

Artículo Especial

El derecho humano a la fecundación in vitro

Fernando Zegers Hochschild ^a, Bernard M. Dickens ^{b*}, Sandra Dughman Manzur ^c.

^a Programa de Ética y Políticas Públicas en Reproducción Humana, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile.

^b Facultad de Derecho, Facultad de Medicina y Centro Conjunto de Bioética, Universidad de Toronto, Toronto, Canadá.

^c Programa Internacional de Derecho de Salud Sexual y Reproductiva, Universidad de Toronto, Toronto, Canadá.

Texto traducido y reproducido con autorización de la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia (FIGO): "Human Rights to In Vitro Fertilization," por Fernando Zegers Hochschild, Bernard M. Dickens y Sandra Dughman Manzur, *International Journal of Gynecology and Obstetrics* 123(2013):86-9. *Autor de contacto: Faculty of Law, University of Toronto, 84 Queen's Park, Toronto, Ontario, Canada, M5S 2C5. Tel: +1 416 978 4849; FAX +1 416 978 7899. Correo electrónico: bernard.dickens@utoronto.ca. Publicado a solicitud de los autores y autorizado por el Directorio de la Sociedad Chilena de Obstetricia y Ginecología.

RESUMEN

La Corte Interamericana de Derechos Humanos dictaminó que la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica del año 2000, que prohibió la fecundación in vitro (FIV), infringe el derecho humano a la vida privada y la vida familiar, el derecho humano a fundar y criar una familia, y el derecho humano a la no discriminación en base a discapacidad, situación económica, o género. Las conclusiones de la Corte Interamericana respecto de las violaciones a la Convención Americana de Derechos Humanos, se traducen en que de acuerdo con la Convención los embriones in vitro no son "personas," y no tienen derecho a la vida. Consecuentemente, la prohibición de la FIV con el objeto de proteger a dichos embriones constituye una denegación desproporcionada e injustificable de los derechos humanos de las personas infértiles. La Corte distingue entre fecundación y concepción, donde la concepción, a diferencia de la fecundación, depende de la implantación del embrión en el cuerpo de la mujer. De acuerdo con el derecho de los derechos humanos, la protección jurídica de un embrión "desde la concepción" es inaplicable en el período que se comprende entre su creación mediante la fecundación y la implantación intrauterina. *Conclusión:* La Corte Interamericana de Derechos Humanos dictaminó que la FIV cumple un servicio en favor de los derechos humanos, los embriones in vitro no son "personas", y no tienen derecho jurídico a la vida.

PALABRAS CLAVE: *Concepción; Costa Rica; fecundación; derecho humano a la fertilización in vitro; infertilidad; Corte Interamericana de Derechos Humanos; fecundación in vitro.*

SUMMARY

The Inter-American Court of Human Rights has ruled that the Supreme Court of Costa Rica's 2000 judgment prohibiting in vitro fertilization (IVF) violated the human right to private and family life, the human right to found and raise a family, and the human right to non-discrimination on grounds of disability, financial means, or gender. The Court's conclusions of violations contrary to the American Convention on Human Rights followed from its ruling that, under the Convention, in vitro embryos are not "persons," and do not possess a right to life. Accordingly, the prohibition of IVF to protect embryos constituted a disproportionate

and unjustifiable denial of infertile individuals' human rights. The Court distinguished fertilization from conception, since conception, unlike fertilization, depends on an embryo's implantation in a woman's body. Under human rights law, legal protection of an embryo "from conception" is inapplicable between its creation by fertilization and completion of its implantation in utero.

KEY WORDS: Conception; Costa Rica; fertilization; human right to in vitro fertilization; infertility; American Court of Human Rights; in vitro fertilization.

INTRODUCCIÓN

La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la "Corte") sobre la prohibición constitucional costarricense a la fecundación in vitro (FIV) (1)¹ consideró las presuntas violaciones a los derechos humanos resultantes del dictamen prohibitivo de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica del año 2000 (2)². La sentencia de la Sala Constitucional anuló el Decreto Ejecutivo de 1995 del Ministerio de Salud que autorizaba la FIV y regulaba su práctica, declarándolo inconstitucional (3)³. Las razones esgrimidas en cuanto a que la sentencia del 2000 infringió los derechos humanos de acceso a la FIV se basaron en lo previsto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, la "Convención" o la "Convención Americana" indistintamente). Costa Rica es Estado parte de la Convención desde 1970, y se ha sometido a la jurisdicción vinculante de la Corte desde 1980.

