

# SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS (FECUNDACIÓN IN VITRO) VS. COSTA RICA

*Francisco Zúñiga<sup>1</sup>*

## Resumen

El presente artículo analiza la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica, en el que se reclama ante el sistema interamericano de derechos humanos por una decisión de la Corte Suprema de Costa Rica que prohibió la realización de la fecundación in vitro como técnica de reproducción asistida, por considerar que en el desarrollo de la misma se perdían óvulos fecundados, lo que atentaría en contra del derecho a la vida. En la sentencia, la Corte Interamericana rechaza el argumento, negando que la realización de la técnica de fecundación in vitro afecte el derecho a la vida y señalando que, por el contrario, su prohibición afecta los derechos fundamentales de los recurrentes.

## 1. Controversia

El presente caso comenzó por una presentación ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por parte del abogado Gerardo Trejos Salas, en representación de un grupo de 18 personas, en contra de la República de Costa Rica por la violación general a los derechos humanos que significaba la prohibición general de practicar la fecundación in vitro (FIV) en ese país, por una decisión de la Sala Constitucional de la Corte Suprema.

Se alegó que dicha prohibición afectó la vida privada y familiar de las personas y su derecho a determinar la forma de hacer familia. Asimismo, se argumentó que la prohibición constituía una discriminación arbitraria, puesto que impedía a la personas el acceso a un tratamiento para superar la situación de desventaja

---

<sup>1</sup> Profesor titular de Derecho Constitucional, Universidad de Chile.

que significaba no poder tener hijos o hijas biológicos. Finalmente, se alegó que esta prohibición generaba un efecto especialmente negativo en las mujeres.

## **2. Alegaciones de Costa Rica**

En primer lugar, Costa Rica interpuso excepciones preliminares. Se señaló que no se habían agotado todos los recursos internos, dado que la Corte Suprema solamente prohibió un tipo de procedimiento de FIV, sin que ello obstara a la procedencia de otros medios que cumplieran con lo establecido por la Corte o incluso el mismo método de FIV, si el avance de la técnica hiciera posible realizarla sin pérdida de embriones. Por lo demás, las decisiones de la Sala Constitucional de la Corte no son vinculantes para sí misma, por lo que, en caso de que una autoridad administrativa se negase a realizar algún tratamiento, siempre pudo interponerse el recurso contenciosos administrativo que correspondiese, cuestión que no se hizo.

Ante este argumento, la sentencia discurre acerca de la relación existente entre la subsidiariedad de su jurisdicción y las formas procesales que deben considerar los Estados en sus alegaciones:

22. El artículo 46.1.a) de la Convención Americana dispone que para determinar la admisibilidad de una petición o comunicación presentada ante la Comisión Interamericana, de conformidad con los artículos 44 o 45 de la Convención, es necesario que se hayan interpuesto y agotado los recursos de la jurisdicción interna, según los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos. La Corte recuerda que la regla del previo agotamiento de los recursos internos está concebida en interés del Estado, pues busca dispensarlo de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen, antes de haber tenido la ocasión de remediarlos con sus propios medios. Lo anterior significa que no solo deben existir formalmente esos recursos, sino también deben ser adecuados y efectivos, como resulta de las excepciones contempladas en el artículo 46.2 de la Convención.

23. Asimismo, esta Corte ha sostenido de manera consistente que una objeción al ejercicio de la jurisdicción de la Corte basada en la supuesta falta de agotamiento de los recursos internos debe ser presentada en el momento procesal oportuno, esto es, durante la admisibilidad del procedimiento ante la Comisión. Al alegar la falta de agotamiento de los recursos internos corresponde al Estado señalar en esa debida oportu-

tunidad los recursos que deben agotarse y su efectividad. Al respecto, el Tribunal reitera que no es tarea de la Corte, ni de la Comisión, identificar ex officio cuáles son los recursos internos pendientes de agotamiento. El Tribunal resalta que no compete a los órganos internacionales subsanar la falta de precisión de los alegatos del Estado.

En cualquier caso, se estima por parte de la sentencia que la vía procesal que plantea el Estado no resulta adecuada para los objetivos planteados, por lo que debe entenderse que se encuentran agotados los medios internos:

27. Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal considera que interponer un recurso de amparo no era idóneo para remediar la situación de las presuntas víctimas, dado que el más alto tribunal en la jurisdicción constitucional había emitido su decisión final respecto a los problemas jurídicos centrales que deben resolverse en el presente caso en relación con los alcances de la protección de la vida prenatal (infra párr. 162). Dado que la Sala Constitucional es la que conoce de todos los recursos de amparo que se interponen en Costa Rica, esa misma Sala sería la que hubiera tenido que valorar el eventual recurso de amparo que interpusieran las presuntas víctimas. Asimismo, las presuntas víctimas pretendían recibir el tratamiento médico de la FIV en el marco de la regulación prevista en el Decreto Ejecutivo. Ante la declaración de inconstitucionalidad del decreto en su conjunto, la posibilidad de acceder a la FIV bajo las condiciones establecidas por la Sala Constitucional es sustancialmente diferente a los intereses y pretensiones de las presuntas víctimas. Por ende, en las circunstancias específicas del presente caso, la Corte considera irrazonable exigir a las presuntas víctimas que tuvieran que seguir agotando recursos de amparo si la más alta instancia judicial en materia constitucional se había pronunciado sobre los aspectos específicos que controvierten las presuntas víctimas. Así las cosas, la función de dicho recurso en el ordenamiento jurídico interno no era idónea para proteger la situación jurídica infringida y, en consecuencia, no podía ser considerado como un recurso interno que debió ser agotado.

Luego, el Estado arguyó la incompetencia del Tribunal por haber debate sobre hechos nuevos, que no constaban en la presentación a la Comisión ni tampo-

co derivaban de ellos, como es el caso de la situación reflejada en la prensa por el procedimiento ante la Comisión. Esta excepción es desechada, por cuanto la sentencia estima que implica un pronunciamiento sobre el fondo de los hechos debatidos, lo que es improcedente en una excepción preliminar:

40. Tal como ha sido señalado, las excepciones preliminares son actos que buscan impedir el análisis del fondo de un asunto cuestionado, mediante la objeción de la admisibilidad de un caso o la competencia del Tribunal para conocer de un determinado caso o de alguno de sus aspectos, ya sea en razón de la persona, materia, tiempo o lugar, siempre y cuando dichos planteamientos tengan el carácter de preliminares. Si estos planteamientos no pudieran ser revisados sin entrar a analizar previamente el fondo de un caso, no pueden ser analizados mediante una excepción preliminar. En el presente caso, la Corte considera que no corresponde pronunciarse de forma preliminar sobre el marco fáctico del caso, ya que dicho análisis corresponde al fondo del caso (infra párr. 133). Asimismo, los alegatos planteados por el Estado al interponer la excepción preliminar serán tomados en cuenta al establecer los hechos que este Tribunal considera como probados y determinar si el Estado es internacionalmente responsable de las alegadas violaciones a los derechos convencionales, así como al precisar el tipo de daños que eventualmente podrían generarse en perjuicio de las presuntas víctimas. En razón de lo expuesto, la Corte desestima la excepción preliminar interpuesta por el Estado.

### **3. Exploración de conceptos técnicos relativos a hechos**

En cuanto a los hechos, la sentencia se detiene en el análisis de dos conceptos que se encuentran en relación de género a especie: las técnicas de reproducción asistida y la FIV:

63. Las técnicas o procedimientos de reproducción asistida son un grupo de diferentes tratamientos médicos que se utilizan para ayudar a las personas y parejas infértiles a lograr un embarazo, las cuales incluyen “la manipulación, tanto de ovocitos como de espermatozoides, o embriones [...] para el establecimiento de un embarazo”. Entre dichas técnicas se encuentran la FIV, la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratúbica de embriones, la criopreservación de

ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero subrogado. Las técnicas de reproducción asistida no incluyen la inseminación asistida o artificial.

64. Por su parte, la FIV es “un procedimiento en el cual los óvulos de una mujer son removidos de sus ovarios, ellos son entonces fertilizados con espermatozoides en un procedimiento de laboratorio, una vez concluido esto el óvulo fertilizado (embrión) es devuelto al útero de la mujer”. Esta técnica se aplica cuando la infertilidad se debe a la ausencia o bloqueo de las trompas de Falopio de la mujer, es decir, cuando un óvulo no puede pasar hacia las trompas de Falopio para ser fertilizado y posteriormente implantado en el útero, o en casos donde la infertilidad recae en la pareja de sexo masculino, así como en los casos en que la causa de la infertilidad es desconocida. Las fases que se siguen durante el la FIV son las siguientes: i) inducción a la ovulación; ii) aspiración de los óvulos contenidos en los ovarios; iii) inseminación de óvulos con espermatozoides; iv) observación del proceso de fecundación e incubación de los embriones, y v) transferencia embrionaria al útero materno.

