

LA GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN EN AMÉRICA LATINA

2ª ed. (1ª en Tirant)

Nicolás Espejo Yaksic
Claire Fenton-Glynn
Fabiola Lathrop Gómez
Jens M. Scherpe
Editores



CFL | CAMBRIDGE
FAMILY LAW

tirant lo blanch
Ciudad de México, 2023

Copyright © 2023

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch México publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com/mex/

Este libro será publicado y distribuido internacionalmente en todos los países donde la Editorial Tirant lo Blanch esté presente.

Primera edición: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022.

Segunda edición: Suprema Corte de Justicia de la Nación y Tirant lo Blanch, 2023.

© VV.AA.

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

© EDITA: TIRANT LO BLANCH
DISTRIBUYE: TIRANT LO BLANCH MÉXICO
Av. Tamaulipas 150, Oficina 502
Hipódromo, Cuauhtémoc, 06100, Ciudad de México
Telf: +52 1 55 65502317
infomex@tirant.com
www.tirant.com/mex/
www.tirant.es
ISBN: 978-84-1197-497-4

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: http://www.tirant.net/Docs/RSC_Tirant.pdf

CAPÍTULO 5

La gestación por subrogación en Costa Rica

Alberto Jiménez Mata*

* Profesor de Derecho de Familia de la Universidad de Costa Rica.

SUMARIO: A. Planteamiento normativo constitucional; B. Principios constitucionales en los que descansa la materia filiatoria en Costa Rica; C. Planteamiento normativo anterior referido a las técnicas de reproducción asistida en Costa Rica; D. La condena a Costa Rica en la Corte Interamericana de Derechos Humanos; E. Regulación posterior a la sentencia de la Corte Interamericana; F. Regulación jurídica actual sobre la gestación subrogada en Costa Rica; G. Antecedente judicial relacionado con la gestación por subrogación; H. Legitimidad y límites actuales de la gestación subrogada en Costa Rica; I. Proyección normativa en Costa Rica; J. Conclusiones. Bibliografía.

A. Planteamiento normativo constitucional

Costa Rica está regida, en el ámbito constitucional, por el texto vigente desde el 7 de noviembre de 1949. La estructura del derecho de familia se basa en los artículos 51 a 54 de la Constitución Política. Estas normas contienen los fundamentos básicos que, para la época dada y su realidad, dan idea de la conformación y organización familiar; aunque para hoy esas ideas han sufrido innumerables modificaciones, conforme a su adaptación a los instrumentos de derechos fundamentales.

Es cierto, entonces, que las normas constitucionales no declaran, expresamente, un interés del Estado en la regulación de la gestación por subrogación. Sin embargo, establecen la importancia para el sistema jurídico del respeto de los tratados que el país ha suscrito en el ámbito del derecho internacional, pues coloca por encima de la ley a esos enunciados de carácter supranacional (artículo 7, Constitución Política). Además, según la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, tales tratados forman parte de la propia Constitución, en especial,

respecto de la normativa convencional referida a los derechos fundamentales, incluida en el bloque de constitucionalidad. Así, estas normas convencionales deben considerarse parte integrante de las normas constitucionales,¹ lo que obliga a la interpretación de nuevos conceptos de la filiación en relación con los textos normativos vigentes y la adopción de esas normas convencionales para la efectiva aplicación en Costa Rica del tema de la gestación por subrogación.

B. Principios constitucionales en los que descansa la materia filiatoria en Costa Rica

Vemos cómo los articulados constitucionales establecen los principios sobre los cuales se rige la materia filiatoria. En primer lugar, el principio de la igualdad de los hijos de una misma persona, especialmente cuando se refiere al tratamiento de los hijos de un mismo padre o una misma madre con respecto a la naturaleza de la filiación. La propia Constitución Política, en su artículo 53, recoge este principio y lo constitucionaliza ("Los padres tienen con sus hijos habidos fuera del matrimonio las mismas obligaciones que con los nacidos en él"); principio que también exalta el artículo 4 del Código de Familia ("En cuanto a derechos y obligaciones entre padres e hijos, ninguna diferencia hay respecto de los habidos dentro del matrimonio o fuera de él").

Un segundo principio es el derivado del derecho que tiene toda persona a conocer sus orígenes, el cual en materia de filiación por subrogación cobra vital importancia. El segundo párrafo del artículo 53 de la Constitución Política establece que "Toda persona tiene derecho a saber quiénes

¹ En este tema la Sala Constitucional ha evolucionado su criterio. En el voto 1147-90 hace alusión a que dicha normativa internacional tiene "no solo el rango superior a la ley ordinaria que les confiere el artículo 7 de la Constitución sino, también, un amparo constitucional directo que prácticamente los equipara a los consagrados expresamente por la propia Carta Fundamental, al tenor del artículo 48"; en tanto, en el voto 5759-93, refiere a que "al integrarse al ordenamiento jurídico al más alto nivel, valga decir, al nivel constitucional, lo complementan en lo que favorezca a la persona", para luego establecer en ese mismo voto que en caso de ser norma más favorable para el tutelado, ésta prima sobre la Constitución Política.

son sus padres, conforme a la ley", es decir, que el Estado debe garantizar en cualquier forma de regulación de la filiación, que las personas puedan conocer sus orígenes con independencia de la filiación que luego se adopte.

Un tercer principio se refiere al respeto de la verdad biológica, en tanto se trata con las normas jurídicas, en primer lugar, de dar correspondencia entre el vínculo jurídico de la filiación por naturaleza con el vínculo biológico resultante de la procreación. El sistema jurídico tiene esta base al establecer, por ejemplo, que en la filiación matrimonial, a pesar de la existencia de la presunción de paternidad, existan situaciones de exclusión para cuando no hay esa correspondencia; o en casos de impugnación de paternidad promovida por el padre biológico que no corresponde al marido de la madre. Los tribunales nacionales han establecido esa supremacía de la verdad biológica sobre la presunción dicha. Así sucedió en el voto de la Sala de Casación de lo Familiar,² en la causa rol 487-2013 (del 10 de mayo de 2013), en el cual consideró el interés superior de la persona menor de edad de contar con la paternidad que biológicamente le corresponde y con la cual se identifica, más que con la del marido de su madre.