La Sala Constitucional anuló el Decreto Ejecutivo que autorizaba la FIV basándose en el supuesto de que debido a que la FIV es responsable de la creación de embriones humanos, algunos de los cuales inevitablemente están destinados a morir, la práctica afecta el "*derecho a la vida y a la dignidad del ser humano*" (1)⁴ que, de acuerdo con la Sala, el Poder Ejecutivo no tiene facultad para normar constitucionalmente. Es más, la Sala Constitucional declaró que dicho Decreto Ejecutivo contraviene el artículo 21 de la Constitución Política de la República de Costa Rica (en adelante, la "Constitución de Costa Rica"), que establece que la vida humana es inviolable, y el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece que: "*Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente*". (Art.4.1).

Este caso llegó hasta la Corte luego de una prolongada serie de acciones procedimentales, legis-

lativas y otras relacionadas (1)⁵, pero los temas relevantes bajo el sistema jurídico de la Convención Americana es qué es lo que constituye una "persona", el significado de "concepción" y los efectos jurídicos y prácticos de las palabras "en general".

Este caso atrajo la atención internacional generalizada, incluyendo la presentación de 49 escritos en calidad de amicus curiae. Uno de los autores de este artículo (FZH) en calidad de perito presentó testimonio experto en la audiencia pública ante la Corte sobre los aspectos científicos de la FIV, y fue citado extensamente en el fallo que se analiza.

Los derechos humanos afectados

El procedimiento ante la Corte fue iniciado en julio de 2011 por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en representación de 18 residentes de Costa Rica (nueve parejas), cuyos derechos humanos consagrados en la Convención fueron supuestamente violados mediante la prohibición general de practicar la FIV. La solicitud invocó las supuestas violaciones a los artículos 11.2, 17.2 y 24 de la Convención Americana.

El artículo 11.2, referente al derecho a la privacidad, establece que "Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio...". Basado en las narrativas de las experiencias angustiantes de familias que no pueden concebir y mantener un embarazo de manera natural, se argumentó que la prohibición de la FIV niega a las parejas infértiles los medios alternativos para lograr tener los hijos que ellos deseen, y constituye una violación a su derecho a la vida privacidad y familiar.

El artículo 17.2 concerniente a los derechos de la familia establece que: "Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención".

Parejas sin hijos se presentaron ante la Corte

¹ Artavia Murillo y otros ("Fecundación In Vitro") vs. Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 28 de noviembre de 2012.

² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, Resolución N° 2000-02306, Expediente: 95-001734-0007-CO, 15 de marzo de 2000.

³ Decreto Ejecutivo N° 24029-S sobre "La Técnica de Fecundación in Vitro y Transferencia de Embriones", 3 de marzo de 1995.

⁴ Artavia Murillo y otros ("Fecundación In Vitro") vs. Costa Rica, op. cit., párr. 72

ibid., párr. 1 al 3.

para demostrar cómo la prohibición de la FIV les negaba el único medio viable para ejercitar su derecho a tratar de concebir su prole genética.

El artículo 24 sobre igualdad ante la ley provee que “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”. La evidencia presentada por testigos demostró que hubo discriminación basada en la condición económica de las parejas que no eran capaces de asumir los costos pecuniarios de acceder a los servicios médicos de FIV ofrecidos en otros países como Colombia, México o EEUU, y/o en base al género. Los peritos y los testigos a título personal reforzaron las evidencias de que la carga de la infertilidad es llevada en forma desproporcionada por las mujeres más que por los varones. La inhabilidad de concebir de parte de los varones puede tener algunos efectos negativos para su virilidad, no obstante ellos salvaguardan su “hombría” de otras maneras. Sin embargo, en Latinoamérica, así como en muchas otras regiones del mundo, la cultura, reforzada por estereotipos religiosos, posicionan la maternidad como una función social indispensable en la vida de las mujeres adultas, y como la única o principal fuente de valoración dentro de sus familias y comunidades. Obstaculizar una paternidad o maternidad potenciales mediante la prohibición de la FIV tiene un impacto desproporcionado sobre las mujeres y, consecuentemente, prescribir el acceso a métodos efectivos y seguros para superar la infertilidad constituye una discriminación en contra de la mujer.

