



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS (“FECUNDACIÓN *IN VITRO*”) VS. COSTA RICA

SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2012

(Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)

En el caso *Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”)*,

la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana”, “la Corte” o “el Tribunal”), integrada por los siguientes jueces¹:

Diego García-Sayán, Presidente;
Leonardo A. Franco, Juez;

Margarette May Macaulay, Jueza;
Rhadys Abreu Blondet, Jueza;
Alberto Pérez Pérez, Juez, y
Eduardo Vio Grossi, Juez;

presentes además,

¹ De conformidad con el artículo 19.1 del Reglamento de la Corte Interamericana aplicable al presente caso (*infra* nota 3), que establece que “[e]n los casos a que hace referencia el artículo 44 de la Convención Americana, los Jueces no podrán participar en su conocimiento y deliberación, cuando sean nacionales del Estado demandado”, el Vicepresidente de la Corte, Juez Manuel E. Ventura Robles, de nacionalidad costarricense, no participó en la tramitación del presente caso ni en la deliberación y firma de esta Sentencia.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

2

Pablo Saavedra Alessandri, Secretario, y

Emilia Segares Rodríguez, Secretaria Adjunta,

de conformidad con los artículos 62.3 y 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención” o “la Convención Americana”) y con los artículos 31, 32, 42, 65 y 67 del Reglamento de la Corte² (en adelante “el Reglamento”), dicta la presente Sentencia que se estructura en el siguiente orden:

² Reglamento de la Corte aprobado por el Tribunal en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009 el cual, de conformidad con su artículo 78, entró en vigor el 1 de enero de 2010.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
"The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law"

3

Tabla de Contenido

I INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA Y OBJETO DE LA CONTROVERSIA	6
II PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE	7
III EXCEPCIONES PRELIMINARES	12
A) <i>Falta de agotamiento de recursos internos</i>	12
B) <i>Extemporaneidad de la petición presentada por Karen Espinoza y Héctor Jiménez Acuña</i>	16
C) Incompetencia de la Corte para conocer "hechos nuevos no incluidos" en los "hechos de la demanda"	18
IV COMPETENCIA	20
V PRUEBA	20
A) Prueba documental, testimonial y pericial	20
B) Admisión de la prueba	21
B.1) Admisión de la prueba documental	21
B.2) Admisión de las declaraciones de presuntas víctimas, y de la prueba testimonial y pericial	23
VI HECHOS	26
A) Técnicas de Reproducción Asistida y Fecundación in Vitro	26
B) El Decreto ejecutivo	28
C) Sentencia de la Sala Constitucional de 15 de marzo de 2000	30
D) Recursos interpuestos por Ileana Henchoz y Karen Espinoza	33
E) Proyectos de ley	35
F) Situación particular de las presuntas víctimas	36
F.1) Grettel Artavia Murillo y Miguel Mejías Carballo	36
F.2) Ileana Henchoz Bolaños y Miguel Yamuni Zeledón	37
F.3) Oriéster Rojas y Julieta González	40
F.4) Víktor Sanabria León y Claudia Carro Maklouf	41
F.5) Geovanni Vega y Joaquinita Arroyo	43
F.6) Karen Espinoza y Héctor Jiménez	44
F.7) Carlos Eduardo de Jesús Vargas Solórzano y María del Socorro Calderón Porrás	45
F.8) Enrique Acuña Cartín y Ana Cristina Castillo León	46
F.9) Andrea Bianchi Bruna y Germán Moreno Valencia	47
VII CONSIDERACIÓN PREVIA SOBRE EL OBJETO DEL PRESENTE CASO	48
VIII DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR Y EL DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL EN RELACIÓN CON LA AUTONOMÍA PERSONAL, LA SALUD SEXUAL Y	



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

4

REPRODUCTIVA, EL DERECHO A GOZAR DE LOS BENEFICIOS DEL PROGRESO CIENTÍFICO Y TECNOLÓGICO Y EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN.....	51
A) Alcance de los derechos a la integridad personal, libertad personal y vida privada y familiar en el presente caso	52
B) Efectos de la prohibición absoluta de la FIV	59
C) Interpretación del artículo 4.1 de la Convención Americana en lo relevante para el presente caso	62
C.1) Interpretación conforme al sentido corriente de los términos	66
C.2) Interpretación sistemática e histórica	72
C.2.a) Sistema Interamericano de Derechos Humanos	73
C.2.b) Sistema Universal de Derechos Humanos.....	82
C.2.c) Sistema Europeo de Derechos Humanos	86
C.2.d) Sistema Africano de Derechos Humanos	89
C.2.e) Conclusión sobre la interpretación sistemática	90
C.3). Interpretación evolutiva.....	90
C.3.a) El estatus legal del embrión	91
C.3.b) Regulaciones y prácticas sobre la FIV en el derecho comparado.....	94
C.4) El principio de interpretación más favorable y el objeto y fin del tratado	96
C.5) Conclusión de la interpretación del artículo 4.1	98
D) Proporcionalidad de la medida de prohibición.....	98
D.1) Severidad de la limitación de los derechos involucrados en el presente caso... ..	102
D.2) Severidad de la interferencia como consecuencia de la discriminación indirecta por el impacto desproporcionado respecto a discapacidad, género y situación económica	105
D.2.a) Discriminación indirecta en relación con la condición de discapacidad	107
D.2.b) Discriminación indirecta en relación con el género.....	110
D.2.c) Discriminación indirecta en relación con la situación económica	112
D.3) Controversia sobre la alegada pérdida embrionaria	113
D.4) Conclusión sobre el balance entre la severidad de la interferencia y el impacto en la finalidad pretendida.....	116
E) Conclusión final sobre el fondo del caso	117
IX REPARACIONES	117
A) Parte Lesionada	118
B) Medidas de rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.....	119
B.1) Medidas de rehabilitación psicológica.....	119
B.2) Medidas de satisfacción: publicación de la Sentencia	120
B.3) Garantías de no repetición	121
B.3.1) Medidas estatales que no impidan la práctica de la FIV	121
B.3.2) Campaña sobre derechos de las personas con discapacidad reproductiva	123
B.3.3) Otras medidas solicitadas.....	124
C) Indemnización compensatoria por daño material e inmaterial	124
C.1) Daño material.....	124
C.2) Daño inmaterial	128
D) Costas y gastos	130
E) Modalidad de cumplimiento de los pagos ordenados	133
X PUNTOS RESOLUTIVOS	134



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

5

Voto concorrente del Juez Diego García-Sayán

Voto disidente del Juez Eduardo Vio Grossi



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
"The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law"

6

I
INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA Y OBJETO DE LA CONTROVERSIDAD

1. El 29 de julio de 2011 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Comisión Interamericana" o "la Comisión") sometió a la jurisdicción de la Corte Interamericana (en adelante "escrito de sometimiento"), de conformidad con los artículos 51 y 61 de la Convención, el caso 12.361 contra el Estado de Costa Rica (en adelante "el Estado" o "Costa Rica"). La petición inicial fue presentada ante la Comisión Interamericana el 19 de enero de 2001 por el señor Gerardo Trejos Salas. El 11 de marzo de 2004 la Comisión Interamericana aprobó el Informe de Admisibilidad No. 25/04³. El 14 de julio de 2010 la Comisión aprobó el Informe de Fondo 85/10⁴, de conformidad con el artículo 50 de la Convención Americana (en adelante también "el Informe de Fondo" o "el Informe No. 85/10"), en el cual realizó una serie de recomendaciones al Estado. Luego de conceder tres prórrogas al Estado para el cumplimiento de dichas recomendaciones, la Comisión decidió someter el caso a la Corte. La Comisión designó como delegados al Comisionado Rodrigo Escobar Gil y al entonces Secretario Ejecutivo Santiago A. Canton, y designó como asesores legales a las señoras Elizabeth Abi-Mershed, Secretaria Ejecutiva Adjunta, y Silvia Serrano Guzmán, Isabel Madariaga, Fiorella Melzi y Rosa Celorio.

2. La Comisión indicó que el caso se relaciona con alegadas violaciones de derechos humanos que habrían ocurrido como consecuencia de la presunta prohibición general de practicar la Fecundación *in vitro* (en adelante "FIV") que había estado vigente en Costa Rica desde el año 2000, tras una decisión emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (en adelante "Sala Constitucional") de dicho país. Entre otros aspectos, se alegó que esta prohibición absoluta constituyó una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada y familiar y a formar una familia. Asimismo, se alegó que la prohibición constituyó una violación del derecho a la igualdad de las víctimas, en tanto que el Estado les impidió el acceso a un tratamiento que les hubiera permitido superar su situación de desventaja respecto de la posibilidad de tener hijas o hijos biológicos. Además, se alegó que este impedimento habría tenido un impacto desproporcionado en las mujeres.

3. La Comisión solicitó a la Corte que declarara la responsabilidad internacional del Estado por la violación de los artículos 11.2, 17.2 y 24 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento, en perjuicio de Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Andrea Bianchi

³ En dicho Informe la Comisión Interamericana declaró admisible la petición en relación con la presunta violación de los artículos 11, 17 y 24 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado. *Cfr.* Informe de Admisibilidad No. 25/04, Caso 12.361, Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros, Costa Rica, 11 de marzo de 2004 (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos del representante Gerardo Trejos, tomo I, anexo 2, folios 3900 a 3914). En dicho informe la Comisión declaró "inadmisible la denuncia en cuanto a las empresas Costa Rica Ultrasonografía S.A. y el Instituto Costarricense de Fertilidad".

⁴ Informe de Fondo No 85/10, Caso 12.361, Grettel Artavia Murillo y otros, Costa Rica, 14 de julio de 2010 (expediente de fondo, folios 7 a 37).



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

7

Bruna, Germán Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, Ileana Henchoz Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia María Carro Maklouf, Víktor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, María del Socorro Calderón Porras, Joaquinita Arroyo Fonseca, Giovanni Antonio Vega, Carlos E. Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma y Oriéster Rojas Carranza.

II PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE

4. El 29 de agosto y el 14 de septiembre de 2011 el señor Boris Molina Acevedo remitió a la Corte los poderes de representación de 12 de las presuntas víctimas⁵.

5. El 31 de agosto de 2011 el señor Trejos Salas remitió a la Corte los poderes de representación de 6 de las presuntas víctimas⁶.

6. El sometimiento del caso fue notificado al Estado y a los representantes el 18 de octubre de 2011. Teniendo en cuenta que los representantes de las presuntas víctimas no llegaron a un acuerdo sobre la designación de un interviniente común, el Presidente de la Corte, en aplicación del artículo 25.2 del Reglamento de la Corte, dispuso la designación de los señores Molina Acevedo y Trejos Salas como intervinientes comunes que tendrían participación autónoma.

7. El 19 de diciembre de 2011 los intervinientes comunes presentaron ante la Corte sus respectivos escritos de solicitudes, argumentos y pruebas (en adelante “escrito de solicitudes y argumentos”), conforme al artículo 40 del Reglamento del Tribunal. Los intervinientes comunes coincidieron en general con lo alegado por la Comisión. El representante Molina alegó la violación de los artículos 17.2, 11.2 y 24 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio de las presuntas víctimas que representa. El representante Trejos Salas alegó la violación de los artículos 4.1, 5.1, 7, 11.2, 17.2 y 24 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio de las presuntas víctimas que representa.

⁵ Presuntas víctimas: Ileana Henchoz Bolaños, Joaquinita Arroyo Fonseca, Julieta González Ledezma, Karen Espinoza Vindas, Enrique Acuña Cartín, Carlos E. Vargas Solórzano, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Giovanni Antonio Vega Cordero, Oriéster Rojas Carranza, Héctor Jiménez Acuña, Víctor Hugo Sanabria León, y María del Socorro Calderón Porras.

⁶ Presuntas víctimas: Germán Alberto Moreno Valencia, Miguel Gerardo Mejías Carballo, Grettel Artavia Murillo, Ana Cristina Castillo León, Claudia Carro Macklouf, y Andrea Bianchi Bruna.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

8

8. El 30 de abril de 2012 Costa Rica presentó ante la Corte su escrito de excepciones preliminares, contestación al escrito de sometimiento del caso y de observaciones al escrito de solicitudes y argumentos (en adelante “escrito de contestación”). En dicho escrito el Estado presentó dos excepciones preliminares y alegó la inexistencia de violaciones de derechos humanos en el presente caso. El Estado designó como Agente a Ana Lorena Brenes Esquivel, Procuradora General de la República, y como coagente a Magda Inés Rojas Chaves, Procuradora General Adjunta de la República.

9. El 8 de mayo de 2012 Huberth May Cantillano comunicó que las presuntas víctimas representadas por Gerardo Trejos Salas lo habían designado como nuevo representante, debido al fallecimiento del señor Trejos. Asimismo, adjuntó los respectivos poderes.

10. El 22 y 21 de junio de 2012 la Comisión Interamericana y los intervinientes comunes presentaron, respectivamente, sus observaciones a las excepciones preliminares interpuestas por el Estado (*supra* párr. 8).

11. Mediante Resolución de 6 de agosto de 2012⁷ el Presidente de la Corte ordenó recibir declaraciones rendidas ante fedatario público (*affidavit*) de dos declarantes a título informativo, cuatro presuntas víctimas, y siete peritos, las cuales fueron presentadas el 24 de agosto de 2012. Asimismo, mediante dicha Resolución el Presidente convocó a las partes a una audiencia pública (*infra* párr. 12).

12. La audiencia pública fue celebrada los días 5 y 6 de septiembre de 2012 durante el 96 Período Ordinario de Sesiones de la Corte, llevado a cabo en la sede del Tribunal⁸. En la audiencia se recibieron las declaraciones de dos presuntas víctimas y cuatro peritos, así como las observaciones y alegatos finales orales de la Comisión Interamericana, los representantes y el Estado, respectivamente. Durante la referida audiencia el Tribunal requirió a las partes y a la Comisión que presentaran determinada documentación y prueba para mejor resolver.

13. Por otra parte, el Tribunal recibió 49 escritos en calidad de *amicus curiae* presentados por: 1) Mónica Arango Olaya, Directora Regional para América Latina y el

⁷ Cfr. *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica*. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 6 de agosto de 2012. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/artavia_06_08_12.pdf

⁸ A esta audiencia comparecieron: a) por la Comisión Interamericana: Tracy Robinson, Comisionada, Emilio Álvarez-Icaza, Secretario Ejecutivo, Elizabeth Abi-Mershed, Secretaria Ejecutiva Adjunta, y Silvia Serrano Guzmán, Asesora; b) por la representación de Huberth May Cantillano: Huberth May Cantillano, representante de las presuntas víctimas y Antonio Trejos Mazariegos, abogado; c) por la representación de Boris Molina Acevedo: Boris Molina Acevedo, representante de las presuntas víctimas, William Vega Murillo, abogado, Alicia Neuburger, Maria Lorna Ballesterero Muñoz, Alejandro Villalobos Castro, Alejandra Cárdenas Cerón, Carlos Valerio Monge, Boris Molina Mathiew, Mauricio Hernández Pacheco, y Ángela Rebeca Martínez Ortiz; y d) por el Estado de Costa Rica: Ana Lorena Brenes Esquivel, Procuradora General de la República, Agente del Estado de Costa Rica, Magda Inés Rojas Chaves, Agente del Estado de Costa Rica, Alonso Arnesto Moya, Silvia Patiño Cruz, Ana Gabriela Richmond Solís, Grettel Rodríguez Fernández, y Jorge Oviedo Álvarez, funcionarias y funcionarios de la Procuraduría General de la República.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

9

Caribe del Centro de Derechos Reproductivos, y María Alejandra Cárdenas Cerón, Asesora Legal de dicho Centro; 2) Marcela Leandro Ulloa del Grupo a Favor del In Vitro; 3) Filomena Gallo, Nicolò Paoletti y Claudia Sartori, representantes de la Asociación Luca Coscioni per la libertà di ricerca scientifica y del Partito Radicale Nonviolento Transnazionale e Transpartito; 4) Natalia Lopez Moratalla, Presidenta de la Asociación Española de Bioética y Ética Médica; 5) Lilian Sepúlveda, Mónica Arango, Rebecca J. Cook y Bernard M. Dickens⁹; 6) Equal Rights Trust y la Human Rights Clinic of the University of Texas School of Law¹⁰; 7) International Human Rights Clinic of Santa Clara University Law School¹¹; 8) Viviana Bohórquez Monsalve, Beatriz Galli, Alma Luz Beltrán y Puga, Álvaro Herrero, Gastón Chillier, Lourdes Bascary y Agustina Ramón Michel¹²; 9) Ricardo Tapia, Rodolfo Vásquez y Pedro Morales¹³; 10) Alejandro Leal Esquivel, Coordinador de la Sección de Genética y Biotecnología en la Escuela de Biología de la Universidad de Costa Rica; 11) Rita Gabriela Chaves Casanova, Diputada de la Asamblea Legislativa de Costa Rica; 12) Alexandra Loría Beeche; 13) Claudio Grossman, Decano de American University Washington College of Law y Macarena Sáez Torres, Faculty Director del Impact Litigation Project de la American University Washington College of Law; 14) Jon O'Brien, Presidente de Catholics for Choice y Sara Morello, Vicepresidenta Ejecutiva de dicha organización; 15) Carlos Polo Samaniego, Director de la Oficina para América Latina de Population Research Institute; 16) Reynaldo Bustamante Alarcón, Presidente del Instituto Solidaridad y Derechos Humanos; 17) Hernán Collado Martínez; 18) Carmen Muñoz Quesada, Rita Maxera Herrera, Cristian Gómez, Seidy Salas, e Ivania Solano¹⁴; 19) Enrique Pedro Haba, Profesor de la Universidad de Costa Rica; 20) Organización de Litigio Estratégico de Derechos Humanos Litiga OLE¹⁵; 21) Susie Talbot, Abogada del Center for the Legal Protection of Human Rights INTERIGHTS y Helen Duffy, Consejera Principal de INTERIGHTS; 22) Andrea Acosta Gamboa, Profesora de la Universidad de Costa Rica; 23) Andrea Parra, Natalia Acevedo Guerrero, Matías González Gil y Sebastián Rodríguez Alarcón¹⁶; 24) Leah Hctor, Asesor Legal de la Comisión

⁹ Lilian Sepúlveda es Directora del Centro de Derechos Reproductivos, Mónica Arango Olaya es Directora Regional para América Latina y el Caribe de dicho centro. Rebecca J. Cook y Bernard M. Dickens son co-directores del The International Reproductive and Sexual Health Law Programme of University of Toronto, Faculty of Law.

¹⁰ El escrito fue firmado por Ariel E. Dulitzky, Profesor de la University of Texas Law School y Director de la Human Rights Clinic en dicha facultad.

¹¹ El escrito fue presentado por Francisco J. Rivera Juaristi, Director y Abogado Supervisor de la International Human Rights Clinic of Santa Clara University Law School; Britton Schwartz, Abogada Supervisora de dicha clínica y Amanda Snyder, Bernadette Valdellon y Sophia Areias, estudiantes de dicha clínica.

¹² Viviana Bohórquez Monsalve, miembro de la Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres; Beatriz Galli, miembro de IPAS; Alma Beltrán y Puga, Coordinadora Jurídica del Grupo de Información de Reproducción Elegida GIRE; Álvaro Herrero, Director Ejecutivo de la Asociación por los Derechos Civiles; Gastón Chillier, Director Ejecutivo del Centro de Estudios Legales y Sociales CELS, Lourdes Bascary, miembro del Centro de Estudios Legales y Sociales y Agustina Ramón Michel, Becaria del Área de Salud del CEDES.

¹³ Ricardo Tapia es el Presidente del Colegio de Bioética A.C. (México). Rodolfo Vásquez es el Vicepresidente de dicho colegio. Pedro Morales, Secretario Ejecutivo de dicho colegio.

¹⁴ Carmen Muñoz Quesada, Diputada de la Asamblea Legislativa de Costa Rica; Rita Maxera Herrera, asesora parlamentaria e Ivania Solano, abogada. Cristian Gómez pertenece a la Asociación Demográfica Costarricense. Seidy Salas pertenece a la Colectiva por el Derecho a Decidir.

¹⁵ El escrito fue presentado por Graciela Rodríguez Manzo, Directora General de Litiga OLE; Geraldina González de la Vega, Colaboradora de Litiga OLE; Adriana Muro Polo, Abogada de Litiga OLE; Marisol Aguilar Contreras, Abogada de Litiga OLE.

¹⁶ Andrea Parra, Directora del Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIIS) de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Colombia y Natalia Acevedo Guerrero, Matías González Gil y Sebastián Rodríguez Alarcón, estudiantes adscritos a PAIIS.



“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

Internacional de Juristas; 25) Margarita Salas Guzmán, Presidenta de la Colectiva por el Derecho a Decidir y Larissa Arroyo Navarrete, Abogada de la Colectiva por el Derecho a Decidir; 26) Caio Fabio Varela, Marcelo Ernesto Ferreyra, Rosa Posa, Bruna Andrade Irineu y Mario Pecheny¹⁷; 27) María del Pilar Vásquez Calva, Coordinadora de Enlace Gubernamental Vida y Familia A.C, México; 28) Red Latinoamericana de Reproducción Asistida e Ian Cooke, Emritus Professor de la Universidad de Sheffield; 29) Priscilla Smith, *Senior Fellow* del Programa para el estudio de la Justicia Reproductiva de la Sociedad de la Información (Information Society Project ISP) de la Universidad de Yale y Genevieve E. Scott, Profesora Visitante del ISP; 30) Red Latinoamericana de Reproducción Asistida y Santiago Munné, Presidente de Reprogenetics; 31) Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad¹⁸; 32) José Tomás Guevara Calderón; 33) Carlos Santamaría Quesada, Jefe de División de Diagnóstico Molecular en el Laboratorio Clínico del Hospital Nacional de Niños; 34) Cesare P.R. Romano, Profesor de Derecho Joseph W. Ford Fellow y Co-Director del Proyecto sobre Cortes y Tribunales Internacionales (PICT) en Loyola Law School Los Angeles¹⁹; 35) Defensoría de los Habitantes²⁰; 36) Hernán Gullco y Martín Hevia, profesores de la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella; 37) Alejandra Huerta Zepeda, catedrática del Instituto de Investigaciones Biomédicas (IIB) de la Universidad Nacional Autónoma de México, y José María Soberanes Diez, profesor de la Universidad Panamericana de México; 38) Asociación de Médicos por los Derechos Humanos (AMEDEH)²¹; 39) Federación Latinoamericana de Obstetricia y Ginecología²²; 40) Carlo Casini, Antonio G. Spagnolo, Marina Casini, Joseph Meaney, Nikolas T. Nikas y Rafael Santa María D’Angelo²³; 41) Rafael

¹⁷ Caio Fabio Varela, Defensor de Derechos Humanos, Marcelo Ernesto Ferreyra, en representación de Heartland Alliance y de la Coalização de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transgêneros, Transexuais, Travesti e Intersexuais (LGBTTTI) en América Latina y en el Caribe y de la Campanha por uma Convencao Interamericana de Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos, Rosa Posa, en representación de AKAHATA, Bruna Andrade Irineu y Mario Pecheny.

¹⁸ El escrito fue presentado por Rodrigo Uprimny Yepes, Director del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia) y Diana Esther Guzmán, Paola Molano, Annika Dalén y Paula Rangel Garzón, Investigadoras de Dejusticia.

¹⁹ El escrito fue presentado por dicha clínica en colaboración con once académicos y profesionales de derechos humanos y derecho internacional quienes también firmaron el *amicus*: Roger S. Clark, Profesor Titular de Derecho de la Facultad de Derecho Rutgers, Camden, Nueva Jersey; Lindsey Raub Kantawee, Esq. Asociada de Clifford Chance, Bufete de Abogados; Yvonne Donders, Profesora de Derechos Humanos Internacionales y Diversidad Cultural y Directora Ejecutiva del Centro para el Derecho Internacional de Ámsterdam, Facultad de Derecho de la Universidad de Ámsterdam; Ellen Hey, Profesora de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Erasmus de Rotterdam; Jessica M. Almqvist, Conferenciante de Derecho Internacional Público de la Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho; Freya Baetens, Profesor asistente de Derecho Público Internacional del Grotius Centre for International Legal Studies de la Facultad de Derecho de la Universidad de Leiden; Konstantinos D. Magliveras, Profesor Asociado del Departamento de Estudios Mediterráneos de la Universidad del Egeo de Rodas; Belén Olmos Giupponi, Profesor Asociado de Derecho Internacional de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid; Miguel Ángel Ramiro Avilés, Profesor Titular en el Área de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid y Director de la Maestría en Derechos Fundamentales y Co-Director de la Maestría en Derechos Humanos y Democratización de la Universidad Externado de Colombia; Margherita Salvadori, Profesora Asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Turín, y Jaume Saura, Profesor Titular de Derecho Internacional en la Universidad de Barcelona y Presidente del Instituto de los Derechos Humanos e Catalunya.