#### **4. Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica**

Un decreto de febrero de 1995 autorizó a practicar la FIV en Costa Rica, regulando su ejecución. De acuerdo a la normativa constitucional de dicho país, cualquier persona puede recurrir solicitando la declaración de inconstitucionalidad de una norma. Iniciado dicho procedimiento, derivó en la dictación de una sentencia por parte de la Sala Constitucional de la Corte Suprema que declaró inconstitucional el mencionado decreto, de acuerdo a lo que se expone en la sentencia:

71. De conformidad con el artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, cualquier ciudadano puede interponer la acción de inconstitucionalidad en contra de una norma “cuando por la naturaleza del asunto no exista lesión individual y directa, o se trate de la defensa de intereses difusos o que atañen a la colectividad en su conjunto”. Basándose en dicha norma, el 7 de abril de 1995 el señor Hermes Navarro del Valle presentó una acción de inconstitucionalidad contra el Decreto Ejecutivo que regulaba la FIV en Costa Rica, utilizando diversos alegatos sobre violación del derecho a la vida. El solicitante requirió que: i) se declarara el Decreto inconstitucional por violar el derecho a la vida; ii) se declara-

ra inconstitucional la práctica de la fecundación in vitro, y iii) “se instruya a las autoridades públicas a mantener un control minucioso de la práctica médica, para que dichos actos no se vuelv[a]n a producir”. Entre los argumentos que se alegaron en la acción de constitucionalidad se encuentran los siguientes: i) “el porcentaje de malformaciones en general fue mayor al registrado en la fecundación natural”; ii) “la práctica generalizada [de la FIV] violenta la vida humana [y ] por las características privadas y aisladas [...] en que toma lugar dicha inseminación, cualquier reglamentación sería de difícil implementación y de difícil control por el Estado”; iii) “[l]a vida humana se 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– resultaría en una evidente violación al derecho a la vida contenido” en la Constitución costarricense; iv) se hizo referencia a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la Convención sobre los derechos del niño; v) se arguyó que “el negocio de la fecundación in vitro [es] un negocio[, ...] no cura [...] una enfermedad[,] ni [es] un tratamiento de emergencia para salvar una vida”, y vi) “tan violatorio es el eliminar concebidos[,] o sea niños[,] tirándolos al basurero, como eliminarlos de forma deliberada debido a la falta de técnica en el proceso, pretendiendo jugar una especie de ‘ruleta rusa’ con los seis niños introducidos en la madre”.

72. El 15 de marzo de 2000, la Sala Constitucional de la Corte Suprema emitió sentencia, mediante la cual declaró “con lugar la acción [y] se anula por inconstitucional [...] el Decreto Ejecutivo No. 24029-S”. Las razones esgrimidas por la Sala Constitucional para motivar su decisión fueron, en primer lugar, la “infracción del principio de reserva legal”, según el cual “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”. De acuerdo a lo anterior, la Sala concluyó que el Decreto Ejecutivo regulaba el “derecho a la vida y a la dignidad del ser humano”, razón por la cual “[l]a regulación de estos derechos por el Poder Ejecutivo resulta[ba] incompatible con el Derecho de la Constitución”.

73. Por otra parte, al considerar que era aplicable el artículo 4.1 de la Convención Americana, la Sala Constitucional señaló lo siguiente:

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 desarrollo donde no poseen más que un simple potencial de vida. [...] Señalan que antes de la fijación del preembrión este 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. [...] 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 ovulo. 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. [...] 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. (Énfasis añadido)

## **5. Análisis de los diversos derechos humanos vulnerados**

### **5.1. Integridad personal, libertad personal, vida privada y familiar**

La sentencia contextualiza y configura el derecho a la privacidad y a la vida familiar en la Convención, desde una perspectiva amplia, incluyendo diversos aspectos del desarrollo de la personalidad.

143. 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 privada 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. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. 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.

Posteriormente, se relaciona este derecho con el acceso a la tecnología y tratamientos específicos relacionados con la vida familiar de las personas, centrandó la argumentación en determinar si la prohibición de la FIV afecta el derecho y en justificar esa afectación:

150. Finalmente, el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho al goce de los beneficios del progreso científico ha sido reconocido internacionalmente y, en el ámbito interamericano, se encuentra contemplado en el artículo XIII de la Declaración Americana y en el artículo 14.1 b) del Protocolo de San Salvador. Cabe mencionar que la Asamblea General de Naciones Unidas, en su Declaración sobre este derecho, señaló la relación entre este y la satisfacción de las necesidades materiales y espirituales de todos los sectores de la población. Por tanto, y conforme al artículo 29 b) de la



Convención Americana, el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones. Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona. 151. En el presente caso el Estado considera que los derechos mencionados podían ejercerse de diversas maneras, bajo el supuesto de que no existía una prohibición absoluta de la FIV. Este aspecto ha sido controvertido por las demás partes. Por tal razón, la Corte determinará a continuación si existió una restricción de los derechos que se han mencionado para luego analizar la justificación que hizo el Estado para sustentar tal restricción.

A juicio de la Corte, existe en la sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, una injerencia en la vida privada de las personas, ya que el efecto de dicha sentencia implicó que no pudiesen realizar procedimientos de FIV en el país, lo que obligó a las víctimas a paralizar sus tratamientos o trasladarse a otros países.

161. La sentencia de la Sala Constitucional implicó entonces que ya no se practicara la FIV en Costa Rica. Asimismo, dicha sentencia generó la interrupción del tratamiento médico que habían iniciado algunas de las presuntas víctimas del presente caso, mientras que otras se vieron obligadas a viajar a otros países para poder acceder a la FIV. Estos hechos constituyen una interferencia en la vida privada y familiar de las presuntas víctimas, quienes debieron modificar o variar las posibilidades de acceder a la FIV, lo cual constituía una decisión de las parejas respecto a los métodos o prácticas que deseaban intentar con el fin de procrear un hijo o hija biológicos. La citada sentencia generó que las parejas tuvieran que modificar su curso de acción respecto a una decisión que ya habían tomado: la de intentar tener hijos por medio de la FIV. La Corte precisa que la injerencia en el presente caso no se encuentra

relacionada con el hecho de que las familias hayan o no podido tener hijos, pues aun si hubieran podido acceder a la técnica de la FIV, no es posible determinar si dicho objetivo se hubiera podido alcanzar, por lo que la injerencia se circunscribe a la posibilidad de tomar una decisión autónoma sobre el tipo de tratamientos que querían intentar para ejercer sus derechos sexuales y reproductivos. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte observa que algunas de las presuntas víctimas señalaron que una de las causas que influyó en la ruptura del lazo matrimonial se relacionó con el impacto de la prohibición de la FIV en la imposibilidad de tener hijos.

162.- Al comprobarse que existió una injerencia tanto por el efecto prohibitivo que en general causó la sentencia de la Sala Constitucional, así como el impacto que lo anterior produjo en las presuntas víctimas en el presente caso, la Corte considera necesario entrar a analizar si dicha injerencia o restricción se encuentra justificada. Antes de entrar a efectuar un juicio de proporcionalidad al respecto, el Tribunal estima pertinente analizar en detalle el argumento principal desarrollado por la Sala Constitucional: que la Convención Americana obliga a efectuar una protección absoluta del “derecho a la vida” del embrión y, en consecuencia, obliga a prohibir la FIV por implicar la pérdida de embriones.

## **5.2. Vida del embrión**

Respecto de la valoración de la afectación de los derechos consagrados en la Convención, la Corte se refiere a la proporcionalidad de la medida adoptada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, que contiene una protección absoluta a la vida del embrión, lo que lleva a analizar el concepto de “ser humano” contenido en la Convención:

173.- En el presente caso la Sala Constitucional consideró que estos y otros alcances del derecho a la vida obligan a efectuar una protección absoluta del embrión en el marco de la inviolabilidad de la vida desde la concepción (supra párr. 76). Para analizar si existe una obligación de protección absoluta en esos términos, la Corte procede a analizar el alcance de los artículos 1.2 y 4.1 de la Convención Americana respecto a las palabras “persona”, “ser humano”, “concepción” y “en general”. El Tribunal reitera su jurisprudencia según la cual una norma de la Con-

vención debe interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta el objeto y fin de la Convención Americana, el cual es la eficaz protección de la persona humana, así como mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos. En ese marco, a continuación se realizará una interpretación: i) conforme al sentido corriente de los términos; ii) sistemática e histórica; iii) evolutiva, y iv) del objeto y fin del tratado.

### 5.2.1. Interpretación conforme al “sentido corriente”

El primer parámetro interpretativo utilizado por la sentencia es el del sentido corriente de los términos. En base a esta fórmula, se analiza el concepto de persona, señalándose:

176. En el presente caso, la Corte observa que el concepto de “persona” es un término jurídico que se analiza en muchos de los sistemas jurídicos internos de los Estados Parte. Sin embargo, para efectos de la interpretación del artículo 4.1, la definición de persona está anclada a las menciones que se hacen en el tratado respecto a la “concepción” y al “ser humano”, términos cuyo alcance debe valorarse a partir de la literatura científica.

En cuanto a los elementos científicos de la definición, se llama la atención precisamente sobre el impacto que tiene la FIV en el concepto de “concepción” y, por tanto, del inicio de la personalidad, ya que la posibilidad de fecundar óvulos fuera del cuerpo de la mujer altera sustancialmente las concepciones a este respecto:

179. El Tribunal hace notar que la prueba en el expediente evidencia cómo la FIV transformó la discusión sobre cómo se entendía el fenómeno de “la concepción”. En efecto la FIV refleja que puede pasar un tiempo entre la unión del óvulo y el espermatozoide, y la implantación. Por tal razón, la definición de “concepción” que tenían los redactores de la Convención Americana ha cambiado. Antes de la FIV no se contemplaba científicamente la posibilidad de realizar fertilizaciones fuera del cuerpo de la mujer.

180. La Corte observa que en el contexto científico actual se destacan dos lecturas diferentes del término “concepción”. Una corriente entien-

de “concepción” como el momento de encuentro, o de fecundación, del óvulo por el espermatozoide. De la fecundación se genera la creación de una nueva célula: el cigoto. Cierta prueba científica considera al cigoto como un organismo humano que alberga las instrucciones necesarias para el desarrollo del embrión. Otra corriente entiende “concepción” como el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero. Lo anterior, debido a que la implantación del óvulo fecundado en el útero materno faculta la conexión de la nueva célula, el cigoto, con el sistema circulatorio materno que le permite acceder a todas las hormonas y otros elementos necesarios para el desarrollo del embrión.

