

Bogotá D.C., septiembre de 2012

Señores/as

Corte Interamericana de Derechos Humanos

San José de Costa Rica.

Ref. Amicus Curiae en caso Gretel Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica

Nosotros, Rodrigo Uprimny Yepes, Diana Esther Guzmán, Paola Molano, Annika Dalén y Paula Rangel, director e investigadoras del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – DeJuSticia, ubicado en Bogotá, respetuosamente presentamos este *amicus curiae* en el caso de la referencia, con el fin de apoyar las pretensiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En dicho caso la Comisión encontró que la prohibición para practicar la fecundación in vitro (FIV) que hizo la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, afectaba el derecho a la privacidad y a fundar una familia de las presuntas víctimas. En nuestro escrito, adicionalmente afirmamos que los artículos 11 y 17 de la Convención, interpretados a la luz de otros instrumentos internacionales que hacen parte del corpus iuris del caso, protegen, no sólo el derecho de las personas y de las parejas a decidir formar una familia y tener hijos, sino también el derecho a acceder a los desarrollos científicos para ejercer la autonomía reproductiva y fundar una familia. Por lo tanto, en el caso concreto estimamos que la decisión de la Corte Suprema de Costa Rica afecta este derecho de forma innecesaria y desproporcionada.

Para demostrar esto, desarrollamos la tesis de que i) existe un derecho de toda persona de acceder al más alto nivel de desarrollo científico para el ejercicio de su autonomía reproductiva y su posibilidad de formar familia; en especial, este derecho implica la posibilidad de acceder a los últimos desarrollos científicos para que la pareja o la mujer puedan determinar el número de hijos que desean, dentro del disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental; este derecho se desprende de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en virtud de una interpretación sistemática del contenido de los artículos 11 y 17, interpretados armónicamente con otras normas relevantes de derecho

internacional, que deben ser consideradas parte del Corpus Iuris en este caso, como los artículos 12 (derecho a la salud) y 15 (derechos culturales) del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, y los artículos 11 (derecho a la salud) y 13 (derechos a los beneficios de la cultura) de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; ii) la decisión de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica no supera el test de proporcionalidad y por lo tanto es una medida que afecta injustificadamente el derecho señalado; y iii) la decisión vulnera también otros derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como el derecho a la igualdad.

1. El derecho a acceder al máximo nivel de desarrollo científico para el ejercicio del derecho a la autonomía reproductiva y a formar familia.

En el presente caso se presenta una vulneración al derecho amparado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en virtud del cual todas las personas deben tener la posibilidad de acceder al más alto nivel de progreso científico para el ejercicio de su autonomía reproductiva y su posibilidad de formar una familia. Este derecho se deriva directamente de la interpretación sistemática y armónica de los artículos 11 y 17 de la Convención. En efecto, en virtud del artículo 11 de la CADH, “nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, ni la de su familia”, y “toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”. Esto significa que a todas las personas debe garantizárseles el derecho a la autonomía en la toma de sus decisiones más privadas y fundamentales, dentro de las cuáles está obviamente la decisión de tener un hijo. Además, el artículo 17 establece que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado” y se reconoce a todas las personas el derecho a “fundar una familia”. Al interpretarlos conjuntamente, es claro que las personas son las únicas que pueden determinar la conformación de su familia, lo que se traduce en que cuando se toman esas decisiones, el Estado debe proteger su autonomía y evitar cualquier injerencia abusiva. Y una de las decisiones más privadas y fundamentales de quien decide formar una familia, consiste en definir el número de hijos que se desea que hagan parte de dicha familia. Ahora bien, dado que la decisión de procrear depende de que se efectúe la fecundación y la gestación, en los casos en que es imposible llevar a cabo la fecundación natural, los derechos y obligaciones de la Convención deben materializarse en medidas que hagan posible llevar a cabo un embarazo exitoso.

En ese sentido, vistos sistemáticamente los artículos 11 y 17, el Estado tiene una obligación de proteger a las personas que autónomamente deciden someterse a procesos de reproducción asistida, en virtud del deber de respeto y garantía de no injerencia en las decisiones privadas y en virtud de la protección de la familia. De lo contrario se estaría constituyendo una injerencia arbitraria y abusiva a los asuntos privados, de los cuales

obviamente hace parte la sexualidad; y el Estado estaría faltando a su deber de protección de la familia y el respeto a las personas que deseen fundarla. Así mismo, las garantías no pueden ser tan bajas que hagan nugatoria la efectividad del derecho, sino que deben ser del máximo nivel posible. Una interpretación armónica de estos dos artículos de la Convención permite concluir que toda persona tiene un derecho que podríamos denominar *el derecho a la autonomía reproductiva y a formar familia*.

Las garantías de la Convención no pueden ser aplicadas únicamente en los casos en que es fácil fundar una familia y procrear, sino que deben aplicar también y con mayor razón, cuando las parejas o las mujeres, aún tomando la decisión de procrear, tienen algún impedimento para quedar en embarazo. Para esta última situación, cuando exista posibilidad de hacer efectivo su derecho a través de tratamientos científicos adecuados, surge, en virtud de los artículos de la Convención, un derecho más calificado, *el derecho de acceso al más alto nivel de acceso progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y a formar familia*. Bajo este, las personas podrán hacer uso de los avances científicos que ayuden a materializar la decisión autónoma y privada de tener hijos y fundar una familia. Esto, porque las garantías de la Convención deberán ajustarse a las necesidades de protección de cada persona en relación con un derecho. Así, de un lado, una persona que puede quedar embarazada naturalmente necesitará que el Estado no interfiera en su embarazo si ella no lo decide; pero de otro lado, una persona que no pueda quedar en embarazo aunque así lo quiera, demandará del Estado apoyo para poder quedar en embarazo. Por ello, de la misma protección general de los artículos 11 y 17 de la Convención, pueden surgir derechos y obligaciones específicas.

Ahora bien, una pregunta surge: ¿por qué es posible hablar del derecho de toda persona a acceder al más alto nivel de desarrollo científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y a formar familia, y en especial la posibilidad de acceder a los últimos desarrollos científicos para que la pareja o la mujer puedan determinar el número de hijos que desean, dentro del disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental? Nuestra respuesta se funda en la idea del *Corpus Iuris*, que esta Corte Interamericana ha desarrollado en muchos casos, con el fin de concretar el alcance de los derechos humanos reconocidos por la Convención Americana.¹

¹ La Corte ha definido el corpus iuris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos como: “un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo” En Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de Septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 120.