Un cuarto principio que el sistema filiatorio tiene, de conformidad con el texto constitucional, es la no discriminación y la no calificación de una persona en razón de su filiación. En consecuencia, en Costa Rica no es posible llevar a cabo situaciones de discriminación de derechos u oportunidades por el tipo de filiación que tiene una persona, lo que se relaciona también con el principio de igualdad de los hijos. Pero tampoco puede haber diferencias referidas a los derechos relacionados con la filiación y, por ello, no puede haber discriminación por el tipo filiatorio entre los hijos de una misma persona en materia sucesoria o alimentaria.

² La Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia es el órgano encargado de conocer los recursos de casación de las sentencias de segunda instancia que emite el Tribunal de Familia. Es un órgano compuesto por cinco magistrados que, a su vez, son miembros de la Corte Plena.

Por último, de suma importancia para el tema de la filiación, abordamos la aplicación del principio del interés superior de la persona menor de edad, que recoge tanto la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 3, como el Código de la Niñez y Adolescencia costarricense, en su artículo 5. Asimismo, en lo que respecta a las decisiones de la filiación de una persona menor de edad, se debe considerar ese interés superior en el caso concreto.

C. Planteamiento normativo anterior referido a las técnicas de reproducción asistida en Costa Rica

Debido a que la única norma referida a las técnicas de reproducción asistida es la establecida en el artículo 72 del Código de Familia, en cuanto a la posibilidad de la inseminación artificial,³ se iniciaron los esfuerzos por dotar de alguna regulación para el uso de técnicas de reproducción asistida, camino que se tornó complejo, lento, con atropellos e inesperadas consecuencias legales.

El 3 febrero 1995 fue emitido el Decreto Ejecutivo 24029-S que contenía el Reglamento de Regulación de las Técnicas de Reproducción Asistida, antecedente remoto de la normativa referida al tema —en especial, de la fertilización *in vitro*— en Costa Rica, para autorizar la realización de las técnicas de reproducción asistida entre cónyuges, siendo posible recurrir a ellas como último procedimiento médico terapéutico para concebir. De acuerdo con el Reglamento, era permitida la utilización de células germinales —óvulo o espermatozoide— provenientes de una tercera

³ Artículo 72: "La inseminación artificial de la mujer con semen del marido, o de un tercero con el consentimiento de ambos cónyuges, equivaldrá a la cohabitación para efectos de filiación y paternidad. Dicho tercero no adquiere ningún derecho ni obligación inherente a tales calidades". Como se denota del texto, no se trata de una norma relacionada concretamente con la maternidad subrogada, sino con la posibilidad de que, ante el caso de material genético de un tercero no esposo de la mujer con consentimiento del marido, se asume ello como cohabitación para efectos de la paternidad; por lo que parece que la norma únicamente permite el caso en mujeres casadas para la determinación de la presunción de paternidad.

persona donante como último recurso médico terapéutico cuando la pareja no pudiera concebir, siendo que la autorización al donante de células germinales era posible por una única vez.

En cuanto a la fecundación *in vitro*, el Reglamento prohibía la fertilización de más de seis óvulos por ciclo de tratamiento, además del desecho o eliminación de embriones; tampoco permitía preservarlos para su transferencia en ciclos subsecuentes de la misma paciente o de otras pacientes. Igualmente, no era permitido comerciar con las células germinales para ser destinadas en técnicas de reproducción asistida, sean estas homólogas o heterólogas.

Con este reglamento, en su vigencia, se llevaron a cabo varias intervenciones médicas, se realizaron 14 nacimientos y, al momento en que fue anulado, se tenía un embarazo en camino.⁴ En efecto, estando en curso y vigente esta norma ejecutiva, el abogado Hermes Navarro del Valle presentó, en 1995, una acción ante la Sala Constitucional tendiente a considerar que las normas contenidas reñían con la Constitución Política, sosteniendo su nulidad. Él alegó que la técnica allí regulada era un servicio lucrativo y consideraba que el porcentaje de tentativas de fecundación era muy alto y que la técnica, según estudios científicos que mencionó, tenía una probabilidad de malformaciones y que con ella no se resolvía una cantidad significativa de casos de infertilidad.

Al dar audiencia a la Procuraduría General de la República, este ente respaldó la petición del accionante y pidió a la Sala acoger la acción. Al fallar el asunto, la Sala Constitucional (voto 2306-2000, 15 de marzo de 2000) la acogió y declaró la nulidad por inconstitucionalidad de ese texto,⁵ con lo cual Costa Rica cerró las puertas a la utilización de las

⁴ Chinchilla, José y Mora, Maynor, *El debate costarricense sobre la fertilización in vitro*, San José, Investigaciones Jurídicas S.A., 2004, p. 13.

⁵ La Sala Constitucional en Costa Rica es un órgano adscrito al Poder Judicial y sus siete miembros son magistrados de la Corte Plena; en este asunto la votación para la declaratoria de contrariedad con la Constitución lo fue por votación de mayoría de cinco de los miembros, magistrados Piza

técnicas según se regulaban. Se argumentó, en primer lugar, una contradicción con la norma fundamental en virtud de la reserva legal que establece que no sería posible que la ley haga delegación sobre

la determinación de regulaciones y restricciones que sólo ella [la ley] está habilitada a imponer [...] 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.⁶

Sumado a ello, la Sala también se refirió a la autorización que daba el reglamento para la utilización de la técnica de reproducción *in vitro* y transferencia de embriones, y determinó que violentaba los derechos a la vida y a la dignidad del ser humano. Se consideró al embrión humano como persona y, por ello, la Sala dijo que esa transferencia de embriones era contraria al derecho a la vida. Además, la resolución consideró que la vida humana inicia con la fecundación y que, a partir de allí, se está en presencia de un ser vivo para todo efecto, fundando este criterio en doctrina que extraen de los textos convencionales; que no existen seres humanos de diferentes categorías; que su vida es inviolable; que su protección se debe dar a partir de la concepción, y que en el texto del reglamento no se da la debida protección por el abuso que ofrece al ser sometidos los embriones a un laboratorio con la posibilidad de eliminación o cerceamiento de su existencia.

