero de su madre. Las Técnicas de Reproducción Asistida, amplia gama de procedimientos que tienen como finalidad aumentar las posibilidades de concepción a través de un acercamiento entre óvulo y espermatozoide por diversos medios, se ofrecen como un medio para ejercer el legítimo ejercicio del derecho a la reproducción humana, que, aunque no está expresamente reconocido en nuestra Constitución Política, se deriva del derecho a la libertad y la autodeterminación, el derecho a la intimidad personal y familiar y la libertad para fundar una familia. El derecho a la reproducción involucra, a nuestro juicio, el propio derecho a la vida, ya no en su dimensión individual, sino en una colectiva: el derecho a contribuir a la preservación y continuidad de la especie humana. Tampoco compartimos la posición de la mayoría, en cuanto declare inconstitucional el Decreto N° 24029-S por infracción al principio de reserva legal, pues a nuestro juicio, la titularidad de estos derechos autoriza su ejercicio sin necesidad de que exista una regulación permisiva.*

II.- *El derecho a la reproducción, como derecho a la autodeterminación física, permite al sujeto acceder tanto a la reproducción natural, como valerse de las nuevas tecnologías reproductivas. Eso sí, con los límites ya mencionados, que tienden a proteger la integridad física y la vida del nuevo ser, así como la integridad no solo física, sino psíquica y social, de los pacientes que recurren a estos procedimientos, y que a nuestro juicio se plasman en el Decreto aquí debatido. Específicamente, los artículos 9 y 10 prohíben la fertilización de más de seis óvulos; obligan a implantar todos los que sean fecundados en el útero de la madre y proscriben su eliminación o conservación para ser utilizados en ciclos subsecuentes. Tales disposiciones protegen de forma suficiente el derecho a la vida y la dignidad de los no nacidos, pues de acuerdo con las opiniones técnicas que se han aportado a esta Acción de Inconstitucionalidad, raras veces los seis óvulos son fecundados –generalmente son tres–, pero si lo fueran, es*

posible que los seis embriones puedan terminar con éxito el embarazo. Asimismo, dados los avances de la medicina, también es factible que niños producto de un embarazo múltiple, sobrevivan aunque su nacimiento sea prematuro. Es por ello que, a diferencia del criterio de la mayoría, estimamos que el hecho de que algunos o todos los embriones colocados en el útero de la madre como parte de la Técnica de Fecundación In Vitro no lleguen a implantarse, o si se implantan, el embarazo no llegue a término, es una circunstancia natural que depende de la configuración genética que la naturaleza designó para cada uno de los embriones concebidos gracias a la facilitación de la unión de óvulo y espermatozoide. Es esa característica de cada uno ellos, la que determina si son capaces o no de mantener un embarazo, es decir, se presenta una medida selectiva natural, en la que no interviene de manera alguna el equipo médico que desarrolla la técnica. Por todo lo anterior, consideramos que la Técnica de Fecundación in Vitro, tal y como está regulada en el Decreto cuestionado no atenta contra el derecho a la vida y a la dignidad humana, sino que por el contrario es una herramienta que la ciencia ha puesto a la mano de las personas para que ejerzan su derecho a la reproducción, a fundar una familia, tal vez protegidos por nuestro Estado Democrático de Derecho.

Carlos Ml. Arguedas R.

Ana Virginia Calzada M.