En otras ocasiones, se ha acudido al *corpus iuris* con el fin de dinamizar los instrumentos internacionales para hacerlos más garantistas y efectivos. La Corte IDH y la Corte Europea de Derechos Humanos, “han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”². Así mismo, es una forma de incorporar estándares internacionales en materia de derechos que hacen más favorable la interpretación de la Convención Americana y que fijan conductas que los Estados debían garantizar.³ En suma, la figura del *corpus iuris* tiene como objetivo construir un cuerpo normativo e interpretativo que permite darle un mejor alcance a las normas contenidas en la Convención Americana con base en el derecho internacional que tiene instrumentos encaminados a proteger los mismos derechos de la Convención.

Retomando el caso concreto, nosotros consideramos que el *derecho a la autonomía reproductiva y a formar familia, que incluye la posibilidad de las persona de poder razonablemente determinar el número de hijos*, que se desprende de los artículos 11 y 17 de la Convención Americana, debe ser interpretado tomando en consideración dos derechos reconocidos en tratados relativos a derechos económicos, sociales y culturales, que deben entenderse que hacen parte del Corpus Iuris para interpretar el alcance de los artículos 11 y 17 de la Convención Americana⁴. Estos dos derechos son el derecho a la salud y el derecho al acceso a los beneficios del progreso científico. El primero incluido en las observaciones generales del Comité DESC, Protocolo de San Salvador (artículo 10), la Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC, artículo 12). Y el segundo, reconocido por la Carta de la Organización de Estados Americanos (artículo 38), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre (artículo XIII), el Protocolo de San Salvador (artículo 14 literal b), la Declaración Universal (artículo 27 numeral 1) y el PIDESC (artículo 15 literal b). Veamos como estos dos derechos permiten interpretar más adecuadamente el alcance del contenido del derecho de toda persona *a la autonomía reproductiva y a formar familia*,

² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva 16 de 1999. Párr. 114

³ En concordancia con ello, la Corte IDH también ha precisado que “[l]a protección efectiva de los derechos humanos constituye el objeto y fin de la Convención Americana, por lo que al interpretarla la Corte deberá hacerlo en el sentido de que el régimen de protección de derechos humanos tenga todos sus efectos propios (effét utile)” En: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva 16 de 1999. Párr. 58 y 113.

⁴ El recurso a normas de derechos económicos sociales y culturales para determinar el alcance de los derechos reconocidos en la convención Americana no es ninguna novedad. La Corte IDH ha recurrido a crear un puente entre derechos como la vida (en condiciones dignas), la integridad personal y la salud para precisar que este último representa una condición mínima para el goce de derechos. En tal sentido, se ha valido de instrumentos como el Protocolo de San Salvador y de otros criterios interpretativos como las observaciones generales del Comité DESC. Al respecto ver, entre otras, Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Comunidad Indígena Yakye Axe vs Paraguay*. Sentencia de 17 de junio de 2005, (Fondo, Reparaciones y Costas)

El Protocolo de San Salvador señala que “[t]oda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social” y establece ciertas obligaciones en cabeza del Estado, específicamente “b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado”.

Por su parte, en el sistema universal, la Declaración Universal de Derechos humanos, se refiere en el párrafo 1 de su artículo 25 a que “[t]oda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...)”. El PIDESC establece que “1. [l]os Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental “ y señala como una obligación del Estado, “(...) d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

Además, el derecho a la salud se reconoce también, en el inciso iv) del apartado e) del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; así como en el apartado f) del párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW). Otros instrumentos regionales de derechos humanos, como la Carta Social Europea (art. 11) y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (art. 16) también reconocen el derecho a la salud, en términos similares a los señalados del PIDESC y el Protocolo de San Salvador.

Este múltiple reconocimiento permite dar cuenta de la importancia del derecho a la salud dentro del ejercicio de otros derechos.⁵ Con el fin de precisar el alcance del derecho en relación con otros contenidos en la Convención, resulta útil tener en cuenta lo dicho por el Comité de Derechos económicos, sociales y culturales (en adelante el Comité DESC) respecto del derecho a la salud. El Comité señala que “[e]l derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección

⁵ Como lo precisó el Comité de Derechos económicos, sociales y culturales (en adelante el Comité DESC) en su observación general número 14 sobre derecho a la salud, “El derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos, que se enuncian en la Carta Internacional de Derechos, en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación” (subrayas no originales).

de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud” (énfasis no original). La comprensión que hace el Comité DESC del derecho a la salud, se articula con la idea previamente presentada, de dinamismo de los instrumentos internacionales y de los derechos establecidos en ellos. Asimismo, permite ver que la importancia del derecho a la salud radica en su interrelación con el ejercicio de otros derechos y en las múltiples dimensiones que involucra.

Por su lado, el derecho al acceso a los beneficios del progreso científico está establecido en el artículo 15 del PIDESC como “[g]ozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones”. Al igual que el derecho a la salud, el ejercicio de este derecho es condición del ejercicio y garantía de otros derechos que se encuentran contenidos en la Convención. Para el caso que nos ocupa, el acceso a los beneficios derivados del progreso científico, permite que las personas o parejas que padecen infertilidad, accedan a los métodos de reproducción asistida necesarios para procrear. Esto se traduce en que a través del goce de este derecho, las personas pueden ejercer los derechos reconocidos en los artículos 11 y 17 de la Convención, en el sentido de tener la posibilidad efectiva de decidir tener hijos y formar una familia a pesar de su infertilidad.

Como lo señaló en su informe de Mayo de 2012⁶ la Relatora Especial en la esfera de los derechos culturales, Sra. Farida Shaheed, este derecho debe ejercerse sin ningún tipo de discriminación y versa sobre todos los avances de la ciencia que impliquen algún beneficio para las personas. La relatora también señaló que el acceso a este derecho debe incluir no sólo la remoción de las barreras de *iure*, sino también las de *facto*; por lo tanto, los Estados deben asegurar que las limitaciones al ejercicio de este derecho, están de conformidad con los estándares internacionales sobre la materia.