La resolución menciona que ya que el ser humano es objeto de la manipulación técnica, debía prevalecer el criterio ético que inspiran los instrumentos internacionales, por lo que la Sala dispuso que al ser el embrión un sujeto de derecho, debe ser protegido como cualquier otro ser humano. Finaliza el razonamiento de la Sala sosteniendo que

Escalante, Solano Carrera, Mora Mora, Sancho González y Benavides Vargas, asumiendo voto salvado los magistrados Arguedas Ramírez y Calzada Miranda.

⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 2306-2000.

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, conservando en congelación, y lo que es fundamental para la Sala, no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte.

Esta decisión de la Sala fomentó bastante crítica en los círculos intelectuales y jurídicos nacionales, pues los autores dieron a conocer posiciones contrarias a lo expresado en ese punto. El jurista, político y autor nacional Gerardo Trejos menciona que

Aunque la Sala Constitucional no lo diga, la sentencia se fundamenta en la doctrina desarrollada por el documento eclesiástico, no jurídico, denominado "Donum Vitae, Instrucción sobre el respeto a la vida humana naciente y dignidad de la procreación", fechada el 22 de febrero de 1987, de la Congregación para la Doctrina de la Fe, (antiguo Tribunal de la Inquisición) firmado por los cardenales Joseph Ratzinger (hoy Papa Benedicto XVI) y Alberto Bovone, con la autorización del entonces Papa Juan Pablo II.⁷

D. La condena a Costa Rica en la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Derivado de la resolución de la Sala Constitucional, en enero de 2001 se interpone una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en contra de Costa Rica por la prohibición que el voto de aquella hizo para la utilización de la práctica de la fecundación *in vitro*, que había estado vigente con el reglamento previamente analizado. En esa oportunidad se alegó: 1) una injerencia arbitraria del Estado en los

⁷ Trejos, Gerardo, *La prohibición de la fecundación in vitro en Costa Rica (una sentencia de la Sala Constitucional arbitraria, injusta, discriminatoria, y violatoria de los derechos fundamentales consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el protocolo de San Salvador)*, San José, Editorial Juricentro, 2008, p. 89.

derechos a la vida privada y familiar y a formar una familia; 2) la violación del derecho de igualdad por el impedimento que se hacía a la técnica en relación con la desventaja que se daba a parejas que podían tener hijos o hijas biológicos, y 3) el impacto desproporcionado que se generó en las mujeres para poder ejercer el derecho a la autodeterminación reproductiva, control de su fecundidad y desigualdad en relación con los hombres, quienes tienen libertad reproductiva sin restricciones.

La Comisión aprobó su admisibilidad en marzo de 2004 y en julio de 2010 se aprobó el informe de fondo en el cual se hacían recomendaciones al Estado costarricense y luego de darle oportunidades de enmienda para su cumplimiento se somete a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*). La Corte desestimó las excepciones preliminares presentadas por el Estado costarricense, sea la falta de agotamiento de recursos internos, extemporaneidad de dos de la peticiones e incompetencia de la Corte para conocer hechos nuevos no incluidos en los hechos de la demanda; además (por cinco votos contra uno), determinó que Costa Rica era responsable por la violación de los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2, en relación con el artículo 1.1, todos de la Convención Americana de Derechos Humanos, en perjuicio de las víctimas; y, finalmente, dispuso el carácter de reparación de la sentencia, obligando al Estado a adoptar medidas apropiadas para dejar sin efecto la prohibición de la práctica de la fertilización *in vitro* y que quienes desean hacer uso de ella puedan hacerlo sin impedimento al ejercicio de los derechos vulnerados.

Además, estableció el deber del Estado costarricense de regular los aspectos necesarios para la implementación de la técnica según lo acordado en el fallo, así como sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones y profesionales calificados para la técnica. Ordenó incluir la técnica dentro de programas de infertilidad y otras disposiciones tendientes a la efectividad de los programas y a la supervisión del cumplimiento del fallo.

En la sentencia, la Corte estima que la Convención Americana no permite que los Estados procuren intromisiones de tipo arbitrario o abusivo en ese ámbito. Asimismo, establece que las personas tienen derecho a autodeterminar su vida individual y social con apego a las normas jurídicas internas según sus opciones y convicciones propias. La Corte menciona que

El artículo 11 de la Convención Americana requiere la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada y familiar. Prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias. En ese sentido, la Corte ha sostenido que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública.

Además, preceptúa que la maternidad forma parte del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres y, ante ello, esgrime que la decisión para la maternidad o la paternidad integra el derecho a la vida privada, estableciendo que la prohibición para la técnica de la fertilización *in vitro* que hizo Costa Rica violentaba ese derecho, al no permitir que la mujer desarrolle su derecho a la maternidad y, con ello, su derecho inherente a formar una familia incluso sin pareja. La Corte reiteró las conclusiones del Comité de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en cuanto a que los derechos de la salud de las mujeres se deben ejercer tomando en consideración sus propios intereses y sus necesidades, todo ello en función de la desigualdad que se tiene con el derecho de salud de los hombres en la función reproductiva.

La sentencia hace mención de la importancia de la familia como ente fundamental en el desarrollo de las personas y la necesidad de otorgarle debida protección, lo que incluye la posibilidad de procrear. La Corte entiende que el derecho a la vida privada debe estar permeado de la autonomía reproductiva y del acceso a los servicios de salud reproductiva y

a la tecnología médica necesaria para ejercer tal derecho. A su vez, la Corte estima que se debe tener el necesario marco jurídico interno para que esa salud reproductiva sea eficiente y capaz de tutelar los derechos de las personas hacia esa procreación, siendo las técnicas de reproducción asistida un eje importante para lograrlo. En especial, la Corte indica que

el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva; y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho a la autonomía reproductiva está reconocido también en el artículo 16 (e) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, según el cual las mujeres gozan del derecho "a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos".