La evidencia científica

La evidencia científica clave presentada por los peritos designados por la Corte se refirieron a la biología y las técnicas de reproducción humana para el tratamiento de la infertilidad, pero también abordaron las evidencias médicas y de las ciencias sociales sobre la incidencia de la infertilidad y sus efectos emocionales sobre la salud y las relaciones dentro de la familia. De forma introductoria, considerando que la Organización Mundial de la Salud (OMS) caracteriza la infertilidad como una enfermedad (4)⁶, las evidencias demostraron cómo el concepto de salud que promueve la OMS como “un estado de completo bienestar físico, mental y social” (5)⁷, confirman los efectos nocivos de la infertilidad en la salud de las parejas que quieren ser padres, asociados con la pérdida de bienestar mental y social debido a las esperanzas insatisfechas de la paternidad. La desigualdad en el acceso a la FIV, donde aquellos que tienen los medios económicos pueden superar la falta de acceso a

los servicios reproductivos viajando a otros países que ofrecen dichos servicios, agrava la sensación de agravio que experimentan las parejas infértiles.

El objetivo principal de la evidencia científica fue la de informar a los jueces respecto de las técnicas de reproducción asistida, particularmente sobre las variedades de la FIV. El término “FIV” se ha convertido en un concepto genérico que describe una variedad de técnicas reproductivas. El enfoque de las evidencias se dirigió a analizar la objeción principal en base a la cual la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica basó la declaración de inconstitucionalidad de la FIV, es decir la posibilidad de que involucre el desecho de los embriones excedentes. Las evidencias científicas no negaron este hecho, pero demostraron que este desecho es inherente también a la reproducción espontánea. Las técnicas de la FIV, controladas y monitoreadas por médicos, pueden calcular con cierta precisión cuántos embriones son creados in vitro, cuántos no son aptos para ser transferidos al cuerpo de una mujer, cuántos de los embriones transferidos logran la implantación intrauterina, cuántos de los implantados finalmente se pierden, y cuántos resultarán en un embarazo, gestación y posterior nacimiento. En la naturaleza, estos procesos ocurren dentro del cuerpo de la mujer, y no son susceptibles de cálculos y cuantificaciones precisas sino hasta después de que ha ocurrido la implantación. Es así como la opinión pericial experta presentada ante la Corte estableció que (1): “El 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”⁸. Si la tasa de pérdida embrionaria de la FIV es comparable con o se considera más alta que la de la reproducción natural fue un hecho controvertido. Un perito observó que “la mortalidad de los embriones es de alrededor de 30% en circunstancias naturales y para la FIV...de alrededor de 90%”⁹, pero concordó con que la muerte embrionaria temprana no podía detectarse. Al considerar si las conclusiones de la Sala Constitucional, sobre si la FIV debía prohibirse a causa de las tasas de muerte embrionaria, eran proporcionales y suficientes para justificar la violación a los derechos humanos de las parejas infértiles, la Corte analizó las tasas comparativas de muerte embrionaria en la reproducción natural y asistida más como un tema cualitativo que cuantitativo.

⁶Zegers-Hochschild F, Adamson GD, de Mouzon J, Ishihara O, Mansour R, Nygren K, y otros. The International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS). Revised Glossary on ART Terminology, 2009. Hum Reprod 2009; 24(11): 2683-7.

⁷Organización Mundial de la Salud. Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, párr. 1.

⁸Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica, op. cit., párr. 310.

⁹Ibid., párr. 308.

En defensa de la Sala Constitucional, el Estado de Costa Rica argumentó que la decisión de la Sala en favor de la protección de los embriones mediante la restricción de la FIV, en desmedro de la protección de la libertad de las personas vivas de disfrutar sus derechos humanos, es proporcional, puesto que “al sopesar el perjuicio que la medida restrictiva genera en el titular de la libertad, y el beneficio que la colectividad obtiene a partir de ello al protegerse el valor más fundamental de la sociedad que es el derecho a la vida, el Estado debe necesariamente inclinar la balanza hacia esto último.” (1)¹⁰.