²⁰ El escrito fue presentado por la Defensoría de los Habitantes de la República Costa Rica. El escrito fue firmado por Ofelia Taitelbaum Yoselewich, Defensora de los Habitantes de la República Costa Rica.

²¹ El escrito fue presentado por la Asociación de Médicos por los Derechos Humanos (AMEDEH). El escrito fue firmado por Carlos María Parellada Cuadrado, Presidente, y Juan Pablo Zaldaña Figueroa, Vicepresidente de dicha asociación.

²² El escrito fue presentado por la Federación Latinoamericana de Obstetricia y Ginecología. La nota fue firmada por Ivonne Díaz Yamal, Luis Távora Orozco, Director Ejecutivo, y Pio Iván Gómez Sánchez, Coordinador del Comité de Derechos Sexuales y Reproductivos de dicha federación.

²³ Carlo Casini, Magistrado, Diputado del Movimiento por la Vida Italiano en el Parlamento Europeo y Presidente de la Comisión de asuntos constitucionales del Parlamento Europeo; Antonio G. Spagnolo, Director del



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

11

Nieto Navia, Jane Adolphe, Richard Stith y Ligia M. de Jesus²⁴; 42) Hugo Martín Calienes Bedoya, Patricia Campos Olázabal, Rosa de Jesús Sánchez Barragán, Sergio Castro Guerrero, y Antero Enrique Yacarini Martínez²⁵; 43) Julian Domingo Zarzosa; 44) Kharla Zúñiga Vallejos del Berit Institute for the Family de Lima; 45) Guadalupe Valdez Santos, Presidenta de la Asociación Civil Promujer y Derechos Humanos, y 46) Piero A. Tozzi, Stefano Gennarini, William L. Saunders y Álvaro Paúl²⁶.

14. El 26 y 28 de septiembre de 2012 y el 24 de octubre de 2012 el señor Hany Fahmy, The Human Rights Centre of the United Nations Mandated University for Peace (Universidad para la Paz) y la señora Olga Cristina Redondo Alvarado, psicoanalista, remitieron, respectivamente, escritos en calidad de *amicus curiae*. Dado que la audiencia pública tuvo lugar en los días 5 y 6 de septiembre de 2012 y, en consecuencia, el plazo para la remisión de *amicus curiae* venció el 21 de septiembre de 2012, siguiendo instrucciones del Presidente de la Corte se informó que dichos escritos no podían ser considerados por el Tribunal ni incorporados al expediente del caso.

15. La Corte observa que los *amicus curiae* interpuestos por Equal Rights Trust y la Clínica de Derechos Humanos de la Universidad de Texas, INTERIGHTS, y el presentado conjuntamente por Caio Fabio Varela, Marcelo Ferreyra, Rosa Posa, Bruna Andrade y Mario Pecheny fueron presentados en el plazo establecido en el artículo 44 del Reglamento pero en un idioma que no correspondía al idioma oficial del presente caso. Posteriormente, las traducciones al español fueron remitidas 5, 7 y 34 días con posterioridad al plazo, respectivamente. De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 28.1 del Reglamento del Tribunal, la Corte considera que, debido a que la versión en español de dos de dichos *amicus curiae* fue presentada dentro del término de 21 días dispuesto para acompañar los originales o la totalidad de los anexos, tales escritos son admisibles. Dado que la versión en español del escrito de Caio Fabio Varela y otras personas fue presentada con 34 días de retraso, se declara inadmisibles.

16. El 4, 5 y 6 de octubre de 2012 los representantes y el Estado remitieron sus alegatos finales escritos y la Comisión Interamericana presentó sus observaciones finales escritas al presente caso, respectivamente. Tales escritos fueron transmitidos a las partes, a quienes se dio oportunidad hasta el 17 de octubre de 2012 para que presentaran las observaciones que estimaran pertinentes respecto a la información suministrada como respuesta a las

Instituto de Bioética de la Universidad Católica del Sagrado Corazón de Roma; Marina Casini, Profesora Agregada de Bioética en el Instituto de Bioética de la Universidad Católica del Sagrado Corazón de Roma; Joseph Meaney, Director de la Coordinación Internacional de Vida Humana Internacional; Nikolas T. Nikas, Presidente y Consejero General del Fondo de Defensa de Bioética (BD), y Rafael Santa María D'Angelo, Abogado, Presidente de la Asociación Civil Crece Familia (CreceFam).

²⁴ Rafael Nieto Navia, Profesor de la Universidad Javeriana de Bogotá; Jane Adolphe, Catedrática, Ave Maria School of Law; Richard Stith, Catedrático, Valparaíso School of Law y Ligia M. de Jesús, Profesora, Ave Maria School of Law.

²⁵ Hugo Calienes Bedoya, Rector y Director del Instituto de Bioética de la Rector de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo (USAT); Patricia Campos Olázabal, Decana de la Facultad de Medicina de la USAT, y por Rosa de Jesús Sánchez Barragán, Sergio Castro Guerrero, y Antero Enrique Yacarini Martínez, miembros del Instituto de Bioética de la USAT.

²⁶ Piero A. Tozzi, del Alliance Defend Fund; Stefano Gennarini, del Center for Legal Studies at C-Fam; William L. Saunders de Americans United for Life, y Álvaro Paúl.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
"The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law"

12

preguntas de la Corte. Dichas observaciones fueron remitidas por el representante Molina. La Comisión Interamericana manifestó que no tenía observaciones que formular. El representante May y el Estado no presentaron observaciones.

III

EXCEPCIONES PRELIMINARES

17. El Estado presentó tres "excepciones preliminares": la falta de agotamiento de recursos internos, la extemporaneidad de la petición presentada por Karen Espinoza y Héctor Jiménez, y la incompetencia de la Corte Interamericana para conocer de hechos sobrevinientes a la presentación de la petición.

A) *Falta de agotamiento de recursos internos*

18. El Estado alegó que no hizo "renuncia a la interposición" de excepciones. Indicó que la Sala Constitucional "declaró inconstitucional un determinado tipo de fertilización in vitro" y precisó que "si la técnica avanza al punto de permitir la realización de la misma sin pérdida de embriones, es posible efectuarla". En consecuencia, el Estado indicó que "los peticionarios podían acudir tanto a la jurisdicción constitucional como a la jurisdicción contencioso administrativa, a efectos de que se discutiera la posibilidad de que los servicios de salud atendieran su condición de infertilidad" incluyendo la posibilidad de "una determinada técnica de fertilización in vitro [...] dentro de los supuestos dados por la Sala Constitucional". El Estado señaló que, en el ámbito de la jurisdicción constitucional, "la existencia de la sentencia" no "impide que la Sala Constitucional vuelva a conocer el asunto en la vía de la acción de inconstitucionalidad" dado que la Ley de la Jurisdicción Constitucional indica que las resoluciones de dicha Sala "no son vinculantes para la propia Sala, [la cual] podría revisar el tema nuevamente". Agregó que "la existencia de la resolución de la Sala Constitucional no impedía que existiera un pronunciamiento de parte de la propia Sala" en la "vía del amparo constitucional o por parte de los Tribunales Contencioso Administrativos". Añadió que las presuntas víctimas "podrían haber solicitado a las autoridades administrativas que, respetando la resolución de la Sala Constitucional, se brindara un remedio para su situación de infertilidad" o "se creara una nueva regulación" de la FIV, "acorde con los parámetros establecidos por la resolución del Tribunal Constitucional". "Si las autoridades administrativas se negaran a brindar la atención requerida", procedía la presentación de un recurso de amparo. Sin embargo "ninguna de las parejas presentó" dicho recurso.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
"The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law"

13

19. Adicionalmente, el Estado alegó que "ante la negativa de las autoridades administrativas, las presuntas víctimas podrían interponer un proceso contencioso administrativo", sin embargo, ninguna lo presentó antes de iniciar el trámite ante la Comisión. Agregó que los recursos internos eran "eficientes" y que "prueba de ello es que una de las presuntas víctimas acudió al Tribunal Contencioso Administrativo, con posterioridad a la interposición de la petición ante la Comisión".

20. La Comisión señaló que en el procedimiento anterior al informe de admisibilidad el Estado solo se limitó a "plantear la posibilidad de que las [presuntas] víctimas interpusieran una acción de amparo". Manifestó que el Estado "no detalló el sustento legal de esa posibilidad ni explicó de qué manera, vía de amparo, era posible eliminar los efectos de una decisión abstracta de inconstitucionalidad [...] regulada como irrecurrible". Señaló que el Estado "faltó a la carga de la prueba que le correspondía para explicar las razones por las cuales el recurso de amparo podría ser efectivo".

21. El representante May manifestó que en el trámite ante la Comisión "el Estado indicó que renunciaba expresamente al privilegio de interponer excepciones previas", renuncia que "una vez interpuesta es irrevocable e irreversible". Alegó que el recurso interno adecuado "debe ser acorde al fin", esto es capaz de satisfacer las pretensiones e intereses en juego, y siendo el objeto fundamental de las víctimas la anulación de la sentencia de la Sala Constitucional y la rehabilitación de la FIV, "no existe ningún remedio jurisdiccional interno que permita cumplir tal objetivo". El representante Molina indicó que el Estado "no comprob[ó] la idoneidad de los recursos señalados". Por otra parte, resaltó que "la resolución de la Sala Constitucional es una Sentencia contra la cual no procede recurso alguno y cuyos efectos son *erga omnes*". Alegó que el recurso iniciado por la señora Ileana Hénchoz fue rechazado.

Consideraciones de la Corte

22. El artículo 46.1.a) de la Convención Americana dispone que para determinar la admisibilidad de una petición o comunicación presentada ante la Comisión Interamericana, de conformidad con los artículos 44 o 45 de la Convención, es necesario que se hayan interpuesto y agotado los recursos de la jurisdicción interna, según los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos²⁷. La Corte recuerda que la regla del previo agotamiento de los recursos internos está concebida en interés del Estado, pues busca dispensarlo de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen, antes de haber tenido la ocasión de remediarlos con sus propios medios²⁸. Lo anterior significa

²⁷ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1, párr. 85, y *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2012 Serie C No. 246, párr. 23.

²⁸ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 61, y *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*, párr. 23.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
"The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law"

14

que no sólo deben existir formalmente esos recursos, sino también deben ser adecuados y efectivos, como resulta de las excepciones contempladas en el artículo 46.2 de la Convención²⁹.

23. Asimismo, esta Corte ha sostenido de manera consistente que una objeción al ejercicio de la jurisdicción de la Corte basada en la supuesta falta de agotamiento de los recursos internos debe ser presentada en el momento procesal oportuno³⁰, esto es, durante la admisibilidad del procedimiento ante la Comisión³¹. Al alegar la falta de agotamiento de los recursos internos corresponde al Estado señalar en esa debida oportunidad los recursos que deben agotarse y su efectividad. Al respecto, el Tribunal reitera que no es tarea de la Corte, ni de la Comisión, identificar *ex officio* cuáles son los recursos internos pendientes de agotamiento. El Tribunal resalta que no compete a los órganos internacionales subsanar la falta de precisión de los alegatos del Estado³².

24. La Corte observa que lo primero que procede determinar en relación con esta excepción es el tipo de alegatos que presentó el Estado antes de la emisión del informe de admisibilidad, es decir, en el momento procesal oportuno para plantear esta excepción. Al respecto, el Estado sólo presentó un escrito en relación con este tema, el 23 de enero de 2004, en el que señaló que una de las víctimas "podría haber acudido en amparo"³³. El escrito donde el Estado analizó la posible idoneidad de la jurisdicción contencioso administrativa para resolver el presente caso fue presentado en 2008³⁴, cuatro años después de emitido el informe de admisibilidad. En consecuencia, la Corte considera que los argumentos planteados en relación con la necesidad de agotar procedimientos contencioso administrativos o demandar la omisión en la regulación del procedimiento de la FIV según los parámetros establecidos por la Sala Constitucional, resultan extemporáneos y el análisis se concentrará en los alegatos en torno al recurso de amparo.

25. Respecto al agotamiento del recurso de amparo, el Estado plantea dos argumentos diferentes. El primero, respecto a los alcances que el Estado atribuye a la decisión adoptada por la Sala Constitucional en el presente caso. El Estado considera que dicha decisión no implicó una prohibición de la FIV sino de una modalidad de dicho procedimiento, razón por la cual se alega la existencia de otras posibilidades que hubieran tenido las presuntas víctimas para enfrentar su infertilidad y, de ser el caso, agotar el recurso de amparo ante la negación de dichas alternativas. La Corte considera que este es un asunto de fondo que será resuelto oportunamente al determinar si la decisión de la Sala Constitucional constituyó una limitación a los derechos de las presuntas víctimas (*infra* párrs. 160 y 161). Al respecto,

²⁹ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo, párr. 63, y *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*, párr. 23.

³⁰ *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, *Excepciones Preliminares*, párr. 88, y *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*, párr. 24.

³¹ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, *Excepciones Preliminares*, párr. 88, y *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*, párr. 24.

³² Cfr. *Caso Reverón Trujillo*, párr. 23, y *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*, párr. 25. Ver también: T.E.D.H., *Case of Bozano Vs. France*, Sentencia de 18 de diciembre de 1986, parr. 46.

³³ Escrito número 03-AM-03 presentado ante la Comisión Interamericana el 23 de enero de 2004 por el Ministro de Relaciones Exteriores de Costa Rica (expediente de anexos al Informe de Fondo, tomo III, folio 1056 y 1058).

³⁴ Escrito número DJO-486-08 del 17 de noviembre de 2008 (expediente de anexos al Informe de Fondo, tomo V, folio 2276).



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

15

la Corte ha afirmado que las excepciones preliminares son actos que buscan impedir el análisis del fondo de un asunto cuestionado, mediante la objeción de la admisibilidad de un caso o la competencia del Tribunal para conocer de un determinado caso o de alguno de sus aspectos, ya sea en razón de la persona, materia, tiempo o lugar, siempre y cuando dichos planteamientos tengan el carácter de preliminares³⁵. Dado que este primer argumento del Estado no puede ser revisado sin entrar a analizar previamente el fondo del caso, no puede ser analizado en el marco de esta excepción preliminar³⁶.

26. En segundo lugar, el Estado alega que un recurso de amparo le hubiera podido dar una nueva oportunidad a la Sala Constitucional de valorar la posible afectación de derechos en el presente caso. Al respecto, la Corte observa que es un hecho no controvertido que existe una decisión definitiva y vinculante de la más alta instancia judicial de Costa Rica en materia constitucional, que declaró la inconstitucionalidad de la práctica de la fecundación *in vitro*, tal como se regulaba en ese momento. Tal como se analiza con más detalle posteriormente (*infra* párr. 135), el objeto del presente caso es determinar si dicha decisión de la Sala Constitucional comprometió la responsabilidad internacional del Estado. En consecuencia, la cuestión del agotamiento de recursos se relaciona con los recursos existentes contra la sentencia de inconstitucionalidad. Al respecto, la Corte observa que, conforme el artículo 11 de la Ley de Jurisdicción Constitucional de Costa Rica, las sentencias, autos o providencias de la Sala Constitucional son irrecurribles³⁷. Asimismo, en Costa Rica el control de constitucionalidad es concentrado³⁸, de tal forma que dicha sala es la que conoce de todos los amparos que se presentan en el país.

27. Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal considera que interponer un recurso de amparo no era idóneo para remediar la situación de las presuntas víctimas, dado que el más alto tribunal en la jurisdicción constitucional había emitido su decisión final respecto a los problemas jurídicos centrales que deben resolverse en el presente caso en relación con los alcances de la protección de la vida prenatal (*infra* párr. 162). Dado que la Sala Constitucional es la que conoce de todos los recursos de amparo que se interponen en Costa Rica, esa misma Sala sería la que hubiera tenido que valorar el eventual recurso de amparo que interpusieran las presuntas víctimas. Asimismo, las presuntas víctimas pretendían recibir el tratamiento médico de la FIV en el marco de la regulación prevista en el Decreto Ejecutivo. Ante la declaración de inconstitucionalidad del decreto en su conjunto, la posibilidad de acceder a la FIV bajo las condiciones establecidas por la Sala Constitucional

³⁵ Cfr. *Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 4 de febrero de 2000. Serie C No. 67, párr. 34, y *Caso Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 3 de septiembre de 2012 Serie C No. 248, párr. 30.

³⁶ En similar sentido, Cfr. *Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 39, y *Caso Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia*, párr. 30.

³⁷ Ley de la Jurisdicción Constitucional, Ley No. 7135 de 11 de octubre de 1989. El artículo 4 de esta ley establece que “la jurisdicción constitucional se ejerce por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia”. El segundo apartado del artículo 11 dispone que “No habrá recurso contra las sentencias, autos o providencias de la jurisdicción constitucional”. Cfr. Expediente de anexos al Informe de Fondo, tomo I, anexo 1, folios 42 y 44.

³⁸ El artículo 2 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (Ley 7135 de 11 de octubre de 1989) consagra un control concentrado de constitucionalidad ejercido por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, siendo éste el único órgano competente para decidir sobre el recurso de amparo y la constitucionalidad de normas de cualquier naturaleza.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
"The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law"

16

es sustancialmente diferente a los intereses y pretensiones de las presuntas víctimas. Por ende, en las circunstancias específicas del presente caso, la Corte considera irrazonable exigir a las presuntas víctimas que tuvieran que seguir agotando recursos de amparo si la más alta instancia judicial en materia constitucional se había pronunciado sobre los aspectos específicos que controvertían las presuntas víctimas. Así las cosas, la función de dicho recurso en el ordenamiento jurídico interno no era idónea para proteger la situación jurídica infringida y, en consecuencia, no podía ser considerado como un recurso interno que debió ser agotado³⁹.

28. Por todo lo indicado anteriormente, la Corte desestima la excepción preliminar interpuesta por el Estado.

B) Extemporaneidad de la petición presentada por Karen Espinoza y Héctor Jiménez Acuña

29. El Estado alegó que ante la Comisión Interamericana señaló que la petición presentada por Karen Espinoza y Héctor Jiménez "result[aba] extemporánea, pues había sido presentada fuera del plazo de seis meses establecido por el artículo 46.1.b de la Convención Americana". Manifestó que dichas presuntas víctimas "no pueden considerarse incluidas en la petición del 19 de enero del 2001 debido a que, para ese momento, no sabían de su condición" de infertilidad, dado que la señora Espinoza se enteró de su infertilidad en julio de 2002. Alegó que "si se considera que el escrito del 2 de octubre de 2003 introduce por primera vez" la denuncia de estas presuntas víctimas, "es claro que desde el momento en que ella conoce de su condición -julio del 2002- a octubre del 2003 han transcurrido sobradamente los seis meses" que la Convención establece como plazo para presentar la denuncia. Agregó que el "problema que se presenta con esta petición es la dilación que tuvo la Comisión en analizar la admisibilidad de la solicitud presentada, trámite que duró aproximadamente tres años (desde enero del 2001 a marzo del 2004), razón por la cual se incluyeron peticionarios que, según su propio dicho, no podrían haber estado incorporados a la petición original pues ni siquiera habían sido declarados como infértiles para ese momento". Indicó que en otro informe de admisibilidad "la propia Comisión ha advertido que a efectos de determinar el plazo para presentar la petición en los casos de [FIV], debe tomarse en consideración la fecha a partir de la cual la persona fue declarada infértil". Agregó que la presunta víctima "fue diagnosticada con infertilidad en el año 2002 y que la técnica de FIV le fue sugerida en el año 2004, lo cual se produce la paradoja de que cuando se presentó ante este Tribunal como presunta víctima, ni siquiera había pensado en la FIV como técnica que le fuera aplicable". En consecuencia, cuando se incorporaron como peticionarios en este proceso, "ya había transcurrido el plazo de seis meses, por lo que su petición debe considerar extemporánea".

³⁹ En similar sentido, cfr. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 85.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

17

30. La Comisión señaló que “la vasta mayoría de los argumentos planteados por el Estado [...] no fueron plantados ante la Comisión” y “difiere sustancialmente de lo sostenido por el Estado en la etapa de admisibilidad”, que es precisamente la etapa en la cual la Comisión “se pronuncia sobre este requisito [de los seis meses] a la luz de la información aportada por las partes”. Manifestó que “el hecho de que un peticionario al momento de presentar la denuncia inicial omita algún requisito en particular y que dicho requisito sea subsanado con posterioridad, no convierte en extemporánea la presentación de la denuncia”.

31. El representante Molina Acevedo señaló que “el conocer o no de la infertilidad de una pareja al momento de la emisión de la Sentencia de la Sala Constitucional no cierra el portillo para que cualquier persona, hasta el día de hoy, tenga la limitación de los seis meses establecidos en la Convención Americana”. No obstante, alegó que el presente caso “lo que determina la condición para ser presunta víctima, no es si estas personas estaban siendo tratados por determinados médicos en el año 2001, sino si éstos estaban conscientes de su posible y luego comprobada infertilidad” y que además su única forma de procrear fuese a través del método de la FIV. Por último, el representante señaló que “había hostilidad respecto de la condición de quienes podían estar en la lista confidencial de la presuntas víctimas en este caso”.

Consideraciones de la Corte

32. El artículo 46.1.b de la Convención señala lo siguiente:

Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 ó 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá: [...]

b. que sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva (Añadido fuera de texto)

33. En el presente caso, la petición inicial fue presentada el 19 de enero de 2001. En ese momento el entonces representante legal de las víctimas no había hecho una determinación específica e individualizada de las presuntas víctimas. La inclusión de la señora Espinoza y del señor Jiménez ocurrió a través de un escrito presentado el 10 de octubre de 2003. En el proceso ante la Corte ha sido informado que la señora Espinoza se enteró de su infertilidad en julio de 2002⁴⁰.

⁴⁰ Epicrisis (diagnostico médico) de la señora Karen Espinoza Vindas (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos de Boris Molina, anexo XIV, folio 5477).



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
"The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law"

18

34. El 16 de enero de 2004 el Estado presentó un escrito en el cual solicitó a la Comisión que declarara la inadmisibilidad de la petición respecto a la señora Espinoza por "la extemporalidad" de su reclamo "por haber sido presentada después de 6 meses a partir de que la presunta lesionada en sus derechos fue comunicada de la decisión" de la Sala Constitucional⁴¹.

35. La Corte considera que las circunstancias específicas del presente caso exigen una interpretación del requisito de los 6 meses establecido en el artículo 46.1.b. El Tribunal tiene en cuenta que el fenómeno de la infertilidad genera diversas reacciones que no pueden ser asociadas a una regla rígida sobre los cursos de acción que necesariamente deba seguir una persona. Una pareja puede tomar meses o años en decidir si acude a una determinada técnica de reproducción asistida o a otras alternativas. Por estas razones el criterio del momento en el cual la presunta víctima conoce de su situación de infertilidad es un criterio limitado en las circunstancias del presente caso, donde no es posible generar en las presuntas víctimas una carga de tomar una decisión de presentar una petición ante el Sistema Interamericano en un determinado período de tiempo. En similar sentido, el Tribunal Europeo ha señalado que la regla de los seis meses es autónoma y debe ser aplicada de acuerdo con los hechos del caso específico en orden a que se asegure el ejercicio efectivo del derecho a presentar una peticiones individuales⁴².

36. Por tanto, la Corte considera que, en el presente caso, no encuentra elementos para apartarse de la decisión de admisibilidad adoptada por la Comisión Interamericana, ya que: a) sigue en vigor la Sentencia emitida por la más alta instancia de la jurisdicción constitucional, b) las víctimas no tenían por qué tener conocimiento de su situación de infertilidad al momento en que se emitió dicha Sentencia, y c) se interpuso la petición en el año siguiente al momento de conocer que dicha Sentencia impediría el acceso a la FIV.

37. Por todo lo indicado anteriormente, la Corte desestima la excepción preliminar interpuesta por el Estado.

C) Incompetencia de la Corte para conocer "hechos nuevos no incluidos" en los "hechos de la demanda"

38. El Estado alegó que "ambos representantes incluyeron en sus escritos de solicitudes, la responsabilidad del Estado respecto de la exposición a la medios de prensa la situación de

⁴¹ Escrito No. 03-AM-03 de 16 de enero de 2004.

⁴² "The six-month rule is autonomous and must be construed and applied according to the facts of each individual case, so as to ensure the effective exercise of the right to individual petition". En el Tribunal Europeo, ver T.E.D.H., casos Sabri Günes v. Turkey, Gran Cámara, (No. 27396/06) Sentencia de 29 de junio de 2012; Büyükdag v. Turkey (No. 28340/95), Sentencia de 6 Abril de 2000; Fernández-Molina González and 369 Others v. Spain (No. 64359/01), Sentencia de 8 de octubre de 2002); y Zakrzewska v. Poland, (No. 49927/06), párr. 55, Sentencia de 16 de diciembre de 2008.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
"The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law"

19

la presuntas víctimas, como resultado de la divulgación que han efectuado los medios de prensa tanto en el procedimiento ante la Comisión como en esta Corte". Asimismo, el Estado arguyó que "ninguno de los hechos denunciados por los representantes [sobre estas materias], está incluido dentro de los hechos alegados por la Comisión y tampoco pueden considerarse como derivados de los hechos principales o sobrevinientes de los mismos". Por tanto, solicitó a esta Corte que "declare inadmisibles las peticiones de los presuntas víctimas relacionadas con hechos no incluidos por la Comisión en la demanda presentada".