Con estas consideraciones, la Corte concluye que la decisión dada por la Sala Constitucional generó una serie de vulneraciones de derechos convencionales: 1) un impacto en el derecho de intimidad de las personas que tuvieron que acudir a otros países para obtener el tratamiento, exponiendo aspectos de su vida privada; 2) vulneración a la autonomía personal y de un proyecto de vida, al ser la técnica de reproducción la única forma para lograr la procreación; 3) infracción a la integridad psicológica de las personas, pues la negativa de acceso a la técnica naturalmente produjo alteraciones en sus opciones de desarrollar su derecho a la libertad reproductiva, y 4) estimó que la prohibición de la técnica generó en una discriminación indirecta por razones de discapacidad, género y situación económica.

E. Regulación posterior a la sentencia de la Corte Interamericana

Como consecuencia del fallo, el 10 de septiembre de 2015 se emitió —vía decreto ejecutivo— el Reglamento para la autorización para la

realización de la técnica de reproducción asistida de fecundación *in vitro* y transferencia embrionaria. Este Reglamento autoriza la realización de la técnica de reproducción asistida de fecundación *in vitro* "con la finalidad de garantizar los derechos reproductivos de las personas con infertilidad", reconociéndolo como un "tratamiento médico que ayuda a las personas con infertilidad a mejorar sus posibilidades de lograr un embarazo" (artículo 1). A su vez, establece que se da autorización a las parejas conformadas por dos personas mayores de edad cuando alguno de ambos presente infertilidad o para la mujer sin pareja mayor de edad con infertilidad, lo que significa un avance en cuanto a que reconoce a mujeres que no tienen pareja y a parejas que no necesariamente tienen un ligamen de matrimonio.

Contrario a ello, la norma ejecutiva no regula expresamente la posibilidad de que exista la gestación por subrogación, pues no habla de la posibilidad de que exista una tercera persona mujer que, a fin de poder llevar cabo la técnica con resultados positivos, cargue con el embarazo, ya sea homólogo o heterólogo, y que tenga una obligación de entrega del nacido.

Además, el artículo 3 del Reglamento establece la posibilidad de un banco de donantes y regula la función de cada una de las instituciones públicas que tendrán injerencia en los procedimientos (artículos 6 al 10), lo que permite tener un mejor control estatal de las aplicaciones de las técnicas y evita su manipulación para efectos distintos a los deseados en la regulación.

Por otro lado, se establecen las formas de otorgar los consentimientos informados por parte de las personas destinatarias y donantes (artículo 15) y norma los derechos de información, de asistencia interdisciplinaria y de confidencialidad para estas personas (artículos 11 al 13), situación que refuerza, por un lado, la necesidad de control público sobre la técnica y, en otro sentido, los derechos individuales de quienes acuden a ella.

Nuevamente, la Sala Constitucional anula el decreto ejecutivo mediante el voto 1692-2016, del 3 de febrero de 2016.⁸ En la parte dispositiva de su decisión, la Sala establece que se hace "por violación al principio de reserva de ley y porque la modificación al ordenamiento jurídico, con arreglo a los procedimientos constitucionales que prevé el artículo 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es a través de la ley formal", sin embargo, dos de los magistrados salvan el voto

por considerar que la Sala Constitucional no tiene competencia para pronunciarse sobre el mismo objeto procesal, que pende simultáneamente ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo y otros*, en razón de la audiencia de supervisión de cumplimiento convocada al efecto, y hasta tanto ese tribunal no emita pronunciamiento. Lo anterior con el fin de preservar la integridad del Sistema Interamericano de Derechos Humanos del cual nuestro país forma parte.⁹

Esta decisión de la Sala generó un conflicto jurídico y político ante la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues el país estaba en un proceso de cumplimiento de las obligaciones establecidas en el

⁸ La Sala acogió la acción de inconstitucionalidad por mayoría con cinco votos de los magistrados Castillo Víquez, Cruz Castro, Rueda Leal, Salazar Alvarado y Hernández Gutiérrez y con los votos salvados de los magistrados Jinesta Lobo y Hernández López. Como se denota, para esta votación ya los siete miembros de la Sala Constitucional que votaron en la primera ocasión en que se acogió una acción en el tema (marzo, 2000) no eran titulares de la Sala y por ello no participaron en esta nueva toma de decisión, cinco de ellos ya jubilados y dos de ellos finados (Piza Escalante y Mora Mora).

⁹ La Sala estimó que "el hecho de que esté reservado a la Asamblea Legislativa, por medio de una ley formal, la restricción o regulación del régimen de los derechos fundamentales, también responde a una cuestión de legitimación dentro de un Estado Democrático de Derecho, pues es el Poder representativo de la soberanía popular; y, por ende, que cumple a cabalidad con el principio democrático (artículos 9 y 105, de la Constitución Política). En este sentido, el Poder Ejecutivo, con la promulgación del decreto ejecutivo en cuestión, vulneró también el principio democrático, ya que adoptó un acto cuya competencia es exclusiva del Legislativo, vulnerando con ello, también, el Principio de División de Poderes, lo que torna el decreto ejecutivo denominado 'Autorización para la Realización de la Técnica de Reproducción Asistida de Fecundación in Vitro y Transferencia Embrionaria', del 10 de setiembre de 2015, publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 178 del 11 de octubre de 2015, en inconstitucional, también por violación de los citados principios, vicios que lo afectan en su totalidad".

fallo de la Corte (*Artavia Murilo y otros vs. Costa Rica*), debiendo el tribunal internacional pronunciarse en resolución el 26 de noviembre de 2016. Fue así como señaló que

El Estado debe hacer efectiva la posibilidad de acceso a la técnica de fecundación *in vitro* y, a tal efecto, mantener vigente el Decreto Ejecutivo No. 39210-MP-S, sin perjuicio de que el órgano legislativo emita alguna regulación posterior en apego a los estándares indicados en la Sentencia del caso *Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica*, reconociéndose que la prohibición de la fecundación *in vitro* no puede producir efectos jurídicos en Costa Rica ni constituir un impedimento al ejercicio del derecho a decidir tener hijos biológicos a través del acceso a la fecundación *in vitro*.¹⁰

Actualmente el decreto tiene vigencia y con él se han estado llevando a cabo las técnicas de reproducción asistida que permite, en tanto, respecto de lo declarado en la Corte Interamericana se han llevado a cabo homologaciones de algunos acuerdos a los que han llegado las víctimas que habían acudido a esa instancia y el Estado de Costa Rica, especialmente en cuanto a las consecuencias pecuniarias de la condena anterior de la Corte.