Ahora bien, es imperativo, conforme a la norma interpretativa del artículo 29 b) de la Convención Americana, que el alcance del derecho a la autonomía reproductiva y a formar familia, derivado de los artículos 11 y 17 de la Convención, sea establecido tomando en consideración tanto el derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones, como también el derecho de toda persona a disfrutar del más alto nivel de salud física y mental posible. Y por ello, podemos concluir que existe un derecho de toda persona a acceder al más alto nivel de desarrollo científico para el ejercicio de su autonomía reproductiva y de su posibilidad de formar familia. Y que ese derecho incluye la posibilidad de acceder a los últimos desarrollos científicos para que la pareja o la mujer puedan determinar el número de hijos que desean, dentro del disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Conforme a este derecho, si para tratar una infertilidad, es

⁶

Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G12/134/91/PDF/G1213491.pdf?OpenElement>

necesario someterse a un procedimiento de reproducción asistida y autónomamente las personas lo han decidido, los Estados deben garantizar el derecho a acceder al más alto nivel de progreso científico para el ejercicio de esa autonomía reproductiva.

Conforme a lo anterior, las garantías sustanciales que se derivan del *derecho de acceso al más alto y efectivo a progreso científicos para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar familia* son: i) el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, ii) la autonomía e intimidad personal y familiar para decidir conformar una familia o tener hijos y iii) la prohibición a restricciones desproporcionadas e innecesarias de *iure* o de *facto* para ejercer las decisiones reproductivas.

De manera correlativa, los Estados tienen obligaciones de carácter inmediato relativas al cumplimiento de los derechos de los artículos 11 y 17 de la CADH. Concretamente, bajo los tres presupuestos principales de respeto, protección y garantía, los Estados deben abstenerse de injerir directa o indirectamente en el disfrute del derecho. Esto implica no imponer restricciones desproporcionadas e innecesarias de *iure* o de *facto* para ejercer las decisiones reproductivas; además deben adoptar medidas para impedir que terceros interfieran en el ejercicio del derecho y las personas puedan acceder de manera libre y autónoma a los servicios de salud necesarios. Por último, deben adoptar medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho; es decir, deben realizar las reglamentaciones y adecuaciones institucionales necesarias para que las personas puedan ejercer el derecho.

En el caso concreto, la restricción de acceso a la FIV impuesta por el Estado de Costa Rica desconoce, el derecho que surge de la Convención, a saber, el derecho de acceso al más alto progreso científico para el ejercicio la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar familia. La acción del Estado constituye una injerencia en la vida privada personal y familiar, además limita el acceso a un servicio de salud, obliga a la ciudadanía a practicarse un tratamiento que no está a la vanguardia de lo que se realiza mundialmente⁷(y por el cuál se le dio el premio nobel a su creador), e impide que sean las parejas y las mujeres quienes decidan si tendrán o no hijos. Lo cual es mucho más grave cuando la FIV representa el procedimiento médico al cual recurren las personas o parejas que luego de tratar su infertilidad con otros tratamientos, no consiguieron el resultado esperado⁸. En tal sentido, la decisión de la Corte Suprema de Justicia es, en principio, contraria a la Convención y su

⁷ Esto en relación la exigencia de hacer la FIV con un solo óvulo.

⁸ En términos generales, la FIV se realiza cuando la infertilidad es resultado de una condición médica masculina (infertilidad grave) o femenina (endometriosis severa u obstrucción tubal) que no se puede tratar de otra manera, o se ha tratado pero de manera infructífera. Así lo señala la Society for assisted reproductive technologies de Estados Unidos. Para más información ver http://www.sart.org/SART_Assisted_Reproductive_Technologies/

interpretación adecuada. Sólo si supera un test estricto de proporcionalidad podrá considerarse ajustada a la Convención. A continuación desarrollaremos el test bajo el derecho señalado.

2. La decisión de la Corte Suprema de Costa Rica en relación con la fecundación in vitro, afecta de manera desproporcionada los derechos de las parejas con problemas de infertilidad y por tanto es una medida incompatible con la Convención Americana.

En este apartado de la intervención desarrollaremos el test de proporcionalidad y abordaremos la colisión entre la protección de una posible vida humana en formación y el derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar familia. Para desarrollar el test, nos referiremos primero a los requisitos que deben cumplirse para que proceda, y en particular, indicaremos si se cumple con el requisito de legalidad, y luego precisaremos si la decisión adoptada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica persigue un fin legítimo a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esto permitirá, adicionalmente, precisar cuál es la colisión que se presenta en el caso concreto y en qué términos debería plantearse la misma. Después se desarrollarán los tres pasos del test, para lo cual se indicará si la medida es adecuada, necesaria y proporcional.

2.1. Los planteamientos previos al test: legalidad y finalidad convencional.

En relación con lo primero, el caso cumple con el requisito de legalidad en tanto su objeto es una decisión de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, específicamente la sentencia No. 2000-02306 del 15 de marzo de 2000 que resolvió la demanda de inconstitucionalidad presentada por el ciudadano Hermes Navarro del Valle contra el Decreto Ejecutivo No. 24029-S del 3 de febrero de 1995 que regulaba la fecundación in vitro. La Corte estudió los argumentos del demandante quien consideraba que la fecundación in vitro violaba el derecho a la vida y la dignidad del ser humano. La decisión adoptada por la Corte Suprema de Costa Rica prohibió la fecundación in vitro tal como la regulaba el decreto y advirtió que ni siquiera por rango legal podrá permitirse la FIV *“mientras su desarrollo científico permanezca en el actual estado y signifique el daño consciente de vidas humanas”*

La finalidad de la decisión de la Corte Suprema de Costa Rica, parece claro que se trata de una finalidad protegida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a saber, proteger el derecho a la vida. Sólo que en este caso, se trata de la vida del óvulo fecundado,

y es indispensable establecer desde cuándo se protege el derecho a la vida y qué valor y protección le da la Convención Americana a los embriones.

Para empezar, vale la pena señalar que la Convención Americana en su artículo 4 establece que *“Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción.”* y a continuación dice: *“Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”*. De lo anterior se desprende que el derecho a la vida consagrado en la Convención no es absoluto. Por el contrario, admite restricciones y diferentes grados de protección. En cuanto a lo primero, es claro que de acuerdo con el tener literal del artículo, no es válida la restricción arbitraria a la vida, lo cual quiere decir que pueden existir justificaciones válidas para la privación de la vida. En cuanto a lo segundo, la cláusula según la cual se protegerá la vida, *“en general, a partir de la concepción”*, indica que incluso la expectativa de vida puede recibir diferentes grados de protección.