181. Por su parte, el perito Zegers señaló que, cuando se firmó la Convención Americana en 1969, la Real Academia de la Lengua Española definía “concepción” como “acción y efecto de concebir”, “concebir” como “quedar preñada la hembra” y “fecundar” como “unirse el elemento reproductor masculino al femenino para dar origen a un nuevo ser”. La Corte observa que el Diccionario actual de la Real Academia de la Lengua Española mantiene casi por completo las definiciones de las palabras anteriormente señaladas. Asimismo, el perito indicó que:

una mujer ha concebido cuando el embrión se ha implantado en su útero [...]. [L]a palabra concepción hace referencia explícita a la preñez o gestación[, que] comienza con la implantación del embrión[,] [...] ya que **la concepción o gestación es un evento de la mujer, no del embrión**. Solo hay evidencias de la presencia de un embrión, cuando este se ha unido celularmente a la mujer y las señales químicas de este evento pueden ser identificadas en los fluidos de la mujer. Esta señal corresponde a una hormona llamada Gonadotropina Coriónica y **lo más precoz que puede ser detectada es 7 días después de la fecundación, con el embrión ya implantado en el endometrio**”. (Énfasis añadido)

182. Por otro lado, según el perito Monroy Cabra, la palabra concepción es “un término médico científico y que ha sido interpretado en el sentido de que se produce [con] la fusión entre óvulo y el espermatozoide”. En términos parecidos, la perita Condic consideró que “la vida humana inicia en la fusión espermatozoide-óvulo, un ‘momento de concepción’ observable”.

183. Ahora bien, además de estas dos posibles hipótesis sobre el momento en que se debe entender que sucede la “concepción”, las partes han planteado una discusión diferente respecto al momento en que se

considera que el embrión ha alcanzado un grado de madurez tal como para ser considerado “ser humano”. Algunas posturas indican que el inicio de la vida comienza con la fecundación, reconociendo al cigoto como la primera manifestación corporal del continuo proceso del desarrollo humano<sup>2</sup>, mientras que otras consideran que el punto de partida del desarrollo del embrión y entonces de su vida humana es su implantación en el útero donde tiene la capacidad de sumar su potencial genético con el potencial materno. Asimismo, otras posturas resaltan que la vida comenzaría cuando se desarrolla el sistema nervioso.<sup>3</sup>

Finalmente, en base a las pruebas científicas reunidas, la Corte toma posición, en cuanto a que la concepción no puede sino producirse desde la implantación del embrión en el útero, puesto que, si bien es cierto que antes existe una célula con el material genético suficiente para dar origen a una persona, ello es inviable si no hay implantación.

186. No obstante lo anterior, la Corte considera que es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término “concepción”. Al respecto, la Corte resalta que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que solo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un “ser humano”, lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría

2 En este sentido, *inter alia*: Lobo Prada, Tanya, *Inicio de la vida* (expediente de anexos a la contestación, tomo I, folios 6653 a 6656) y L. Condic, Maureen, “Preimplantation Stages of Human Development: The Biological and Moral Status of Early Embryos”, en *Is This Cell a Human Being?*, (Springer-Verlag) 2011 (expediente de anexos a la contestación, tomo I, folios 6576 a 6594).

3 Al respecto, la perita Condic indicó que “un número de definiciones alternativas de cuándo inicia la vida humana han sido ofrecidas, incluyendo la singamia (aproximadamente 24 horas después de la fusión espermatozoide-óvulo), implantación (aproximadamente 5 días después de la fusión espermatozoide-óvulo), formación de la línea primitiva (aproximadamente 14 días después de la fusión espermatozoide-óvulo) e inicio de la función cerebral”. Declaración ante fedatario público de la perita Condic (expediente de fondo, tomo V, folio 2589).

desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo (supra párr. 180).

187. En este sentido, la Corte entiende que el término “concepción” no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede. Prueba de lo anterior es que solo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada “Gonodotropina Coriónica”, que solo es detectable en la mujer que tiene un embrión unido a ella. Antes de esto es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide y si esta unión se perdió antes de la implantación. Asimismo, ya fue señalado que, al momento de redactarse el artículo 4 de la Convención Americana, el diccionario de la Real Academia diferenciaba entre el momento de la fecundación y el momento de la concepción, entendiendo concepción como implantación (supra párr. 181). Al establecerse lo pertinente en la Convención Americana no se hizo mención al momento de la fecundación.

### **5.2.2. Interpretación sistemática e histórica**

De acuerdo a una lectura sistemática, la sentencia estima que no es posible otorgar el estatus de persona al embrión, dadas las diversas normas que centran la protección en la madre embarazada y no en el embrión.

222. La expresión “toda persona” es utilizada en numerosos artículos de la Convención Americana y de la Declaración Americana. Al analizar todos estos artículos no es factible sostener que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados en cada uno de dichos artículos. Asimismo, teniendo en cuenta lo ya señalado en el sentido que la concepción solo ocurre dentro del cuerpo de la mujer (supra párrs. 186 y 187), se puede concluir respecto al artículo 4.1 de la Convención que el objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada, dado que la defensa del no nacido se realiza esencialmente a través de la protección de la mujer, como se desprende del artículo 15.3.a) del Protocolo de San Salvador, que obliga a los Estados Parte a “conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto”, y del artículo VII de la Declaración Americana, que consagra

el derecho de una mujer en estado de gravidez a protección, cuidados y ayudas especiales.

223. Por tanto, la Corte concluye que la interpretación histórica y sistemática de los antecedentes existentes en el sistema interamericano confirma que no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión.

Luego se analizan diversos instrumentos, diferentes a la Convención, en cuanto a este punto. En primer lugar, se señala que la Declaración Universal de Derechos Humanos no otorga protección al no nacido:

224. Respecto al alegato del Estado según el cual “la Declaración Universal de Derechos Humanos [...] protege al ser humano desde [...] el momento de la unión del óvulo y el espermatozoide”, la Corte estima que, según los trabajos preparatorios de dicho instrumento, el término “nacen” se utilizó precisamente para excluir al no nacido de los derechos que consagra la Declaración. Los redactores rechazaron expresamente la idea de eliminar tal término, de modo que el texto resultante expresa con plena intención que los derechos plasmados en la Declaración son “inherentes desde el momento de nacer”. Por tanto, la expresión “ser humano”, utilizada en la Declaración Universal de Derechos Humanos, no ha sido entendida en el sentido de incluir al no nacido.

En cuanto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, analizando su historia, la sentencia arriba a la conclusión que tampoco se tuvo la intención de otorgar carácter de persona al embrión:

225. Respecto al alegato del Estado según el cual el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [...] reconoce la vida del embrión de manera independiente a la de su madre”, la Corte observa que durante la segunda sesión de la Comisión de Derechos Humanos, realizada del 2 al 17 de diciembre de 1947, el Líbano propuso la protección del derecho a la vida desde el momento de la concepción. Ante la resistencia contra la formulación “desde el momento de la concepción” a la luz de la admisibilidad del aborto en muchos Estados, el Líbano sugirió la formulación “en cualquier fase del desarrollo humano” (“at any stage of human development”). Esta formulación, aceptada inicialmente, fue borrada posteriormente. Otra propuesta del Reino

Unido de reglamentar el asunto del aborto en un artículo autónomo fue considerada inicialmente, pero luego fue también abandonada. Durante la Sexta Sesión de la Comisión de Derechos Humanos del 27 de marzo al 19 de mayo de 1950 fracasó un nuevo intento del Líbano de proteger la vida humana desde el momento de la concepción. En las deliberaciones del Tercer Comité de la Asamblea General del 13 al 26 de noviembre de 1957, un grupo de cinco Estados (Bélgica, Brasil, El Salvador, México y Marruecos), propuso la enmienda al artículo 6.1 en los siguientes términos: “a partir del momento de la concepción, este derecho [a la vida] estará protegido por la ley”. Sin embargo, esta propuesta fue rechazada con 31 votos en contra, 20 votos a favor y 17 abstenciones. Por tanto, los trabajos preparatorios del artículo 6.1 del PIDCP indican que los Estados no pretendían tratar al no nacido como persona y otorgarle el mismo nivel de protección que a las personas nacidas.

En cuanto a la Convención sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación en contra de la Mujer, se señala que esta expresamente privilegia la protección de la mujer por sobre la de la vida en formación:

227. Los informes del Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (en adelante, Comité de la “CEDAW” por su sigla en inglés) dejan en claro que los principios fundamentales de igualdad y no discriminación exigen privilegiar los derechos de la mujer embarazada sobre el interés de proteger la vida en formación. Al respecto, en el caso *L.C. vs. Perú*, el Comité encontró al Estado culpable de violar los derechos de una niña a quien se le negó una intervención quirúrgica trascendental so pretexto de estar embarazada, privilegiando al feto por sobre la salud de la madre. Dado que la continuación del embarazo representaba un grave peligro para la salud física y mental de la joven, el Comité concluyó que negarle un aborto terapéutico y postergar la intervención quirúrgica constituyó discriminación de género y una violación de su derecho a la salud y la no discriminación.

Según establece la sentencia, la Convención de Derechos del Niño, pese a que tiene algunas referencias a los no nacidos, tampoco otorga a los embriones el mismo nivel de protección que a los nacidos, de modo tal que las referencias



que se realicen, de acuerdo a la historia de la Convención, no implican una protección análoga entre nacidos y no nacidos:

231. Los artículos 1 y 6.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño no se refieren de manera explícita a una protección del no nacido. El Preámbulo hace referencia a la necesidad de brindar “protección y cuidado especiales [...] antes [...] del nacimiento”. Sin embargo, los trabajos preparatorios indican que esta frase no tuvo la intención de hacer extensivo al no nacido lo dispuesto en la Convención, en especial el derecho a la vida. En efecto, en los trabajos preparatorios se indica que dicha frase no tenía “la intención de vulnerar la interpretación del artículo 1 o de ninguna otra disposición de la Convención”. En efecto, mientras que el borrador revisado para una Convención sobre los Derechos del Niño, presentado por Polonia, no hacía alusión a la vida prenatal en el Preámbulo, el Vaticano pidió la ampliación del Preámbulo por la expresión “antes y después del nacimiento”, lo cual causó opiniones encontradas entre los Estados. Como compromiso las delegaciones acordaron una expresión tomada de la Declaración sobre los Derechos del Niño de 1959.