¹⁰ Además se obligó al Estado de Costa Rica a "asegurar, a través de la Caja Costarricense del Seguro Social que se cumplan las obligaciones y plazos establecidos en los artículos 7° y 14°, así como en el Transitorio I del Decreto Ejecutivo No. 39210-MP-S, lo que implica que el 11 de septiembre de 2017, dicho tratamiento debe estar disponible dentro de los programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, en los términos de los párrafos 53 y 54 de la presente Sentencia; c) propiciar, en un plazo razonable, acercamientos con la Defensoría de los Habitantes de la República, con instituciones académicas, así como con organismos internacionales especializados en derechos humanos a efecto de generar procesos de capacitación en derechos humanos, dirigidos a funcionarios de los diversos poderes del Estado y la Caja Costarricense del Seguro Social, en los términos del párrafos 55 a 57 de la presente Sentencia; d) fortalecer, en un plazo razonable, los programas educativos dirigidos a propiciar una formación en derechos humanos, en los términos del párrafos 55 a 57 de la presente Sentencia; e) iniciar, en un plazo razonable, una discusión amplia y participativa acerca de la maternidad por subrogación como procedimiento para la procreación, en los términos de los párrafos 55 a 57 de la presente Sentencia; f) pagar a cada una de las víctimas las cantidades acordadas por concepto de indemnizaciones del daño material y del daño inmaterial, en los términos del párrafo 58 de la presente Sentencia".

F. Regulación jurídica actual sobre la gestación subrogada en Costa Rica

Si bien desde 2015 se encuentra vigente el Decreto Ejecutivo núm. 39210-MP-S, actualmente no existe una ley que regule la gestación subrogada llevada a cabo mediante técnicas de reproducción asistida, pues de la lectura del artículo 2 del decreto se extrae únicamente que "Serán personas destinatarias de la FIV, la pareja conformada por dos personas mayores de edad, cuando alguno de ambos presente infertilidad y ninguno haya sido declarado incapaz en la vía judicial. Asimismo, la mujer sin pareja, mayor de edad y con la infertilidad, que no haya sido declarada incapaz en la vía judicial".

De conformidad con los artículos 7, 16 y 17 del Decreto, el Ministerio de Salud tiene la obligación de elaborar la normativa técnica que establezca los lineamientos pertinentes para la realización de las técnicas de reproducción asistida en el país. Sin embargo, el Decreto está destinado únicamente a tutelar el acceso a la técnica de fertilización *in vitro*.

Consecuentemente, en virtud de las lagunas jurídicas existentes en el derecho interno, el Ministerio de Salud aprobó, en 2016, el Decreto Ejecutivo núm. 39616 (también denominado Norma para Establecimientos de Salud que realizan la Técnica de Reproducción Asistida de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria) con el fin de establecer la primera normativa de carácter técnico sobre la reproducción asistida en Costa Rica. Sin embargo, ninguno de los dos decretos ejecutivos anteriores dispuso criterios de regulación sobre los límites y alcances de la gestación subrogada, dado que no incluyen ni definen este fenómeno sociojurídico.

Además, en 2016, el Ministerio de Salud aprobó un tercer documento, el Decreto Ejecutivo núm. 39646-S (conocido como Norma para la habilitación de establecimientos de salud que realizan la técnica de reproducción asistida de fecundación *in vitro* y transferencia embrionaria), que

regula el ámbito de aplicación de la técnica de fertilización *in vitro*, así como los estándares mínimos que deben cumplir los profesionales y los establecimientos de salud públicos y privados que efectúen la práctica médica de reproducción asistida de alta complejidad (la referida fertilización *in vitro*). A pesar de esta nueva norma, se reafirma la inexistencia en Costa Rica de una regulación concreta en materia de gestación subrogada, con lo cual se mantiene el vacío legal en esta materia.

Por otro lado, en 2016, la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS), ente rector de la salud en el país, aprobó tanto el Protocolo de Atención Clínica para el Diagnóstico de la Pareja y Mujer sin pareja con Infertilidad y Tratamiento con Técnicas de Baja Complejidad en la Red de Servicios de Salud de la CCSS, como el Protocolo de Atención Clínica para el Diagnóstico de la Pareja y Mujer sin Pareja con Infertilidad y Tratamiento con Técnicas de Alta Complejidad en la Red de Servicios de Salud de la CCSS. Además, en 2019 se aprobaron otros dos documentos técnicos que regulan específicamente la reproducción asistida de alta complejidad: en primer lugar, el texto denominado Perfil Funcional de la Unidad de Medicina Reproductiva de Alta Complejidad del Servicio de Ginecología del Hospital de las Mujeres Dr. Adolfo Carit Eva y, en segundo lugar, el Manual de Procedimientos de la Unidad de Medicina Reproductiva de Alta Complejidad (UMRAC) en la Red de Servicios de Salud en la CCSS.

A pesar de estas nuevas normativas, ninguna de ellas reguló la posibilidad de efectuar la gestación subrogada en Costa Rica, por cuanto incluyen únicamente las técnicas de reproducción asistida de una pareja o de una mujer sin pareja (mediante donante confidencial o conocido). Por consiguiente, no regularon la reproducción asistida de una pareja a través de otra mujer que convenga una gestación de este tipo. Así las cosas, resulta notoria la ausencia normativa sobre la gestación subrogada en el ordenamiento jurídico costarricense.