39. El representante Molina señaló que "como los hechos objetados por el Estado son hechos supervinientes y tienen un nexo causal directo con el hecho generador de las violaciones de derechos humanos del presente caso, es perfectamente acorde con el procedimiento" el "que los mismos hayan sido presentados" a consideración de la Corte. El representante May alegó que no se trata de "hechos nuevos", "son situaciones que se inscriben todas en el escenario factual de la prohibición" de la FIV, es decir "todas las conductas, situaciones personales, vivencias, actos y actuaciones, y eventos desencadenados en el ámbito de la vida de las víctimas con motivo y por motivo de la prohibición". Agregó que lo pertinente debe ser resuelto en el fondo del caso.

Consideraciones de la Corte

40. Tal como ha sido señalado, las excepciones preliminares son actos que buscan impedir el análisis del fondo de un asunto cuestionado, mediante la objeción de la admisibilidad de un caso o la competencia del Tribunal para conocer de un determinado caso o de alguno de sus aspectos, ya sea en razón de la persona, materia, tiempo o lugar, siempre y cuando dichos planteamientos tengan el carácter de preliminares⁴³. Si estos planteamientos no pudieran ser revisados sin entrar a analizar previamente el fondo de un caso, no pueden ser analizados mediante una excepción preliminar⁴⁴. En el presente caso, la Corte considera que no corresponde pronunciarse de forma preliminar sobre el marco fáctico del caso, ya que dicho análisis corresponde al fondo del caso (*infra* párr. 133). Asimismo, los alegatos planteados por el Estado al interponer la excepción preliminar serán tomados en cuenta al establecer los hechos que este Tribunal considera como probados y determinar si el Estado es internacionalmente responsable de las alegadas violaciones a los derechos convencionales, así como al precisar el tipo de daños que eventualmente podrían generarse en perjuicio de las presuntas víctimas. En razón de lo expuesto, la Corte desestima la excepción preliminar interpuesta por el Estado.

⁴³ Cfr. *Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Excepciones Preliminares*, párr. 34, y *Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de febrero de 2012. Serie C No. 240, párr. 39.

⁴⁴ Cfr. *Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 39, y *Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 39.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

20

**IV
COMPETENCIA**

41. La Corte Interamericana es competente para conocer el presente caso, en los términos del artículo 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que Costa Rica es Estado Parte de la Convención desde el 8 de abril de 1970 y reconoció la competencia contenciosa del Tribunal el 2 de julio de 1980.

**V
PRUEBA**

42. Con base en lo establecido en los artículos 46, 47, 50, 51 y 57 del Reglamento, así como en su jurisprudencia respecto de la prueba y su apreciación⁴⁵, la Corte examinará y valorará los elementos probatorios documentales remitidos por la Comisión y las partes en diversas oportunidades procesales, las declaraciones de las presuntas víctimas y testigos y los dictámenes periciales rendidos mediante declaración jurada ante fedatario público (*affidavit*) y en la audiencia pública ante la Corte, así como las pruebas para mejor resolver solicitadas por el Tribunal (*supra* párr. 11). Para ello el Tribunal se atenderá a los principios de la sana crítica, dentro del marco normativo correspondiente⁴⁶.

A) Prueba documental, testimonial y pericial

43. El Tribunal recibió diversos documentos presentados como prueba por la Comisión Interamericana, los representantes y el Estado, adjuntos a sus escritos principales. Asimismo, la Corte recibió las declaraciones rendidas ante fedatario público (*affidavit*) por los declarantes a título informativo: Gerardo Escalante Lopez y Delia Ribas Valdés; presuntas víctimas: Andrea Regina Bianchi Bruna, Ana Cristina Castillo León, Claudia María Carro Maklouf, Victor Hugo Sanabria León, y peritos: Andrea Mesén Fainardi, Antonio Marlasca López, Alicia Neuburger, Maureen Condic, Martha Garza y Paul Hunt. En cuanto a la prueba rendida en audiencia pública, la Corte escuchó las declaraciones de las

⁴⁵ Cfr. Caso de la “Panel Blanca” (*Paniagua Morales y otros*) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37, párrs. 69 al 76, y Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 31.

⁴⁶ Cfr. Caso de la “Panel Blanca” (*Paniagua Morales y otros*) Vs. Guatemala, párr. 76, y Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, párr. 31.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

21

presuntas víctimas Miguel Mejías e Ileana Henchoz, y de los peritos Fernando Zegers, Anthony Caruso, Paola Bergallo y Marco Gerardo Monroy Cabra⁴⁷.

44. El representante Molina informó a la Corte que presentó un recurso de amparo “contra los médicos tratantes de cuatro de las [presuntas] víctimas, porque [dichos médicos habrían] alega[do], en dos de esos casos, que las ex esposas de [sus] representados les prohibieron, expresamente” que ellos le entregaran al representante Molina “copia del expediente médico que originó las consultas sobre la infertilidad”. Al respecto, el representante señaló que dicha situación le dejó “en clara indefensión” y que por ello recurrió “a las vías judiciales internas para intentar tener acceso a la información solicitada para presentar como prueba” ante la Corte. El representante informó que dicho amparo le fue negado. El representante expresó que lo anterior era “una clara violación procesal y de la buena fe que debe imperar en todo litigio pues habrían flagelado la “comunidad de prueba” a sabiendas de que, para los efectos del presente proceso, el expediente médico guarda información importante que, si bien es cierto que puede ser suplida por otro tipo de prueba, no puede ser ocultada si una de las partes ha tenido acceso a ella, pues su obligación es compartirla”.

45. El representante solicitó “un plazo adicional” para referirse “y hacer cualquier observación, como parte del escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, acerca de la prueba que hayan presentado las señoras Ana Cristina Castillo León y Claudia Carro Mackloun, ex esposas de los señores Enrique Acuña Cartín y Víktor Hugo Sanabria León” en la medida que “de haber aportado los expedientes médicos del caso, estarían haciendo uso de esa prueba en clara violación del principio de comunidad de prueba” y “de la buena fe en el litigio”. El representante solicitó a la Corte “que valore la posibilidad de solicitarle al Estado que, por las vías que correspondan, obligue a los Doctores Gerardo Escalante López y Delia María Ribas Valdéz” para que “entreguen copia del expediente médico de los señores mencionados y de los señores María del Socorro Calderón Porras y Carlos Vargas Solórzano, a quienes sin ningún motivo, a la fecha, se les ha entregado copia del expediente médico”. Al respecto, el Presidente tomó nota de estas solicitudes y señaló que, en caso de considerar que dicha prueba debe requerirse para resolver lo concerniente al objeto del presente caso, se solicitaría en el momento que se estimara oportuno. La Corte considera que dicha información no resulta indispensable para resolver el presente caso.

B) Admisión de la prueba

B.1) Admisión de la prueba documental

⁴⁷ Los objetos de todas estas declaraciones se encuentran establecidos en la Resolución del Presidente de la Corte de 6 de agosto de 2012. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/artavia_06_08_12.pdf Mediante comunicación de 9 de agosto de 2012 la Comisión desistió de la declaración de la señora Florencia Luna.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

22

46. En el presente caso, como en otros, el Tribunal otorga valor probatorio a aquellos documentos presentados oportunamente por las partes y la Comisión que no fueron controvertidos ni objetados, ni cuya autenticidad fue puesta en duda⁴⁸. Los documentos solicitados por el Tribunal como prueba para mejor resolver (*supra* párr. 11) son incorporados al acervo probatorio, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 58 del Reglamento.

47. El Tribunal decide admitir aquellos documentos que se encuentren completos o que, por lo menos, permitan constatar su fuente y fecha de publicación, y los valorará tomando en cuenta el conjunto del acervo probatorio, los alegatos del Estado y las reglas de la sana crítica⁴⁹.

48. Igualmente, con respecto a algunos documentos señalados por las partes y la Comisión por medio de enlaces electrónicos, el Tribunal ha establecido que si una parte proporciona al menos el enlace electrónico directo del documento que cita como prueba y es posible acceder a éste, no se ve afectada la seguridad jurídica ni el equilibrio procesal, porque es inmediatamente localizable por el Tribunal y por las otras partes⁵⁰. En este caso, no hubo oposición u observaciones de las otras partes o la Comisión sobre el contenido y autenticidad de tales documentos.

49. Por otra parte, en consideración de que los representantes remitieron con sus alegatos finales escritos, comprobantes de gastos de litigio relacionados con este caso, sólo considerará aquellos que se refieran a solicitudes de costas y gastos en que hubiesen incurrido con ocasión del procedimiento ante esta Corte, con posterioridad a la fecha de presentación del escrito de solicitudes y argumentos.

50. El Estado solicitó que se rechacen “los informes psicológicos que aporta” el representante Molina “para demostrar el supuesto daño producido por el Estado”. Indicó que dichos informes no analizan “cuál es el supuesto impacto de la prohibición” de la FIV en las presuntas víctimas, “sino que se limita a señalar las afectaciones producto de su estado de infertilidad” lo cual “no es consecuencia de ninguna actuación u omisión del Estado”. Agregó que los informes “parecen mencionar los efectos” que la FIV ha “ocasionado en las mujeres, lo cual lejos de hablar bien de la técnica, demuestra las graves afectaciones que sufren las mujeres que se someten a dicho procedimiento”, lo cual “no puede ser imputable al Estado, ni tampoco puede pretenderse una indemnización por este motivo”. Finalmente, señaló que “los informes psicológicos parecen evidenciar el criterio de las presuntas víctimas y no el criterio objetivo de los psicólogos”. En similar sentido, el Estado solicitó el rechazo de los “certificados psicológicos emitidos por la Dra. Andrea Meses Fernardi en los casos de Ana Cristina Castillo León y Claudia María Carro Maklouk”, los cuales fueron presentados por el representante May, dado que se limitan “a analizar el impacto que la infertilidad ha tenido en las supuestas víctimas”.

⁴⁸ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo, párr. 140, y *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, párr. 35.

⁴⁹ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo, párr. 146, y *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, párr. 36.

⁵⁰ Cfr. *Caso Escué Zapata Vs. Colombia*. Fondo, *Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165, párr. 26, y *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, párr. 37.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

23

51. Asimismo, el Estado solicitó se rechacen los “expedientes económicos” de las presuntas víctimas que fueron presentados por el representante Molina y que incluyen “estados de cuenta bancarios” y “certificaciones de ingresos” a partir de las cuales “se pretende lograr una indemnización del Estado”. El Estado alegó que de dicha documentación “no se extrae forma alguna de demostrar los gastos en que dicen haber incurrido las supuestas víctimas, y por el contrario contienen simples números sin identificación alguna que tenga relación” con el proceso. Agregó que “tampoco se explica la importancia de los datos bancarios y de ingresos para la resolución” del caso.

52. En cuanto a estas observaciones del Estado respecto a esta prueba documental, el Tribunal entiende que estas no impugnan su admisibilidad, sino que apuntan a cuestionar el peso probatorio de la misma. En consecuencia, no se genera problema en la admisibilidad de dicha prueba y será valorada conjuntamente con el resto del acervo probatorio, teniendo en cuenta las observaciones del Estado y de conformidad con las reglas de la sana crítica.

B.2) Admisión de las declaraciones de presuntas víctimas, y de la prueba testimonial y pericial

53. En cuanto a las declaraciones de las presuntas víctimas, los testigos y los dictámenes rendidos en la audiencia pública y mediante declaraciones juradas, la Corte los estima pertinentes sólo en lo que se ajusten al objeto que fue definido por el Presidente del Tribunal en la Resolución mediante la cual se ordenó recibirlos (*supra* párrs. 11). Éstos serán valorados en el capítulo que corresponda, en conjunto con los demás elementos del acervo probatorio y tomando en cuenta las observaciones formuladas por las partes⁵¹.

54. Conforme a la jurisprudencia de esta Corte, las declaraciones de las presuntas víctimas no pueden ser valoradas aisladamente sino dentro del conjunto de las pruebas del proceso, ya que son útiles en la medida en que pueden proporcionar mayor información sobre las alegadas violaciones y sus consecuencias⁵². Con base en lo anterior, el Tribunal admite dichas declaraciones (*supra* párrs. 11), cuya valoración se hará con base en los criterios señalados.

55. Por otra parte, en relación con las declaraciones ante fedatario público, el Estado solicitó la inadmisibilidad de las declaraciones de Paul Hunt, Antonio Marlasca, Gerardo Escalante y Delia Ribas. Asimismo, realizó observaciones de fondo sobre algunas declaraciones.

⁵¹ Cfr. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33, párr. 43, y *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, párr. 43.

⁵² Cfr. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Fondo*, párr. 43, y *Caso Díaz Peña Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de junio de 2012. Serie C No. 244, párr. 27.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
"The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law"

24

56. Respecto a los temas de admisibilidad, el Estado señaló que las declaraciones de Antonio Marlasca y Paul Hunt omitieron referirse a las preguntas planteadas por el Estado, lo cual afecta el deber de cooperación procesal, el principio de buena fe, el principio del contradictorio y el derecho a la defensa. La Corte reitera que el hecho de que se encuentre contemplado en el Reglamento la posibilidad de que las partes puedan formular preguntas por escrito a los declarantes ofrecidos por la contraparte y, en su caso, por la Comisión, impone el deber correlativo de la parte que ofreció la declaración de coordinar y realizar las diligencias necesarias para que se trasladen las preguntas a los declarantes y se incluyan las repuestas respectivas. En ciertas circunstancias, el no contestar diversas preguntas puede resultar incompatible con el deber de cooperación procesal y con el principio de buena fe que rige en el procedimiento internacional⁵³. Sin perjuicio de ello, el Tribunal considera que la no presentación de respuestas a las preguntas de la contraparte no afecta la admisibilidad de una declaración y es un aspecto que, según los alcances de los silencios de un declarante, podría llegar a impactar en el peso probatorio que puede alcanzar un peritaje, aspecto que corresponde valorar en el fondo del caso.

57. El Estado señaló que "la no presentación" en el plazo de la traducción al español de la declaración de Paul Hunt "violenta el deber de cooperación procesal y buena fe que debe imperar en el proceso internacional". El Estado indicó que "cumplió con presentar dos traducciones en el mismo plazo otorgado a la Comisión, lo cual evidentemente implicó una reducción del tiempo efectivo para la elaboración del dictamen", lo cual les "coloca en una situación de desigualdad procesal al disminuir además el tiempo [...] otorgado [...] para presentar las observaciones respectivas". Al respecto, la Corte observa que la versión en inglés del dictamen fue presentada dentro del plazo y que la demora en la remisión de la versión en español fue de 7 días. El Tribunal toma en cuenta que en el procedimiento ante la Comisión las partes presentaron diversa información y prueba en inglés sin que existiera traducción de la misma, lo cual no mereció objeción de las partes y, además, evidencia que en el procedimiento se han adoptado medidas para garantizar en debida forma el equilibrio procesal entre las partes. Asimismo, ante la Corte se han otorgado diversos plazos a la Comisión y a las partes para la remisión de traducciones al español de algunos documentos que se presentaron en inglés. Estos aspectos permiten concluir que la falta de traducción oportuna de dicha declaración no generó una carga desproporcionada hacia el Estado o los representantes que pudiera justificar su inadmisibilidad.

58. El Estado solicitó a la Corte que desestime el peritaje rendido por Antonio Marlasca, dado que "debió haber comparecido ante fedatario público", "y no como sucedió en este caso donde claramente se desprende del documento presentado que no existió tal comparecencia, pues el notario público afirma que se limita a transcribir el dictamen ya rendido previamente". Al respecto, la Corte ha señalado, en cuanto a la recepción y valoración de la prueba, que los procedimientos que se siguen ante ella no están sujetos a las mismas formalidades que las actuaciones judiciales internas, y que la incorporación de determinados elementos al acervo probatorio debe ser efectuada prestando particular

⁵³ *Caso Díaz Peña Vs. Venezuela*, párr. 33, y *Caso Uzcátegui y otros Vs. Venezuela. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 3 de septiembre de 2012, Serie C No. 249, párr. 29.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

25

atención a las circunstancias del caso concreto⁵⁴. Asimismo, el Tribunal ha admitido en otras ocasiones declaraciones juradas que no fueron rendidas ante fedatario público, cuando no se afecta la seguridad jurídica y el equilibrio procesal entre las partes⁵⁵, lo cual se respeta y garantiza en este caso.

59. El Estado objetó la admisibilidad de las declaraciones a título informativo de Gerardo Escalante y Delia Ribas, y la declaración de Alicia Neuburger, porque presuntamente se habrían referido a cuestiones que no estarían previstas en el objeto de sus declaraciones. La Corte reitera que sólo tendrá en cuenta las declaraciones rendidas ante fedatario público en la medida en que se enmarquen en el objeto previsto en la Resolución emitida por el Presidente.

60. Respecto a los temas del fondo, el Estado indicó los siguientes aspectos: i) Paul Hunt “carece de ese análisis de balance de intereses que es indispensable para determinar la existencia de un impacto desproporcionado”; ii) el peritaje de Alicia Neuburger “no resulta una prueba útil para demostrar la relación de causalidad entre las supuestas acciones violatorias de derechos” y “los daños que supuestamente tuvieron las presuntas víctimas”, y “parte de un conjunto de hechos que no han sido demostrados en este proceso”; iii) “el señor Marlasca falla en su intento por querer establecer una distinción que se pueda considerar como racional u objetiva entre lo que es una vida humana y una persona humana”; iv) “la declaración [de Andrea Mesén] esta rendida de una forma tan general que la hace inviable para tratar de justificar, mucho menos demostrar, un supuesto daño inmaterial en las presuntas víctimas”; v) Gerardo Escalante “limita la naturaleza y el contenido de la declaración a la forma en que se practicaba la FIV en Costa Rica al momento en que él la realizaba, por lo que no podría hacer valoraciones ni rendir opiniones sobre la técnica de fecundación in vitro en general, ni sobre la regulación internacional”; y vi) respecto a Delia Ribas: “refiere en todo momento al término “preembión”, utilizándolo como punto de partida para justificar el trato que recibe el embrión desde su concepción (o fecundación) hasta momentos antes de ser transferido al útero materno [...] y, por tanto, no es aceptable pretender fundamentar su manipulación escudándose en dicho concepto, ya que está científicamente demostrado que desde esta etapa inicial existe un organismo pleno y completo”; asimismo, alegó que “no es correct[o] [...] justificar la práctica de la técnica de la FIV como un tratamiento a una enfermedad que permite a los ‘pacientes’ tener ‘una mejoría de su salud’”; “aboga en su documento por la práctica de la criopreservación –o congelamiento de los embriones-, lo que resulta incompatible con el derecho a la vida y a la dignidad humana”, y que “no contesta la segunda interrogante que oportunamente le fue planteada”.

⁵⁴ *Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120, párr. 33.

⁵⁵ *Cfr. Caso del Penal Miguel Castro Castro*, párr. 189; *Caso Servellón García y otros*, párr. 46; y *Caso Claude Reyes y otros*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 51.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

26

61. En cuanto a estas observaciones del Estado respecto a los peritajes, el Tribunal entiende que estas no impugnan su admisibilidad, sino que apuntan a cuestionar el peso probatorio de los mismos. La Corte considerará el contenido de estos peritajes en la medida que se ajusten al objeto para el cual fueron convocados (*supra* párr. 11). Con base en lo antes expuesto, el Tribunal admite los peritajes señalados y los valorará conjuntamente con el resto del acervo probatorio, teniendo en cuenta las observaciones del Estado y de conformidad con las reglas de la sana crítica.

VI
HECHOS

A) Técnicas de Reproducción Asistida y Fecundación in Vitro

62. La infertilidad puede ser definida como la imposibilidad de alcanzar un embarazo clínico luego de haber mantenido relaciones sexuales sin protección durante doce meses o más⁵⁶. Las causas más comunes de infertilidad son, entre otras, daños en las trompas de Falopio, adherencias tubo-ováricas, factores masculinos (por ejemplo, bajo nivel de esperma), endometriosis, factores inmunológicos o pobre reserva ovárica⁵⁷. Se estima que la incidencia de la infertilidad asciende a un aproximadamente 10% de las mujeres en edad reproductiva⁵⁸.

63. Las técnicas o procedimientos de reproducción asistida son un grupo de diferentes tratamientos médicos que se utilizan para ayudar a las personas y parejas infértiles a lograr un embarazo, las cuales incluyen “la manipulación, tanto de ovocitos como de espermatozoides, o embriones [...] para el establecimiento de un embarazo”⁵⁹. Entre dichas técnicas se encuentran la FIV, la transferencia de embriones, la transferencia intra-tubárica de gametos, la transferencia intra-tubárica de cigotos, la transferencia intra-tubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la

⁵⁶ Cfr. Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2818); Declaración ante fedatario público de la perita Garza (expediente de fondo, tomo V, folio 2558); Declaración rendida por el perito Caruzo ante la Corte Interamericana en la audiencia pública celebrada en el presente caso, y Declaración de la declarante a título informativo Ribas (expediente de fondo, tomo V, folio 2241).

⁵⁷ Cfr. Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2828). Como explicó el perito Zegers-Hochschild, según la Organización Mundial de la Salud, la infertilidad constituye una enfermedad del sistema reproductivo (expediente de fondo, tomo VI, folio 2818).

⁵⁸ Cfr. Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2820).

⁵⁹ Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2821).



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

27

donación de ovocitos y embriones, y el útero subrogado⁶⁰. Las técnicas de reproducción asistida no incluyen la inseminación asistida o artificial⁶¹.

64. Por su parte, la FIV es “un procedimiento en el cual los óvulos de una mujer son removidos de sus ovarios, ellos son entonces fertilizados con esperma en un procedimiento de laboratorio, una vez concluido esto el óvulo fertilizado (embrión) es devuelto al útero de la mujer”⁶². Esta técnica se aplica cuando la infertilidad se debe a la ausencia o bloqueo de las trompas de Falopio de la mujer, es decir, cuando un óvulo no puede pasar hacia las trompas de Falopio para ser fertilizado y posteriormente implantado en el útero⁶³, o en casos donde la infertilidad recae en la pareja de sexo masculino⁶⁴, así como en los casos en que la causa de la infertilidad es desconocida. Las fases que se siguen durante el la FIV son las siguientes⁶⁵: i) inducción a la ovulación; ii) aspiración de los óvulos contenidos en los ovarios; iii) inseminación de óvulos con espermatozoides; iv) observación del proceso de fecundación e incubación de los embriones, y v) transferencia embrionaria al útero materno.

65. Sobre el desarrollo embrionario en la FIV, existen cinco etapas de dicho desarrollo que duran en total cinco días. En primer lugar, se seleccionan los óvulos maduros, los cuales son fecundados, por lo que se da paso al desarrollo del cigoto. En las primeras 26 horas de desarrollo el cigoto se divide en dos células, las cuales posteriormente se dividen en cuatro células en el día dos, y finalmente se vuelve a dividir para formar ocho células en el día tres. En el día cuatro, se habla de Morula y del día cuatro al día cinco, el embrión llega a su estado de Blastocisto. Los embriones pueden permanecer en cultivo hasta cinco días antes de ser transferidos al útero de la mujer⁶⁶. Por lo tanto, el embrión puede ser transferido desde el día dos y hasta el día cinco. Dependiendo de la caracterización morfológica y dinámica de la división celular, se toma la decisión respecto de cuando transferir el embrión⁶⁷. La transferencia

⁶⁰ Cfr. Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2820).

⁶¹ Cfr. Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2820).

⁶² Declaración ante fedatario público de la perita Garza (expediente de fondo, tomo V, folio 2559).

⁶³ Al respecto, el perito Zegers-Hochschild indicó que “la fecundación no puede ocurrir, si no existe trompa de Falopio el desarrollo embrionario no puede ocurrir, si los espermatozoides depositados en la vagina no tienen la capacidad de llegar a la trompa no hay fecundación, lo mismo que si los espermatozoides llegan pero no son capaces de fecundar”. Declaración rendida por el perito Zegers-Hochschild ante la Corte Interamericana en la audiencia pública celebrada en el presente caso. Asimismo, Resumen escrito del peritaje rendido por Anthony Caruso en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2937.210), y Declaración de la declarante Ribas (expediente de fondo, tomo V, folio 2243).

⁶⁴ Cfr. Resumen escrito del peritaje rendido por Anthony Caruso en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2937.214).