232. Ante la dificultad de encontrar una definición de “niño” en el artículo 1 del Proyecto, se eliminó la referencia al nacimiento como inicio de la niñez. Posteriormente, en el marco de las deliberaciones, Filipinas solicitó la inclusión de la expresión “tanto antes como después del nacimiento” en el Preámbulo, a la cual varios Estados se opusieron. Como compromiso se acordó que se incluyera en el Preámbulo tal referencia, pero que los trabajos preparatorios dejaran claro que el Preámbulo no determinaría la interpretación del artículo 1 de la Convención.

En cuanto al sistema europeo, la sentencia se refiere a la jurisprudencia, que excluye explícitamente la protección del no nacido, en términos análogos a la de los nacidos:

236. En el Caso Paton vs. Reino Unido de 1980, que trató de una alegada violación del artículo 2 del CEDH en detrimento del no nacido por el aborto practicado por la voluntad de la madre en conformidad con las leyes nacionales, la Comisión Europea de Derechos Humanos sostuvo que los términos en que está redactada el CEDH

“tienden a corroborar la apreciación de que [el artículo 2] no incluye al que está por nacer”. Agregó que reconocer un derecho absoluto a la vida prenatal sería “contrario al objeto y propósito de la Convención”. Señaló que “[l]a vida del feto se encuentra íntimamente ligada a la de la embarazada y no puede ser considerada al margen de ella. Si el artículo 2 comprendiese al feto y su protección fuese, en ausencia de una limitación, entendida como absoluta, el aborto tendría que considerarse prohibido incluso cuando la continuación del embarazo presente grave peligro para la vida de la embarazada. Ello querría decir que ‘la vida en formación’ del feto se consideraría de mayor valor que la vida de la embarazada”. También en los Casos R.H. vs. Noruega (1992) y Boso vs. Italia (2002), que trataron de la presunta violación del derecho a la vida en detrimento de los no nacidos por la existencia de leyes estatales permisivas frente al aborto, la Comisión confirmó su postura.

237. En el Caso Vo. vs. Francia, en el que se le tuvo que practicar un aborto terapéutico a la peticionaria por el peligro para su salud producido a raíz de tratamientos médicos inadecuados, el Tribunal Europeo señaló que: A diferencia del artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que indica que el derecho a la vida debe ser protegido “en general, desde el momento de la concepción”, el artículo 2 de la Convención es silencioso en cuanto a las limitaciones temporales del derecho a la vida y, en particular, no define “todos” [...] los cuales [cuya] “vida” es protegida por la Convención. La Corte no ha determinado el problema del “inicio” de “el derecho de toda persona a la vida” dentro del significado de la disposición y si el no nacido tiene ese derecho a la vida.” [...]

El problema de cuando el derecho a la vida comienza viene dentro un margen de apreciación que la Corte generalmente considera que los Estados deben gozar en esa esfera pese a la interpretación evolutiva de la Convención, un “instrumento vivo que se debe interpretar a la luz de las condiciones de hoy en día” [...] Las razones para esa conclusión son, en primer lugar, [...] el problema de que dicha protección no ha sido resuelta dentro de la mayoría de los Estados parte, en Francia en particular, donde es tema de debate [...] y, en segundo lugar, que no hay un consenso europeo sobre la definición científica y legal del inicio a la vida. [...]

A nivel europeo, la Corte observa que no hay ningún consenso en cuanto a la naturaleza y el status del embrión y/o feto [...], aunque ellos hayan recibido alguna protección a la luz del progreso científico y las consecuencias potenciales de investigación dentro de la ingeniería genética, procreación médica asistida o experimentación con embriones. **Cuando más, se puede considerar que los Estados están de acuerdo que el embrión/el feto es parte de la raza humana. La potencialidad de este ser y su capacidad de convertirse en persona –gozando de protección bajo las leyes civiles, además, en muchos Estados, tal como, por ejemplo, Francia, en el contexto de las leyes de sucesión y obsequios, y también en el Reino Unido [...]– requiere protección en el nombre de la dignidad humana, sin hacerlo una “persona” con el “derecho a la vida” a los efectos del artículo 2. [...]**

No es deseable, ni aun posible tal como están las cosas en este momento, contestar en abstracto si un no nacido es una persona a los efectos del artículo 2 de la Convención. (Énfasis añadido)

Finalmente, en el sistema africano de derechos humanos, también se descartó expresamente una redacción que incluya en el derecho a la vida al embrión, en los mismos términos que los nacidos:

243. El artículo 4 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos señala que “[l]os seres humanos son inviolables. Todo ser humano tendrá derecho al respeto de su vida y de la integridad de su persona”. Los redactores de la Carta descartaron expresamente una terminología que protegiera el derecho a la vida a partir del momento de la concepción. El Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos Relativo a los Derechos de la Mujer (Protocolo de Maputo), no se pronuncia sobre el inicio de la vida, y además establece que los Estados deben tomar medidas adecuadas para “proteger los derechos reproductivos de la mujer, permitiendo el aborto con medicamentos en casos de agresión sexual, violación e incesto y cuando la continuación del embarazo ponga en peligro la salud mental y física de la embarazada o la vida de la embarazada o del feto”.

Por tanto, se concluye que ninguno de los instrumentos en que la Corte Suprema de Costa Rica basó su decisión establece que el embrión pueda ser

considerado como persona en los términos del Art. 4° de la Convención, sin que tampoco pueda desprenderse tal cosa de los trabajos preparatorios o de una interpretación sistémica.

### 5.2.3. Interpretación evolutiva

La interpretación evolutiva arranca de la concepción de los tratados como instrumentos vivos, que varían con la evolución de la sociedad, lo que debe tenerse en consideración al momento de interpretar la norma. La interpretación evolutiva, según lo estipulado en la sentencia, tiene especial importancia en este caso, por cuanto la FIV no existía al momento de celebrarse la Convención, no estando presente este problema al momento de su redacción.

Teniendo esto en consideración, la Corte se explaya acerca del estatus jurídico del embrión, señalando:

247. Ha sido señalado que en el Caso *Vo. vs. Francia*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos indicó que la potencialidad del embrión y su capacidad para convertirse en una persona requiere de una protección en nombre de la dignidad humana, sin convertirlo en una “persona” con “derecho a la vida” (supra párr. 237).

248. Por su parte, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a la Aplicación de la Biología y Medicina (en adelante el “Convenio de Oviedo”), adoptado en el marco del Consejo de Europa, establece lo siguiente en su artículo 18: Artículo 18. Experimentación con embriones in vitro:

1. Cuando la experimentación con embriones in vitro esté admitida por la ley, esta deberá garantizar una protección adecuada del embrión.
2. Se prohíbe la constitución de embriones humanos con fines de experimentación.

249. En consecuencia, dicho tratado no prohíbe la FIV sino la creación de embriones con propósitos de investigación. Sobre el estatus del embrión en dicho Convenio, el TEDH señaló que:

El Convenio de Oviedo sobre los Derechos del Hombre y la Biomedicina [...] se cuida de definir el término “toda persona”, y su informe explicativo indica que, en ausencia de unanimidad acerca de la definición, los Estados miembros han decidido permitir al derecho interno hacer las precisiones pertinentes al efecto de la aplicación de esta Convención [...]. Lo mismo aplica para el Protocolo Adicional so-

bre la prohibición de clonar seres humanos y el Protocolo Adicional sobre investigación biomédica, que no definen el concepto de “ser humano”.

Se constata entonces, de acuerdo al criterio interpretativo, que en los diversos países miembros del Convenio no se ha interpretado que la FIV atente contra los derechos humanos:

255. Ahora bien, de la prueba aportada por las partes en el expediente, la Corte observa que si bien la FIV se realiza en un gran número de países, lo anterior no necesariamente implica que esta se encuentre regulada por medio de normas jurídicas. Al respecto, el Tribunal destaca que, de las legislaciones comparadas anexadas por las partes sobre técnicas de reproducción asistida (Brasil, Chile, Colombia, Guatemala, México, Perú, Uruguay), se desprende que existen normas que regulan algunas prácticas en la materia. El Tribunal constata que, por ejemplo, existe: i) la prohibición de clonación humana en Chile y Perú; ii) las legislaciones de Brasil, Chile y Perú prohíben la utilización de las técnicas de reproducción asistida por fines diferentes de la procreación humana; iii) Brasil establece que el número ideal de óvulos y preembriones a ser transferidos no puede ser superior a cuatro, para no aumentar los riesgos de multiparidad, y prohíbe la utilización de procedimientos que “apunten a una reducción embrionaria” y la comercialización del material biológico, por lo que dicha práctica implica un delito, y iv) existen diversos tipos de regulaciones sobre la crioconservación. Por ejemplo, en Chile se prohíbe la congelación de embriones para transferencia diferida de embriones, mientras que en Brasil y en Colombia se permite la criopreservación de embriones, espermatozoides y óvulos. Por otra parte, en algunos países, como Argentina, Chile y Uruguay, ya están tratando de tomar medidas para que los tratamientos de reproducción asistida se encuentren cubiertos por los programas o políticas de salud estatal.