En ese sentido, resulta importante establecer cuál es el alcance efectivo que tiene la cláusula señalada. Para ello, es necesario recurrir a dos argumentos fundamentales: uno histórico y normativo, sobre el artículo 4 de la Convención; y otro fáctico, sobre la potencial vida en gestación. Estos, leídos en conjunto, permiten afirmar que la cláusula en cuestión reconoce que desde la implantación del óvulo fecundado en el útero (que sería el momento de la concepción), surge una expectativa de vida que requiere de cierta protección por parte de los Estados, y que el grado de protección puede ir aumentando a medida que se va consolidando la expectativa de vida, lo cual ocurre con la evolución del embrión en el vientre de la mujer. Por lo tanto, la cláusula *“en general, a partir de la concepción”*, no implica que los Estados deban brindar una protección plena a los embriones fecundados, aunque sí pueden brindar algunos grados de protección, teniendo en cuenta que, luego de su desarrollo, pueden llegar a constituir una persona.

Una interpretación histórica y sistemática del artículo 4 de la Convención permite afirmar que cuando se aprobó la Convención se excluyó una protección fuerte desde la concepción, y en su lugar, se adoptó una protección más débil susceptible de excepciones, tal como está actualmente. Esto lo reconoció la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Baby Boy vs. Estados Unidos* cuando estudió históricamente los debates suscitados en torno a la adopción del texto de la Convención Americana. En relación con la frase *“Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”* del artículo 4, la Comisión demuestra que hubo posiciones encontradas: algunos países proponían que se consignara en la Convención que la vida se protegía desde la concepción; y otros se oponían. La preocupación de algunos países era que tenían leyes que no eran acordes con el derecho a la vida desde la concepción, por ejemplo, aceptaban el aborto

cuando es necesario para salvar la vida de la madre; entre esos países estaba Costa Rica.⁹ La solución fue entonces no proteger fuertemente la vida desde la concepción, y para ello se decidió adoptar el término “en general” para permitir, en algunos casos, la protección desde la concepción, pero también autorizar excepciones.

La misma Comisión reconoció que el término “en general” tiene implicaciones diferentes a las cláusulas que protegen la vida desde la concepción. En sus palabras, haciendo referencia al escrito de los peticionarios del caso Baby Boy que solicitaban una protección absoluta de la vida desde la concepción, la Comisión señaló: “Las implicaciones jurídicas de la cláusula “en general, desde el momento de la concepción” son substancialmente diferentes de las de la cláusula más corta “desde el momento de la concepción”, que aparece repetida muchas veces en el documento de los peticionarios”¹⁰ Finalmente, la Comisión desestimó las pretensiones de los peticionarios que acusaban a un médico de Massachusetts de violar el derecho a la vida de un feto de aproximadamente 20 semanas porque practicó el aborto a solicitud de la mujer embarazada, aún cuando en Estados Unidos está permitido practicar la interrupción voluntaria del embarazo antes de la semana 22. Así pues, la Comisión optó por aplicar una de las excepciones al derecho a la vida permitiendo que los Estados pudieran desarrollar legislación que permitiera, por ejemplo, el aborto y esto no fuera en contra de la Convención. Esta es una apertura a la protección de la vida diferenciada por países en las que válidamente se permita el aborto en diferentes circunstancias y bajo diversos criterios, en los que los Estados no estarían obligados a brindar el mismo nivel de protección a una persona viva que a un feto después de la implantación.

Ahora bien, vale aclarar que la concepción está definida como la implantación del óvulo fecundado en el útero. Es diferente de la fecundación pues no basta con que el óvulo sea fecundado, sino que la concepción implica que se implante. Por lo tanto, debe entenderse que la Convención reconoce un deber de protección de vida “en general” desde el momento de la implantación del óvulo fecundado en el útero. De allí, que el debate que debe abordar la Corte consiste en examinar si, aún con las excepciones que brinda la Convención desde la implantación del óvulo, debe prohibirse la fecundación in vitro.

⁹ Los casos en que señala la Comisión se permitía el aborto eran: “A) cuando es necesario para salvar la vida de la madre; B) para interrumpir la gravidez de una víctima de estupro; C) para proteger el honor de una mujer honrada; B) para prevenir la transmisión al feto de una enfermedad hereditaria o contagiosa y, E) por angustia económica” Y los países que tenían dicha legislación eran: la Comisión dice: “En 1948, los Estados americanos que permitían el aborto en uno de dichos casos y, en consecuencia, hubieran sido afectados por la adopción del artículo I del Comité Jurídico, fueron: Argentina -artículo 86 n.1 , 2 (casos A y B); Brasil - artículo 128 n I, II (A y B); Costa Rica - artículo 199 (Caso A); Cuba - artículo 443 (casos A, B, y D); Ecuador - artículo 423 n. 1, 2 (casos A y B); México - Distrito y Territorios Federales -- Artículos 332 e. y 334 (Casos A y B); Nicaragua - artículo 399 /intento frustrado/ (caso C); Paraguay - artículo 352 (caso A); Perú - artículo 163 (caso A, para salvar la vida o la salud de la madre); Uruguay - artículo 328 n. 1-5 (casos A, B, C, y F), el aborto debe ejecutarse en los primeros tres meses de gravidez; Venezuela - artículo 435 (caso A)” Tomado de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, del Caso Baby Boy.

¹⁰ Caso Baby Boy v. Estados Unidos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

El argumento fáctico tiene que ver con la diferencia entre la protección que merece una “potencial persona” y una “persona”. En nuestro criterio, existe una diferencia entre un embrión y una persona humana ya nacida: la primera puede llegar a ser una persona, pero la segunda ya lo es. Estas características las hacen diferentes y así mismo debe ser diferente el nivel de protección de cada una. No puede afirmarse, como lo hace la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica que *“El embrión humano es persona desde el momento de la concepción”* porque el embrión está en proceso de desarrollo y puede llegar a ser persona, mientras que los nacidos, ya terminaron ese proceso y son personas. Más allá de que alguien, por sus convicciones religiosas o metafísicas, considere que el óvulo fecundado es persona, existen criterios objetivos que hacen imprecisa esta afirmación, por ejemplo: un óvulo fecundado carece de sensibilidad, no es posible relacionarse afectivamente con él, a diferencia de una persona real, nacida. Lo que sí es cierto es que ese embrión una vez implantado puede iniciar un proceso de desarrollo que desencadene un nacimiento. Sin embargo, será diferente el embrión que es “potencial persona” al recién nacido que es persona plena.