⁶⁵ Cfr. Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folios 2825 a 2830); Declaración ante fedatario público de la perita Garza (expediente de fondo, tomo V, folio 2559), y Declaración de la declarante a título informativo Ribas (expediente de fondo, tomo V, folios 2245 a 2248).

⁶⁶ Cfr. Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (Expediente de fondo, tomo VI, folios 2828 a 2829).

⁶⁷ Cfr. Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (Expediente de fondo, tomo VI, folios 2828 a 2829).



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

28

embrionaria puede ser directamente al útero o a las trompas de Falopio. A los 12 días de la transferencia embrionaria, se sabe si la mujer quedó embarazada a través de marcadores⁶⁸.

66. El primer nacimiento de un bebe producto de la FIV ocurrió en Inglaterra en 1978⁶⁹. En Latinoamérica, el nacimiento del primer bebe producto de la FIV y la transferencia embrionaria fue reportado en 1984 en Argentina⁷⁰. Desde que fuera reportado el nacimiento de la primera persona como resultado de Técnicas de Reproducción Asistida (en adelante “TRA”), “cinco millones de personas han nacido en el mundo gracias a los avances de esta [tecnología]”⁷¹. Asimismo, “[a]nualmente, se realizan millones de procedimientos de TRA. Las estimaciones para 2008, comprenden 1.600.000 tratamientos que dieron origen a 400.000 personas nacidas entre 2008 y septiembre de 2009” en el mundo⁷². En Latinoamérica “se estima que entre 1990 y 2010 150.000 personas han nacido” de acuerdo con el Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida⁷³.

67. De la prueba que obra en el expediente, Costa Rica es el único Estado en el mundo que prohíbe de manera expresa la FIV⁷⁴.

B) El Decreto ejecutivo

68. En Costa Rica, el Decreto Ejecutivo No. 24029-S de 3 de febrero de 1995, emitido por el Ministerio de Salud, autorizaba la práctica de la FIV para parejas conyugales y regulaba su ejecución. En su artículo 1° el Decreto Ejecutivo regulaba la realización de técnicas de reproducción asistida entre cónyuges, y establecía reglas para su realización⁷⁵. En el artículo 2° se definían las técnicas de reproducción asistida como “todas aquellas técnicas artificiales en las que la unión del óvulo y el

⁶⁸ Cfr. Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (Expediente de fondo, tomo VI, folios 2829 a 2830).

⁶⁹ Cfr. Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2821), y Declaración de la declarante a título informativo Ribas (expediente de fondo, tomo V, folio 2242).

⁷⁰ Cfr. Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2822).

⁷¹ Cfr. Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, Tomo VI, folios 2821 a 2822).

⁷² Cfr. Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, Tomo VI, folios 2821 a 2822).

⁷³ Cfr. Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, Tomo VI, folio 2822).

⁷⁴ El Perito Zegers-Hochschild explicó que “[l]as TRA son usadas en el mundo entero. Esto incluye todos los países de Europa, Oceanía, Asia y Medio Oriente, así como los países que cuentan con la tecnología en África. En relación a las Américas, los TRA se realizan en todos los países que cuentan con dicha tecnología, con excepción de Costa Rica. Así es razonable concluir que Costa Rica es el único país en el mundo que [prohíbe] la TRA”. Cfr. Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, Tomo VI, folio 2821).

⁷⁵ Sentencia No. 2000-02306 de 15 de marzo de 2000 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Expediente No. 95-001734-007-CO (expediente de anexos al informe, tomo I, folio 85).



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

29

espermatozoide se logra mediante una forma de manipulación directa de las células germinales a nivel de laboratorio”⁷⁶.

69. Las normas del Decreto Ejecutivo No. 24029-S que regulaban específicamente la técnica de la FIV cuestionada en el recurso de inconstitucionalidad, eran las siguientes⁷⁷:

Artículo 9.- En casos de fertilización in vitro, queda absolutamente prohibida la fertilización de más de seis óvulos de la paciente por ciclo de tratamiento.

Artículo 10.- 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.

Artículo 11.- Quedan absolutamente prohibidas las maniobras de manipulación del código genético del embrión, así como toda forma de experimentación sobre el mismo.

Artículo 12.- Queda absolutamente prohibido comerciar con células germinales – óvulos y espermatozoides – para ser destinados a tratamiento de pacientes en técnicas de reproducción asistida, sean éstas homólogas o heterólogas.

Artículo 13.- El incumplimiento de las disposiciones aquí establecidas faculta al Ministerio de Salud para cancelar el permiso sanitario de funcionamiento y la acreditación otorgada al establecimiento en el que se cometió la infracción, debiendo remitirse el asunto en forma inmediata al Ministerio Público y al Colegio Profesional respectivo, para establecer las sanciones correspondientes.

70. La FIV fue practicada en Costa Rica entre 1995 y 2000⁷⁸ por la entidad privada denominada “Instituto Costarricense de Infertilidad”⁷⁹. En ese lapso nacieron 15 costarricenses⁸⁰. La técnica fue declarada inconstitucional por la Sala Constitucional de Costa Rica mediante de 15 de marzo de 2000.

⁷⁶ Sentencia No. 2000-02306 de 15 de marzo de 2000 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Expediente No. 95-001734-007-CO (expediente de anexos al informe, tomo I, folio 85).

⁷⁷ Sentencia No. 2000-02306 de 15 de marzo de 2000 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Expediente No. 95-001734-007-CO (expediente de anexos al informe, tomo I, folios 85 y 86).

⁷⁸ “El 14 de [o]ctubre de 1995, nac[ió] el primer niño producto de la” fecundación in Vitro. *Cfr.* Declaración del declarante a título informativo Escalante (expediente de fondo, tomo V, folio 2388). Asimismo, notas de prensa del Diario la Nación de 15 de octubre de 1995, tituladas “Nació Esteban” y “Esteban, alianza fecunda” (expediente de fondo, tomo I, folio 587.40).

⁷⁹ *Cfr.* Declaración de la declarante a título informativo Ribas: “En Costa Rica la fertilización in vitro se inició por nuestro grupo en septiembre de 1994. [...] Nuestro resultados correspondientes a los años 1994 a 1996 fueron publicados en Acta Medica Costarricense [...]. Como éramos el único centro en el país, decidimos someternos al escrutinio de nuestros esfuerzos por parte de la Red Latinoamericana de



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

30

C) Sentencia de la Sala Constitucional de 15 de marzo de 2000

71. De conformidad con el artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional⁸¹, cualquier ciudadano puede interponer la acción de inconstitucionalidad en contra de una norma “cuando por la naturaleza del asunto no exista lesión individual y directa, o se trate de la defensa de intereses difusos o que atañen a la colectividad en su conjunto”. Basándose dicha norma, el 7 de abril de 1995 el señor Hermes Navarro del Valle presentó una acción de inconstitucionalidad contra el Decreto Ejecutivo que regulaba la FIV en Costa Rica, utilizando diversos alegatos sobre violación del derecho a la vida⁸². El solicitante requirió que: i) se declarara el Decreto inconstitucional por violar el derecho a la vida; ii) se declarara inconstitucional la práctica de la fecundación in vitro, y iii) “se instruya a las autoridades públicas a mantener un control minucioso de la práctica médica, para que dichos actos no se vuelv[a]n a producir”. Entre los argumentos que se alegaron en la acción de constitucionalidad se encuentran los siguientes: i) “el porcentaje de malformaciones en general fue mayor al registrado en la fecundación natural”; ii) “la práctica generalizada [de la FIV] violenta la vida humana [y] por las características privadas y aisladas [...] en que toma lugar dicha inseminación, cualquier reglamentación sería de difícil implementación y de difícil control por el Estado”; iii) “[l]a vida humana se inicia desde el momento de la fecundación, por lo tanto, cualquier eliminación o destrucción de concebidos - voluntaria o derivada de la impericia del médico o de la inexactitud de la técnica utilizada - resultaría en una evidente violación al derecho a la vida contenido” en la Constitución costarricense; iv) se hizo referencia a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la Convención sobre los derechos del niño; v) se arguyó que “el negocio de la fecundación in vitro [es] un negocio[, ...] no cura [...] una enfermedad[,] ni [es] un tratamiento de emergencia para salvar una vida”, y vi) “tan violatorio es el eliminar concebidos[,] o sea niños[,] tirándolos al basurero, como eliminarlos de forma deliberada debido a la falta de técnica en el proceso, pretendiendo jugar una especie de ‘ruleta rusa’ con los seis niños introducidos en la madre”.

Reproducción Asistida, de la cual fuimos miembros desde su creación hasta el fallo correspondiente a la prohibición de la técnica” (expediente de fondo, tomo V, folios 2242 y 2248).

⁸⁰ El declarante a título informativo Escalante informó que “[e]ntre los meses de se[p]tiembre de [19]94 y marzo de 2000, se trataron 121 parejas a las cuales se les practicaron 149 ciclos de Fertilización in Vitro completos[, de los cuales l]legaron a embarazo de término y nacieron 15 neonatos” (expediente de fondo, tomo V, folio 2392).

⁸¹ El artículo 75 estipula que “[p]ara interponer la acción de inconstitucionalidad es necesario que exista un asunto pendiente de resolver ante los tribunales, inclusive de habeas corpus o de amparo, o en el procedimiento para agotar la vía administrativa, en que se invoque esa inconstitucionalidad como medio razonable de amparar el derecho o interés que se considera lesionado. No será necesario el caso previo pendiente de resolución cuando por la naturaleza del asunto no exista lesión individual y directa, o se trate de la defensa de intereses difusos o que atañen a la colectividad en su conjunto”.

⁸² Acción de inconstitucionalidad presentada el 7 de abril de 1995 (expediente de anexos a la contestación, tomo VII, folios 10455, 10456, 10458, 10464, 10465 y 10466).



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

31

72. El 15 de marzo de 2000, la Sala Constitucional de la Corte Suprema emitió sentencia⁸³, mediante la cual declaró “con lugar la acción [y] se anula por inconstitucional [...] el Decreto Ejecutivo No. 24029-S”⁸⁴. Las razones esgrimidas por la Sala Constitucional para motivar su decisión fueron, en primer lugar, la “infracción del principio de reserva legal”, según el cual “solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales”. De acuerdo a lo anterior, la Sala concluyó que el Decreto Ejecutivo regulaba el “derecho a la vida y a la dignidad del ser humano”, razón por la cual “[l]a regulación de estos derechos por el Poder Ejecutivo resulta[ba] incompatible con el Derecho de la Constitución”.

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

La pregunta ¿cuándo comienza la vida humana? tiene trascendental importancia en el asunto que aquí se discute, pues debe definirse desde cuándo el ser humano es sujeto de protección jurídica en nuestro ordenamiento. Existen divergencias entre los especialistas. Algunos consideran que los embriones humanos son entidades que se encuentran en un estado de desarrollo donde no poseen más que un simple potencial de vida. [...] Señalan que antes de la fijación del pre-embrión éste se compone de células no diferenciadas, y que esa diferenciación celular no sucede sino después de que se ha fijado sobre la pared uterina y después de la aparición de la línea primitiva - primer esbozo del sistema nervioso-; a partir de ese momento se forman los sistemas de órganos y los órganos. [...] Por el contrario, otros sostienen que todo ser humano tiene un comienzo único que se produce en el momento mismo de la fecundación. Definen al embrión como la forma original del ser o la forma más joven de un ser y opinan que no existe el término pre-embrión, pues antes del embrión, en el estadio precedente, hay un espermatozoide y un ovulo. Cuando el espermatozoide fecunda al óvulo esa entidad se convierte en un cigoto y por ende en un embrión. La más importante característica de esta célula es que todo lo que le permitirá evolucionar hacia el individuo ya se encuentra en su lugar; toda la información necesaria y suficiente para definir las características de un nuevo ser humano aparecen reunidas en el encuentro de los veintitrés cromosomas del espermatozoide y los veintitrés cromosomas del ovocito. [...] Al describir la segmentación de las células que se produce inmediatamente después de la fecundación, se indica que en el estadio de tres células existe un minúsculo ser humano y a partir de esa fase todo individuo es único, rigurosamente diferente de cualquier otro. En resumen, en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico⁸⁵. (Añadido fuera del texto)

74. Asimismo, la Sala Constitucional determinó que las prácticas de FIV “atentan claramente contra la vida y la dignidad del ser humano”⁸⁶. Para su fundamentación, la Sala Constitucional indicó que: i) “[e]l ser humano es titular de un derecho a no ser privado de su vida ni a sufrir ataques ilegítimos por parte del Estado o de particulares, pero no sólo eso: el poder público y la sociedad civil deben ayudarlo a defenderse de los peligros para su vida”; ii) “en cuanto ha sido concebida, una persona es

⁸³ Sentencia No. 2000-02306 de 15 de marzo de 2000 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Expediente No. 95-001734-007-CO (expediente de anexos al informe, tomo I, folios 76 a 96).

⁸⁴ Sentencia No. 2000-02306 de 15 de marzo de 2000 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Expediente No. 95-001734-007-CO (expediente de anexos al informe, tomo I, folios 95).

⁸⁵ Sentencia No. 2000-02306 de 15 de marzo de 2000 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Expediente No. 95-001734-007-CO (expediente de anexos al informe, tomo I, folios 88 y 89).

⁸⁶ Sentencia No. 2000-02306 de 15 de marzo de 2000 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Expediente No. 95-001734-007-CO (expediente de anexos al informe, tomo I, folio 94).



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

32

una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico”, y iii) “como el derecho [a la vida] se declara a favor de todos, sin excepción, debe protegerse tanto en el ser ya nacido como en el por nacer”⁸⁷.

75. Por otra parte, la Sala Constitucional manifestó que “[l]a normativa internacional [...] establece principios rectores sólidos en relación con el tema de la vida humana”⁸⁸, para lo cual citó el artículo I de la Declaración Americana, el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 4 de la Convención Americana. Respecto al artículo 4 de la Convención, la Sala consideró que “[e]ste instrumento internacional da un paso decisivo, pues tutela el derecho [a la vida] a partir del momento de la concepción[, además s]e prohíbe tajantemente imponer la pena de muerte a una mujer en estado de gravidez, lo que constituye una protección directa y, por ende, un reconocimiento pleno de la personalidad jurídica y real del no nacido y de sus derechos”⁸⁹. También la Sala hizo referencia al artículo 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Sobre este punto, la Sala concluyó que “[l]as normas citadas imponen la obligación de proteger al embrión contra los abusos a que puede ser sometido en un laboratorio y, especialmente del más grave de ellos, el capaz de eliminar la existencia”⁹⁰.

76. Finalmente, la Sala concluyó:

El embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación, y lo que es fundamental para la Sala, no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte. [...] La objeción principal de la sala es que la aplicación de la técnica importa una elevada pérdida de embriones, que no puede justificarse en el hecho de que el objetivo de ésta es lograr un ser humano, dotar de un hijo a una pareja que de otra forma no podría tenerlo. Lo esencial es que los embriones cuya vida se procura primero y luego se frustra son seres humanos y el ordenamiento constitucional no admite ninguna distinción entre ellos. No es de recibo tampoco el argumento de que en circunstancias naturales también hay embriones que no llegan a implantarse o que aún logrando la implantación, no llegan a desarrollarse hasta el nacimiento, sencillamente por el hecho de que la aplicación de la [FIV] 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. Según la Sala ha podido constatar, la aplicación de la Técnica de Fecundación in Vitro y Transferencia Embrionaria, en la forma en que se desarrolla en la actualidad, atenta contra la vida humana. Este Tribunal sabe que los avances de la ciencia y la biotecnología son tan vertiginosos que la técnica podría llegar a ser mejorada de tal manera, que los reparos señalados aquí desaparezcan. Sin embargo, las condiciones en las que se aplica actualmente, llevan a

⁸⁷ Sentencia No. 2000-02306 de 15 de marzo de 2000 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Expediente No. 95-001734-007-CO (expediente de anexos al informe, tomo I, folios 88, 90).

⁸⁸ Sentencia No. 2000-02306 de 15 de marzo de 2000 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Expediente No. 95-001734-007-CO (expediente de anexos al informe, tomo I, folio 90).

⁸⁹ Sentencia No. 2000-02306 de 15 de marzo de 2000 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Expediente No. 95-001734-007-CO (expediente de anexos al informe, tomo I, folio 91).

⁹⁰ Sentencia No. 2000-02306 de 15 de marzo de 2000 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Expediente No. 95-001734-007-CO (expediente de anexos al informe, tomo I, folio 92).



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

33

concluir que cualquier eliminación o destrucción de concebidos – voluntaria o derivada de la impericia de quien ejecuta la técnica o de la inexactitud de ésta – viola su derecho a la vida, por lo que la técnica no es acorde con el Derecho de la Constitución y por ello el reglamento cuestionado es inconstitucional por infracción al artículo 21 de la Constitución Política y 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por contravenir la técnica, considerada en sí misma, el derecho a la vida, debe dejarse expresa constancia de que, ni siquiera por norma de rango legal es posible autorizar legítimamente su aplicación, al menos, se insiste, mientras su desarrollo científico permanezca en el actual estado y signifique el daño consciente de vidas humanas⁹¹. (Subrayado fuera del texto original)

77. Los magistrados Arguedas Ramírez y Calzada Miranda presentaron conjuntamente su salvamento de voto a la sentencia⁹². En dicho voto, los magistrados consideraron que la FIV “no es incompatible con el derecho a la vida ni a la dignidad humana, sino por el contrario, constituye un instrumento que la ciencia y la técnica han concebido al ser humano para favorecerla, ya que la infertilidad [...] debe ser vista como la consecuencia de un estado genuino de enfermedad”⁹³. Igualmente, manifestaron que las “[t]écnicas de [r]eproducción [a]sistida [...] se ofrecen como un medio para ejercer el legítimo ejercicio del derecho a la reproducción humana, que, aunque no está expresamente reconocido en [la] Constitución Política, se deriva del derecho a la libertad y la autodeterminación, el derecho a la intimidad personal y familiar y a la libertad para fundar una familia”⁹⁴.

D) Recursos interpuestos por Ileana Henchoz y Karen Espinoza

78. El 30 de mayo de 2008, la señora Henchoz interpuso una acción de inconstitucionalidad contra la sentencia de la Sala Constitucional de 15 de marzo de 2000, la cual fue rechazada de plano⁹⁵. En dicha decisión la Sala consideró que su jurisprudencia es vinculante “*erga omnes* salvo para sí misma, de manera que el criterio vertido en ell[a] puede ser modificad[a] cuando existan motivos para ello o razones de orden público”⁹⁶.

⁹¹ Sentencia No. 2000-02306 de 15 de marzo de 2000 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Expediente No. 95-001734-007-CO (expediente de anexos al informe, tomo I, folios 94 y 95).

⁹² Salvamento de Voto de 15 de marzo de 2000 de los magistrados Arguedas Ramírez y Calzada Miranda (expediente de anexos a la contestación, tomo IX, folios 10994 a 10996).

⁹³ Salvamento de Voto de 15 de marzo de 2000 de los magistrados Arguedas Ramírez y Calzada Miranda (expediente de anexos a la contestación, tomo IX, folios 10994).

⁹⁴ Salvamento de Voto de 15 de marzo de 2000 de los magistrados Arguedas Ramírez y Calzada Miranda (expediente de anexos a la contestación, tomo IX, folios 10994).

⁹⁵ Cfr. Resolución No. 2008009578. Acción de inconstitucionalidad promovida por Ileana Henchoz Bolaños de 11 de junio de 2008 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVIII, folios 5842).

⁹⁶ Sentencia de la Sala Constitucional 2005-10602 16 de agosto de 2005 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVIII, folios 5842).



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

34

79. Posteriormente, la señora Henchoz interpuso una demanda judicial contra la Caja Costarricense del Seguro Social con la finalidad de que se le permitiera practicarse la FIV. La Caja adujo la imposibilidad de practicar dicho procedimiento debido a la Sentencia de 15 de marzo de 2000⁹⁷. Mediante sentencia de 14 de octubre de 2008, el Tribunal Superior de lo Contencioso y Civil de Hacienda concluyó que la FIV como mecanismo de reproducción asistida no estaba prohibida en Costa Rica, en tanto no se incurra en los vicios señalados por la Sala Constitucional, “máxime que el desarrollo actual de este procedimiento médico posibilita, en un ciclo reproductivo femenino, la fecundación de un solo óvulo para su posterior transferencia al útero de la madre”⁹⁸.

80. El Tribunal Superior de lo Contencioso y Civil de Hacienda ordenó a la Caja Costarricense de Seguro Social elaborar un diagnóstico y realizar los exámenes médicos correspondientes a fin de determinar la viabilidad para practicar los métodos de reproducción asistida, incluida la FIV, a la señora Henchoz⁹⁹. Asimismo señaló que dicho procedimiento se realizaría respetando los lineamientos dictados por la Sala Constitucional, a partir del desarrollo actual de la técnica, “de manera que no e[ra] válida la fecundación de más de un óvulo por ciclo reproductivo de la paciente para su transferencia, ni e[ra] posible la fecundación de dos o más óvulos en ese mismo ciclo reproductivo y mucho menos, la selección de un embrión de entre varios, su destrucción, desecho, congelamiento o experimentación respecto de alguno de ellos”¹⁰⁰.

81. La Caja Costarricense de Seguro Social apeló la sentencia emitida por el Tribunal Superior y el 7 de mayo de 2009 los magistrados de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia anulaban dicho fallo y declararon sin lugar la demanda¹⁰¹. La Sala Primera indicó que “ha quedado demostrado [...] que la técnica de la fertilización in vitro estaría contraindicada para la demandante en razón de su edad, pues a sus 48 años ha perdido ya su capacidad reproductiva con sus propios óvulos, lo que hace extraordinariamente improbable y remoto un embarazo de manera asistida” aunado al hecho que la

⁹⁷ Sentencia No. 835-2008 dictada por la Sección Quinta del Tribunal Contencioso y Administrativo y Civil de Hacienda en el Proceso de Conocimiento interpuesto por Ileana Henchoz Bolaños contra la Caja Costarricense de Seguro Social, Expediente No. 08-00178-1027-CA de 14 de octubre de 2008 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVIII, folios 5845 a 5872).

⁹⁸ Sentencia No. 835-2008 dictada por la Sección Quinta del Tribunal Contencioso y Administrativo y Civil de Hacienda en el Proceso de Conocimiento interpuesto por Ileana Henchoz Bolaños contra la Caja Constarricense de Seguro Social, Expediente No. 08-00178-1027-CA de 14 de octubre de 2008 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVIII, folio 5859).

⁹⁹ Sentencia No. 835-2008 dictada por la Sección Quinta del Tribunal Contencioso y Administrativo y Civil de Hacienda en el Proceso de Conocimiento interpuesto por Ileana Henchoz Bolaños contra la Caja Constarricense de Seguro Social, Expediente No. 08-00178-1027-CA de 14 de octubre de 2008 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVIII, folio 5871).

¹⁰⁰ Sentencia No. 835-2008 dictada por la Sección Quinta del Tribunal Contencioso y Administrativo y Civil de Hacienda en el Proceso de Conocimiento interpuesto por Ileana Henchoz Bolaños contra la Caja Costarricense de Seguro Social, Expediente No. 08-00178-1027-CA de 14 de octubre de 2008 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVIII, folio 5872).

¹⁰¹ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de fecha 7 de mayo de 2009, Exp. 08-000178-1027-CA, Res. 000465-F-S1-2009 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVIII, folios 5873 a 5879).



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

35

demandante “luego de la sentencia impugnada manifestó a través de distintos medios de comunicación colectiva que no se sometería a la técnica de la fertilización in vitro, en razón de su edad”¹⁰².

82. Por otra parte, el 6 de enero de 2005, la Defensoría de los Habitantes emitió el oficio N°00117-2005-DHR, motivado por una denuncia interpuesta por la señora Espinoza, en la cual planteó que, tras haber acudido a un Hospital parte de la Caja Costarricense del Seguro Social, éste le habría denegado la posibilidad de un tratamiento de fertilidad argumentando la ausencia de programas para tales efectos¹⁰³ y no se le habría entregado un medicamento denominado “menotropin”, el cual le había sido dado en otras ocasiones a la paciente¹⁰⁴. En el mencionado oficio, la Defensoría emitió una serie de recomendaciones, a saber:

[el establecimiento de] un programa especial para el tratamiento de la infertilidad y esterilidad de todas las parejas y mujeres que vivan esta situación, que deseen ejercer su derecho de maternidad y paternidad y no cuenten con los recursos económicos para optar por un servicio, atención y tratamientos médicos privados¹⁰⁵.

83. Asimismo, la Defensoría recomendó el mejoramiento de la prestación del servicio y atención médica en aquellos campos en los que se requiere un tratamiento y seguimiento médico como es el caso de la infertilidad, y finalmente, el establecimiento de lineamientos claros en materia de medicamentos sanitarios¹⁰⁶.