256. La Corte considera que, a pesar de que no existen muchas regulaciones normativas específicas sobre la FIV en la mayoría de los Estados de la región, estos permiten que la FIV se practique dentro de sus territorios. Ello significa que, en el marco de la práctica de la mayoría de los Estados Parte en la Convención, se ha interpretado que la Convención permite la práctica de la FIV. El Tribunal considera que estas prácticas de los Estados

se relacionan con la manera en que interpretan los alcances del artículo 4 de la Convención, pues ninguno de dichos Estados ha considerado que la protección al embrión deba ser de tal magnitud que no se permitan las técnicas de reproducción asistida o, particularmente, la FIV. En ese sentido, dicha práctica generalizada está asociada al principio de protección gradual e incremental –y no absoluta– de la vida prenatal y a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona.

#### **5.2.4. Principio de interpretación más favorable o finalista**

En base a este criterio interpretativo, se señala que la finalidad de la Convención, al proteger el derecho a la vida, no era que ello sirviese de excusa para la negación de otros derechos de forma absoluta, debiendo por tanto armonizarse la protección de los diversos derechos:

258. Los antecedentes que se han analizado hasta el momento permiten inferir que la finalidad del artículo 4.1 de la Convención es la de salvaguardar el derecho a la vida sin que ello implique la negación de otros derechos que protege la Convención. En ese sentido, la cláusula “en general” tiene como objeto y fin el permitir que, ante un conflicto de derechos, sea posible invocar excepciones a la protección del derecho a la vida desde la concepción. En otras palabras, el objeto y fin del artículo 4.1 de la Convención es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos.

259. En consecuencia, no es admisible el argumento del Estado en el sentido de que sus normas constitucionales otorgan una mayor protección del derecho a la vida y, por consiguiente, procede hacer prevalecer este derecho en forma absoluta. Por el contrario, esta visión niega la existencia de derechos que pueden ser objeto de restricciones desproporcionadas bajo una defensa de la protección absoluta del derecho a la vida, lo cual sería contrario a la tutela de los derechos humanos, aspecto que constituye el objeto y fin del tratado. Es decir, en aplicación del principio de interpretación más favorable, la alegada “protección más amplia” en el ámbito interno no puede permitir, ni justificar la supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella.

260. Al respecto, la Corte considera que otras sentencias en el derecho

constitucional comparado procuran efectuar un adecuado balance de posibles derechos en conflicto y, por lo tanto, constituyen una relevante referencia para interpretar los alcances de la cláusula “en general, desde la concepción” establecida en el artículo 4.1 de la Convención. A continuación se hace una alusión a algunos ejemplos jurisprudenciales en los que se reconoce un legítimo interés en proteger la vida prenatal, pero donde se diferencia dicho interés de la titularidad del derecho a la vida, recalcando que todo intento por proteger dicho interés debe ser armonizado con los derechos fundamentales de otras personas, especialmente de la madre.

La sentencia señala más adelante:

263. Por tanto, la Corte concluye que el objeto y fin de la cláusula “en general” del artículo 4.1 de la Convención es la de permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto. En el caso que ocupa la atención de la Corte, basta señalar que dicho objeto y fin implica que no pueda alegarse la protección absoluta del embrión anulando otros derechos.

#### **5.2.5. Colofón general**

La conclusión del análisis anterior es que la “concepción” tiene lugar con la implantación del embrión en el útero de la mujer, por lo que el Art. 4° de la Convención no tiene aplicación al presente caso, dado que en la FIV no existe tal implantación:

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

gún su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general.

### **5.3. Proporcionalidad de la prohibición absoluta de la FIV**

Posteriormente, la sentencia se centra en analizar la proporcionalidad de las medidas adoptadas por el Estado, en tanto las mismas significan una restricción al derecho de las personas a tener hijos por medio de técnicas de reproducción asistida, cuestión que ha sido reconocida por la Corte como parte de los derechos a la integridad personal, libertad personal y a la vida privada y familiar.

Por tanto, se analizan diversos puntos a efectos de determinar si la medida ha implicado una restricción proporcionada, considerando la entidad de los bienes jurídicos en cuestión:

272. La Corte ha señalado que la decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a técnicas de reproducción asistida forma parte del ámbito de los derechos a la integridad personal, libertad personal y a la vida privada y familiar. Además, la forma como se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja. A continuación se analizará la presunta justificación de la interferencia que ha efectuado el Estado en relación con el ejercicio de estos derechos.

273. Al respecto, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que un derecho puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, deben estar previstas en ley en sentido formal y material, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. En el presente caso, la Corte ha resaltado que el “derecho absoluto a la vida del embrión”, como base para la restricción de los derechos involucrados, no tiene sustento en la Convención Americana (supra párr. 264), razón por la cual no es necesario un análisis en detalle de cada uno de dichos requisitos, ni valorar las controversias respecto a la declaración de inconstitucionalidad en sentido formal por la presunta violación del principio de la reserva de ley. Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal estima pertinente exponer la forma en que el sacrificio de los derechos involucrados en el presente caso fue desmedido en relación con las ventajas que se aludían con la protección del embrión.



274. Para esto, la restricción tendría que lograr una importante satisfacción de la protección de la vida prenatal, sin hacer nugatorio los derechos a la vida privada y a fundar una familia. Para efectuar esta ponderación se debe analizar: i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de este justifica la restricción del otro.

### 5.3.1. Severidad de la medida

Primeramente, respecto a la proporcionalidad de la medida, se destaca que la misma tiene un alto impacto en la vida de las personas, dadas las características de los pacientes que concurren a someterse al tratamiento de FIV:

278. La Corte ha señalado que la injerencia en el presente caso no se relaciona con el hecho de no haber podido tener hijos (*supra* párr. 161). A continuación se analiza el grado de severidad de la afectación del derecho a la vida privada y a fundar una familia, y del derecho a la integridad personal, teniendo en cuenta el impacto de la prohibición de la FIV en la intimidad, autonomía, salud mental y a los derechos reproductivos de las personas.

279. En primer lugar, la prohibición de la FIV impactó en la intimidad de las personas, toda vez que, en algunos casos, uno de los efectos indirectos de la prohibición ha sido que, al no ser posible practicar esta técnica en Costa Rica, los procedimientos que se impulsaron para acudir a un tratamiento médico en el extranjero exigían exponer aspectos que hacían parte de la vida privada. Al respecto, la señora Bianchi Bruna señaló que:

a la pareja, a nosotros como esposos el estrés económico que significa sacar esta cantidad de dinero lo más antes posible, porque aquí prima también un factor de tiempo que es muy importante, ya tiene uno un diagnóstico [...] y no se sabe en cuanto tiempo uno puede recaudar esa suma, menos si va a tener que recaudarla varias veces, el estrés de este tipo que tiene que enfrentar una pareja, cuántas parejas no se separan por estrés económico comunes y corrientes, es enorme la falta de privacidad en el hecho de que laboralmente todos mis empleadores tenían que darse cuenta que yo me estaba sometiendo a este tratamiento porque tenía que estar constantemente pidiendo permiso, al mismo tiempo que decía tengo que renunciar justo antes de que tenga que irme de

viaje porque nadie me va a dar permiso para irme de viaje en 24, con notificación de 24 horas, el seguimiento me lo podían hasta 24 horas antes de viajar, después tenía que viajar con 24 horas de notificación a Colombia y de ahí en adelante me seguían el procedimiento durante 5 días y luego tenía que volver a Costa Rica a hacerme 10 días después la prueba de embarazo y luego seguirme el embarazo. Esto conllevaba que todo el mundo se diera cuenta [...] La intimidad es totalmente violada, todo mundo no solamente se entera que aunque sea la mujer la que es infértil todo mundo asume que la pareja también lo es o que no ha sido capaz de producir esa procreación, eso para él fue muy difícil también, asimismo de tener que estar apoyando constantemente en cosas que realmente no entiende [...], me sometió a un estrés social y familiar puesto que mi familia se vio dividida de repente.

[...]

281. En segundo lugar, respecto a la afectación de la autonomía personal y del proyecto de vida de las parejas, la Corte observa que la FIV suele practicarse como último recurso para superar graves dificultades reproductivas. Su prohibición afectó con mayor impacto los planes de vida de las parejas cuya única opción de procrear es la FIV, como ocurría en los casos del señor Mejías y la señora Calderón Porras. En similar sentido, la señora Arroyo Fonseca, quien había intentado varias inseminaciones y quien a la postre pudo tener hijos, manifestó que en su momento “no tuv[er] la oportunidad de superar [su] problema de infertilidad con una técnica de reproducción asistida que [en ese momento] le hubiera permitido tener más hijos”.

### **5.3.2. Discriminación indirecta, infertilidad como discapacidad**

Posteriormente, señala la sentencia que la medida adoptada es una discriminación indirecta en razón de una discapacidad de las personas, entendiendo como tal la infertilidad.

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

pecíficos. El perito Hunt observó que “la infertilidad involuntaria es una discapacidad”, considerando que:

[e]l Preámbulo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de la cual Costa Rica es Parte, reconoce que la “discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. De acuerdo al modelo biopsicosocial de la OMS sobre discapacidad, esta tiene uno o más de los tres niveles de dificultad en el funcionamiento humano: un impedimento físico psicológico; una limitación de una actividad debido a un impedimento (limitación de una actividad) y una participación restringida debido a una limitación de actividad. De acuerdo a la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud de la OMS, los impedimentos incluyen problemas en el funcionamiento del cuerpo; las limitaciones de las actividades son dificultades que una persona puede tener al realizar una actividad; y las participaciones restringidas son problemas que una persona puede experimentar en diversas situaciones de la vida.

290. El Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”), en su artículo 18, señala que “[t]oda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad”. La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (en adelante, “CIADDIS”) define el término “discapacidad” como “una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”. Por su parte, la CDPD establece que las personas con discapacidad “incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. La discapacidad resulta de la interacción entre las limitaciones funcionales de una persona y las

barreras existentes en el entorno que impiden el ejercicio pleno de sus derechos y libertades.