Así las cosas, siguiendo a Margarita Valdés en su artículo “El problema del aborto: tres enfoques”, la potencialidad de ser persona implica que una potencial persona puede llegar a ser, o puede no llegar a ser.¹¹ En su calidad de potencia está implícito que puede que se desarrolle o no logre alcanzar ese nivel, incluso sin ninguna interferencia externa. Existe entonces una situación fáctica en la que claramente una “potencial persona” no es una “persona real”.

Más allá de las visiones religiosas sobre el tema, a nuestro juicio, la protección a la vida del no nacido debe ser diferente frente a un óvulo fecundado que frente a un feto de 6 meses. Sin interferencia externa, el primero puede llegar a desarrollarse y nacer; pero el segundo tiene una expectativa de nacer mucho mayor que la del primero y tiene otras características propiamente humanas, como la capacidad de reaccionar ante el dolor, que no lo tiene el óvulo fecundado. Por lo tanto, la protección que se brinde en esos dos casos debería ser diferente, de tal forma que la protección deberá ser proporcional al grado de desarrollo del feto en el útero. En ese sentido la Corte Constitucional de Colombia ha reconocido que incluso la protección del bien jurídico de la vida tiene diferentes matices dependiendo de las circunstancias. Así lo dijo la Corte Constitucional:

“La vida humana transcurre en distintas etapas y se manifiesta de diferentes formas, las que a su vez tienen una protección jurídica distinta. El ordenamiento jurídico, si bien es verdad, que otorga protección al nasciturus,

¹¹ En: Cuestiones morales, Edición: Osvaldo Guariglia. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía. Ed. Trotta.

no la otorga en el mismo grado e intensidad que a la persona humana. Tanto es ello así, que en la mayor parte de las legislaciones es mayor la sanción penal para el infanticidio o el homicidio que para el aborto. Es decir, el bien jurídico tutelado no es idéntico en estos casos y, por ello, la trascendencia jurídica de la ofensa social determina un grado de reproche diferente y una pena proporcionalmente distinta.”¹²

En consecuencia, la protección a la vida del feto dependerá de que pueda considerársele como un ser con las características de persona, más que una potencialidad de persona. Y al contrario, un embrión como “potencial persona” no exigirá el grado de protección tan alto que puede exigírsele a una persona real. Puede afirmarse entonces, que a mayor paso del tiempo y desarrollo del feto, le corresponde mayor protección por parte del Estado. Y a mayor paso del tiempo, serán menos tolerables las medidas restrictivas de la vida del feto. Un ejemplo de esto es la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos que supedita las medidas de protección y las restricciones permitidas del derecho a la vida de los embriones al grado de desarrollo del feto.¹³

No sobra aclarar que además de la interpretación del derecho a la vida a la luz de la persona o ser humano, pueden existir diversas interpretaciones sobre el origen de la vida que fijen conceptos metafísicos a la unión del óvulo y el espermatozoide, pero estas creencias serán válidas en la esfera privada de cada creyente, más no puede la Corte Interamericana basarse en ellas para determinar el alcance del derecho a la vida en razón de los efectos de sus sentencias.

En conclusión, la decisión adoptada por la Corte Suprema de Costa Rica persigue una finalidad válida a la luz de la Convención Americana, pues pretende proteger una vida en formación. Así, pues, según este estándar revisaremos la idoneidad de la medida, la necesidad y la proporcionalidad. No obstante, para llevar a cabo el análisis escalonado que exige el test, será necesario tener en cuenta que cuando lo que se protege es la expectativa de vida de los no nacidos, la ponderación debe hacerse teniendo en cuenta lo siguiente: que la Convención no protege la vida desde la concepción en todos los casos y que la vida en gestación merece un grado de protección mayor a mayor grado evolutivo del feto, siendo el mayor desarrollo del feto en el vientre de la madre, el estado que más se aproxima a la protección de la vida de una persona como lo establece la Convención.

¹² Corte Constitucional de Colombia, sentencia C 355 de 2006

¹³ Desde la decisión Roe vs Wade la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos estableció que el primer trimestre del embarazo la mujer podía interrumpir su embarazo en virtud del derecho a la intimidad y libertad. Después de este tiempo se aumentan las condiciones que debe probar la mujer para poder abortar.

2.2.El test de proporcionalidad: idoneidad, necesidad y proporcionalidad

El primer paso del test consiste en determinar si la medida analizada, que en este caso es la decisión adoptada por la Corte Suprema de Costa Rica en relación con la fecundación in vitro, es idónea para alcanzar el fin convencional que persigue, es decir, si efectivamente permite proteger la vida, y en particular, la expectativa de vida de los embriones que son creados y usados en el procedimiento de fecundación in vitro.

En este sentido, la medida no resultaría idónea para alcanzar el fin convencional señalado. En primer lugar, porque la fecundación in vitro, tal como estaba regulada en Costa Rica, no generaba riesgos desproporcionados para la expectativa de vida de los embriones. No es posible argumentar que la prohibición de la Corte buscaba evitar que se desecharan embriones que no serían introducidos a la madre, pues el artículo 10 del decreto del gobierno de Costa Rica que regulaba la fecundación in vitro prohibía desechar óvulos fecundados. Así decía la norma:

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

En segundo lugar, si lo que buscaba la Corte era evitar el riesgo “desproporcionado de muerte” de los embriones una vez introducidos en el cuerpo de la mujer, la decisión tomada por dicho tribunal no crea ninguna protección adicional que proteja a los embriones del riesgo de muerte usual, comparado con la fecundación natural. Después de que son introducidos los embriones, la implantación no depende más de la técnica de FIV, pues están todas las condiciones para que se implanten en el útero. Una vez implantados, estudios científicos demuestran que la probabilidad de aborto espontáneo con FIV es igual que la probabilidad con fecundación natural.