E) Proyectos de ley

84. La Corte observa que, en el marco de un intento por cumplir con las recomendaciones efectuadas por la Comisión Interamericana (*supra* párr. 1), en la Asamblea Legislativa en el año 2010 fue presentado un proyecto de ley tratando de regular la FIV¹⁰⁷. Entre otros elementos, el proyecto partía

¹⁰² Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de fecha 7 de mayo de 2009, Exp. 08-000178-1027-CA, Res. 000465-F-S1-2009, remitido por el Estado mediante comunicación de fecha 22 de enero de 2010 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVIII, folios 5873 a 5879).

¹⁰³ Cfr. Oficio N°00117-2005-DHR de la Defensoría de los Habitantes de 6 de enero de 2005 (expediente de anexos de argumentos y prueba, tomo IV, anexo XV, folios 5556 a 5562).

¹⁰⁴ Cfr. Receta del medicamento “Menotropins” (expediente de anexos de argumentos y prueba, tomo IV, anexo XV, folio 5520).

¹⁰⁵ Cfr. Oficio N°00117-2005-DHR de la Defensoría de los Habitantes de 6 de enero de 2005 (expediente de anexos de argumentos y prueba, tomo IV, anexo XV, folio 5561).

¹⁰⁶ Cfr. Oficio N°00117-2005-DHR de la Defensoría de los Habitantes de 6 de enero de 2005 (expediente de anexos de argumentos y prueba, tomo IV, anexo XV, folio 5561).

¹⁰⁷ Cfr. Proyecto de Ley sobre Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria, Expediente 17.900, 22 de octubre de 2010 (expediente de anexos a la contestación, tomo IX, folios 11055 a 11068).



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

36

de la protección de todos los derechos de la persona humana a partir de la fecundación¹⁰⁸ y establecía que podía practicarse la FIV “a condición de que todos los óvulos fertilizados en un ciclo de tratamiento sean transferidos a la misma mujer que los produjo”¹⁰⁹. Además, se prohibía “la reducción o destrucción de embriones”¹¹⁰. Asimismo, el proyecto de ley preveía que “[q]uien, en la aplicación de la técnica de la [FIV], destruyere o redujere o de cualquier modo diere muerte a uno o más embriones humanos, será sancionado con prisión de uno a seis años”¹¹¹. La Corte observa que el proyecto de ley no fue aprobado¹¹². Por su parte, la Organización Panamericana de la Salud (OPS) se pronunció en forma crítica contra el proyecto y resaltó los “riesgos de múltiples embarazos que pueden ocurrir cuando todos los óvulos fertilizados en un ciclo de tratamiento son transferidos a la misma mujer que los produjo, lo cual a su vez incrementa el riesgo del aborto espontáneo, complicaciones obstétricas, nacimientos prematuros y morbilidad neonatal”¹¹³. La OPS señaló que “[t]ransferir a una mujer todos los embriones producidos en cada ciclo de un tratamiento de [FIV], incluso aquellos embriones que tienen defectos, puede poner en peligro el derecho a la vida de la mujer e incluso ocasionar la realización de un aborto terapéutico lo que a su vez afecta negativamente el goce del derecho a la salud y de otros derechos humanos relacionados que han sido acordados por los Estados de la OPS”¹¹⁴.

F) Situación particular de las presuntas víctimas

F.1) Grettel Artavia Murillo y Miguel Mejías Carballo

85. La señora Grettel Artavia Murillo contrajo matrimonio con el señor Miguel Mejías Carballo el 13 de diciembre de 1993¹¹⁵. A raíz de un accidente laboral ocurrido en 1985, el señor Mejías sufrió un

¹⁰⁸ Cfr. artículo 6 del *Proyecto de Ley sobre Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria*, Expediente 17.900, 22 de octubre de 2010 (expediente de anexos a la contestación, tomo IX, folios 11055 a 11068).

¹⁰⁹ Cfr. artículo 8 del *Proyecto de Ley sobre Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria*, Expediente 17.900, 22 de octubre de 2010 (expediente de anexos a la contestación, tomo IX, folio 11064).

¹¹⁰ Cfr. artículo 8 del *Proyecto de Ley sobre Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria*, Expediente 17.900, 22 de octubre de 2010 (expediente de anexos a la contestación, tomo IX, folio 11064).

¹¹¹ Cfr. artículo 19 del *Proyecto de Ley sobre Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria*, Expediente 17.900, 22 de octubre de 2010 (expediente de anexos a la contestación, tomo IX, folio 11067).

¹¹² Cfr. Contestación de la demanda por el Estado (expediente de contestación, tomo III, folio 1007).

¹¹³ Organización Panamericana de la Salud, Opinión técnica de la Organización Panamericana de la Salud/Organización Mundial de la Salud (OPS/OMS) respecto al contenido del Proyecto de Ley de Costa Rica sobre Fecundación in Vitro y Transferencia Embrionaria en el contexto del derecho humano a la salud (expediente de anexos al informe, tomo II, folio 835).

¹¹⁴ Organización Panamericana de la Salud, Opinión técnica de la Organización Panamericana de la Salud/Organización Mundial de la Salud (OPS/OMS) respecto al contenido del Proyecto de Ley de Costa Rica sobre Fecundación in Vitro y Transferencia Embrionaria en el contexto del derecho humano a la salud, folio 835.

¹¹⁵ Cfr. Certificado de Registro Civil de 14 de diciembre de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo I, folio 4074).



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

37

accidente a la edad de 19 años que lo dejó parapléjico permanentemente¹¹⁶, razón por la cual decidieron buscar ayuda médica.

86. La médica tratante diagnosticó la imposibilidad de la pareja para procrear naturalmente, por lo que era imposible llegar a un embarazo sin asistencia médica. Teniendo en cuenta lo anterior, les realizó ocho inseminaciones artificiales¹¹⁷. Para sufragar los gastos de las inseminaciones, la pareja solicitó créditos fiduciarios e hipotecarios e hipotecó su casa, además de vender algunas de sus pertenencias¹¹⁸. Sin embargo, las inseminaciones artificiales no dieron resultado¹¹⁹.

87. En febrero de 2000, la médica tratante le informó a la pareja que la última alternativa a seguir en el tratamiento contra la infertilidad sería practicar una FIV. Un mes después, el 15 de marzo de 2000 la Sala Constitucional de Costa Rica emitió la sentencia que prohibió la práctica en el país¹²⁰. La pareja no tenía los recursos económicos para viajar al exterior para realizarse el tratamiento¹²¹.

88. El 10 de marzo de 2011 la pareja se divorció, siendo una de las razones la imposibilidad de tener hijos biológicos¹²².

F.2) Ileana Henchoz Bolaños y Miguel Yamuni Zeledón

¹¹⁶ El señor Mejías indicó que “un terraplén que se vino al lado de la construcción [lo] sepultó y cuando lograron sacar[lo] ya [él] tenía una paraplejía completa a nivel de 10 de 12 y le precisaron que ya no podía volver a caminar, por medio que había sufrido una lesión medular”. Declaración del señor Miguel Mejías Carballo rendida en la audiencia pública celebrada en el presente caso.

¹¹⁷ Escrito de la señora Artavia y el señor Mejías de 19 de diciembre de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y pruebas, tomo I, folio 4075).

¹¹⁸ Al respecto, la señora Artavia indicó que “para sufragar los gastos [su] ex esposo en ese entonces tuvo que proceder a créditos fiduciarios e hipotecarios los cuales a la fecha no ha podido cancelar en su totalidad”. Escrito de la señora Artavia y el señor Mejías de 19 de diciembre de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo I, folio 4075). Asimismo, el señor Mejías declaró que “ya había hipotecado [su] casa, había gastado todos los ahorros que [él] tenía para poder [ellos] practicar acá la fertilización in vitro en Costa Rica”. Declaración del señor Miguel Mejías Carballo rendida en audiencia pública celebrada en el presente caso.

¹¹⁹ Escrito de la señora Artavia y el señor Mejías de 19 de diciembre de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo I, folio 4075). De igual manera, el señor Mejías indicó que hicieron todas las inseminaciones pero “no resultó porque [la esposa] tenía un problema de útero”. Declaración del señor Miguel Mejías Carballo rendida en audiencia pública celebrada en el presente caso.

¹²⁰ El señor Mejías declaró que cuando su esposa fue operada para resolver el problema que tenía en el útero, y cuando ya “estaba bien para hacerse una técnica de fertilización In Vitro, y [ellos] felices contentos y fue cuando los prohibieron y hasta el momento no pudi[eron]”. Declaración del señor Miguel Mejías Carballo rendida en audiencia pública celebrada en el presente caso.

¹²¹ Sobre este punto, la señora Artavia indicó que desde el momento de la sentencia que prohibió la práctica de la FIV ellos venían desesperados y con frustraciones “asociado a la imposibilidad de ir al extranjero a realizar [...] tal práctica por falta de dinero”. Escrito de la señora Artavia y el señor Mejías de 19 de diciembre de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo I, folio 4076). Declaración del señor Miguel Mejías Carballo rendida en audiencia pública celebrada en el presente caso.

¹²² Escrito de la señora Artavia y el señor Mejías de 19 de diciembre de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo I, folio 4077) y Certificado de divorcio de 10 de marzo de 2011 (expediente de anexos del Estado, tomo VIII, folios 10269 a 10285).



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

38

89. El 22 de febrero de 1992 los señores Miguel Antonio Yamuni Zeledón e Ileana Henchoz Bolaños se casaron¹²³. Dentro de su núcleo familiar estaba la hija del primer matrimonio de la señora Henchoz¹²⁴.

90. Desde 1994 decidieron tener hijos. A partir de 1994 la pareja se practicó 16 inseminaciones artificiales sin resultados¹²⁵. Luego de practicarse otras tres inseminaciones artificiales más con otro doctor, y realizar otros exámenes, en 1999 les fue diagnosticado que la única manera por la que podían tener hijos era por medio de la FIV¹²⁶. Para ello, la pareja se realizó una serie de exámenes de laboratorio¹²⁷. Después de esto el médico tratante manifestó que “exist[ía] un factor masculino subóptimo y se realizó un ciclo de inseminación intrauterina con capacitación espermática sin resultados”¹²⁸.

91. En el año 1999 se le practicaron varios procedimientos y exámenes médicos a la señora Henchoz, como por ejemplo una miomectomía, en el que se removió un fibroma¹²⁹. El médico tratante afirmó que “en el mes de noviembre de ese año de nuevo se insemin[ó] sin resultados”¹³⁰. El 7 de enero de 2000 le fueron recetados medicamentos a la señora Henchoz para estímulo ovárico¹³¹. El 15 de febrero a la señora Henchoz se le hicieron dos exámenes de laboratorio relativos a hormonas y un ultrasonido¹³².

¹²³ Cfr. Certificado de Registro Civil de 6 de diciembre de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXIX, folio 5902).

¹²⁴ Declaración de la señora Ileana Henchoz Bolaños rendida en la audiencia pública celebrada en el presente caso.

¹²⁵ En este sentido, la señora Henchoz Bolaños señaló que “una doctora [les] recomendó que [les] hiciera[n] inseminaciones artificiales, [les] hici[eron] aproximadamente 15, 16 inseminaciones artificiales, no vi[eron] resultados tampoco, eso fue muy duro porque fue mucho tiempo también”. Declaración de la señora Ileana Henchoz Bolaños rendida en audiencia pública celebrada en el presente caso.

¹²⁶ Declaración jurada de la señora Ileana Henchoz Bolaños de 13 de diciembre de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXIX, folio 5885) y declaración jurada del señor Miguel Antonio Yamuni Zeledón de 13 de diciembre de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXIX, folio 5881).

¹²⁷ Cfr. Certificados del Laboratorio Clínico “La California” de hematología, resultado de orina, “anticuerpos anti espermatozoides”, histerosalpingografía, ultrasonido transvaginal de junio de 1999 (expediente de anexos al escrito de argumentos y pruebas, tomo V, anexo XXVII, folios 5700 a 5703).

¹²⁸ Declaración escrita de Gerardo Escalante López de 29 de agosto de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVII, folio 5827).

¹²⁹ Cfr. Certificado del Centro Médico de Diagnostico por Ultrasonido “La California” de ultrasonidos vaginal y transvaginales de agosto y noviembre de 1999 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVII, folios 5708, 5730 a 5733); certificados del Laboratorio Clínico “La California” de exámenes de hormonas de 23 y 25 de noviembre de 1999 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVII, folios 5738 - 5739 y 5742), y certificación respecto a la miomectomía de 9 de septiembre de 1999 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVII, folios 5789 y 5790).

¹³⁰ Cfr. Declaración escrita de Gerardo Escalante López de 29 de agosto de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVII, folio 5827).

¹³¹ Cfr. Receta del Dr. Escalante para la señora Henchoz Bolaños de los 5 medicamentos para estímulo ovárico de 1 de enero de 2000 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVII, folios 5744 y 5745).

¹³² Cfr. Certificados del Laboratorio Clínico “La California” de ultrasonido transvaginal y de exámenes de hormonas de 15 de febrero de 2000 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVII, folios 5748 a 5750).



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

39

92. El 10 marzo de 2000 se emitió la sentencia de la Sala Constitucional, razón por la cual la pareja decidió viajar a España para continuar el tratamiento¹³³. Como pasos previos para el viaje, en abril de ese año se le realizaron varios exámenes médicos y se recetaron medicamentos¹³⁴.

93. Entre los días 18 y 28 de abril la pareja estuvo en España¹³⁵. El 21 de abril de 2000 se hicieron los trámites y exámenes de laboratorio necesarios¹³⁶. El 23 de abril siguiente le implantaron 2 embriones¹³⁷ a la señora Henchoz. El costo en España por el tratamiento fue de 463.000 pesetas¹³⁸.

94. Los días 2, 5, 8, 15 y 16 de mayo de 2000 se le practicaron 7 exámenes del comportamiento de las hormonas para dar seguimiento al embarazo a la señora Henchoz¹³⁹. El médico indicó que se “realiz[ó] un proceso de FIV en el Instituto Valenciano de Infertilidad, Valencia, España [y que s]e consigu[ió] embarazo bioquímico que se desvanec[ió] en unos días. Aborto bioquímico”¹⁴⁰.

95. La pareja decidió viajar a Colombia, por lo que para esta primera fase de la FIV a la señora Henchoz se le practicaron exámenes médicos¹⁴¹. El señor Yamuni y la señora Henchoz viajaron a

¹³³ Declaración jurada del señor Miguel Antonio Yamuni Zeledón de 13 de diciembre de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXIX, folio 5881). De igual manera, la señora Henchoz Bolaños indicó que dado que la única manera en que podían tener hijos era por medio de la FIV “la única forma era saliendo del país pues Costa Rica acababa de prohibirlo. El derecho a tener hijos [les] fue truncado en el año dos mil”. Declaración jurada de la señora Ileana Henchoz Bolaños de 13 de diciembre de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXIX, folio 5885).

¹³⁴ Cfr. Certificado del Laboratorio Clínico “La California” de exámenes de hormonas y ultrasonidos transvaginales de abril de 2000 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVII, folio 5753, 5756 a 5762), y receta del estimulante de hormonas del médico tratante de 10 de abril de 2000 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVII, folio 5754).

¹³⁵ Cfr. Certificado de Ministerio de Gobernación y Policía de Miguel Antonio Yamuni Zeledón y Ileana Henchoz Bolaños de salida el 17 de abril de 2000 y de entrada el 28 de abril de 2000 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVII, folios 5764 y 5767); factura de pago del Hotel “Renasá” en Valencia de 24 de abril 2000, y Factura de FIV del Instituto Valenciano de Infertilidad (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVII, folio 5781).

¹³⁶ Cfr. Certificados de trámites y exámenes de laboratorio de 21 de abril de 2000 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVII, folios 5775 y 5776).

¹³⁷ Cfr. Certificado de la transferencia embrionaria (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVII, folio 5773).

¹³⁸ Cfr. Factura del tratamiento de 28 de abril de 2000 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVII, folio 5781).

¹³⁹ Cfr. Certificados del Laboratorio Clínico “La California” de exámenes de hormonas de 2, 5, 8 y 15 de mayo de 2000 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVII, folios 5782 a 5787).

¹⁴⁰ Cfr. Declaración escrita de Gerardo Escalante López de 29 de agosto de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVII, folio 5827).

¹⁴¹ Cfr. Certificados del Laboratorio Clínico “La California” de ultrasonidos transvaginales de 13, 20 y 23 de noviembre de 2000 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVII, folios 5791 a 5794 y 5799 a 5802). Certificado del Laboratorio Clínico “La California” de examen de hormonas de 15 de noviembre de 2000 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVII, folio 5792).



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

40

Colombia el día 25 de noviembre de 2000¹⁴². La FIV en Colombia se practicó entre el 25 de noviembre y el 3 de diciembre de 2000¹⁴³. Los días 5, 13, 14 y 22 de diciembre de 2000 se le realizaron a la señora Henchoz 5 exámenes del comportamiento de las hormonas para dar seguimiento al posible embarazo¹⁴⁴ y los días 19 y 27 del mismo mes y año dos ultrasonidos¹⁴⁵. Este nuevo intento no arrojó resultados¹⁴⁶. El 27 de abril de 2001 se dio un informe de citogenética de la sección de genética humana a la pareja, en el que se indicó que hubo dos pérdidas¹⁴⁷.

F.3) Oriéster Rojas y Julieta González

96. El señor Oriéster Rojas y la señora Julieta González contrajeron matrimonio el 20 de julio de 1996¹⁴⁸. Luego de transcurridos unos meses y ante la falta de un embarazo de la señora González, el señor Rojas inició un tratamiento con la Caja Costarricense del Seguro Social. Entre 1997 y 1999 el señor Rojas se practicó un procedimiento quirúrgico y varios exámenes médicos¹⁴⁹.

97. El 6 de febrero de 2001 se inició la primera fase de preparación de la FIV a la señora González, por lo que se emitieron dos recetas médicas, en donde se le prescribieron los medicamentos conocidos como puregón y luprón¹⁵⁰, para poder practicarse la FIV en Panamá. El 3, 5, 9 y 12 de marzo de 2001, la señora González empezó el ciclo de inducción a la ovulación, uno de los pasos previos para ir posteriormente a Panamá para la realización de la FIV¹⁵¹.

¹⁴² Cfr. Certificado de Ministerio de Gobernación y Policía de Miguel Antonio Yamuni Zeledón y Ileana Henchoz Bolaños de salida el 25 de noviembre de 2000 y de entrada el 2 de diciembre de 2000 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVII, folios 5764 y 5767).

¹⁴³ Cfr. Certificado de FIV del Laboratorio “Conceptum” de Bogotá, Colombia de diciembre de 2000 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVII, folio 5804).

¹⁴⁴ Cfr. Certificados del Laboratorio Clínico “La California” de exámenes de hormonas de 5, 13, 14 y 22 de diciembre de 2000 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVII, folios 5805 a 5807 y 5810).

¹⁴⁵ Cfr. Certificados del Laboratorio Clínico “La California” de ultrasonidos transvaginales de 19 de diciembre de 2000 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVII, folios 5808-5809 y 5813-5814).

¹⁴⁶ Declaración escrita de Gerardo Escalante López de 29 de agosto de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVII, folio 5827). De igual manera la señora Henchoz Bolaños indicó que “fu[eron] a Colombia, fue igual la misma angustia, el mismo no reposo, la misma cajita de cristal en el avión. Volvi[eron] acá igual bueno no se dio el bebe”. Declaración de la señora Ileana Henchoz Bolaños rendida en audiencia pública celebrada en el presente caso.

¹⁴⁷ Cfr. Informe de resultados del laboratorio de citogenética, sección de genética humana, INISA, Universidad de Costa Rica de 27 de abril de 2000 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXIX, folios 5817 y 5818).

¹⁴⁸ Cfr. Certificado de registro de matrimonio de Oriéster Rojas y Julieta Gonzalez (expediente de anexos a la contestación, tomo VIII, folio 10247).

¹⁴⁹ Cfr. Expediente médico del señor Oriéster Rojas en el Hospital México de la Caja Costarricense del Seguro Social, exámenes médicos, reportes, constancias médicas y recetas de agosto, octubre y diciembre de 1997, mayo y julio de 1999 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo II, folios 4224 a 4234 4256, 4257 y 4258).

¹⁵⁰ Cfr. Expediente médico de la señora Julieta González Rojas en el Hospital México de la Caja Costarricense del Seguro Social (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo II, folios 4263-4264).

¹⁵¹ Cfr. Expediente médico de la señora Julieta González, Exámenes médicos y ultrasonidos del 3, 5, 9 y 12 de marzo de 2001 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo II, folios 4270 a 4281).



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

41

98. Entre el 13 y el 20 de marzo de 2001 el señor Rojas y la señora González estuvieron en Panamá con el propósito de realizarse un procedimiento de la FIV¹⁵². Se realizó el procedimiento de FIV con microinyección espermática (ICSI) debido al factor masculino severo¹⁵³. Tras dicho procedimiento, le fueron recetados medicamentos¹⁵⁴.

99. Tras su regreso de Panamá, la señora González se sometió nuevamente a pruebas hormonales, mediante las cuales se determinó que no había embarazo¹⁵⁵.

100. El 23 de enero de 2002 la señora González y el señor Rojas promovieron un proceso de adopción directa¹⁵⁶, la cual fue autorizada¹⁵⁷.

F.4) Víktor Sanabria León y Claudia Carro Maklouf

101. El día 16 de abril de 1999 se casaron la señora Claudia Carro Maklouf y el señor Víktor Sanabria. La señora Carro tenía 3 hijos de su primer matrimonio, mientras que el señor Sanabria no tenía hijos de su primer matrimonio¹⁵⁸. Antes del matrimonio, la pareja había acudido a citas médicas y el 21 de septiembre de 1998 se diagnosticó al señor Sanabria “hipomotilidad espermática” y “viscosidad seminal aumentada”¹⁵⁹, asociadas a infertilidad masculina, patología que de no corregirse condicionaba un muy bajo porcentaje de conseguir un embarazo natural¹⁶⁰.

¹⁵² Cfr. Recibos de pago del Hotel Roma del 13, 14, 15 y 16 de marzo del 2001 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo II, folios 4283-4285).

¹⁵³ Cfr. Certificación por el médico tratante según la cual “se le realizó [a la señora Julieta González] el ICSI en Panamá, donde tuvo que permanecer por 3 días más antes de regresar al país.” Certificado de 8 Junio de 2001 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo II, folio 4300).

¹⁵⁴ Recetas emitidas por el médico tratante (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo II, folios 4286; 4289; 4290); recetas emitidas en la Clínica Hospital San Fernando (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo II, folios 4288 y 4290), y recibos de pago en diversas farmacias, marzo de 2001 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo II, folio 4287, 4293).

¹⁵⁵ Cfr. Expediente médico de la señora Julieta González, examen médico del 30 de marzo de 2001 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo II, folio 4299).

¹⁵⁶ Cfr. Expediente de adopción del señor Oriester Rojas y de la señora Julieta González, Notificación de inicio del proceso de adopción (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo II, folios 4302).

¹⁵⁷ Cfr. Sentencia No. 318, Expediente No. 02-000029-0673-FA-3 autorizando la adopción (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo II, folios 4498 a 4501).

¹⁵⁸ Cfr. Declaración jurada de Claudia María Carro Maklouf “Historia de vida”.

¹⁵⁹ Cfr. Constancia médica de Gerardo Escalante López de 12 de Agosto de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo II, folio 4700).

¹⁶⁰ Cfr. Constancia de Gerardo Escalante López de 14 de Noviembre de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo II, folio 4702).



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
"The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law"

42

102. Por su parte, a la señora Carro, tras una serie de análisis médicos, entre ellos una histerosalpingografía, se le diagnosticó una lesión tubárica, por lo que se recomendó realizar una FIV¹⁶¹. En octubre del año de 1998 se operó con la finalidad de reparar en lo posible la lesión tubárica. En diciembre de 1999 la señora Carro se sometió a un primer intento de FIV, el cual no tuvo resultados positivos. A inicios de 2000 la señora Carro volvió a ser intervenida quirúrgicamente¹⁶².

103. A raíz de la sentencia de la Sala Constitucional, la pareja recurrió a practicarse la FIV en España, en el Instituto Valenciano de Infertilidad (en adelante "IVI") en Madrid¹⁶³

104. La pareja viajó en octubre de 2001 a España¹⁶⁴. El 22 de octubre de 2001 el IVI emitió una factura por el monto de 413.000 pesetas españolas, por concepto de "actuaciones profesionales al paciente"¹⁶⁵. La FIV realizada en España no fue exitosa, por lo que no hubo embarazo¹⁶⁶.

105. La pareja inició un proceso de adopción el 10 diciembre de 2002 y les fue entregada en custodia temporal a una niña a la pareja¹⁶⁷. La señora Carro y el señor Sanabria se separaron en noviembre de 2003 y se divorciaron el 27 de enero de 2005¹⁶⁸. El 1 de diciembre de 2006 se dio en adopción individual a la niña al señor Sanabria¹⁶⁹. En abril de 2009 la señora Carro adoptó de manera individual a un niño¹⁷⁰.