En cuanto a la inscripción de nacimientos concebidos bajo la modalidad de gestación subrogada, el Registro Civil del Tribunal Supremo de

Elecciones, institución pública encargada de dicha labor, rechaza *ad portas* toda solicitud dirigida a ese fin aduciendo una aplicación del principio de legalidad, puesto que no existe una norma legal que la regule. Efectivamente, en principio y por los procedimientos que se hacen en esta institución, la declaración de nacimiento se verifica con inmediatez al parto, para lo cual existen oficinas en cada uno de los centros médicos del país. Así se hará la inscripción con maternidad de la mujer gestante y, si ella es casada, con paternidad de su marido (principio de paternidad del artículo 69 del Código de Familia); si ella no está unida en matrimonio, podrá (facultativamente, pues si no lo desea el niño se inscribe únicamente con su maternidad) allí mismo hacer la declaración de paternidad para iniciar el procedimiento de paternidad, salvo que exista en ese momento un reconocimiento voluntario del padre. En caso de registros de personas nacidas en el extranjero con derecho a nacionalidad costarricense, se establece el mismo procedimiento a partir de los documentos de nacimiento que se confeccionan en el país en que se verificó el parto respecto de la madre y se sigue el mismo proceder respecto de la paternidad.

G. Antecedente judicial relacionado con la gestación por subrogación

En el Juzgado de Niñez y Adolescencia de San José¹¹ se conoció un proceso de adopción en el cual una pareja solicitaba la aprobación de la adopción de una niña concebida por medio de una técnica de reproducción asistida. El caso se da en virtud de la imposibilidad de una mujer de poder soportar el embarazo; la madre de ella se presta para hacerlo con material genético de la propia pareja (inseminación artificial sin vinculación genética de la mujer que soporta el embarazo), consintiendo todos

¹¹ En Costa Rica existe un despacho judicial que atiende los procesos relativos a los derechos de las personas menores de edad, únicamente tiene competencia en la provincia de San José (capital), pero sí conoce los asuntos de todo el país referente a la adopción internacional y a la restitución internacional de personas menores de edad.

los intervinientes en que una vez nacida la menor de edad iba a ser entregada a los padres intencionales y que la persona gestante no iba a tener derecho alguno a la filiación de la niña, esto a pesar de que no hay norma legal que lo autorice expresamente.

Como Costa Rica no contempla norma alguna relacionada con la filiación derivada de la gestación por subrogación, por aplicación de las leyes generales y de la presunción de paternidad del artículo 69 del Código de Familia, y ya que la gestante era una persona casada, al nacer la niña se la inscribió como hija de los los padres de la mujer comitente y la cónyuge del padre comitente, esto es, el matrimonio que aportó el material genético para el embarazo.

Ante esta situación, la pareja comitente recurre a estrados judiciales y administrativos para obtener la maternidad y la paternidad por medio de la adopción. En este caso la adopción es directa, pues los padres registrales hacen una entrega voluntaria de la persona menor de edad a los adoptantes; el proceso se verifica en el despacho judicial mencionado y se da intervención al ente administrativo rector de la infancia (Patronato Nacional de la Infancia).

El juzgado, en la sentencia núm. 16-2018, del 4 de abril de 2018, admite la adopción. Ante la falta de normas jurídicas hace uso de la jurisprudencia sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Gómez Murillo y otros vs. Costa Rica*, mencionando que dada la inexistencia de regulación corresponde a los órganos jurisdiccionales la integración e interpretación normativa que logre efectivizar la figura jurídica. Por lo anterior y considerando que se tutelaron todos los derechos y consideraciones que tradicionalmente la gestación por subrogación ha desarrollado, determina aprobar la adopción.

El juzgado da tutela no sólo a los padres intencionales, sino especialmente a la persona menor de edad, pues en el proceso se hizo prueba de la relación de esos padres con la niña, quien desde el nacimiento vive

con ellos y ha conformado el núcleo familiar adecuado; además de que los padres que dan en adopción, ahora abuelos maternos, tenían claro y consintieron siempre en su participación como padres únicamente gestores.

H. Legitimidad y límites actuales de la gestación subrogada en Costa Rica

Debido al vacío legal descrito, conviene reflexionar sobre la posibilidad de regular este fenómeno sociojurídico mediante otras fuentes del derecho.

Es clara la interpretación que efectúa la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso ya relatado *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, respecto de los alcances del principio de no discriminación vinculado con una serie de derechos. Entre ellos, la vida familiar y privada, la integridad personal, la autonomía personal, la salud sexual y reproductiva y el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico, al considerar que

El ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que este va más allá del derecho a la privacidad. La protección a la vida abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales [...] Además, la Corte ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico.¹²

¹² Punto 143 del fallo en cuanto a consideraciones de la Corte del alcance de los derechos de la integridad personal, libertad personal y vida privada y familiar.

La gestación por subrogación podría verse restringida por la aplicación rigurosa del principio de legalidad por parte de los órganos de la Administración Pública competentes para tutelar los efectos registrales, contractuales y civiles. Ahora bien, es importante aclarar que esta eventual aplicación de normativa pública relacionada con dicho principio no debería significar un límite para el ejercicio de la función pública, por cuanto la Sala Constitucional ha indicado, en una resolución de tutela del derecho a la salud, que

El derecho a la salud, ha dicho la Sala reiteradamente, es un derecho fundamental del ser humano, en la medida que la vida depende en gran parte de su respeto, de suerte no existe duda sobre la protección de ese derecho, jalonado del derecho de la vida que tutela el artículo 21 de la Constitución Política. Ante un derecho de tan alta estima dentro de nuestro ordenamiento jurídico considera la Sala que es inaceptable una interpretación exegética y formalista [...] apegada al principio de legalidad pero negando la existencia de derechos reconocidos constitucionalmente y los principios que le informan, entre ellos –como ya se dijo– el derecho a la salud y a la vida, así como el principio de igualdad, que no impide la diferencia de trato sino solamente aquella que resulte irrazonable y arbitraria.¹³