En consecuencia, la Corte tenía que decidir si la protección del supuesto derecho a la vida de los embriones justifica el sacrificio de los derechos humanos de los ciudadanos costarricenses infértiles a la vida privada, la vida en familia, a fundar una familia, a la igualdad y no discriminación, e, inter alia, a decidir de forma autónoma sobre los tratamientos reproductivos (1)¹¹. La Corte abordó la priorización de los derechos en competencia observando que “la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición [de la Convención Americana] no es absoluta.” (1)¹²

La condición jurídica del embrión

La Sala Constitucional declaró a la FIV inconstitucional ya que el artículo 21 de la Constitución de Costa Rica provee que “La vida humana es inviolable” y, de acuerdo a la ley: “Cuando el espermatozoide fecunda al óvulo esa entidad se convierte en un cigoto y por ende en un embrión... 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” (1)¹³.

Luego, sin distinguir entre fecundación y concepción, la Sala Constitucional agregó que, de acuerdo con la Convención Americana, el embrión humano: “es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto... la aplicación de la Técnica de Fecundación in Vitro y Transferencia Embrionaria, en la forma en que se desarrolla en la actualidad, atenta contra la vida humana... y por ello el reglamento cuestionado [Decreto Ejecutivo] es inconstitucional por infracción al artículo 21 de la Constitución Política y 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por contravenir la técnica, considerada en sí misma, el derecho a la vida... no es posible autorizar legítimamente su aplicación” (1)¹⁴.

La Corte no consideró los derechos consagrados en el derecho nacional costarricense, sino que consideró que, debido a que el inciso 1° del artículo

7 de la Constitución Nacional provee que “Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes”, sus fallos interpretando la Convención Americana tienen prevalencia dentro de Costa Rica.

Destacando referencias indefinidas sobre la fecundación y la concepción, la Corte abordó cómo deben entenderse estos conceptos de acuerdo con la Convención Americana. Basándose en los testimonios de los peritos, la Corte consideró 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 sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción” (1)¹⁵. Esto concuerda con el hecho de que antes de que ocurra la implantación, no existen marcadores químicos o de otro tipo en los fluidos de la mujer que indiquen la presencia de un embrión. Únicamente después de ocurrida la implantación se puede identificar la presencia de un embrión en la circulación de la mujer. La Corte concluyó: 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... Asimismo... 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... Al establecerse lo pertinente en la Convención Americana no se hizo mención al momento de la fecundación (1)¹⁶.

Al revisar extensivamente la historia y el contexto jurídico de la redacción de la Convención Americana, la Corte consideró que un embrión aún no implantado es solamente un conjunto de tejidos y células, y concluyó 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” (1)¹⁷.

Esta conclusión se relaciona con la interpretación de la Corte de las palabras “en general” del artículo 4.1 de la Convención Americana, que establece que “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción.” Tomando en consideración la información científica y la jurisprudencia de la Corte Europea de

¹⁰ Ibid., párr. 270.

¹¹ Ibid., párr. 150 y 161.

¹² Ibid., párr. 264.

¹³ Ibid., párr. 73.

¹⁴ Ibid., párr. 76.

¹⁵ Ibid., párr. 186.

¹⁶ Ibid., párr. 187.

¹⁷ Ibid., párr. 223.

Derechos Humanos sobre la salud reproductiva, incluyendo los abortos legales, la Corte concluyó que: “la “concepción” en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras “en general” que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo” (1)¹⁸.

El fallo de la Corte que establece que un embrión in vitro no es una persona y no tiene derechos humanos, incluyendo el derecho a la vida, es consistente con la evolución de la jurisprudencia europea y estadounidense que han llegado a tratar a los tales embriones como una forma de propiedad (6)¹⁹ que puede ser desechada por sus originadores genéticos cuando no son utilizados para convertirse en padres (7)²⁰.

La violación de los derechos humanos

A la luz de sus conclusiones sobre la condición jurídica de los embriones in vitro, la Corte tenía que decidir si la protección de dichos embriones puede justificar en forma proporcionada aquellas violaciones de los derechos humanos que se sigan de la prohibición absoluta de crear embriones mediante la FIV prescrita por la Sala Constitucional. La Corte rechazó la percepción de la Sala Constitucional de que “la aplicación de la Técnica de Fecundación in Vitro y Transferencia Embrionaria...atenta contra la vida humana” (1)²¹, ya que en la revisión y análisis de las historias personales de las nueve parejas representadas en este procedimiento, se demostró que la FIV ofrece el único método para superar la infertilidad y crear la vida de sus hijos. La Corte concordó con que “uno de los objetivos de la FIV es contribuir con la creación de vida” (1)²².