¹⁶¹ Cfr. Constancia del Doctor Gerardo Escalante López de 29 de Agosto de 2011: "[...] con historia de infertilidad por impermeabilidad tubárica bilateral posterior a 2 operaciones cesárea efectuadas en su primer matrimonio" (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo I, folio 4119).

¹⁶² Cfr. Constancia médica del Doctor Gerardo Escalante López de 29 de Agosto de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo I, folio 4119).

¹⁶³ Para ello debía recibir dosis diariamente de LUPRÓN por vía subcutánea. Cfr. Constancia médica del Doctor Gerardo Escalante López del 1 de octubre de 2001 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo II, folio 4688).

¹⁶⁴ Cfr. Comprobante de compra de pasaje de avión de 20 de septiembre de 2001 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo II, folio 4695).

¹⁶⁵ Cfr. Factura de 413.000 pesetas españolas emitida por IVI en fecha del 22 de octubre de 2001 a nombre de Carro Maklouf, Claudia (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo II, folio 4690).

¹⁶⁶ Cfr. Peritaje psiquiátrico: "[L]e implantan dos embriones y el resultado es negativo" (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo I, folio 4127).

¹⁶⁷ Cfr. Expediente de adopción, Autorización, por el Patronato Nacional de la Infancia, Oficina de Adopciones, del egreso de la niña con los señores Viktor Hugo Sanabria León y Claudia María Carro Maklouf en fecha del 19 de mayo de 2003 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo III, folio 4776).

¹⁶⁸ Cfr. Registro Civil, Certificación de divorcio en fecha del 16 de diciembre de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo I, folio 4118).

¹⁶⁹ Cfr. Sentencia judicial de aprobación de la solicitud de adopción individual por parte de Viktor Hugo Sanabria Leon de 1 de diciembre de 2006 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo III, folios 4928 a 4932).

¹⁷⁰ Cfr. Peritaje psiquiátrico: "En el año 2009 [la señora Claudia María Carro Maklouf] adopt[ó] a su actual hijo" (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo I, folio 4128).



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

43

F.5) *Geovanni Vega y Joaquinita Arroyo*

106. La señora Joaquinita Arroyo y el señor Geovanni Vega contrajeron matrimonio el 8 de diciembre de 1989¹⁷¹.

107. Alrededor de octubre de 1990, al no quedar embarazada, la señora Vega inició un tratamiento médico que implicó varios estudios¹⁷². Posteriormente a ese tratamiento, se aplicaron 12 inseminaciones artificiales¹⁷³. Asimismo, el señor Vega también se realizó exámenes médicos¹⁷⁴.

108. La pareja recurrió a otro médico, se hicieron nuevos exámenes, y se hizo aplicación de otra serie de procedimientos de inseminación artificial. En algunas oportunidades se realizaron hasta dos inseminaciones para un mismo ciclo¹⁷⁵.

109. El 25 de octubre de 2000 se le practicó a la señora Arroyo una laparoscopia con el propósito de determinar las causas del problema para concebir un hijo¹⁷⁶. El 13 de octubre de 2001 el médico tratante catalogó el caso como de “causa desconocida” y remitió a la pareja a la Clínica Barraquer en Colombia, para realizar la FIV¹⁷⁷.

¹⁷¹ Cfr. Certificado de Registro Civil de 22 de marzo de 2012 (expediente de anexos del Estado, tomo VIII, folio 10251).

¹⁷² “Para febrero de 1991 comenz[ó] con valoraciones médicas para determinar por qué razón no quedaba embarazada, pasando por varios monitoreos de ovulación, con tratamientos para estimular la ovulación”. Declaración jurada de la señora Joaquinita Arroyo Fonseca (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo IV, anexo XI, folio 5266). Cfr. Certificado de la Clínica Ultrasonido Paseo Colon, S.A. de anovulación de 15 de octubre de 1991 y receta de progesterona, 1 ml y Omifin por 5 días (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo III, anexo X, folio 4990).

¹⁷³ Declaración jurada de la señora Joaquinita Arroyo Fonseca (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo III, anexo X, folios 5266 y 5267). Cfr. Certificados de la Clínica Ultrasonido Paseo Colon, S.A. de ultrasonido para seguimiento folicular de 24 y 27 de marzo, y 7 de septiembre de 1992 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo III, anexo X, folios 4991, 4993, 4994 y 5267).

¹⁷⁴ Cfr. Certificado del Laboratorio Clínico Doctor Valenciano, UCR de Espermograma de 23 de abril de 1992 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo III, anexo X, folio 4992). Certificado del Laboratorio Clínico Doctor Valenciano, UCR de Espermograma de 29 de marzo de 1995 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo III, anexo X, folio 5003).

¹⁷⁵ En este sentido la señora Joaquinita Arroyo indicó que “inicia[ron] el protocolo de estudio que conllevó nuevos monitoreos de ovulación, ultrasonidos, un estudio radiológico de cavidad uterina y trompas”. Declaración jurada de la señora Joaquinita Arroyo Fonseca (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo IV, anexo XI, folio 5268), y Certificados del Centro Médico de Diagnostico por Ultrasonido “La California” de ultrasonidos vaginales de 18 de abril, 14 de mayo, 5 de septiembre de 1996 y 28 y 29 de octubre de 1997 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo III, anexo X, folios 5010, 5011, 5014, 5016 y 5017).

¹⁷⁶ Cfr. Certificado de laparoscopia diagnóstica del Hospital México de la Caja Costarricense del Seguro Social (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo III, anexo X, folios 5044 a 5046).

¹⁷⁷ Cfr. Dictamen del médico tratante para referir el caso al especialista de la Clínica Barraquer en la ciudad de Bogotá, en Colombia de 13 de octubre de 2001 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo III, anexo X, folio 5050).



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

44

110. Se programó el viaje de la pareja a Colombia en los días cercanos al 25 de octubre de 2001¹⁷⁸. Dicho viaje a Colombia, en donde se habría realizado la segunda fase de la FIV, no fue realizado. Nuevamente la pareja decidió iniciar la preparación de FIV a realizarse en Colombia, sin embargo, el 7 de marzo de 2002 se le diagnosticó a la señora Arroyo “fibromas intramurales”¹⁷⁹. El 4 de abril de 2002 se le practicó una miomatosis uterina¹⁸⁰. El 15 de abril se le practica una biopsia¹⁸¹.

111. En el año 2003 la pareja adoptó una niña. En el año 2006 la señora Arroyo quedó embarazada y dio a luz a una niña el 25 de junio de 2007¹⁸².

F.6) Karen Espinoza y Héctor Jiménez

112. La señora Espinoza y el señor Jiménez se casaron el 10 de febrero de 2001. Al final del año 2001 la pareja recurrió a un tratamiento médico con el fin de buscar un embarazo. En el marco de dicho tratamiento, la pareja se realizó varios exámenes¹⁸³. El 23 de julio de 2002 a la señora Espinoza se le hizo una laparoscopia por un diagnóstico de endometriosis, de infertilidad primaria de siete años de duración e impermeabilidad tubárica¹⁸⁴.

113. Entre agosto de 2002 y el 2004 la pareja continuó realizando exámenes médicos¹⁸⁵ y de laboratorio¹⁸⁶. Durante el 2004 se le practicaron a la señora Espinoza tres inseminaciones artificiales y una laparoscopia, mediante la cual se determinó “la presencia de endometriosis pélvica y anomalía anatómica por factor tubárico de infertilidad primaria” en la paciente y, en consecuencia “a criterio

¹⁷⁸ Declaración jurada de la señora Joaquinita Arroyo Fonseca (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo IV, anexo X, folios 5271).

¹⁷⁹ Cfr. Certificado del Centro Médico de Diagnóstico por Ultrasonido “La California” de ultrasonido transvaginal de 7 de marzo de 2002 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo III, anexo X, folio 5051).

¹⁸⁰ Cfr. Certificado de la Asociación Hospital Clínica Católica de la Purísima Concepción de miomatosis uterina de 4 de abril de 2002 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo III, anexo X, folios 5053 a 5082).

¹⁸¹ Cfr. Certificado del Laboratorio “Itopat S.A. del 15 de abril de 2002 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo III, anexo X, folio 5084).

¹⁸² Cfr. Certificado de nacimiento de Sofía Alejandra Vega Arroyo de Registro Civil de 6 de diciembre de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo IV, anexo XI, folio 5316).

¹⁸³ Cfr. Certificados de ultrasonido ginecológico, mamografía, histerosalpingografía, espermograma, y exámenes de sangre, realizados en 2002 (expediente de anexos de argumentos y prueba, tomo IV, anexo XIV, folios 5462 a 5486).

¹⁸⁴ Cfr. Escrito de la médica tratante (expediente de anexos de argumentos y prueba, tomo IV, anexo XIV, folios 5512).

¹⁸⁵ Cfr. Certificados de ultrasonidos transvaginales, exámenes de hormonas, entre otros, realizados en 2002 (expediente de anexos de argumentos y prueba, tomo IV, anexo XIV, folios 5487 a 5499).

¹⁸⁶ Cfr. Certificados de exámenes de laboratorio de 16, 19, 20, 22 y 24 de marzo de 2004 (expediente de anexos de argumentos y prueba, tomo IV, anexo XIV, folios 5503 a 5509).



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

45

médico [se] sugirió avanzar a la técnica de reproducción asistida [FIV] como método para poder concebir para ella y su cónyuge”¹⁸⁷.

114. El 24 de enero de 2006 se le practicó a la señora Espinoza una laparotomía exploradora por infertilidad y dolor pélvico¹⁸⁸. En el año 2006 el médico tratante emitió una segunda opinión sobre recurrir a la FIV. En consecuencia, se practicaron dos veces la primera fase de la FIV en Costa Rica para ir a Colombia. Sin embargo, no hubo respuesta ovárica¹⁸⁹, razón por la cual no se continuó con la siguiente fase de la FIV.

115. El 26 de octubre de 2007 la pareja tuvo una niña por embarazo natural¹⁹⁰.

F.7) Carlos Eduardo de Jesús Vargas Solórzano y María del Socorro Calderón Porras

116. De su primer matrimonio la señora María del Socorro Calderón tuvo dos hijos. Desde 1989 vive con el señor Vargas y se casaron en 1995¹⁹¹.

117. En 1994 un médico le indicó a la señora Calderón que otro médico le habría cortado las trompas de Falopio¹⁹². Posteriormente le descubrieron quistes en los ovarios y le hicieron una intervención médica. Luego, le dictaminaron varicocele al señor Vargas, lo cual condujo a diversos exámenes a partir de los cuales se concluyó que la única opción para concebir que tenía la pareja sería por FIV¹⁹³.

¹⁸⁷ Cfr. Escrito de la médica tratante (expediente de anexos de argumentos y prueba, tomo IV, anexo XIV, folios 5512).

¹⁸⁸ A este respecto, la señora Karen Espinoza indicó que “en el dos mil cuatro, se determin[ó] que t[uvo] quistes de un tamaño considerable y en el Hospital México [le] realiz[aron] una cirugía con riesgo una posible histerectomía”. Declaración jurada de la señora Karen Espinoza Vindas (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo IV, anexo XVI, folio 5567).

¹⁸⁹ Declaración jurada de la señora Karen Espinoza Vindas (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo IV, anexo XVI, folio 5567).

¹⁹⁰ Cfr. Certificado de nacimiento del Registro Civil de 6 de diciembre de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo IV, anexo XVI, folio 5572).

¹⁹¹ Cfr. Declaración jurada de María Del Socorro Calderón Porras de 11 de diciembre de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo IV, folio 5616) y certificado de registro civil de matrimonio de 6 de diciembre de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo IV, folio 5631).

¹⁹² Cfr. Declaración jurada de María Del Socorro Calderón Porras de 11 de diciembre de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo IV, folio 5616).

¹⁹³ Al señor se le realizó una varicolectomía, mejorando en un 60% su condición espermática, pero aun sin llegar a parámetros de normalidad. Tanto el factor tubárico irreversible en la paciente, como por el factor masculino existente en su cónyuge, la única opción para concebir de esta pareja sería por fertilización in vitro. Cfr. Constancia medica de la médica tratante de 16 de noviembre de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo IV, folio 5614).



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

46

118. Posterior a la sentencia de 15 de marzo de 2000 de la Sala Constitucional, la médica les explicó la necesidad de utilización de medicamentos y la necesidad de viajar al exterior para realizar la segunda fase de la FIV¹⁹⁴. La pareja decidió adoptar un niño, pero no les fue entregado bajo custodia ningún niño¹⁹⁵.

F.8) Enrique Acuña Cartín y Ana Cristina Castillo León

119. El 27 de septiembre de 1988 el señor Enrique Acuña Cartín contrajo matrimonio con la señora Ana Cristina Castillo León¹⁹⁶. Después de cuatro años de casados empezaron a buscar tener un embarazo. En el marco de los exámenes que se practicaron, en 1997 se diagnosticó varicocele al señor Acuña y se determinó que el contenido espermático imposibilitaría la concepción natural, razón por la cual se sugirió recurrir a la FIV¹⁹⁷.

120. Por su parte, la señora Castillo acudió a varios médicos y la diagnosticaron con endometriosis y útero vuelto. Asimismo, se determinó que la señora Castillo sufría de “retroflexión uterina en grado 3” y una endometriosis en las trompas de Falopio, razón por la cual fue operada quirúrgicamente para corregir la “retroflexión” y revisar sus trompas. También se le sometió a tratamientos hormonales para suspender su período menstrual por más de un año¹⁹⁸.

121. Posteriormente, la pareja se practicó 11 inseminaciones artificiales¹⁹⁹. Para marzo del 2000, la señora Castillo cumplía con un protocolo médico para controlar los males diagnosticados y estaba a la espera del resultado de una última inseminación, que si no daba resultados positivos, tendría como siguiente paso la realización de una primera FIV²⁰⁰.

¹⁹⁴ Cfr. Constancia medica de la Dra. Ribas de 16 de noviembre de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo IV, folio 5613).

¹⁹⁵ Cfr. Declaración jurada de María Del Socorro Calderón Porras de 11 de diciembre de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo IV, folio 5618).

¹⁹⁶ Cfr. Certificado de registrado civil de matrimonio de 6 de diciembre de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo IV, folio 5678).

¹⁹⁷ Cfr. Declaración jurada de Enrique Francisco Acuña Cartín de 7 de diciembre de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo IV, folio 5671), y constancia medica tratante de 27 de octubre de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo I, folio 4080).

¹⁹⁸ Cfr. Testimonio de Ana Cristina Castillo León (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo I, folio 4102).

¹⁹⁹ Cfr. Declaración jurada de Enrique Francisco Acuña Cartín de 7 de diciembre de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo IV, folio 5673).

²⁰⁰ Cfr. Testimonio de Ana Cristina Castillo León (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo I, folio 4103).



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

47

122. Finalmente, el señor Acuña y la señora Castillo se divorcian el 21 de marzo de 2007²⁰¹.

F.9) Andrea Bianchi Bruna y Germán Moreno Valencia

123. La señora Andrea Bianchi Bruna contrajo matrimonio el 15 de junio de 1996 con el señor Germán Moreno Valencia²⁰².

124. A los tres años de matrimonio y ante la imposibilidad de lograr un embarazo, la pareja acudió a tratamiento médico. En el marco del tratamiento, la señora Bianchi se realizó varios exámenes médicos, entre ellos una histerosalpingografía, los cuales arrojaron que sufría de endometriosis²⁰³. De manera que la señora Bianchi se realizó una primera cirugía, una laparoscopia exploratoria²⁰⁴, la cual arrojó como resultado una obstrucción total de sus trompas de Falopio, por lo que el médico les afirmó que no había posibilidad de embarazo que implicase usar el trayecto de las trompas de Falopio²⁰⁵.

125. Durante el 2000, la pareja se realizó sin éxito tres inseminaciones artificiales. Con posterioridad a la sentencia de 15 de marzo de la Sala Constitucional, les fue explicado que la única opción para lograr un embarazo era viajar a otro país para lograrlo y en junio de 2001 se les recomendó viajar inmediatamente a Colombia por lo imprevisto del desarrollo de los folículos en el ovario. La pareja viajó a Bogotá, Colombia, para empezar los exámenes. Tras varias valoraciones médicas, se realizó la FIV. Sin embargo, el procedimiento no arrojó resultados positivos²⁰⁶. En diciembre de 2001, la pareja volvió a viajar a Colombia donde se realizó una segunda FIV²⁰⁷. El 17 de diciembre de 2001 la prueba de embarazo dio positivo. La señora Bianchi dió a luz a dos gemelos el 11 de julio de 2002²⁰⁸.

²⁰¹ Cfr. Certificado de registro civil de divorcio de 21 de marzo de 2007 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo I, folio 4079).

²⁰² Cfr. Certificado de registro civil de matrimonio de 19 diciembre de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo I, folio 4107).

²⁰³ Cfr. Ampliación a peritaje informativo de la Doctora Delia Ribas (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, folio 2374).

²⁰⁴ Cfr. Ampliación a peritaje informativo de la Doctora Delia Ribas; “se recomendó realizar una operación conocida como la laparoscopia para visualizar la condición y disposición de los órganos pélvicos femeninos” (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, folio 2374).

²⁰⁵ Cfr. Testimonio de Andrea Bianchi Bruna y Germán Moreno Valencia de diciembre de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo I, folio 4112).

²⁰⁶ Cfr. Testimonio de Andrea Bianchi Bruna y Germán Moreno Valencia de diciembre de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo I, folio 4113 a 4116).

²⁰⁷ Cfr. Testimonio de Andrea Bianchi Bruna y Germán Moreno Valencia de diciembre de 2011; “Para Diciembre, habíamos juntado lo necesario para el segundo intento [...]” (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo I, folio 4116).

²⁰⁸ Cfr. Testimonio de Andrea Bianchi Bruna y Germán Moreno Valencia de diciembre de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo I, folio 4116).



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

48

VII

CONSIDERACIÓN PREVIA SOBRE EL OBJETO DEL PRESENTE CASO

Argumentos de la Comisión y alegatos de las partes

126. El representante Molina alegó que en el presente caso “hubo una política consistente y sostenida por más de 11 años que se mantiene continuada en el Estado costarricense respecto de la prohibición de la [FIV] y de cualquier otro método de reproducción asistida que impregn[ó] no sólo las acciones y omisiones de todos los poderes del Estado, sino que se ext[endió] a propiciar en la sociedad civil un repudio frente a personas que sufren este tipo de discapacidad reproductiva”²⁰⁹. Por otra parte, argumentó que “luego del fallo, las víctimas experimentaron una estigmatización social que minó su honra y reputación social”. En ese sentido, arguyó que “[l]a divulgación en los medios de la prohibición de la FIV, y la caracterización que algunos hicieron de la infertilidad fue estigmatizante para las [presuntas] víctimas y su entorno, y violó sus derechos a la intimidad. [Asimismo], algunos medios, en sus campañas en contra de la FIV emitieron mensajes ofensivos y denigrantes hacía los demandantes en general, provocando daños en su salud mental”. Agregó que las presuntas “víctimas del caso fueron juzgados por la sociedad civil en virtud de la falta de información existente sobre el tema[, por lo que c]onstantemente surgían en diversos medios de comunicación ciertos juicios de valor que iban dirigidos a menoscaba la lucha que desarrollaban las parejas con una amplia gama de descalificativos”.

127. En cuanto a la exposición pública de las presuntas víctimas, el representante May argumentó que “se mantiene [...] el daño moral que se deriva de la exposición pública y al público y a los medios de comunicación, de la vida íntima de las víctimas, pues es claro que en última instancia ello viene provocado como una consecuencia cuya causal última y decisiva lo es la sentencia de Sala Constitucional”.

128. Sobre estos alegatos planteados por los representantes, el Estado presentó una excepción preliminar (*supra* párr. 40) respecto a que tales hechos no están incluidos en el escrito de sometimiento presentado por la Comisión ni resultan hechos supervinientes. Por otra parte, alegó que la FIV “no solamente no soluciona los problemas de salud de las personas infértiles, principalmente de las mujeres, sino que aumenta los peligros para su salud[, por cuanto] las mujeres pueden sufrir el síndrome de hiperestimulación ovárica, que en algunos casos puede provocar desbalance electrolítico, disfunción hepática y fenómenos tromboelíticos que puede ser fatales. Otras complicaciones incluyen sangrado, infección y torción anexial, que pueden poner en riesgo la vida de la madre”²¹⁰. De otro lado, el Estado argumentó que “los efectos psicológicos de la [FIV] en la mujer y en la pareja están bien

²⁰⁹ Al respecto, agregó que la presunta “política del Estado queda[ba] demostrada por varias y continuas acciones y omisiones de éste”, como por ejemplo: i) “[l]a prohibición de la Sala Constitucional de practicarse [...] la FIV”; ii) “[l]a prohibición de la Sala a que el Poder Legislativo pudiese ejercer su función [de] legislar sobre la materia”; iii) “[l]a inactividad de parte del Legislativo y el Ejecutivo respecto de los métodos de reproducción asistida”; iv) “[u]na queja ante la defensoría de los habitantes”; v) “[u]n proceso contencioso administrativo”, y vi) “[u]na acción de constitucionalidad en contra de la resolución de la Sala”.

²¹⁰ Aseguró que “[l]a mortalidad relacionada con embarazos por [FIV] e[s] más alta que la mortalidad materna en la población general[, ya que se p]uede provocar complicaciones en el parto y preeclampsia, así como un aumento en el riesgo de cáncer de endometrio y tumores en los ovarios”.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

49

documentados”²¹¹. Además, el Estado alegó posibles daños a los niños concebidos con asistencia de la FIV y “síndromes raros”²¹². El Estado aseveró que “otra problemática asociada con la técnica de [FIV] y la superestimulación ovárica es la generación de embarazos múltiples [los cuales] son comunes en la práctica”, y los cuales implicarían “un peligro para la salud de las mujeres”²¹³.

129. Sobre la crioconservación de embriones, el Estado argumentó que “para lograr una conservación adecuada [...] se utilizan crioprotectores, agentes químicos que [...] ejercen cierto grado de toxicidad sobre los embriones dependiendo de su concentración y el tiempo en que fueron expuestos”. Al mismo tiempo, “congelar y descongelar embriones puede provocar alteraciones en sus características morfológicas y en la tasa de supervivencia de los blastómeros, lo que puede traducirse en tasas de implantación más bajas”. Por último, el Estado indicó también que “la [FIV] acarrea en si una serie de dilemas y problemas legales igualmente profundos y complicados de resolver”. Al respecto, planteó las siguientes problemáticas: i) “no existe consenso [...] en el estatus jurídico de los embriones criogenizados y en la regulación y en la duración de su conservación y de su destino. Particularmente problemáticas son aquellas situaciones cuando los progenitores [...] se separan o divorcian”; ii) “la separación de progenitores que han congelado sus embriones, puede llevar a plantearse el tema de la paternidad forzada [...] en el supuesto de que uno de los progenitores exija la implantación del embrión a pesar de su separación o divorcio”; iii) “la [FIV] plantea una profunda problemática en relación con la regulación de la paternidad”, en particular el problema “de los derechos de paternidad del esposo de la mujer que se somet[ió] a una [FIV] heterogénea- con aporte de material genético de un hombre distinto de su esposo o compañero” dado que “uno de los factores esenciales para determinar la paternidad es la determinación del material genético”²¹⁴.

Consideraciones de la Corte

²¹¹ Señaló que “dentro de los problemas de índole psicológica reportados en pacientes que se someten a la [FIV] se encuentran, principalmente, la depresión, la ansiedad y el duelo no resuelto; y se añaden los problemas en la relación de pareja, tanto en su funcionamiento sexual como en su estilo de vida”.

²¹² Alegó que “en niños concebidos con asistencia de la Técnica de la [FIV], el riesgo es 2 veces mayor para defectos septales del corazón, 2.4 veces para labio leporino sin o con paladar hendido, 4.5 veces mayor para atresias esofágicas, 3.7 veces mayor para atresias anorrectales, 9.8 veces mayor para anomalías gastrointestinales y 1.54 veces mayor para defectos musculoesqueléticos, con respecto a niños concebidos naturalmente. Además [...] es más frecuente encontrar síndromes raros”. Por otra parte, indicó que “otros estudios [...] demuestran que la [FIV] podría estar asociada con una alteración de los cambios epigenéticos en los gametos [FIV] y, por lo tanto, un efecto en los patrones globales de metilación y la regulación genética, y estos cambios podrían alterar la expresión genética a largo plazo”.

²¹³ Argumentó que “si se comparan los embarazos múltiples con los simples, los gemelos y los trillizos son, respectivamente, cuatro veces y ocho veces más propensos a la muerte perinatal y a un mayor riesgo de presentar discapacidades a largo plazo”. Señaló que “una alternativa para los partos múltiples [...] consiste en la práctica denominada “reducción embrionaria”, técnica que “tiene como objeto provocar la muerte selectiva de los embriones ya implantados” considerándola como una forma de “aborto provocado” y por lo tanto sujeto a sanciones penales.