Por este motivo, los entes públicos competentes deberán cumplir con las obligaciones ya establecidas por normas de rango legal o reglamentario, dado que la Sala Constitucional ha establecido que

Es función esencial del Estado velar por la salud de la población. Corresponde al Poder Ejecutivo, por medio del Ministerio de Salud [...] la definición de la política nacional de salud, la normación, planificación y coordinación de todas las actividades públicas y privadas relativas a la salud, así como de la ejecución de aquellas actividades que le competen conforme a la ley. Tendrá potestades

¹³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 16998-2007.

para dictar reglamentos autónomos en estas materias. Se concluye que existe un principio general en el Derecho de la Constitución que obliga a los entes estatales a comprometerse activamente a procurar la salud de la población —en todas las manifestaciones que esta implique—. ¹⁴

Asimismo, de acuerdo con una propuesta de regulación legal de los acuerdos de gestación por subrogación en Costa Rica, establecida en la tesis de titulación denominada *Vientres de alquiler: Propuesta de reforma del artículo 2 inciso c, artículo 6 y artículo 30 inciso 2 del Proyecto de Ley sobre Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria y Creación del Depósito Nacional de Gametos a la luz de la experiencia internacional*, las abogadas costarricenses Alejandra Álvarez Kepfer y Michelle Hernández Sanóu indican que se debería legislar el tema a partir de una serie de consideraciones y términos que elaboran en función de la naturaleza del instituto y de la adecuación a las normas nacionales.

Así, en cuanto a la naturaleza del acuerdo, las autoras recomiendan establecer, como generalidades de gestación subrogada, que el acuerdo de gestación por subrogación bajo ninguna circunstancia podrá responder a una naturaleza comercial; que no aplique respecto del nacimiento de un menor de edad concebido por medio del coito; que para que el acuerdo surta eficacia será necesario que sea homologado por un tribunal competente; que el plazo del acuerdo abarque desde el momento en que sea homologado por el tribunal competente hasta que el menor de edad haya sido inscrito ante el Registro Civil como hijo de aquel, aquella o aquellos que fueron identificados como los futuros padres en el acuerdo de gestación subrogada, y que las obligaciones adquiridas sean de naturaleza personalísima para las partes firmantes.

En lo que respecta al consentimiento que otorgan las partes que intervienen en la práctica de maternidad subrogada, consideran las autoras que

¹⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 8953-2002.

deberá realizarse por escrito y que su contenido, aunque no limitado a ello, al menos debe tener la fecha y el lugar de celebración; las personas de las cuáles los gametos fueron originados; la identidad de los futuros padres, padre o madre; la identidad de la gestante; la aceptación del embarazo con fines de reproducción asistida por parte de la persona gestante; la aceptación por parte de la gestante y su cónyuge, si está casada, de que los derechos de filiación sobre el menor de edad corresponden exclusivamente a los padres biológicos o futuros padres; la obligación de la gestante de entregar al menor de edad al momento de su nacimiento a sus padres biológicos futuros y la obligación de éstos de convertirse en padres del menor, y el compromiso de los padres biológicos de cubrir todos los gastos médicos e imprevistos en que incurra la gestante como resultado del acuerdo de gestación por subrogación.

Opinan las autoras que, para que el acuerdo sea aprobado debería acompañarse con las certificaciones médicas en las que conste que los futuros padres no pueden concebir por sí mismos, así como la idoneidad física y psíquica de la madre subrogada para sobrellevar el embarazo producto del acuerdo de gestación por subrogación.¹⁵

En consecuencia, resumen las investigadoras, si bien es posible regular un contrato de esta naturaleza en el derecho costarricense, de conformidad con el derecho fundamental a la autonomía de la voluntad y a la libertad contractual emanados de los enunciados constitucionales del derecho a la libertad, derecho a la propiedad privada y derecho a la libertad de empresa, lo cierto es que, en virtud de lo interpretado por la Procuraduría General de la República en la Opinión Jurídica OJ-053-1999, existen límites a la libertad contractual. En efecto, señala en dicha opinión que la libertad contractual:

¹⁵ Álvarez Kepfer, Alejandra y Hernández Sanóu, Michelle, *Vientres de alquiler: Propuesta de reforma del artículo 2 inciso c, artículo 6 y artículo 30 inciso 2 del Proyecto de Ley sobre Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria y Creación del Depósito Nacional de Gametos a la luz de la experiencia internacional*, tesis de grado, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 2015.

Consiste en la facultad que se le otorga al individuo de escoger la materia del contrato, de determinar con quien realiza el acuerdo, de fijar con toda amplitud su contenido, así como mantener el equilibrio financiero del contrato desde su formación hasta su ejecución y la obligación de respetar las condiciones pactadas. Ahora bien, la libertad contractual no es un derecho absoluto: la convivencia armónica en un Estado Social de Derecho requiere de regulaciones y limitaciones a los derechos fundamentales, en tanto sean necesarias para garantizar el funcionamiento del todo social. La validez de estas regulaciones está sujeta a su conformidad con la Constitución Política, específicamente a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 28 según el cual las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público o que no perjudiquen a terceros están fuera de la acción de la ley.¹⁶

Por último, en concordancia con lo anteriormente indicado, debido a la vinculación de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el cumplimiento del artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el Estado costarricense deberá ajustar el derecho interno a las disposiciones del derecho internacional en materia de gestación subrogada, ya que este numeral indica que

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

Pues si bien se ha regulado por vía reglamentaria lo concerniente a la fertilización *in vitro*, es evidente la nula regulación en materia de gestación subrogada.

¹⁶ Procuraduría General de la República de Costa Rica, Opinión Jurídica OJ-053-1999.

