

CAPÍTULO CUARTO

LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

I. PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE IDH

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

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

II. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 4.1 DE LA CONVENCIÓN ADH

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

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

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

1. *Planteamientos de las partes*

A. *Demandantes*

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

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

B. *Estado de Costa Rica*

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

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

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

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

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

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

2. Argumentación de la Corte IDH

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

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

A. Interpretación conforme al sentido corriente de los términos

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El tribunal resaltó que la prueba científica que tenía a su alcance concordó en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación, y sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Si bien, al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un ser humano, lo cierto es que, si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer, sus posibilidades de desarrollo son nulas. Por tanto, concluyó que el término “concepción” debe ser enten-

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

B. Interpretación sistemática e histórica

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

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

a. Sistema americano de los derechos humanos

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

b. Sistema Universal de los Derechos Humanos

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

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

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

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

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

c. Sistema europeo de derechos humanos

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

⁷¹ Propuesta por el Vaticano.

C. *Interpretación evolutiva*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

F. Discriminación indirecta en relación con la condición de discapacidad

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

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

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

G. Discriminación indirecta con relación al género

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

H. Controversia sobre la pérdida de embriones

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

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

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

⁷⁹ *Idem.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁸³ *Ibidem*, p. 5.

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

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

J. *Reparaciones*

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

⁸⁴ *Idem*.

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

III. REFLEXIONES SOBRE LA SENTENCIA

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

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

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

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

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

IV. EL IMPACTO DE LA SENTENCIA EN EL CONTINENTE AMERICANO

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

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

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

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

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

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

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

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

⁸⁸ *Ibidem*, p. 400.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 394.

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

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

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

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

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

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

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

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

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