Se agrega, que las personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad deben tener una protección especial de parte del Estado, que las ayude a superar esa condición, obligación en contra de la cual atenta la decisión tomada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica:

292. Toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. El Tribunal recuerda que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad. En este sentido, es obligación de los Estados propender por la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad, con el fin de garantizar que las limitaciones anteriormente descritas sean desmanteladas. Por tanto, es necesario que los Estados promuevan prácticas de inclusión social y adopten medidas de diferenciación positiva para remover dichas barreras.

293. Con base en estas consideraciones y teniendo en cuenta la definición desarrollada por la OMS según la cual la infertilidad es una enfermedad del sistema reproductivo (supra párr. 288), la Corte considera que la infertilidad es una limitación funcional reconocida como una enfermedad y que las personas con infertilidad en Costa Rica, al enfrentar las barreras generadas por la decisión de la Sala Constitucional, debían considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, que incluyen el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva. Dicha condición demanda una atención especial para que se desarrolle la autonomía reproductiva.

### **5.3.3. Discriminación indirecta en razón del género**

De igual forma, la sentencia estima que la decisión adoptada implica una discriminación indirecta por género, dado el impacto especial que puede producir en

las mujeres, independientemente de que la medida afecta por igual a hombre y mujeres:

296. La Corte observa que la OMS ha señalado que si bien el papel y la condición de la mujer en la sociedad no deberían ser definidos únicamente por su capacidad reproductiva, la feminidad es definida muchas veces a través de la maternidad. En estas situaciones el sufrimiento personal de la mujer infecunda es exacerbado y puede conducir a la inestabilidad del matrimonio, a la violencia doméstica, la estigmatización e incluso el ostracismo. Según datos de la Organización Panamericana de la Salud, existe una brecha de género con respecto a la salud sexual y reproductiva, por cuanto las enfermedades relacionadas con la salud sexual y reproductiva tienen el impacto en aproximadamente el 20% entre las mujeres y el 14% de los hombres.

297. El Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer ha señalado que cuando una “decisión de aplazar la intervención quirúrgica debido al embarazo estuvo influenciada por el estereotipo de que la protección del feto debe prevalecer sobre la salud de la madre”, esta resulta discriminatoria. La Corte considera que en el presente caso se está ante una situación parecida de influencia de estereotipos, en la cual la Sala Constitucional dio prevalencia absoluta a la protección de los óvulos fecundados sin considerar la situación de discapacidad de algunas de las mujeres.

Se genera un impacto especial en las mujeres con la medida adoptada por la Corte Suprema, en tanto sus cuerpos se relacionan especialmente con los procedimientos necesarios para la realización de la FIV, que en varios casos se vieron interrumpidos por la decisión:

299. Por otra parte, si bien la infertilidad puede afectar a hombres y mujeres, la utilización de las tecnologías de reproducción asistida se relaciona especialmente con el cuerpo de las mujeres. Aunque la prohibición de la FIV no está expresamente dirigida hacia las mujeres, y por lo tanto aparece neutral, tiene un impacto negativo desproporcional sobre ellas.

300. Al respecto, el Tribunal resalta que se interrumpió el proceso inicial de la FIV (inducción a la ovulación) en varias de las parejas, como

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

Finalmente, en este punto, la Corte aclara que la argumentación anterior no avala estereotipos que son contrarios a la Convención:

302. La Corte resalta que estos estereotipos de género son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos y se deben tomar medidas para erradicarlos. El Tribunal no está validando dichos estereotipos y tan solo los reconoce y visibiliza para precisar el impacto desproporcionado de la interferencia generada por la sentencia de la Sala Constitucional.

#### **5.3.4. Discriminación indirecta en razón de la situación económica**

Por último, se afirma que la medida ha significado una discriminación en razón de la situación económica de las personas, entre quienes se encontraban en situación de viajar fuera del país para someterse a la FIV y quienes no:

303. Finalmente, la prohibición de la FIV tuvo un impacto desproporcionado en las parejas infértiles que no contaban con los recursos económicos para practicarse la FIV en el extranjero. Consta del expediente que Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Oriéster Rojas, Julieta González, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña, Geovanni Vega, Joaquinita Arroyo, Carlos Eduardo de Jesús Vargas Solórzano y

María del Socorro Calderón Porras no tenían los recursos económicos para realizar de manera exitosa el tratamiento de la FIV en el extranjero. 304. El señor Mejías Carballo, en su testimonio durante la audiencia pública ante esta Corte, declaró que él y su ex esposa se sintieron “muy tristes [...] porque no podía salir a otro país porque no tenía el dinero, ya no podía acá en Costa Rica porque lo habían prohibido” [...].

### 5.3.5. Controversia en torno a la pérdida de embriones

La decisión de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica se basa fundamentalmente en la pérdida de embriones que la FIV genera, argumento que es rechazado por la Corte puesto que se basa solo en la protección absoluta de la vida del embrión, la que había sido descartada por la sentencia de la Corte al analizar el derecho a la vida, señalándose:

310. Tomando bajo consideración que la pérdida embrionaria ocurre tanto en embarazos naturales como cuando se aplica la FIV, el argumento de la existencia de manipulación consciente y voluntaria de células en el marco de la FIV solo puede entenderse como ligado al argumento desarrollado por la Sala Constitucional en torno a la protección absoluta del derecho a la vida del embrión, el cual ha sido desvirtuado en secciones anteriores de la presente Sentencia (supra párr. 264). Por el contrario, la Corte observa que el perito Zegers-Hochschild resaltó que “[e]l proceso generativo de la vida humana incluye la muerte embrionaria como parte de un proceso natural y necesario. De cada 10 embriones generados espontáneamente en la especie humana, no más de 2 a 3 logran sobrevivir a la selección natural y nacer como una persona. Los restantes 7 a 8 embriones mueren en el tracto genital femenino, la mayor de las veces, sin conocimiento de su progenitora”.

311. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte encuentra desproporcionado pretender una protección absoluta del embrión respecto a un riesgo que resulta común e inherente incluso en procesos donde no interviene la técnica de la FIV. El Tribunal comparte el concepto del perito Zegers-Hochschild según el cual “[e]s fundamental desde una perspectiva biomédica diferenciar lo que significa proteger el derecho a la vida de lo que significa garantizar el derecho a la vida de estructuras celulares que se rigen por una matemática y una biología que trasciende cualesquier regulación social o jurídica. Lo que corresponde a las instituciones

responsables de las [técnicas de reproducción asistida], es proveer a las estructuras celulares (gametos y embriones) de las mejores condiciones con que cuenta el conocimiento médico y científico para que la potencialidad de ser persona, pueda expresarse al nacer [...]”. El Tribunal reitera que, precisamente, uno de los objetivos de la FIV es contribuir con la creación de vida (supra párr. 66).

### **5.3.6. Conclusión respecto de la severidad de la medida y la finalidad perseguida**

Concluyendo respecto de la anterior, la Corte estima que la medida adoptada por la Sala Constitucional afecta derechos humanos de las personas de forma desproporcionada a la finalidad perseguida por la misma, atendiendo a la protección jurídica otorgada a los embriones:

314. Una ponderación entre la severidad de la limitación de los derechos involucrados en el presente caso y la importancia de la protección del embrión, permite afirmar que la afectación del derecho a la integridad personal, libertad personal, vida privada, la intimidad, la autonomía reproductiva, el acceso a servicios de salud reproductiva y a fundar una familia es severa y supone una violación de dichos derechos, pues dichos derechos son anulados en la práctica para aquellas personas cuyo único tratamiento posible de la infertilidad era la FIV. Asimismo, la interferencia tuvo un impacto diferenciado en las presuntas víctimas por su situación de discapacidad, los estereotipos de género y, frente a algunas de las presuntas víctimas, por su situación económica.

315. En contraste, el impacto en la protección del embrión es muy leve, dado que la pérdida embrionaria se presenta tanto en la FIV como en el embarazo natural. La Corte resalta que el embrión, antes de la implantación, no está comprendido en los términos del artículo 4 de la Convención y recuerda el principio de protección gradual e incremental de la vida prenatal (supra párr. 264).

316. Por tanto, la Corte concluye que la Sala Constitucional partió de una protección absoluta del embrión que, al no ponderar ni tener en cuenta los otros derechos en conflicto, implicó una arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar que hizo desproporcionada la interferencia. Asimismo, la interferencia tuvo efectos discriminatorios. Además, teniendo en cuenta estas conclusiones sobre la ponderación



y lo ya señalado respecto al artículo 4.1 de la Convención (supra párr. 264), la Corte no considera pertinente pronunciarse sobre los alegatos del Estado respecto a que contaría con un margen de apreciación para establecer prohibiciones como la efectuada por la Sala Constitucional.

## 6. Reparaciones

De esta forma, considerando la sentencia de la Sala Constitucional como contraria a la Convención, la sentencia adopta las medidas de reparación que considera pertinentes, teniendo en consideración el principio de la reparación íntegra del daño:

319. La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto factible, como ocurre en la mayoría de los casos de violaciones a derechos humanos, el Tribunal determinará medidas para garantizar los derechos conculcados y reparar las consecuencias que las infracciones produjeron. Por tanto, la Corte ha considerado la necesidad de otorgar diversas medidas de reparación, a fin de resarcir los daños de manera íntegra, por lo que, además de las compensaciones pecuniarías, las medidas de restitución, satisfacción y garantías de no repetición tienen especial relevancia por los daños ocasionados.