²¹⁴ El Estado agregó que iv) otra área “donde no existe consenso es en el tema de los derechos de maternidad de la donante de óvulos o de la madre por subrogación- supuesto al que habrá de acudirse en el caso de que la mujer estéril carezca de útero”; v) sobre la “concepción post Humous”, es decir “cuando la mujer solicita que se le implanten los embriones congelados de su esposo o compañeros ya fallecido [...], la concepción sucede después de la muerte del portador del material genético” y esto “levanta una cuestión irresuelta [...]”: los derechos hereditarios del niño nacido de esa concepción”, y vi) “la regulación del régimen de responsabilidad civil de las clínicas y médicos practicantes de la [FIV] es un tema particularmente sensible en los casos en que los facultativos han confundido el material genético y han implantado embriones ajenos en una mujer distinta”.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

50

130. La Comisión Interamericana concentró el objeto del presente caso en los efectos de la sentencia emitida por la Sala Constitucional. Sin embargo, las partes han presentado alegatos respecto a los siguientes temas que exceden lo analizado en la sentencia de la Sala Constitucional, a saber: i) un presunto “contexto” alegado por el representante Molina; ii) la alegada injerencia que tuvieron los medios de comunicación y la sociedad en la vida privada de las presuntas víctimas, y iii) alegatos generales sobre los problemas que podría presentar la FIV. Con el fin de determinar el objeto del presente caso, el Tribunal procederá a establecer si estas controversias se enmarcan en lo anterior.

131. En primer lugar, este Tribunal ha establecido que el marco fáctico del proceso ante la Corte se encuentra constituido por los hechos contenidos en el Informe de Fondo sometidos a consideración de la Corte²¹⁵. En consecuencia, no es admisible que las partes aleguen nuevos hechos distintos de los contenidos en dicho informe, sin perjuicio de exponer aquellos que permitan explicar, aclarar o desestimar los que hayan sido mencionados en el mismo y hayan sido sometidos a consideración de la Corte²¹⁶. La excepción a este principio son los hechos que se califican como supervinientes, siempre que se encuentren ligados a los hechos del proceso. Asimismo, las presuntas víctimas y sus representantes pueden invocar la violación de otros derechos distintos a los comprendidos en el Informe de Fondo, siempre y cuando se atengan a los hechos contenidos en dicho documento, en tanto son las presuntas víctimas las titulares de todos los derechos consagrados en la Convención²¹⁷. En definitiva, corresponde a la Corte decidir en cada caso acerca de la procedencia de alegatos relativos al marco fáctico en resguardo del equilibrio procesal de las partes²¹⁸.

132. La Corte nota que la Comisión no alegó el contexto mencionado por el representante Molina. Sin embargo, los hechos que utiliza el representante para alegar dicho contexto si fueron indicados por la Comisión Interamericana en su informe de fondo. Al respecto, la Corte considera que el representante no presentó suficiente información y argumentación que permitiera enmarcar el presente caso en una “política de Estado” en contra de la FIV y “de cualquier otro método de reproducción asistida” en Costa Rica. Por tanto, el Tribunal considera que el presente caso no se encuentra relacionado con la alegada “política de Estado” presentada por el representante Molina. Sin perjuicio de ello, en lo que sea relevante, se tendrán en cuenta los hechos reseñados por el representante a la hora de realizar el análisis de fondo.

133. En cuanto a las violaciones alegadas por los dos representantes respecto a la injerencia de los medios de comunicación o la sociedad en la vida privada de las presuntas víctimas y por los cuales el

²¹⁵ Cfr. *Caso Cinco Pensionistas Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 153, y *Caso Vélez Restrepo y familiares Vs. Colombia*, párr. 47.

²¹⁶ Cfr. *Caso Cinco Pensionistas Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 153, y *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250, párr. 52.

²¹⁷ Cfr. *Caso Cinco Pensionistas Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 153, y *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250, párr. 52

²¹⁸ Cfr. *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 58, y *Caso Vélez Restrepo y familiares Vs. Colombia*, párr. 47.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

51

Estado presentó una excepción preliminar (*supra* párr. 40), la Corte observa que los hechos que sustentan dicho alegato no fueron incluidos en el informe de fondo emitido por la Comisión, razón por la cual no serán considerados como parte del marco fáctico del presente caso.

134. Por último, la Corte destaca que el Estado presentó argumentos generales relacionados con los presuntos efectos o problemas que podría producir la FIV con relación a: i) los posibles riesgos que la práctica podría producir en la mujer; ii) alegadas afectaciones psicológicas en las parejas que acudan a la técnica; iii) presuntos riesgos genéticos que se podrían producir en los embriones y en los niños nacidos por el tratamiento; iv) los alegados riesgos de embarazos múltiples; v) los supuestos problemas que implicaría la crioconservación de embriones, y vi) los posibles dilemas y problemas legales que podrían generarse por la aplicación de la técnica.

135. Al respecto, la Corte considera que si bien el Estado generó prueba y argumentos sobre lo anteriormente reseñado, el Tribunal sólo tomará en cuenta, para el análisis de fondo en el presente caso, aquellas pruebas y alegatos relacionados con los argumentos explícitamente utilizados en la motivación de la sentencia de la Sala Constitucional. En este sentido, y en razón del carácter subsidiario²¹⁹ del Sistema Interamericano, la Corte no es competente para resolver controversias que no fueron tenidas en cuenta por la Sala Constitucional para sustentar la sentencia que declaró inconstitucional el Decreto Ejecutivo No. 24029-S.

VIII

DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR Y EL DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL EN RELACIÓN CON LA AUTONOMÍA PERSONAL, LA SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA, EL DERECHO A GOZAR DE LOS BENEFICIOS DEL PROGRESO CIENTÍFICO Y TECNOLÓGICO Y EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

136. En este capítulo se determinará, en primer lugar, el alcance de los derechos a la vida privada y familiar, y su relación con otros derechos convencionales, en lo relevante para resolver la controversia (A). Posteriormente se analizarán los efectos de la prohibición de la FIV (B). Seguidamente se interpreta el artículo 4.1 de la Convención Americana en lo relevante para el presente caso (C). Finalmente, se resuelve la presunta violación de los derechos convencionales de las presuntas víctimas a la luz de un juicio de proporcionalidad (D).

²¹⁹ Cfr. *Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 157, párr. 66 y *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 16.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

52

A) Alcance de los derechos a la integridad personal²²⁰, libertad personal²²¹ y vida privada y familiar²²² en el presente caso

Argumentos de la Comisión y alegatos de las partes

137. La Comisión observó que “la decisión [...] de tener hijos biológicos [...] pertenece a la esfera más íntima de [la] vida privada y familiar[, y ...] la forma como se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja”. Señaló que “la vida en común y la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia”. Consideró que “[l]a utilización de la [FIV] para combatir la infertilidad también está estrechamente vinculada con el goce de los beneficios del progreso científico”.

138. El representante Molina alegó que “si la pareja quiere o no tener descendencia se da en el ámbito privado”, y calificó la infertilidad de las presuntas víctimas como “discapacidad por la cual se les había discriminado para tener una familia”.

139. El representante May alegó que la reglamentación [de la FIV] debe “desarrollar y posibilitar el contenido de los derechos a la salud, al acceso al progreso científico, al respeto a la intimidad y autonomía de la voluntad en el ámbito familiar, al derecho a fundar una familia, y al ejercicio pleno de los derechos reproductivos de las personas.”

²²⁰ El artículo 5 de la Convención Americana (Derecho a la Integridad Personal), en lo pertinente, indica:

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. [...]

²²¹ El artículo 7 de la Convención Americana (Derecho a la Libertad Personal), en lo pertinente, indica:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

²²² El artículo 11 de la Convención Americana (Protección de la Honra y de la Dignidad), en lo conducente, expresa: [...]

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación [...].

El artículo 17 de la Convención Americana (Protección a la Familia), en lo pertinente, indica:

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

53

140. El Estado alegó que “la posibilidad de procrear a través de las técnicas de fecundación in vitro [...] no constituy[e] un derecho reconocido dentro del ámbito de [la] libertad personal”, y que “[a]un cuando el derecho a fundar una familia incluye la posibilidad de procrear, no es a cualquier costo que el Estado debe permitir tal posibilidad”. Además, alegó que “[l]a vida y dignidad humanas no debe dar pruebas de su naturaleza frente a los reclamos del progreso científico o médico”.

Consideraciones de la Corte

141. Tal como fue señalado anteriormente (*supra* párr. 3), la Comisión consideró que la prohibición de la FIV vulneraba los artículos 11.2, 17.2 y 24, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de las presuntas víctimas. Los intervinientes comunes agregaron la presunta violación de los artículos 4.1, 5.1, y 7 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma. El Estado rechazó la violación de todos estos derechos. Al respecto, la Corte observa que existe controversia entre las partes sobre los derechos que presuntamente se habrían violado en el presente caso. A continuación, el Tribunal interpretará la Convención Americana en orden a determinar el alcance de los derechos a la integridad personal y a la vida privada y familiar, en lo relevante para resolver la controversia.

142. El artículo 11 de la Convención Americana requiere la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada y familiar. Prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias. En ese sentido, la Corte ha sostenido que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública²²³. Además, esta Corte ha interpretado en forma amplia el artículo 7 de la Convención Americana al señalar que éste incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana²²⁴. Asimismo, la Corte ha resaltado el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones²²⁵.

²²³ Cfr. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148, párr. 194, y *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 161.

²²⁴ Cfr. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 52.

²²⁵ Cfr. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, párr. 136. *Mutatis mutandi*, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 52.



143. El ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que éste va más allá del derecho a la privacidad²²⁶. La protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior²²⁷. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona²²⁸. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás²²⁹, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. Además, la Corte ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres²³⁰. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico²³¹.

²²⁶ Cfr. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, párr. 135.

²²⁷ Cfr. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 119, y *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, párr. 162. Ver también: T.E.D.H., *Caso Dudgeon Vs. Reino Unido*, (No. 7525/76), Sentencia de 22 de octubre de 1981, párr. 41; *Caso X y Y Vs. Países Bajos*, (No. 8978/80), Sentencia de 26 de marzo de 1985, párr. 22; *Caso Niemietz Vs. Alemania*, (No. 13710/88), Sentencia de 16 de diciembre de 1992, párr. 29; *Caso Peck Vs. Reino Unido*, (No. 44647/98), Sentencia de 28 de enero de 2003. Final, 28 de abril de 2003, párr. 57; *Caso Pretty Vs. Reino Unido*, (No. 2346/02), Sentencia de 29 de abril de 2002. Final, 29 de julio de 2002, párr. 61 (“The concept of [‘]private life[‘] is a broad term not susceptible to exhaustive definition. It covers the physical and psychological integrity of a person [...]. It can sometimes embrace aspects of an individual’s physical and social identity [...]. Article 8 also protects a right to personal development, and the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world [...]. Although no previous case has established as such any right to self-determination as being contained in Article 8 of the Convention, the Court considers that the notion of personal autonomy is an important principle underlying the interpretation of its guarantees”).

²²⁸ Cfr. T.E.D.H., *Caso R.R. Vs. Polonia*, (No. 27617/04), Sentencia del 26 de mayo de 2011, párr. 197.

²²⁹ Cfr. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*, párr. 119 y *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, párr. 162. Ver también: T.E.D.H., *Caso Niemietz Vs. Alemania*, (No. 13710/88), Sentencia de 16 de diciembre de 1992, párr. 29, y *Caso Peck Vs. Reino Unido*, (No. 44647/98), Sentencia de 28 de enero de 2003. Final, 28 de abril de 2003, párr. 57.

²³⁰ Cfr. *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párr. 97.

²³¹ En similar sentido, cfr. T.E.D.H., *Caso Evans Vs. Reino Unido*, (No. 6339/05), Sentencia de 10 de abril de 2007, párrs. 71 y 72, donde el T.E.D.H. señaló que “private life” [...] incorporates the right to respect for both the decisions to become and not to become a parent”, y precisó respecto a la reglamentación de la práctica de FIV que “the right to respect for the decision to become a parent in the genetic sense, also falls within the scope of Article 8”. En el *Caso Dickson Vs. Reino Unido*, (No. 44362/04), Sentencia de 4 de diciembre de 2007, párr. 66, la Corte expresó respecto a la técnica de la reproducción asistida que “Article 8 is applicable to the applicants’ complaints in that the refusal of artificial insemination facilities concerned their private and family lives which notions incorporate the right to respect for their decision to become genetic parents”. En el *Caso S.H. y otros Vs. Austria*, (No. 57813/00), Sentencia de 3 de noviembre de 2011, párr. 82, la Corte se refirió explícitamente al derecho de acceder a las técnicas de reproducción asistida, como la FIV, señalando que “the right of a couple to conceive a child and to make use of medically assisted procreation for that purpose is also protected by Article 8, as such a choice is an expression of private and family life”. Ver también T.E.D.H., *Caso P. y S. Vs. Polonia*, (No. 57375/08), Sentencia de 30 de octubre de 2012, párr. 96, donde el TEDH señaló que “While the Court has held that Article 8 cannot be interpreted as conferring a right to abortion, it has found that the prohibition of abortion when sought for reasons of health and/or well-being falls within the scope of the right to respect for one’s private life and accordingly of Article 8”.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

55

144. La Corte considera que el presente caso trata de una combinación particular de diferentes aspectos de la vida privada, que se relacionan con el derecho a fundar una familia, el derecho a la integridad física y mental, y específicamente los derechos reproductivos de las personas.

145. En primer lugar, el Tribunal resalta que, a diferencia de lo dispuesto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el cual sólo se protege el derecho a la vida familiar bajo el artículo 8 de dicho Convenio, la Convención Americana cuenta con dos artículos que protegen la vida familiar de manera complementaria²³². Al respecto, la Corte reitera que el artículo 11.2 de la Convención Americana está estrechamente relacionado con el derecho reconocido en el artículo 17 de la misma²³³. El artículo 17 de la Convención Americana reconoce el papel central de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona y en la sociedad en general. La Corte ya ha indicado que el derecho de protección a la familia conlleva, entre otras obligaciones, a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar²³⁴. Es un derecho tan básico de la Convención Americana que no se puede derogar aunque las circunstancias sean extremas²³⁵. El artículo 17.2 de la Convención Americana protege el derecho a fundar una familia, el cual está ampliamente consagrado en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos²³⁶. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia²³⁷.

146. En segundo lugar, el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho a la autonomía reproductiva está reconocido también en el artículo 16 (e) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, según el cual las mujeres gozan del derecho “a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”. Este derecho es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad²³⁸. Así, la

²³² Cfr. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, párr. 175.

²³³ Cfr. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, párr. 169.

²³⁴ Cfr. *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párr. 125, y *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, párr. 169. Ver asimismo, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 66.

²³⁵ El artículo 27.2 de la Convención Americana establece: “La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: [...] 17 (Protección a la Familia)”.

²³⁶ Cfr. el artículo 16 inciso 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece el derecho de los hombres y mujeres a casarse y fundar una familia, y en el inciso 3 establece que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. Igualmente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 23.2 reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.

²³⁷ Cfr. Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 19, Comentarios generales adoptados por el Comité de Derechos Humanos, Artículo 23 - La familia, 39º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 171 (1990), párr. 5 (“El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos”).

²³⁸ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 24 (La Mujer y la Salud), 02/02/99, párrs. 21 y 31 b).



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

56

protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos.

147. En tercer lugar, la Corte resalta que, en el marco del derecho a la integridad personal, ha analizado algunas situaciones de particular angustia y ansiedad que afectan a las personas²³⁹, así como algunos impactos graves por la falta de atención médica o los problemas de accesibilidad a ciertos procedimientos en salud²⁴⁰. En el ámbito europeo, la jurisprudencia ha precisado la relación entre el derecho a la vida privada y la protección de la integridad física y psicológica. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que, si bien el Convenio Europeo de Derechos Humanos no garantiza como tal el derecho a un nivel específico de cuidado médico, el derecho a la vida privada incluye la integridad física y psicológica de la persona, y que el Estado también tiene la obligación positiva de garantizar a sus ciudadanos esa integridad²⁴¹. Por tanto, los derechos a la vida privada y a la integridad personal se hallan también directa e inmediatamente vinculados con la atención de la salud. La falta de salvaguardas legales para tomar en consideración la salud reproductiva puede resultar en un menoscabo grave del derecho a la autonomía y la libertad reproductiva. Existe por tanto una conexión entre la autonomía personal, la libertad reproductiva y la integridad física y psicológica.

148. La Corte ha señalado que los Estados son responsables de regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud para lograr una efectiva protección de los derechos a la vida y a la integridad personal²⁴². La salud constituye un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades²⁴³. En relación con el derecho a la integridad personal, cabe resaltar que para el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la salud genésica significa que “la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección, así como el derecho de acceso a los pertinentes

²³⁹ Cfr. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párrs. 205 y 206, y *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*, párr. 250.

²⁴⁰ Cfr. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párrs. 220, y *Caso Díaz Peña Vs. Venezuela*, párr. 137.

²⁴¹ Cfr. T.E.D.H., *Caso Glass Vs. Reino Unido* (No. 61827/00), Sentencia de 9 de marzo de 2004, párrs. 74-83; *Caso Yardımcı Vs. Turquía*, (No. 25266/05), Sentencia de 5 de enero de 2010. Final, 28 de junio de 2010, párrs. 55 y 56, y *Caso P. y S. Vs. Polonia* (No. 57375/08), Sentencia de 30 de octubre de 2012, párr. 96. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró en este último caso que los Estados tienen “a positive obligation to secure to their citizens the right to effective respect for their physical and psychological integrity [which] may involve the adoption of measures including the provision of an effective and accessible means of protecting the rights to respect for private life”; ver también T.E.D.H., *Caso McGinley y Egan Vs. Reino Unido*, (No. 10/1997/794/995-996), Sentencia de 9 de junio de 1998, párr. 101.

²⁴² Cfr. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*, Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 99, y *Caso Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171, párr. 121.

²⁴³ Cfr. la Constitución de la Organización Mundial para la Salud, que fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados, y entró en vigor el 7 de abril de 1948; <http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf>



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

57

servicios de atención de la salud”²⁴⁴. El Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, celebrada en El Cairo en 1994, y la Declaración y el Programa de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995, contienen definiciones de la salud reproductiva y de la salud de la mujer. De acuerdo a la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, “los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva”²⁴⁵. Además, adoptando un concepto amplio e integral de salud sexual y reproductiva, se señaló que:

“La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos”²⁴⁶.

149. Además, según el Programa de Acción de la Conferencia, “[d]eberían proporcionarse técnicas de fecundación in vitro de conformidad con directrices éticas y normas médicas apropiadas”²⁴⁷. En la Declaración de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, los Estados se comprometieron a “garantizar la igualdad de acceso y la igualdad de trato de hombres y mujeres en [...] la atención de salud y promover la salud sexual y reproductiva”²⁴⁸. En la Plataforma de Acción, aprobada conjuntamente con la Declaración, se definió la atención de la salud reproductiva como “el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivo, al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva”²⁴⁹. De acuerdo a la Organización Panamericana de

²⁴⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14 (2000), El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000 párr. 14, nota al pie de la página 12.

²⁴⁵ Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 1994, párr. 7.3; ONU A/CONF.171/13/Rev.1 (1995).

²⁴⁶ *Cfr.* Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 1994, párr. 7.2; ONU A/CONF.171/13/Rev.1 (1995).

²⁴⁷ *Cfr.* Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 1994, párr. 7.17; ONU A/CONF.171/13/Rev.1 (1995).

²⁴⁸ *Cfr.* Declaración de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, 1995, párr. 30; <www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20S.pdf>

²⁴⁹ *Cfr.* Plataforma de Acción la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, 1995, párr. 94, que señala además que “la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

58

la Salud (OPS), la salud sexual y reproductiva implica que “las personas puedan disfrutar de una vida sexual satisfactoria, segura y responsable, así como la capacidad para reproducirse y la libertad de decidir si se reproducen, cuando y con qué frecuencia”²⁵⁰. La salud reproductiva implica además los derechos del hombre y de la mujer a ser informados y a tener libre elección y acceso a métodos para regular la fecundidad, que sean seguros, eficaces, de fácil acceso y aceptables.

150. Finalmente, el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho al goce de los beneficios del progreso científico ha sido reconocido internacionalmente²⁵¹ y, en el ámbito interamericano, se encuentra contemplado en el artículo XIII de la Declaración Americana²⁵² y en el artículo 14.1 b) del Protocolo de San Salvador. Cabe mencionar que la Asamblea General de Naciones Unidas, en su Declaración sobre este derecho, señaló la relación entre éste y la satisfacción de las necesidades materiales y espirituales de todos los sectores de la población²⁵³. Por tanto, y conforme al artículo 29 b) de la Convención Americana, el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones. Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias *de iure* o *de facto* para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona.

151. En el presente caso el Estado considera que los derechos mencionados podían ejercerse de diversas maneras, bajo el supuesto de que no existía una prohibición absoluta de la FIV. Este aspecto ha sido controvertido por las demás partes. Por tal razón, la Corte determinará a continuación si existió una restricción de los derechos que se han mencionado para luego analizar la justificación que hizo el Estado para sustentar tal restricción.

hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos”;
<www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20S.pdf>

²⁵⁰ Organización Panamericana de la Salud, Salud en las Américas 2007, Volumen I - Regional, Washington D.C, 2007, pág. 151, citado en la declaración ante fedatario público del perito Paul Hunt.

²⁵¹ El Artículo 15 b) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone que “los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: [...] b) gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones”.

²⁵² El art. XIII de la Declaración Americana establece: “Toda persona tiene el derecho de [...] disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos”.

²⁵³ Cfr. Naciones Unidas, Declaración sobre la Utilización del Progreso Científico y Tecnológico en Interés de la Paz y en Beneficio de la Humanidad, proclamada por la Asamblea General su resolución 3384 (XXX), de 10 de noviembre de 1975, párr. 3.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

59

B) Efectos de la prohibición absoluta de la FIV

Argumentos de la Comisión y alegatos de las partes

152. La Comisión caracterizó el resultado de la resolución de la Sala Constitucional como una “prohibición” de la FIV de carácter “absolut[o]”, que constituye “una limitación del derecho a fundar una familia conforme a las decisiones de pareja”. Asimismo, la Comisión argumentó que “en tanto la [FIV] constituye un medio para materializar una decisión protegida por la Convención Americana, la prohibición de acceder a la técnica constituye necesariamente una interferencia o restricción en el ejercicio de los derechos convencionales”.

153. El representante Molina caracterizó el resultado de la sentencia de la Sala Constitucional como una “prohibición absoluta” y “continuada” de la FIV, dado que “no sólo resultó en una injerencia o invasión abusiva y arbitraria de la autonomía y privacidad de las [presuntas] víctimas del caso, sino que se constituyó en una anulación absoluta del derecho a decidir tener hijos biológicos”.

154. El representante May argumentó que “[l]a prohibición de la [FIV] perpetúa una situación de inhabilidad física para el disfrute pleno de la salud corporal, subsanable con la participación de la ciencia moderna”, por lo que “es también una forma de agresión física contra las parejas estériles al limitárseles la posibilidad de superar su condición de enfermedad o minusvalidez”. Agregó que “[l]a prohibición de la práctica de la [FIV...] es una real limitación del ejercicio pleno de las funciones naturales de la mujer y del hombre”.