La Corte observó 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,”²³ amparados por el artículo 11.2 de la Convención Americana. La Corte destacó la forma en que la prohibición de la FIV ha causado angustia, stress, separaciones matrimoniales y otros daños sociales y personales similares, cuando teniendo en cuenta las tasas relativamente altas de pérdida embrionaria en la reproducción natural y otras técnicas reproductivas permitidas en Costa Rica, “la protección del em-

brión que se busca a través de la prohibición de la FIV tiene un alcance muy limitado y moderado.” (1)²⁴. En consecuencia la Corte concluyó que hubo violación del artículo 11.2 de la Convención toda vez 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.²⁵

Igualmente, también se estableció la violación del artículo 17.2 respecto de la protección de la familia, debido a que la prohibición de la FIV les impide a las parejas que dependen de estas técnicas para tener hijos la posibilidad de criar una familia. La conclusión de la Corte fue que: 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 (1)²⁶.

La Corte agregó que: “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.”²⁷. La Corte no analizó la discriminación directa en contravención con la igual protección de la ley prevista en el artículo 24, pero abordó los diferentes tipos de discriminación indirecta que surgen de las evidencias presentadas respecto de los efectos de la prohibición de la FIV. Explicó que “la Corte no analizará la presunta violación del derecho a la igualdad y no discriminación en el marco del artículo 24 sino a la luz del artículo 1.1 de la Convención en relación con los artículos 11.2 y 17 de la misma” (1)²⁸. El artículo 1.1 establece el deber general de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención sin discriminación, y así, cualquier discriminación en cuanto al cumplimiento o garantías de los derechos basados en la Convención infringe no sólo el derecho en sí mismo sino que le artículo 1.1.

La Corte consideró que las violaciones a los derechos humanos de privacidad y vida en familia y el derecho de fundar una familia, que resultaron de la prohibición de la FIV, constituye una discriminación

¹⁸Ibid., párr. 264.

¹⁹Dickens BM, Cook RJ. The legal status of in vitro embryos. Int J Gynecol Obstet 2010; 111(1): 91-4.

²⁰Evans vs. the United Kingdom, (Application no. 6339/05) Grand Chamber, Judgment of 10 April 2007 [2007] Reports of Judgments and Decisions, European Court of Human Rights, p. 353

²¹Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica, op. cit., párr. 76.

²²Ibid., párr. 311.

²³Ibid., párr. 272.

²⁴Ibid., párr. 313.

²⁵Ibid., párr. 316.

²⁶Ibid., párr. 314.

²⁷Ibid., párr. 314.

²⁸Ibid., párr. 285.

indirecta en contravención con el artículo 1.1. La Corte concordó con la caracterización que la OMS ha hecho de la infertilidad como una enfermedad (4)²⁹, y encontró que la prohibición legal de los medios para superar sus efectos discrimina en contra de aquellos que se ven discapacitados por la enfermedad. Además de la discriminación ofensiva basada en la discapacidad, la Corte también estimó que existió discriminación en base a la situación económica de las parejas, ya que los costarricenses no tenían la prohibición de acceder a los servicios de la FIV si eran capaces de cubrir los costos de viajar a otros países para realizarse el procedimiento, lo cual algunos habían logrado realizar.

Algunas evidencias periciales aceptadas por la Corte se centraron particularmente en los efectos perjudiciales y discriminatorios que la infertilidad tiene sobre las mujeres. Si bien la Corte concordó con la OMS de que “el papel y la condición de la mujer en la sociedad no deberían ser definidos únicamente por su capacidad reproductiva” (1)³⁰, también destacó el sufrimiento personal de las mujeres en sus matrimonios debido a la infertilidad, que se vio exacerbado por la inestabilidad de las relaciones familiares, la violencia doméstica, la estigmatización y el ostracismo, y observó que: La Corte considera que en el presente caso se está ante una situación...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 (1)³¹.

La Corte concluyó que, si bien la prohibición de la FIV no está dirigida expresamente a las mujeres y tiene apariencia de neutral, sí tiene un impacto negativo desproporcionado sobre ellas. La Corte fue enfática en destacar que los estereotipos discriminatorios en base al género son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos (8)³², y que “tan sólo los reconoce y visibiliza para precisar el impacto desproporcionado de la interferencia generada por la sentencia de la Sala Constitucional” (1)³³.