Lo primero, en este sentido, es determinar a la parte lesionada en el caso, señalando la sentencia:

322. El Tribunal reitera que se considera parte lesionada, en los términos del artículo 63.1 de la Convención Americana, a quien ha sido declarado víctima de la violación de algún derecho reconocido en la misma. Por lo tanto, esta Corte considera como “parte lesionada” a Grettel Artavia Muriello, Miguel Mejías Carballo, Andrea Bianchi Bruna, Germán Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, Ileana Henchoz Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia María Carro Maklouf, Víktor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, María del Socorro Calderón Porras, Joaquinita Arroyo Fonseca, Geovanni Antonio Vega, Carlos Eduardo de Jesús Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma y Oriéster Rojas Carranza, quienes en su carác-

ter de víctimas de las violaciones declaradas en el Capítulo VII, serán considerados beneficiarios de las reparaciones que ordene el Tribunal.

### **6.1. Medidas de rehabilitación, satisfacción y de garantía de no repetición**

La primera de las medidas adoptadas por la Corte es la publicación de un resumen de la sentencia en el Diario Oficial y en un diario de amplia circulación nacional, y de la sentencia íntegra en la página web de la rama judicial, debiendo estar disponible por un año.

Luego se determinan las medidas para la no repetición de los atentados a los derechos humanos, ordenándose al Estado que adopte las acciones necesarias para ello, incluyendo no solo la no prohibición de la FIV sino también la obligación de proveer acceso a ella:

334. La Corte recuerda que el Estado debe prevenir la recurrencia de violaciones a los derechos humanos como las ocurridas y, por eso, adoptar todas las medidas legales, administrativas y de otra índole que sean necesarias para evitar que hechos similares vuelvan a ocurrir en el futuro, en cumplimiento de sus deberes de prevención y garantía de los derechos fundamentales reconocidos por la Convención Americana.

335. En particular, y conforme al artículo 2 de la Convención, el Estado tiene el deber de adoptar las medidas necesarias para hacer efectivo el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención. Es decir, los Estados no solo tienen la obligación positiva de adoptar las medidas legislativas necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos en ella consagrados, sino que también deben evitar promulgar aquellas leyes que impidan el libre ejercicio de estos derechos, y evitar que se supriman o modifiquen las leyes que los protegen.

336. En primer lugar y teniendo en cuenta lo señalado en la presente Sentencia, las autoridades pertinentes del Estado deberán adoptar las medidas apropiadas para que quede sin efecto con la mayor celeridad posible la prohibición de practicar la FIV y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos que fueron encontrados vulnerados en la presente Sentencia (supra párr. 317). El Estado deberá informar en seis meses sobre las medidas adoptadas al respecto.

337. En segundo lugar, el Estado deberá regular, a la brevedad, los aspectos que considere necesarios para la implementación de la FIV, te-

niendo en cuenta los principios establecidos en la presente Sentencia. Además, el Estado debe establecer sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen este tipo de técnica de reproducción asistida. El Estado deberá informar anualmente sobre la puesta en vigencia gradual de estos sistemas.

338. En tercer lugar, en el marco de las consideraciones desarrolladas en el presente Fallo (supra párrs. 285 a 303), la Caja Costarricense de Seguro Social deberá incluir la disponibilidad de la FIV dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación. El Estado deberá informar cada seis meses sobre las medidas adoptadas para poner gradualmente estos servicios a disposición de quienes lo requieran y de los planes diseñados para este efecto.

## **6.2. Otras medidas: Reparación por daño material e inmaterial**

En este punto, es relevante destacar los criterios utilizados por la Corte para valorar, en primer lugar, el daño material producido por la medida adoptada por el Estado:

349. La Corte ha desarrollado en su jurisprudencia el concepto de daño material y ha establecido que este supone “la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso”.

350. De acuerdo a los alegatos presentados por la partes, la Corte considera necesario determinar los criterios que tomará en cuenta para fijar los montos correspondientes a daño material. En primer lugar, el Tribunal resalta que las vulneraciones declaradas anteriormente se hallan relacionadas con el impedimento para ejercer autónomamente una serie de derechos (supra párrs. 317), no por haber podido o no tener hijos biológicos, razón por la cual no es de recibo el argumento estatal según el cual las parejas que pudieron tener hijos no deberían ser indemnizadas. En segundo lugar, la Corte tiene en cuenta que la técnica de la FIV no era un procedimiento que se encontrara cubierto por la Caja Costarricense de Seguro Social (supra párr. 70), por lo cual las parejas hubieran tenido que incurrir en los gastos médicos que fueron señalados con independencia de la sentencia de la Sala Constitucional.

En consecuencia, el Tribunal considera que no existe nexo causal entre la totalidad de gastos mencionados anteriormente (supra párrs. 346 y 347) y las violaciones declaradas en la presente Sentencia. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte concluye que los gastos que tienen un nexo causal con las vulneraciones del presente caso son solo aquellos que se hayan derivado como efecto de la decisión de la Sala Constitucional, principalmente aquellos gastos en los que incurrieron las parejas que tuvieron que salir al exterior para realizarse el tratamiento.

[...]

352. Al respecto, la Corte recuerda que el criterio de equidad ha sido utilizado en la jurisprudencia de esta Corte para la cuantificación de daños inmateriales, de los daños materiales y para fijar el lucro cesante. Sin embargo, al usar este criterio ello no significa que la Corte pueda actuar discrecionalmente al fijar los montos indemnizatorios. Corresponde a las partes precisar claramente la prueba del daño sufrido así como la relación específica de la pretensión pecuniaria con los hechos del caso y las violaciones que se alegan.

En segundo lugar, se procede a analizar los elementos para la valoración del daño inmaterial, señalándose:

361. La Corte ha desarrollado en su jurisprudencia el concepto de daño inmaterial y ha establecido que este “puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia”. Dado que no es posible asignar al daño inmaterial un equivalente monetario preciso, solo puede ser objeto de compensación, para los fines de la reparación integral a la víctima, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad.

362. Asimismo, la Corte reitera el carácter compensatorio de las indemnizaciones, cuya naturaleza y monto dependen del daño ocasionado, por lo que no pueden significar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para las víctimas o sus sucesores.

363. En el presente caso, el Tribunal recuerda que el daño en el presente

caso no depende de si las parejas pudieron o no tener hijos (supra párr. 350), sino que corresponde al impacto desproporcionado que tuvo en sus vidas el no poder ejercer de manera autónoma sus derechos (supra párrs. 317). Como quedó comprobado en el capítulo VIII, se han acreditado en este proceso los sentimientos de angustia, ansiedad, incertidumbre y frustración, las secuelas en la posibilidad de decidir un proyecto de vida propio, autónomo e independiente. En atención a los sufrimientos ocasionados a las víctimas, así como el cambio en las condiciones de vida y las restantes consecuencias de orden inmaterial que sufrieron, la Corte estima pertinente fijar, en equidad, la cantidad de US\$ 20.000 (veinte mil dólares de los Estados Unidos de América) para cada una de las víctimas por concepto de indemnización por daño inmaterial.

## Conclusiones

Esta sentencia de la Corte, ha tenido repercusión en Chile en los medios de comunicación escritos. En primer lugar, el Dr. Fernando Zegers Hochschild, del Programa de Ética y Políticas Públicas en Reproducción Humana de la Universidad Diego Portales, quien actuó como perito en el caso, en columna publicada en el diario El Mercurio llamó la atención sobre los puntos que le parecen más importantes de la sentencia, a saber:

1. Los derechos reproductivos son parte de los derechos humanos. El derecho a fundar familia y el derecho a la autonomía para vivir la vida privada deben ser protegidos y respetados por todos los países.
2. Reconoce la infertilidad como una enfermedad del sistema reproductivo. Así, impedir el uso de los TRA<sup>4</sup> constituye una discriminación en contra de personas con una discapacidad reproductiva. Esta discriminación es aun mayor contra mujeres y personas de bajos recursos económicos.
3. Establece que, de acuerdo a la Convención Interamericana de Derecho Humanos, el embrión no es sujeto de derecho a la vida como son las personas. Que la protección al embrión se ejerce a través de la protección a que tienen derecho las mujeres preñadas (Art. 4.1. de la Convención). Explícitamente, reconoce que la palabra “concepción” se refiere a la implantación del embrión y no al momento de la fecundación.

---

4 En adelante, Tratamientos de Reproducción Asistida.

Así, la depositaria del derecho a la vida es la mujer, y no el embrión.

4. La CIDH reconoce que existe una gradualidad en la adquisición de los derechos humanos y reafirma que el embrión no es sujeto de derecho como las personas actuales.

5. Establece que el derecho de las mujeres a ser protegidas por el derecho internacional no puede ser afectado por leyes que protejan a los embriones. Es decir, explícitamente establece a la mujer como titular de derecho y no al embrión.

6. Por último, recuerda que existe derechos humanos que están protegidos universalmente por encima de las decisiones, incluso democráticas, de un determinado país. Así, un país no puede coartar el derecho de las personas a fundar una familia, el derecho a la privacidad y autonomía y el derecho a no ser discriminado arbitrariamente.<sup>5</sup>

Esta columna tuvo respuesta en el mismo medio, el 31 de diciembre de 2012, en una carta al director de profesores de derecho del Centro Justicia Constitucional de la Universidad del Desarrollo, Ignacio Covarrubias, Julio Alvear, Sergio Verdugo y Alejandro Leiva, quienes criticaron la decisión de la Corte de no considerar como personas a los embriones, argumentando que la línea seguida en la sentencia justificaría el aborto. Igualmente, sostuvieron que la gradualidad en la adquisición de los derechos pone límites imprecisos al momento de la adquisición de la personalidad, lo que podría justificar no solo el aborto sino que también el infanticidio y la eutanasia, ya que tampoco se sabe cuándo termina la progresión en la adquisición de los derechos. Acusan asimismo a la Corte de activismo por transformar opiniones subjetivas en valores universales:

Llamamos la atención a un hecho gravísimo: desde hace tiempo la Corte IDH viene pervirtiendo sus funciones en las materias llamadas “valorísticas”, convirtiendo las opiniones subjetivas de algunos de sus ministros en planteamientos jurídicamente universales.<sup>6</sup>

En el mismo sentido, se habían publicado otros dos artículos de opinión en que se criticaba lo sentenciado por la Corte en base a argumentos muy similares.