Como demuestra la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, el proceso de reproducción natural es muy selectivo, son muy pocos los óvulos fecundados que llegan a convertirse en blastocito. Frente a esto, la FIV sólo asegura la fecundación que en medio natural puede no llegar a darse, pero luego, el proceso siguiente depende, como en la fecundación natural, de lo que pase en el cuerpo de la mujer. Es por ello, que muchas veces se introduce más de un embrión al cuerpo de la mujer, porque las probabilidades de pérdida son altas después de la fecundación.¹⁴

¹⁴ Así lo explica la REDLARA: "Es importante señalar que el proceso reproductivo, que se da en forma espontánea en nuestra especie, es extremadamente selectivo. Dicha selección opera en forma implacable desde los más tempranos estados de

Puede suceder que por otras enfermedades de las mujeres, la tasa de aborto espontáneo aumente, pues las mujeres que se practican la FIV suelen ser mujeres que no son jóvenes pues llevan tiempo intentado por diversos métodos quedar embarazadas y pueden sufrir otras enfermedades. Pero el aumento en la tasa de abortos no se debe a la técnica sino a la salud de las mujeres. Otra cosa es que los embarazos múltiples sean por lo general, más riesgosos que los embarazos individuales. Pero eso puede suceder también con la fecundación natural.

Ahora bien, consideramos equivocado el fallo de la Corte Suprema de Costa Rica cuando aún ante los argumentos que exponen que es igual el riesgo de muerte por FIV que por fecundación natural, la Corte continúa reprochando la FIV porque a su juicio:

“implica una manipulación consciente, voluntaria de las células reproductoras femeninas y masculinas con el objeto de procurar una nueva vida humana, en la que se propicia una situación en la que, de antemano, se sabe que la vida humana en un porcentaje considerable de los casos, no tiene posibilidad de continuar.”

Este argumento carece de fundamento pues primero: no hay razón para distinguir el tipo de forma en que se lleva a cabo la fecundación si los riesgos son los mismos y la protección que brinda el cuerpo de la mujer al embrión, es la misma.¹⁵ Y segundo, porque la decisión

desarrollo. Así, de cien concepti en estados de cuatro células (24 a 36 horas desde la fecundación) no más de 30 llegan espontáneamente al estado de blastocisto, momento en que tienen la potencialidad de anidarse en el útero de la mujer. Más aún, de aquellos embriones que llegan a manifestarse como clínicamente evidentes, (tres semanas desde la fecundación) otro 17 a 20% se perderá como aborto clínico. De estos más del 70% muere como expresión de errores cromosómicos incompatibles con la vida y generados durante la fecundación. (...)

La evidencia acumulada a la fecha, sugiere que el proceso de fecundación es más eficiente cuando ambos gametos coexisten en un pequeño volumen de medio cultivo como en la fertilización in vitro; que el encuentro de estos como parte del proceso espontáneo que lleva a la fecundación luego de una relación sexual, donde una baja en la cantidad y movilidad espermática pueden hacer imposibles la fecundación. A pesar de ello, desde la fecundación en adelante, es decir, durante la etapa de desarrollo pre y post implantacional, la tecnología reproductiva no ha logrado influir en la eficiencia del proceso reproductivo ni tampoco predecir, que conceptus está efectivamente preparado para llegar a ser una persona y que conceptus forma parte de la gran mayoría que nunca tuvo destino reproductivo y que representa aproximadamente un 70% de la población original. Esto último independientemente de que la fertilización ocurra in vitro o producto de una relación sexual como punto de partida de esa nueva vida. Siendo esta la realidad biológica a la que nos enfrentamos, es que la mejor alternativa para ofrecer a los pacientes una probabilidad de embarazo equivalente a la natural, consiste en proveer las condiciones para transferir a la mujer más de un conceptus cada vez que ella intenta embarazarse; dando así la posibilidad que al menos uno de los concepti de la cohorte original sea parte del programa que tenía destino reproductivo”

¹⁵ Incluso el doctor Zegers decía en su intervención que una mujer que ya no produce óvulos, cuando se le implanta un óvulo fecundado, su cuerpo lo recoge con la misma protección y permite el desarrollo del mismo, tanto como si ella estuviera en edad fértil.

de quedar en embarazo, incluso por fecundación natural, también puede estar precedida de una acción consciente que tome medidas para aumentar la probabilidad de que el óvulo sea fecundado. Aunque no se manipulen las células fuera del útero, sí se propicia que dentro del útero las células reproductivas se unan. Y dado que el riesgo de aborto en este caso es el mismo que en FIV, bajo el argumento de la Corte de Costa Rica, llevaría incluso a prohibirse la fecundación natural. Esto último sería, por supuesto, completamente vulneratorio del derecho de toda persona, y en especial de las mujeres, a acceder a los beneficios del desarrollo científico para ejercer su autonomía reproductiva y poder fundar una familia, entre otras.

Con base en lo anterior, puede concluirse que el tratamiento de FIV no genera un riesgo desproporcionado de muerte en los embriones implantados y por lo tanto, la prohibición de la práctica no implica ninguna protección mayor a la vida de los embriones. Así pues, con lo dicho hasta ahora, debe concluirse que la decisión de la Corte Suprema no es idónea para proteger la expectativa de vida de los embriones. Ahora, teniendo en cuenta que los embriones con los que se hace la FIV tienen aproximadamente sólo 7 días de desarrollo, no es aceptable tampoco darles el mismo grado de protección que a una persona real, nacida. Por ello, tampoco es aceptable equiparar una protección absoluta que proteja de cualquier tipo de riesgo así sea riesgo común, a una potencial persona en su grado más mínimo de evolución. En conclusión, el criterio de idoneidad en el caso concreto no se cumple y la medida es entonces restrictiva con el derecho de la pareja, y en especial de las mujeres, de acceder al más alto nivel de progreso científico para el ejercicio de su autonomía reproductiva.

No obstante, en gracia de discusión, supondremos que la medida es adecuada y a continuación desarrollaremos los siguientes pasos del test relativos a la necesidad de la medida y la proporcionalidad de la restricción.