Efectos de la sentencia

La jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es reconocida ampliamente si no universalmente por Latinoamérica, y los sistemas jurídicos de los Estados parte de la Convención Americana se inclinan por ser deferentes con sus sentencias. En consecuencia, se espera que con el paso del tiempo la sentencia de la Corte respecto de la FIV en Costa Rica tenga resonancia en la

región. El derecho constitucional y los sistemas jurídicos de los países de la región comparten muchos aspectos similares debido a la historia de colonización y la influencia unificadora de la Iglesia Católica Romana. Desde el decreto del Papa Pío IX de 1869 (9)³⁴ esa iglesia ha considerado que tomar la vida humana deliberadamente es punible desde la concepción, y esto se ha visto reflejado en las constituciones y las leyes de diversos países y jurisdicciones subordinadas, particularmente para reforzar la prohibición del aborto. Por ejemplo, desde que en el año 2008 la Corte Suprema de México confirmó las leyes liberales sobre aborto de la Ciudad de México (10)³⁵, la mayoría de los estados mexicanos han reformado sus constituciones con el objeto de prohibir el aborto mediante la protección de los embriones “desde la concepción”.

La distinción que realiza la Corte Interamericana entre fecundación y concepción sustenta jurídicamente a la FIV en Costa Rica y en otros países de la región donde se practica. En defensa de la prohibición de la FIV de la Sala Constitucional, el Estado de Costa Rica argumentó que “la evidencia científica...demuestra que el inicio de la vida humana comienza con la concepción o lo que es lo mismo con la fertilización o fecundación,” (1)³⁶ y que los “términos de concepción y fecundación deben ser tratados como sinónimos.” (1)³⁷. El fracaso del argumento jurídico de que la concepción, que depende de la implantación del embrión en el útero, incluye la fecundación, que no depende de la implantación, requiere la reevaluación, por ejemplo, de la mezcla confusa en el análisis jurídico de la anticoncepción de emergencia mediante el uso del levonorgestrel, que sólo es efectivo antes de la concepción (11)³⁸ y el aborto (12)³⁹. La oposición de la Corte a que los embriones in vitro tengan un derecho humano a la vida también facilitan el financiamiento y la conducción de investigaciones con células madre embrionarias (13)⁴⁰.

Costa Rica argumentó que “no existe consenso en que la infertilidad sea, per se, una enfermedad” o que esta pueda “ser considerada una discapacidad,” y que la FIV no es una cura, puesto que “no constituye un tratamiento para modificar la situación que hace que una pareja o una persona sea infértil.” (1)⁴¹. Sin embargo, la FIV sí da tratamiento a una de las causas de infertilidad, puesto que cuando a los espermatozoides les falta capacidad de fertilización, la FIV o el procedimiento relacionado de inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI) se utiliza para insertarlos dentro del óvulo. Cuando la FIV no se utiliza para

²⁹Zegers-Hoehschild F, Adamson GD, de Mouzon J, Ishihara O, Mansour R, Nygren K, y otros. op. cit.

³⁰Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica, op. cit., párr. 296

³¹Ibid., párr. 297.

³²Cook RJ, Cusack S. Gender stereotyping: transnational legal perspectives. Philadelphia: University of Pennsylvania Press; 2010.

³³Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica, op. cit., párr. 302.

³⁴Luker K. Abortion and the politics of motherhood. Berkeley: University of California Press; 1984, p. 59

³⁵Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007 (Corte Suprema de

México, 2008)

³⁶Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica, op. cit., párr. 167.

³⁷Ibid., párr. 168.

³⁸Cook RJ, Dickens BM, Erdman JN. Emergency contraception, abortion and evidence-based law. Int J Gynecol Obstet 2006; 93(2): 191-7

³⁹Hevia M. The legal status of emergency contraception in Latin America. Int J Gynecol Obstet 2012; 116(1): 87-90

⁴⁰Dickens BM, Cook RJ. Acquiring human embryos for stem-cell research. Int J Gynecol Obstet 2007; 96(1): 67-71

⁴¹Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica, op. cit., párr. 271.