---

5 *El Mercurio*, Columna, “La reproducción asistida”, 28 de diciembre de 2012.

6 *El Mercurio*, “Fallo de Corte Interamericana”, 31 de diciembre de 2012.

En la edición de 29 de diciembre de 2012 del mismo medio, el profesor de derecho civil de la Universidad de Los Andes Hernán Corral cuestionó lo resuelto por la Corte<sup>7</sup>. Señaló que nadie puede dudar que el “niño” es persona desde la concepción y que la misma ocurre desde la fecundación del óvulo por el espermatozoide, momento desde el cual debe ser protegida la vida. A juicio de Corral, la interpretación de la Corte pone en riesgo la cultura de los derechos humanos, amenazando con abrir la puerta a toda una pléyade de males que quedan permitidos; “más allá de esta cuestión particular, la doctrina que la Corte construye acerca del estatuto jurídico del embrión humano pone en riesgo el respecto a la vida y cultura de los derechos humanos universales que impera en los países latinoamericanos. Desconociendo los preceptos del Pacto de San José, la Corte deja en indefensión a los seres humanos no nacidos frente a los más graves atentados: píldora del día después, aborto legal, eugenesia, clonación, experimentación de embriones, etcétera.” Todo lo anterior derivaría directamente de la decisión de la Corte de no sumarse a la decisión de prohibir la realización de la técnica de fertilización in vitro. Corral acusa a la Corte de activismo y de estar imponiendo una agenda ideológica particular por sobre el texto de la Convención, por lo que hace un llamada a denunciar la jurisdicción de la Corte en los mismos términos en que Colombia denunció la jurisdicción de la Corte de La Haya.

Cabe consignar, por último, una columna de opinión del profesor de derecho de la Universidad de Los Andes Joaquín García Huidobro donde reitera la misma línea argumental respecto de la condición de persona del embrión y que la interpretación de la Corte abre la puerta a la admisión del aborto. García Huidobro también acusa a la Corte de activismo, señalando que se “vestiría” de derecho la pura prepotencia e invocando a su favor la opinión de Marx:

Ahora, en cambio, las mayores violaciones a los derechos humanos (comenzando por el derecho a la vida del no nacido) se visten de derechos: derechos reproductivos, derecho a disponer del propio cuerpo, derecho a la autonomía, etc. El poderoso, entonces, ocupa el lugar del derecho y desde allí oprime con facilidad al débil. Ya Marx había advertido sobre esta siniestra posibilidad, que ahora vemos realizada.<sup>8</sup>

7 *El Mercurio*, “Corte Interamericana y derecho a la vida del concebido”, 29 de diciembre de 2012.

8 *El Mercurio*, “Cuando la prepotencia se viste de derecho”, 30 de diciembre de 2012.

Ninguno de los tres artículos se hace cargo del mérito de lo fallado por la Corte, sin percibir la diferencia anotada en la sentencia entre un embrión implantado en el útero y un embrión no implantado, y la relevancia que dicha distinción tiene respecto de un posible reproche, desde la perspectiva de los derechos humanos, a la práctica de la FIV. Este primer paso en la progresión de la adquisición de derechos es omitido por los comentaristas, sin tomar en consideración su relevancia para sus propios puntos, en especial su preocupación respecto del aborto. Lo cierto es que la decisión de la Corte Interamericana proporciona la *lex artis* para definir el principio de vida que amerita la protección del *nasciturus* (embrión implantado en el útero), la que es una de las opciones posibles, negando además al embrión el estatus de persona titular de derechos y tratando a la infertilidad como una patología digna de atención por el sistema sanitario.

Esta decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se une a la sentencia recaída en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile* del 24 de febrero de 2012, que hemos comentado en *Estudios Constitucionales*<sup>9</sup>; en que también se recurre a una regla hermenéutica de interpretación evolutiva, admitiendo un concepto abierto de matrimonio en cuanto a las opciones sexuales de las personas, de raíz sociológica.

Instalada la cuestión de la protección legal del *nasciturus* en nuestro ordenamiento jurídico, la lectura (dominada por una interpretación sistémica y evolutiva) realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos del art. 4.1 de la Convención no es muy distinta a la nuestra del artículo 19 N° 1 de la Constitución vigente en nuestro país. En efecto, una lectura hermenéutica rigurosa y positiva del artículo 19 N° 1 de la Constitución, al consagrar el derecho a la vida e integridad física y síquica de las personas, instituye una garantía constitucional normativa consistente, simplemente, en un mandato de habilitación al legislador y no uno de prohibición: garantía que ordena al legislador democrático determinar los institutos de protección de la vida del que está por nacer (protección civil, penal, sanitaria, previsional), dado que el *nasciturus* no es persona y, por ende, no es titular de derechos fundamentales.

Esta cuestión también plantea la inserción dogmática y positiva de los denominados derechos reproductivos de la mujer como derechos humanos de última generación en el plexo de derechos fundamentales, y cómo juega el

---

9 Zúñiga, Francisco, "Comentario a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, de 24 de febrero de 2012", en *Estudios Constitucionales*, Año 10, 1, 2012, pp. 429-468.



derecho de libertad en la protección de la libertad sexual de las personas y el derecho a la salud en los “derechos reproductivos”. En este punto, la sentencia comentada es extraordinariamente valiosa al situar los TRA (v.gr. la fecundación in vitro) como dispositivos para tratar enfermedades (infertilidad) que no pueden servir de base a discriminaciones o para afectar los derechos sobre el cuerpo de la “mujer preñada”.

El Centro de Justicia Constitucional UDD carga las tintas de su crítica en el horizonte ideológico del sistema interamericano. Esta crítica constata lo obvio: que la matriz ideológica dominante en los jueces que integran la Corte Interamericana de Derechos Humanos es la liberal, algo frecuente en los sistemas judiciales del Occidente capitalista y moderno. Tal matriz ideológica de la Corte Interamericana, que es predicable de los órganos del sistema en general, tiene consecuencias en las decisiones judiciales provenientes de órganos de los sistemas judiciales nacionales que profesan una matriz ideológica neoconservadora o neoliberal: lo que es observable al comparar esta sentencia referida al art. 4.1 de la Convención Americana y la decisión de nuestro Tribunal Constitucional referida a la píldora del día después (“caso píldora II”), decisión local que ha perdido uno de sus argumentos de “autoridad”.

La matriz ideológica liberal dominante entre los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (que tiene como disidente al conservador juez chileno de dicho tribunal) se refleja en un sesgo inevitable de su labor jurisprudente, cuyo centro de gravedad son los derechos civiles. Un buen ejemplo de ello es el tratamiento dado a la libertad de prensa como libertad negativa, haciendo tabula rasa de las concentraciones monopólicas mediales y multimediales; o a la libertad en los medios para los comunicadores sociales y cómo ello afecta el derecho a la información, a la opinión pública y la estabilidad de los sistemas políticos democráticos del continente. Al mismo tiempo, el sistema interamericano tiene un convidado de piedra que lentamente ha logrado quebrar el hielo: la protección de derechos económicos, sociales y culturales.

La matriz ideológica liberal dominante en la Corte posibilita hoy que esta crecientemente se aleje de predeterminaciones ideológicas metafísicas de raíz religiosa, como ocurre con la identificación del principio de vida del nasciturus o la definición sociológica de matrimonio, que imperan en tribunales de horizonte ideológico neoconservador o neoliberal.

La crítica al enfoque ideológico de la Corte y de los órganos del sistema interamericano es francamente una ñoñería. A nuestro juicio, quedan por

explorar las posibilidades de un sistema más plural en lo ideológico y más deferente con las soluciones nacionales o el margen de apreciación nacional. En este sentido, los críticos nacionales de la sentencia comentada son neoconservadores o neoliberales que arrojan su cuestionamiento en argumentos político institucionales o ético religiosos, sin hacerse cargo de la estructura argumentativa de la sentencia.

Lo anterior se conecta con una línea de trabajo crítico que hemos desarrollado frente al activismo judicial (de “derechas” o de “izquierdas”) disfrazado de garantismo. Una de las expresiones más nítidas del activismo de la Corte Interamericana es el control de convencionalidad.

El activismo de la Corte Interamericana es una realidad paradójica, ya que se centra en derechos civiles y, en menor medida, derechos políticos, descansando en el sistema institucional de la Organización de Estados Americanos, que es particularmente anacrónico. Este sistema no permite identificar a América o, mejor dicho, a la América al sur del Río Grande como un espacio político democrático interamericano. El sistema interamericano de protección de derechos humanos es un sistema internacional, no supranacional, aquejado de fuentes fundantes (tratados) de un marcado déficit democrático.

Se añade a esta paradoja otra contradicción: las miserias en la protección de derechos humanos y derechos fundamentales en los Estados parte del sistema, que poseen economías subdesarrolladas y sistemas institucionales no del todo consolidados, lleva a la Corte Interamericana a decisiones que ostentan un cierto maximalismo, dejando poco o ningún espacio al margen de solución nacional (como ocurre, por ejemplo, con los estándares del procedimiento de consulta de pueblos indígenas en el caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, del 27 de junio de 2012). Ello conlleva el peligro de la impotencia de sus decisiones frente a la facticidad.

Con todo, a pesar de nuestra perspectiva crítica del sistema interamericano, a nuestro juicio la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos debe servir en el sistema judicial nacional de fuente de consulta para el desarrollo de una doctrina del seguimiento crítico y reflexivo de la labor jurisprudente interamericana, que permita no solo la consolidación de una cultura jurídica garantista volcada al perfeccionamiento de los derechos fundamentales y derechos humanos, sino de un sistema judicial deferente con las instituciones democráticas y con los espacios de la política.