En relación con la necesidad de la medida, la pregunta que debe responderse es si hay otras medidas menos lesivas del derecho a gozar del máximo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva, y que permita brindar una protección adecuada a la potencial vida que surgiría a partir de los óvulos fecundados para la fertilización in vitro. Al respecto, parecería claro que existen otras medidas menos lesivas del derecho y que por tanto la decisión de la Corte tampoco supera el paso de la necesidad, como procederemos a mostrar.

Una medida que surge del propio expediente analizado, sería la obligación de conservar los óvulos y no desecharlos. Al hacerlo, no solamente no se está poniendo en riesgo la expectativa de vida que puede surgir a partir de la implantación de los óvulos que han sido fecundados, sino que de hecho se potencia la misma, pues dichos óvulos pueden ser usados posteriormente para otros tratamientos contra la infertilidad, en especial para personas y

parejas para quienes no funciona la fertilización de sus propios óvulos. De hecho, esto ocurre en múltiples países alrededor del mundo.¹⁶ La evidencia empírica disponible muestra que la criopreservación de cigotos y embriones es una técnica bien desarrollada y exitosa, que contribuye a aumentar las posibilidades de lograr un embarazo exitoso.¹⁷ Esta medida estaba incluso prevista en la normatividad inicialmente declarada inconstitucional por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, lo cual refuerza la idea de que se trata de una medida posible en el país.

Además, en relación con esta, otra medida alternativa sería regular el procedimiento de forma tal que se promueva el uso de los óvulos fecundados por otras parejas que decidan acceder a este procedimiento para ejercer sus derechos sexuales y reproductivos, en lo que tiene que ver con determinar el número de hijos que quieren tener.

Cualquiera de estas medidas resulta menos lesiva del derecho a gozar del máximo progreso científico para el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, pues no impide ni limita acceder a la fecundación in vitro, el cual es un procedimiento que encuadra perfectamente dentro de la noción de máximo progreso científico, pues constituye una de las innovaciones más recientes, seguras y adecuadas para permitir que las personas puedan ejercer su decisión de tener hijos y determinar cuántos desean tener. Además, estas medidas permiten proteger la expectativa de vida que se genera con la fecundación de los óvulos, al aumentar las posibilidades de que sean implantados y, en consecuencia, de que puedan desarrollarse hasta llegar a ser una persona cuyo derecho a la vida sería protegido por la Convención Americana.

De acuerdo con estos elementos, es claro que la medida no es necesaria, pues existen medidas menos lesivas de los derechos vulnerados con la limitación de la fertilización in vitro en Costa Rica, que al tiempo permiten brindar un importante grado de protección a la expectativa de vida que se crea con la fecundación del óvulo. Por estas razones, la medida no pasa el segundo paso del test, que es la necesidad, y por tanto, debería declararse que es una medida contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sin embargo, en gracia de discusión, procederemos a desarrollar el paso final del test.

¹⁶ La técnica de criopreservación hace parte integral de los diferentes protocolos de procedimientos de reproducción asistida. Véase por ejemplo el *Manual de Procedimientos. Laboratorio de Reproducción Asistida* de la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida (disponible en: http://www.redlara.com/images/arq/livreto_esp_01_2007.pdf) y los *Guidelines for good practice in IVF laboratories* de la European Society of Human Reproduction and Embryology (disponible en: <http://humrep.oxfordjournals.org/content/23/6/1253.full.pdf>). Asimismo, la Sociedad Americana de Oncología Clínica y el Comité de Ética de la Sociedad Americana de Medicina Reproductiva la fecundación

¹⁷ Sobre la criopreservación véase: http://www.redlara.com/images/arq/livreto_esp_01_2007.pdf, página 75 y ss.

En relación con la proporcionalidad, la medida tampoco pasa el test, pues mientras que la afectación al derecho de acceso al más alto nivel de progreso científico para el ejercicio de los derechos reproductivos es muy intensa, no existe ninguna garantía adicional a la expectativa de vida de los embriones. El efecto práctico de la decisión adoptada por la Corte Suprema de Costa Rica, es impedir la realización del procedimiento de fecundación in vitro en la mayoría de los casos, y anular su efectividad en aquellos que llegaren a realizarse.

Esto implica que en la práctica las parejas y personas que tengan problemas de infertilidad y que tengan como única alternativa la fecundación in vitro, no podrán acceder a ella de manera efectiva. Incluso si lo hicieran, y se intentara el procedimiento solo con un óvulo, la probabilidad de éxito del procedimiento sería mínima, pues como lo señalan los estudios en la materia, es necesario contar con varios óvulos para asegurar que la fecundación dará resultados positivos. En consecuencia, las parejas y personas que tengan problemas de infertilidad verían absolutamente denegado su derecho a acceder al máximo progreso científico, ya que si lo hicieran como señala la Corte, no podrían beneficiarse de todas las posibilidades de éxito que ofrece, pues deberían realizar un procedimiento en condiciones que tienden a condenarlo al fracaso.

Por lo tanto, es posible afirmar que la afectación del derecho a gozar del máximo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y del derecho a formar familia, que se deriva de una interpretación sistemática de los artículos 17 y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es intensa, pues dicho derecho es anulado en la práctica, en especial para aquellas personas para quienes el único tratamiento que podría funcionar es el la fecundación in vitro. En efecto, aunque en los últimos años los avances científicos han permitido desarrollar otros procedimientos para superar los problemas de infertilidad de las personas y de las parejas, hay casos en los cuales la fertilización in vitro es el procedimiento más eficiente, o incluso el único que puede enfrentar las condiciones específicas de los pacientes.¹⁸

En contraste, la garantía del derecho a la vida es leve. Como hemos indicado anteriormente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos protege la vida de las personas, lo que quiere decir que la protege desde su nacimiento y hasta su muerte de manera plena aunque

¹⁸ Las tasas de éxito para los diferentes métodos de tratamiento de problemas de infertilidad varían según la edad de la paciente. Las tasas de mujeres menores de 35 años, según datos del Human Fertilization and Embryology Authority de Gran Bretaña (disponibles en <http://www.hfea.gov.uk>), son las siguientes para los métodos más comunes: Fertilización In Vitro 32,3%; Inyección intracitoplasmática de espermatozoides 35,1%; Inseminación intrauterina 15,8%; Inseminación artificial 15,0%. Fertilización in vitro es la única alternativa de tratamiento cuando hayan problemas en las [trompas de falopio](#) o para pacientes que han sufrido una pérdida total o parcial de [fecundidad](#) debido a un tratamiento agresivo frente a una patología grave (como el [cáncer](#)).

no absoluta, y distingue esta protección de la que se puede brindar a la vida en formación, al indicar que se protegerá “en general, desde la concepción”, pues aunque no es persona puede llegar a serlo y por eso es una expectativa que amerita protección. Sin embargo, no se trata de una protección plena, como la que deben recibir las personas, sino de una protección que puede ser gradualmente incremental, a medida que se consolida progresivamente la expectativa de vida. Esto implica que los embriones pueden recibir cierta protección, a la luz de la CADH, pero que esta no es plena, pues respecto de ellos se puede predicar que hay una expectativa de vida, pero no que hay una vida. O al menos, que no hay aún una persona humana plena que sea titular del derecho a la vida. Hay únicamente una vida humana en formación o una persona en potencia.