dar tratamiento a las causas de la infertilidad, sirve para remediar la condición involuntaria de la falta de hijos, por lo que fomenta la salud entendida como el “bienestar físico, mental y social.” (5)⁴². La Corte destacó la declaración pericial que, en concordancia con la definición de la OMS, declara que “la infertilidad es una enfermedad que tiene numerosos efectos en la salud física y psicológica de las personas, así como consecuencias sociales, que incluyen inestabilidad matrimonial, ansiedad, depresión, aislamiento social y pérdida de estatus social, pérdida de identidad de género, ostracismo y abuso.” (1)⁴³. La aceptación por parte de la Corte de la infertilidad como una enfermedad puede invocarse para sustentar a la FIV y el financiamiento de forma similar de los servicios de salud reproductiva a través de planes de seguro de salud públicos y privados en Latinoamérica, y en otros lugares.

Quizás uno de los argumentos menos convincentes expuestos por Costa Rica consiste en que la sentencia de la Sala Constitucional no constituye una prohibición absoluta de la FIV, sino que de las técnicas actuales que pueden involucrar la no implantación de los embriones creados in vitro. El Estado hizo referencia a un proyecto de ley que no tuvo éxito en la asamblea legislativa durante el 2010 que habría limitado la fertilización de los óvulos en un ciclo de tratamiento, y que requería que todos ellos fueron transferidos al cuerpo de la mujer al mismo tiempo, sin autorizar la criopreservación. La Corte citó la crítica que hizo a esta propuesta la Organización Panamericana de la Salud (OPS), basada en los “riesgos de múltiples embarazos...lo cual a su vez incrementa el riesgo del aborto espontáneo, complicaciones obstétricas, nacimientos prematuros y morbilidad neonatal.” (1)⁴⁴. Esto apunta a los riesgos de daño a la salud de las mujeres y los recién nacidos cuando las leyes sobre reproducción humana se basan en valores teológicos en vez de basarse en evidencias científicas y en el respeto y la protección de los derechos humanos de las mujeres.

La Corte reconoce la diversidad de formas en que las creencias personales afectan la vida de los individuos, pero entrega titularidad a todas las personas al derecho humano a la privacidad para formar una familia, a la capacidad de fundar una

familia de acuerdo a las preferencias familiares, y a la no discriminación en base a discapacidad. Este innovador fallo de derechos humanos de la Corte Interamericana, que se estructura en evidencia científica robusta, dirige a los Estados y a los gobiernos sobre los derechos reproductivos que deben proveer y proteger, y puede abrir caminos en la defensa de los derechos humanos de las mujeres en las Américas, y potencialmente más allá.

BIBLIOGRAFÍA

1. Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 28 de noviembre de 2012.
2. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, Resolución N° 2000-02306, Expediente: 95-001734-0007-CO, 15 de marzo de 2000.
3. Decreto Ejecutivo N° 24029-S sobre “La Técnica de Fecundación in Vitro y Transferencia de Embriones”, 3 de marzo de 1995.
4. Zegers-Hochschild F, Adamson GD, de Mouzon J, Ishihara O, Mansour R, Nygren K, et al. The International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS). Revised Glossary on ART Terminology, 2009. *Hum Reprod* 2009;24(11):2683-7.
5. Organización Mundial de la Salud. Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud.
6. Dickens BM, Cook RJ. The legal status of in vitro embryos. *Int J Gynecol Obstet* 2010;111(1):91-4.
7. Evans vs. the United Kingdom, (Application no. 6339/05) Grand Chamber, Judgment of 10 April 2007 [2007]. Reports of Judgments and Decisions, European Court of Human Rights.
8. Cook RJ, Cusack S. Gender stereotyping: transnational legal perspectives. Philadelphia: University of Pennsylvania Press; 2010.
9. Luker K. Abortion and the politics of motherhood. Berkeley: University of California Press; 1984.
10. Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007 (Corte Suprema de México, 2008).
11. Cook RJ, Dickens BM, Erdman JN. Emergency contraception, abortion and evidence-based law. *Int J Gynecol Obstet* 2006; 93(2): 191-7.
12. Hevia M. The legal status of emergency contraception in Latin America. *Int J Gynecol Obstet* 2012;116(1):87-90.
13. Dickens BM, Cook RJ. Acquiring human embryos for stem-cell research. *Int J Gynecol Obstet* 2007;96(1):67-71.

⁴²Organización Mundial de la Salud, op. cit., párr. 1

⁴³Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica, op. cit., párr. 288.

⁴⁴Ibid., párr. 84.