I. Proyección normativa en Costa Rica

En el ámbito legislativo, en Costa Rica se han presentado algunas propuestas para la regulación de las técnicas y de los asuntos filiatorios. En general, de ellas no se deriva alguna que pretenda la regulación de la gestación por subrogación, pues lo que persiguen es una regulación y mejoramiento de las técnicas de reproducción asistida, especialmente para darle respaldo legal a las autorizaciones que se han venido regulando a través de decretos ejecutivos. Debido a la insuficiencia normativa en materia de gestación por subrogación en Costa Rica y otras técnicas de reproducción asistida —además de la fertilización *in vitro*—, la Sala Constitucional, mediante el voto 14503-2018, se pronunció y estableció que

Es claro que la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció la obligación del Estado costarricense de implementar la aplicación de la técnica de fecundación *in vitro* y esto ha sido fundamental para acoger el presente recurso de amparo, pero también es evidente que en no pocas ocasiones esta técnica en particular se debe aplicar en conjunción con otras. Con este panorama, estimo previsible que por vía de amparo comience a introducirse la aplicación de otras técnicas de reproducción asistida, incluyendo la maternidad subrogada.¹⁷

J. Conclusiones

Costa Rica no ha podido desarrollar una eficiente regulación respecto de los asuntos jurídicos de la gestación por subrogación, principalmente por la falta de regulación para la posibilidad de existencia científica de las técnicas de reproducción asistida que favorezcan este tipo de gestación. Esto hace que no parezca existir, por ahora, una voluntad política en el órgano legislativo para corregir esta situación y dotar al país de una legislación moderna, eficaz y acorde con los derechos fundamentales,

¹⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 14503-2018.

que otorgue claridad científica y una acertada regulación de los derechos filiatorios derivados de las técnicas a utilizar para hacer procedente la gestación por subrogación, incluyendo la posibilidad de acuerdos gestacionales patrimoniales o no.

Es necesario proceder legislativamente para establecer la existencia de una regulación de la gestación por subrogación, más aún cuando los decretos ejecutivos detallados en este texto lo único que han regulado es la forma de proceder con técnicas de reproducción asistida sin contemplar regulaciones relacionadas con la gestación en estudio, para lo cual, en cuanto a sus fundamentos jurídicos, se deben considerar los puntos propuestos en el voto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al resolver el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*. Especialmente la base de la regulación en cuanto a la tutela de los derechos fundamentales de la familia, como un todo, y de las personas que la componen, en particular, a la no violación de su vida privada y familiar, evitando con una regulación legislativa los comportamientos abusivos y arbitrarios del Estado al no permitir a personas que no pueden llevar a cabo gestación natural su derecho a la formación de la familia y la gestación de sus hijos.

Para ello, en consideración con cada uno de los puntos que proponen Álvarez Kepfer y Hernández Sanoú, esta regulación, aproximándose a los derechos fundamentales, por tratarse de regulación de derechos con consecuencias eminentemente personales relacionadas con derechos reproductivos, no debe tratarse de un acuerdo que tenga consecuencias patrimoniales en cuanto a obtención de ganancias económicas para la persona gestante. Esto porque si bien Costa Rica anuncia como derecho constitucional la libertad de empresa, ésta no puede establecerse con contenido patrimonial a partir de relaciones personales que involucran la gestación de una persona, salvo lo relacionado con los gastos administrativos y médicos que se generan en su ejecución.

La voluntad de los participantes en este tipo de acuerdos debe estar respaldada por una ratificación jurisdiccional, siempre y cuando el procedimiento

para lograrlo sea expedito y con garantía de acceso a ella sin obstáculos formales y económicos. Se trata de la decisión que involucra situaciones que tienen consecuencias en materia de filiación, que, de acuerdo con las normas del Código de Familia, han venido a ser reguladas a partir de la necesidad de decisiones judiciales, tanto en causas de emplazamiento, desplazamiento y en materia de resorte de aprobación judicial de la adopción de personas menores de edad, como en materia de derechos de personas menores de edad, cuya filiación se debe proteger.

Necesariamente, el consentimiento de las personas que participan en este tipo de acuerdos debe estar plasmado por escrito con las formalidades necesarias para su identificación y con un contenido expreso de los alcances del acuerdo, de la participación que cada una debe tener en ejecución de éste y de las obligaciones que asumen respecto de las consecuencias de la filiación. No parece ser necesario que sea dado en escritura pública, pero sí en un acuerdo privado con respaldo de autenticación de un abogado o que se verifique directamente ante un funcionario público en alguna de las instituciones que velan por las garantías sanitarias en el país, quienes deberán comprobar los requisitos de formación en cuanto a que se trate de situaciones en las cuales exista necesariamente una imposibilidad de concebir en forma natural para quienes lo pretenden, ello con la debida presentación de las respectivas certificaciones médicas en ese sentido.

Trabajo complejo espera al legislador costarricense; especialmente en atención a las corrientes conservadoras que han llenado los cupos legislativos en los últimos años, motivo por el cual no ha sido posible que el país emita legislación en temas como éste u otros que requieren de apertura progresista. Sin embargo, la emisión de decisiones jurisdiccionales, tanto en la Sala Constitucional como de los tribunales ordinarios, deberán poco a poco hacer su trabajo en pos de la claridad del tema y de la protección de los derechos fundamentales.

Bibliografía

Álvarez Kepfer, Alejandra y Hernández Sanóu, Michelle, *Vientres de alquiler: Propuesta de reforma del artículo 2 inciso c, artículo 6 y artículo 30 inciso 2 del Proyecto de Ley sobre Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria y Creación del Depósito Nacional de Gametos a la luz de la experiencia internacional*, tesis de grado, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 2015.

Chinchilla, José y Mora, Maynor, *El debate costarricense sobre la fertilización in vitro*, San José, Investigaciones Jurídicas S .A., 2004.

Trejos, Gerardo, *La prohibición de la fecundación in vitro en Costa Rica (una sentencia de la Sala Constitucional arbitraria, injusta, discriminatoria, y violatoria de los derechos fundamentales consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el protocolo de San Salvador)*, San José, Editorial Juricentro, 2008.