Por supuesto, es claro que hay concepciones que ven en los óvulos fecundados una vida humana plena. Sin embargo, estas son concepciones metafísicas, derivadas de creencias religiosas específicas, que le confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones. Estas concepciones, aunque merecen protección, en virtud de la libertad de conciencia y religión consagrada en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no pueden ser las que se impongan al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la CADH, pues ello implicaría imponer un modelo de vida y de creencias a las personas que no comparten dichas creencias.

De hecho, la libertad de conciencia y religión consagrada en el artículo 12 de la Convención, incluye el derecho de las personas a profesar y divulgar sus creencias, individual o colectivamente, tanto en privado como en público, pero esto no implica el derecho a proteger una única forma de concebir la vida, pues esto implicaría una restricción que menoscaba la libertad de conservar las creencias. Es por ello que una interpretación adecuada del derecho a la vida, debe tomar en cuenta también la libertad de religión y de conciencia, y por tanto, reconocer que la concepción según la cual la vida empieza desde la fecundación es una concepción metafísica que no puede imponerse sobre otras ideas sobre la vida. En esa medida, incluso bajo esta premisa, la interpretación más razonable y adecuada sobre el alcance de la cláusula “en general, desde la fecundación”, debe ser aquella que coincide con su interpretación histórica y sistemática que hemos defendido a lo largo del presente escrito.

Por lo tanto, la protección del derecho a la vida que implicaría la medida de prohibir la fecundación *in vitro*, o su limitación excesiva al ordenar que solo se realice con un embrión, solamente protege la vida de manera leve, pues realmente lo que protege es una expectativa de vida, que puede llegar a convertirse en una vida en formación, con la implantación en el útero de la mujer, y que solo eventualmente podría llegar a convertirse en una persona titular plena de los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En consecuencia, dado que la afectación de los derechos de las parejas o de las personas con infertilidad que aspiran a convertirse en padres a través de la fecundación in vitro es muy intensa, y la protección de la vida es claramente leve, la decisión adoptada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica no resulta proporcional en estricto sentido y por tanto, no supera ninguno de los niveles del test de ponderación. Por lo tanto, la medida debería ser declarada como no ajustada a la Convención.

3. Argumentos complementarios. La prohibición de la fertilización in vitro vulnera también otros derechos consagrados en la CADH, como el derecho a la igualdad.

Hasta ahora hemos mostrado que la medida adoptada por la Corte Suprema de Costa Rica en el sentido de restringir, al punto de prohibir, la fecundación in vitro: i) se funda en una interpretación del artículo 4 de la Convención Americana que resulta inadecuada a la luz de un ejercicio hermenéutico literal, histórico y sistemático; ii) que desconoce derechos tan esenciales como la libertad de conciencia y de religión; iii) y que además vulnera de manera desproporcionada los derechos de las personas y las parejas que sufren de infertilidad, y en particular, el derecho a gozar del máximo progreso científico para el máximo ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, especialmente el derecho a elegir el número y el intervalo de tiempo entre los hijos.

Aunque estos argumentos deberían ser suficientes para que la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos declare que la decisión de la Corte Suprema de Costa Rica vulnera la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a continuación ofrecemos elementos complementarios que conducen a la misma decisión. En concreto, la restricción establecida con la decisión de la Corte Suprema afecta también el derecho a la igualdad de las personas, y en especial de las mujeres, que se ven afectados con la medida analizada.

Esto es así, porque en la práctica son las mujeres quienes terminan siendo las más afectadas con la restricción injustificada del derecho de acceder al más alto nivel de progreso científico para el ejercicio la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar familia. En efecto, como lo muestran las cifras disponibles, aunque hombres y mujeres pueden hacer uso de la fertilización in vitro cuando tienen problemas de infertilidad, son las mujeres las que acceden en mayor proporción al mismo.¹⁹ Por lo tanto, son quienes se verán más afectadas por la decisión de la Corte Suprema de Costa Rica.

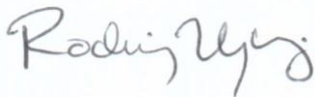
¹⁹ Según las estadísticas de la “Society for Assisted Reproduction Technology” SART en el año 2010 la FIV se realizó en un 34%, en razón de un diagnóstico de infertilidad femenina, y en un 11% por múltiples problemas de infertilidad femenina. En contraste, un 17% de los tratamientos tuvo como causa tratar una infertilidad

En consecuencia, esta decisión, que parece neutra en su enunciación, generaría efectos diferenciados en las personas, y afectaría el goce efectivo de los derechos de las mujeres, por el hecho de serlo. De esta forma, se convertiría en una medida que reproduce la discriminación en contra de las mujeres, y en particular, la discriminación en relación con el ejercicio de su autonomía reproductiva.

4. Petición

Solicitamos al ilustre Tribunal que acuse recibo del presente Amicus Curiae, presentado oportunamente y de conformidad con las normas reglamentarias de la Corte

Atentamente,



Rodrigo Uprimny Yepes
Director DeJuSticia



Diana Esther Guzmán
Investigadora DeJuSticia



Paola Molano
Investigadora DeJuSticia



Annika Dalén
Investigadora DeJuSticia



Paula Rangel Garzón
Investigadora DeJuSticia

masculina. Un 17% fue por infertilidad masculina y femenina; un 7% otros; y un 13% casusas desconocidas. Disponible en: https://www.sartcorsonline.com/rptCSR_PublicMultYear.aspx?ClinicPKID=0