155. El Estado alegó que la resolución de la Sala Constitucional no resultó en una “prohibición” de la FIV como tal, dado que la sentencia “no anuló de manera definitiva la posibilidad de practicar la fecundación in vitro en Costa Rica[, sino que] únicamente anuló una técnica específica existente desde el año 1995 y regulada por el Decreto Ejecutivo”. Agregó que “no puedan practicarse métodos de fecundación que atenten contra” “el derecho a la vida desde la concepción” pero “cuando el Estado considere que una determinada técnica es compatible con esos parámetros, la puede permitir y regular”. Argumentó que “[l]a [sentencia] expresamente indica que podría regularse esta técnica si se siguen ciertos parámetros considerados necesarios para cumplir con la protección a la vida de los embriones[, por lo que] no es cierto que se haya cercenado la posibilidad de efectuarse el procedimiento en Costa Rica, sólo que el procedimiento debe ajustarse a los requerimientos de la Sala Constitucional”. El Estado alegó que “debe considerarse como un hecho controvertido el que las presuntas víctimas pudieran efectivamente formar parte de una lista de espera para realizar el procedimiento” de FIV “para el año 2000 cuando se da la prohibición”, en particular, porque “muchas de las parejas no fueron diagnosticadas con infertilidad sino hasta mucho tiempo después de iniciado el proceso ante la Comisión y otras, aún se encontraban efectuando procedimientos de inseminación para ese momento”.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

60

156. Por otra parte, el Estado alegó que la Sentencia “no prohíbe la FIV en general, sino que se refiere exclusivamente a la técnica que se usaba en ese momento, mediante la cual se sabe que la vida humana en un porcentaje considerable de los casos, no tiene posibilidad de continuar”. Respecto a la posibilidad de practicar la FIV hoy día, el Estado indicó que “[a] la fecha la ciencia no practica una técnica in vitro que sea compatible con el derecho a la vida protegido en Costa Rica, prueba de ello, es que con ocasión del informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se intentó regular el tema y se presentó a la Asamblea Legislativa de Costa Rica un proyecto de ley que regulara esta técnica, pero que a su vez protegiera el derecho a la vida desde la concepción, tal como ha sido concebido en Costa Rica. En esa línea, el proyecto prohibía la congelación de embriones y obligaba a implantar todos los óvulos fecundados sin posibilidad de hacer selección”. Agregó que es por eso que “cualquier técnica que se intente en Costa Rica protegiendo la vida desde la concepción, resultará médicamente inviable a la fecha y por eso la imposibilidad de implementación hasta este momento, doce años después de la sentencia de la Sala Constitucional”.

Consideraciones de la Corte

157. El Tribunal constata que la Sala Constitucional anuló por inconstitucional el Decreto Ejecutivo por medio del cual se autorizaba la práctica de la FIV (*supra* párr. 72). Tanto los dos representantes como la Comisión han caracterizado la decisión como “prohibición absoluta”, que no permite la realización de dicha técnica bajo ningún motivo, mientras que el Estado ha alegado que sería una “prohibición relativa”, por cuanto la posibilidad de practicar y regular la FIV se podrá realizar cuando la técnica logre cumplir con los requisitos establecidos por la Sala Constitucional en su sentencia, es decir, cuando, en palabras del Estado, la FIV no atente contra “el derecho a la vida desde la concepción”.

158. Al respecto, la Corte observa que en la sentencia de la Sala Constitucional se incluyó un concepto de protección absoluta de la vida del embrión, por cuanto manifestó que “como el derecho se declara a favor de todos, sin excepción, -cualquier excepción o limitación destruye el contenido mismo del derecho-, debe protegerse tanto en el ser ya nacido como en el por nacer”²⁵⁴. No obstante lo anterior, la Sala Constitucional indicó que “los avances de la ciencia y la biotecnología son tan vertiginosos que la técnica podría llegar a ser mejorada de tal manera, que los reparos señalados [allí] desaparezcán”²⁵⁵, por lo que la Sala manifestó que “deb[ía] dejarse expresa constancia de que, ni siquiera por norma de rango legal es posible autorizar legítimamente [la] aplicación [de la FIV], al menos, [...] mientras su desarrollo científico permanezca en el actual estado y signifique el daño consciente de vidas humanas”²⁵⁶.

²⁵⁴ Sentencia No. 2000-02306 de 15 de marzo de 2000 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Expediente No. 95-001734-007-CO (expediente de anexos al informe, tomo I, folio 90).

²⁵⁵ Sentencia No. 2000-02306 de 15 de marzo de 2000 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Expediente No. 95-001734-007-CO (expediente de anexos al informe, tomo I, folio 95).

²⁵⁶ Sentencia No. 2000-02306 de 15 de marzo de 2000 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Expediente No. 95-001734-007-CO (expediente de anexos al informe, tomo I, folio 95).



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

61

159. El Tribunal constata que la Sala Constitucional consideró que si la técnica de la FIV podía realizarse respetando un concepto de protección absoluta de la vida del embrión, ésta podría ser practicada en el país. Sin embargo, la Corte considera que si bien en la sentencia de la Sala Constitucional se utilizaron palabras condicionantes para admitir la práctica de la FIV en el país, lo cierto es que doce años después de emitida la sentencia dicha técnica no se realiza en Costa Rica (*supra* párr. 67). Por ello, el Tribunal estima que la “condición suspensiva” establecida en la sentencia, hasta el momento, no ha producido efectos prácticos reales. Por ello, sin entrar a catalogarla como prohibición “absoluta” o “relativa”, es posible concluir que la decisión de la Sala Constitucional ocasionó como hecho no controvertido que la FIV no se practique en el territorio costarricense y que, por tanto, las parejas que deseen acudir a dicha técnica no pueden llevarla a cabo en dicho país. Además, debido a que la Sala Constitucional condicionó la posibilidad de realizar la técnica a que no hubiera pérdida embrionaria alguna en la aplicación de la misma, esto implica, en la práctica, una prohibición de la misma, toda vez que la prueba en el expediente indica que, hasta el momento, no existe una opción para practicar la FIV sin que exista alguna posibilidad de pérdida embrionaria²⁵⁷. En otras palabras, sería imposible cumplir con la condición impuesta por la Sala.

160. No obstante a que el efecto en la práctica ha sido el señalado anteriormente, la Corte considera que la restricción o injerencia que se generó a las presuntas víctimas a partir de la decisión de la Sala Constitucional, adolece de problemas de previsibilidad. Al respecto, la Corte recuerda que una norma o mandato es previsible, si es formulado con la suficiente precisión que permita a una persona regular su conducta sobre la base de la misma²⁵⁸. En particular, el Tribunal observa que la sentencia no es lo suficientemente clara, en un principio, como para dejar establecido si la práctica de la FIV se encontraba o no proscrita en el país, lo cual se evidencia con el debate que han presentado las partes respecto a si la prohibición es absoluta o no (*supra* párr. 152 a 156) o con la sentencia de 14 de octubre de 2008 del Tribunal Superior de lo Contencioso y Civil de Hacienda, en la cual señaló que era posible realizar la FIV en el país si se realizaba “la fecundación de un solo óvulo para su posterior transferencia al útero de la madre”²⁵⁹.

161. La sentencia de la Sala Constitucional implicó entonces que ya no se practicara la FIV en Costa Rica. Asimismo, dicha sentencia generó la interrupción del tratamiento médico que habían iniciado algunas de las presuntas víctimas del presente caso, mientras que otras se vieron obligadas a viajar a otros países para poder acceder a la FIV. Estos hechos constituyen una interferencia en la vida privada y familiar de las presuntas víctimas, quienes debieron modificar o variar las posibilidades de acceder a la FIV, lo cual constituía una decisión de las parejas respecto a los métodos o prácticas que deseaban

²⁵⁷ Cfr. Declaraciones del perito Zegers (expediente de fondo, tomo VI, folio 2848) y de la perita Garza (expediente de fondo, tomo VI, folio 2576).

²⁵⁸ Cfr. *Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233, párr. 199; ver también T.E.D.H., *Caso Landvreugd Vs. Países Bajos*, (No. 37331/97), Sentencia de 4 de junio de 2002. Final, 4 de septiembre de 2002, párr. 59 (“[T]he Court reiterates that a rule is ‘foreseeable’ if it is formulated with sufficient precision to enable any individual – if need be with appropriate advice – to regulate his conduct”).

²⁵⁹ Sentencia No. 835-2008 dictada por la Sección Quinta del Tribunal Contencioso y Administrativo y Civil de Hacienda en el Proceso de Conocimiento interpuesto por Ileana Henchoz Bolaños contra la Caja Costarricense de Seguro Social, Expediente No. 08-00178-1027-CA de 14 de octubre de 2008 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVIII, folio 5859).



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

62

intentar con el fin de procrear un hijo o hija biológicos. La citada sentencia generó que las parejas tuvieran que modificar su curso de acción respecto a una decisión que ya habían tomado: la de intentar tener hijos por medio de la FIV. La Corte precisa que la injerencia en el presente caso no se encuentra relacionada con el hecho de que las familias hayan o no podido tener hijos, pues aún si hubieran podido acceder a la técnica de la FIV, no es posible determinar si dicho objetivo se hubiera podido alcanzar, por lo que la injerencia se circunscribe a la posibilidad de tomar una decisión autónoma sobre el tipo de tratamientos que querían intentar para ejercer sus derechos sexuales y reproductivos. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte observa que algunas de las presuntas víctimas señalaron que una de las causas que influyó en la ruptura del lazo matrimonial se relacionó con el impacto de la prohibición de la FIV en la imposibilidad de tener hijos²⁶⁰.

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

C) Interpretación del artículo 4.1 de la Convención Americana en lo relevante para el presente caso

Argumentos de la Comisión y alegatos de las partes

163. La Comisión señaló que “el artículo 4.1 de la Convención p[odría] ser interpretado en el sentido de otorgar una facultad al Estado de regular la protección de la vida desde el momento de la concepción, pero no necesariamente un mandato de otorgar dicha protección”. Argumentó que dicho artículo “no establec[ía] un derecho absoluto o categórico en relación con las etapas prenatales de la

²⁶⁰ Cfr. Declaración escrita de Grettel Artavia Murillo (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo I, folio 4077) (“Quiero dejar claro que el Estado, a través de uno de sus Poderes, cercenó mi derecho a ser madre y por ende me llevó al [f]racaso de mi relación matrimonial por las depresiones que sufrimos a raíz de [la] prohibición [de la FIV] tanto de mi ex marido como las mías siendo esto que lo mejor fuera que termináramos la misma, dejando aun una herida mas grande, y con un daño moral incalculable”) y Declaración de Ana Cristina Castillo León ante fedatario público (expediente de fondo, tomo V, folio 2224) (“Sin bien es cierto un matrimonio puede romperse o desgastarse por muchas razones, ocho años de constantes tratamientos hormonales, visitas a médicos, laboratorios, farmacias, constantes gastos económicos, exposición de nuestra vida íntima a ser juzgada por la sociedad, tensión de pareja por no poder resolver el problema de tener hijos, definitivamente hacen gran mella en una relación de pareja. Ese es mi caso. La gran desilusión, frustración de ver los derechos constitucionales de formar una familia y el no contar con más poder adquisitivo para ir a otro país en búsqueda de un In-Vitro fueron una gran carga en mi matrimonio. Se dio la disolución del vínculo matrimonial, el divorcio era inminente”).



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

63

vida” y que existía “un reconocimiento internacional y comparado del concepto de protección gradual e incremental de la vida en la etapa prenatal”. Agregó que “la interpretación del artículo 4.1 de la Convención indica que el ejercicio de una facultad concebida por dicho instrumento internacional, no está exento de escrutinio [de la Corte] cuando interfiere con el ejercicio de otros derechos establecidos en el mismo, tales como, en el presente caso, los derechos a la vida privada, familiar, autonomía y a fundar una familia”.

164. El representante Molina alegó que “la concepción [...] no es un concepto unívoco” y que “la resolución de la Sala se ciñó a una determinada corriente filosófica sobre [su] definición, [...] desatendiendo la tutela que conlleva[ba] la discapacidad reproductiva de procrear”. Agregó que “la frase ‘en general’ [...] supone tener las excepciones suficientes para que no se dejen desprotegidos otros derechos” y que “debe [...] existir una interpretación respecto del derecho a la vida que permita y no restrinja de manera absoluta la salvaguarda de los derechos convencionales”.

165. El representante May alegó que el derecho a la vida “no tiene carácter absoluto ni irrestricto” y “está sujeto a excepciones y a condiciones”. Indicó que “la jurisprudencia de los 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” y “[t]ampoco los Tribunales Constitucionales han formulado tal aseveración”. Señaló que si bien “[e]l derecho interno puede conceder protección más amplia [...], esas ampliaciones no pueden “suprimir el goce y ejercicio de los derechos”. Argumentó que las definiciones de varios diccionarios señalan que el “momento de la fertilización es un proceso distinto al de la concepción o implantación”. Asimismo, arguyó que cualquier protección jurídica de la vida a partir de la “concepción” debe surgir a partir de la implantación del embrión en el útero materno, pues antes de la implantación exitosa y sana en el útero materno, no hay ninguna posibilidad de que se genere un nuevo ser”. Manifestó que “[p]ostular la fertilización como el surgimiento de una nueva persona humana es arbitrario e incorrecto” y “menosprecia también el papel de la madre durante el desarrollo en el útero”. Por otra parte, argumentó que “el nacimiento con vida determina la existencia de la persona humana y el reconocimiento de su personalidad jurídica”, por lo que “no es titular de un derecho irrestricto e incondicional a la vida”, y “[e]l no nacido es un bien jurídico pero no una persona”.

166. El representante May alegó que “el artículo 4.1 [de la Convención Americana no] contempla [...] dentro de su contenido o ratio legis al embrión” y que los tratados internacionales de derechos humanos no contienen “una referencia expresa de la cual se pueda deducir que un embrión o un preembrión son vida humana, menos que sea persona humana o ser humano”. Además, sería insostenible la “posición del margen de apreciación” porque haría depender el contenido sustantivo de los derechos humanos de la interpretación estatal”. El representante May alegó que “[n]ingún texto internacional (salvo el artículo 4.1 [de la Convención] protege el derecho a la vida a partir del momento o proceso de la concepción o implantación”, mientras que los “demás instrumentos internacionales se refieren únicamente a un derecho que protege la vida del ser que ha nacido vivo y no al no nacido”.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

64

167. El Estado alegó que “la evidencia científica [...] demuestra que el inicio de la vida humana comienza con la concepción o lo que es lo mismo con la fertilización o fecundación”, la cual ocurre cuando “las membranas de las células del espermatozoides y del óvulo se fusionan”. TIII 462 Consideró que “[c]ientíficamente el cigoto [y] un adulto son equivalentes [por ser] organismos humanos completos en diferentes etapas del ciclo humano”. Agregó que el cigoto “no es simplemente una célula humana [...] sino un nuevo ser humano”, que “alberga todas las instrucciones necesarias para construir el cuerpo humano, el cual inmediatamente inicia una compleja secuencia de eventos que establece las condiciones moleculares para el continuo proceso de desarrollo embrionario” y “por divisiones sucesivas y diferenciación formará cada una de las células presentes en el embrión, feto, recién nacido, niño y adulto”. Asimismo, aseveró que se debe “prote[ger] al más vulnerable de todos los seres humanos: el embrión y reconocer su dignidad intrínseca más allá de su vinculación con el útero materno”. Concluyó que “si el embrión humano es [...] un ser humano, de conformidad con la misma definición que da el artículo 1.2. [de la Convención], el embrión humano es persona”.

168. Respecto a una interpretación teleológica, el Estado argumentó que “si bien en el momento de elaborar la Convención Americana en 1968 no se tenía certeza de cuándo ocurría la concepción, y no existía la [FIV], es claro que la norma obliga a los Estados a proteger la vida humana desde su etapa embrionaria más temprana”, dado que “la intención de la mayoría de los Estados del sistema interamericano siempre fue proteger la vida humana desde [el] momento de la concepción”, por lo que los “términos de ‘concepción’ y ‘fecundación’ deben ser tratados como sinónimos”. Arguyó que del proceso de aprobación de la Convención Americana “se desprende claramente que no es cierto que la intención de los Estados no haya sido la protección de la vida desde la concepción, pues más bien ese fue el objetivo buscado al aprobarse la norma, a diferencia de lo que había ocurrido años atrás al emitirse la Declaración Americana”. Alegó que la interpretación de la palabra “concepción” no puede realizarse mediante referencia al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, por no ser “la literatura de referencia que normalmente se utiliza para entender términos científicos”, tampoco se “ha actualizado la definición de concepción conforme los avances científicos desde 1947” y una “interpretación de esta naturaleza tiene un carácter restrictivo, lo cual no es permitido por el artículo 29.1 de la Convención”. Por otra parte, argumentó 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”.

169. En cuanto a otros tratados internacionales de derechos humanos, el Estado señaló que la Declaración Universal de Derechos Humanos “protege al ser humano desde su individualidad, la cual puede determinarse desde el momento de la unión del óvulo y el espermatozoides” y que el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [...] reconoce la vida del embrión de manera independiente a la de su madre”. Agregó que el “derecho a la vida de forma absoluta ha sido admitido [...] incluso por el Comité de Derechos Humanos”, y que la Convención sobre los Derechos del Niño protege “[a]l niño incluso antes de nacer”. Sobre este último tratado, alegó que “los Estados convinieron en que el concepto [de niño] debería tener tal amplitud, que permitiera que los países que optaran por dar protección a los menores [de edad] desde antes de su nacimiento, pudieran por ser parte del instrumento internacional sin tener que modificar su respectiva legislación”, por lo que argumentó que



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

65

existe “un margen de apreciación a efectos de otorgar la condición de niño a los menores no nacidos”, como lo hace la normativa costarricense sobre la materia.

170. Finalmente, el Estado alegó que “la doctrina del consenso moral como factor del margen de apreciación, [...] ha establecido que, en orden a restringirlo, el consenso debe ser claro y evidente”. Al respecto, argumentó que: i) no “existe consenso en relación con el estatuto jurídico del embrión”; ii) “no existe consenso sobre el inicio de la vida humana, [por tanto] debe también otorgarse margen de apreciación sobre la regulación de la técnica” de la FIV, y iii) no es válido el argumento de que “como existen otros Estados que, por omisión legislativa, permiten la práctica de la [FIV], Costa Rica ha perdido su margen de apreciación”. Consideró que “[l]a doctrina del margen de apreciación ha sido ampliamente desarrollada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos” y que en la jurisprudencia de la Corte Interamericana existen algunos precedentes que “contemplan la posibilidad del Estado de regular determinadas materias conforme a su discreción”.

Consideraciones de la Corte

171. La Corte ha señalado que el objeto del presente caso se centra en establecer si la sentencia de la Sala Constitucional generó una restricción desproporcionada de los derechos de las presuntas víctimas (*supra* párr. 135). La decisión de la Sala Constitucional consideró que la Convención Americana exigía prohibir la FIV tal como se encontraba regulada en el Decreto Ejecutivo (*supra* párr. 76). Para ello, la Sala interpretó el artículo 4.1 de la Convención en el entendido de que dicho artículo exigía una protección absoluta del embrión (*supra* párr. 75). Por su parte, el Estado ha ofrecido argumentos complementarios para defender esa interpretación efectuada por la Sala. Al respecto, la Corte ha analizado con mucho detenimiento el presente caso teniendo en cuenta que intervino el más Alto Tribunal de Costa Rica, y que éste en su sentencia realizó una interpretación del artículo 4 de la Convención Americana. Sin embargo, esta Corte es la intérprete última de la Convención, por lo cual estima relevante precisar lo pertinente respecto a los alcances de dicho derecho. En consecuencia, el Tribunal analizará si la interpretación de la Convención que sustentó las injerencias ocurridas (*supra* párr. 75) es admisible a la luz de dicho tratado y teniendo en cuenta las fuentes de derecho internacional pertinentes.

172. Hasta el momento la jurisprudencia de la Corte no se ha pronunciado sobre las controversias que suscita el presente caso en lo que respecta al derecho a la vida. En casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y muertes imputables a la falta de adopción de medidas por parte de los Estados, la Corte ha señalado que el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos²⁶¹. En virtud

²⁶¹ Cfr. Caso de los “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y otros*). Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 144, y Caso Comunidad indígena *Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 186.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

66

de este papel fundamental que se le asigna en la Convención, los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho. Asimismo, la Corte ha señalado que el derecho a la vida presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa) y que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva) de todos quienes se encuentren bajo su jurisdicción²⁶². Ello incluye adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una vida digna.

173. En el presente caso la Sala Constitucional consideró que éstos y otros alcances del derecho a la vida obligan a efectuar una protección absoluta del embrión en el marco de la inviolabilidad de la vida desde la concepción (*supra* párr. 76). Para analizar si existe una obligación de protección absoluta en esos términos, la Corte procede a analizar el alcance de los artículos 1.2 y 4.1 de la Convención Americana respecto a las palabras "persona", "ser humano", "concepción" y "en general". El Tribunal reitera su jurisprudencia según la cual una norma de la Convención debe interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta el objeto y fin de la Convención Americana, el cual es la eficaz protección de la persona humana²⁶³, así como mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos²⁶⁴. En ese marco, a continuación se realizará una interpretación: i) conforme al sentido corriente de los términos; ii) sistemática e histórica; iii) evolutiva, y iv) del objeto y fin del tratado.

C.1) Interpretación conforme al sentido corriente de los términos

174. El artículo 1 de la Convención Americana establece:

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano. (Añadido fuera del texto)

²⁶² Cfr. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 120, y *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C. No. 252, párr. 145.

²⁶³ *Mutatis mutandi, Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 33.

²⁶⁴ Cfr. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Competencia*. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 54, párr. 38, y *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 244, párr. 33.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

67

175. El artículo 4.1 de la Convención Americana señala:

Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

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

177. El Tribunal constata que la Sala Constitucional optó por una de las posturas científicas sobre este tema para definir desde cuando se consideraba que empieza la vida (*supra* párr. 73). A partir de ello, la Sala Constitucional entendió que la concepción sería el momento en que se fecunda el ovulo y asumió que a partir de ese momento existía una persona titular del derecho a la vida (*supra* párr. 73).

178. Al respecto, en el presente caso las partes también remitieron como prueba un conjunto de artículos científicos y de dictámenes periciales que a continuación serán utilizados para determinar el alcance de la interpretación literal de los términos “concepción”, “persona” y “ser humano”. Asimismo, la Corte se referirá al significado literal de la expresión “en general” establecida en el artículo 4.1 de la Convención.

179. El Tribunal hace notar que la prueba en el expediente evidencia cómo la FIV transformó la discusión sobre cómo se entendía el fenómeno de “la concepción”. En efecto la FIV refleja que puede pasar un tiempo entre la unión del óvulo y el espermatozoide, y la implantación. Por tal razón, la definición de “concepción” que tenían los redactores de la Convención Americana ha cambiado. Antes de la FIV no se contemplaba científicamente la posibilidad de realizar fertilizaciones fuera del cuerpo de la mujer²⁶⁵.

180. La Corte observa que en el contexto científico actual se destacan dos lecturas diferentes del término “concepción”. Una corriente entiende “concepción” como el momento de encuentro, o de fecundación, del óvulo por el espermatozoide. De la fecundación se genera la creación de una nueva célula: el cigoto. Cierta prueba científica considera al cigoto como un organismo humano que alberga las

²⁶⁵ Al respecto, el perito Zegers indicó que “en 1969 nadie imaginó que sería posible generar vida humana fuera del cuerpo de la mujer. Fueron 10 años más tarde, que se comunicó por primera vez el nacimiento del primer bebé usando TRA”. Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2846).



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

68

instrucciones necesarias para el desarrollo del embrión²⁶⁶. Otra corriente entiende “concepción” como el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero²⁶⁷. Lo anterior, debido a que la implantación del óvulo fecundado en el útero materno faculta la conexión de la nueva célula, el cigoto, con el sistema circulatorio materno que le permite acceder a todas las hormonas y otros elementos necesarios para el desarrollo del embrión²⁶⁸.

181. Por su parte, el perito Zegers señaló que cuando se firmó la Convención Americana en 1969, la Real Academia de la Lengua Española definía “concepción” como “acción y efecto de concebir”²⁶⁹, “concebir” como “quedar preñada la hembra” y “fecundar”²⁷⁰ como “unirse el elemento reproductor masculino al femenino para dar origen a un nuevo ser”²⁷¹. La Corte observa que el Diccionario actual de la Real Academia de la Lengua Española mantiene casi por completo las definiciones de las palabras anteriormente señaladas²⁷². Asimismo, el perito indicó que:

²⁶⁶ Cfr. *Inter alia*, los siguientes artículos científicos allegados por el Estado: Tanya Lobo Prada, *Inicio de la vida* (expediente de anexos a la contestación, tomo I, folios 6653 a 6656); Maureen L. Condit, *Preimplantation Stages of Human Development: The Biological and Moral Status of Early Embryos*, en: *Is this cell a Human Being?*, Springer-Verlag Berlin, 2011 (expediente de anexos a la contestación, tomo I, folios 6576 a 6594); Maureen L. Condit, *When Does Human Life Begin? A Scientific Perspective*, en: *The Westchester Institute For Ethics & the Human Person*, Vol 1, No.1, 2008 (expediente de anexos a la contestación, tomo I, folios 6621 a 6648); Jerome Lejeune, *El Origen de la Vida Humana*, en: *Diario ABC*, Madrid, 1983 (expediente de anexos a la contestación, tomo I, folio 6652), y Natalia Lopez Moratalla y María J. Iraburu Elizalde, *Los primeros quince días de una vida humana*, Ediciones Universidad de Navarra, 2004, (expediente de anexos a la contestación, tomo VI, folios 9415 a 9503).

²⁶⁷ Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2846).

²⁶⁸ Cfr. *Inter alia*, los siguientes artículos científicos allegados por el Estado: Tanya Lobo Prada, *Inicio de la vida* (expediente de anexos a la contestación, tomo I, folios 6653 a 6656); Maureen L. Condit, *Preimplantation Stages of Human Development: The Biological and Moral Status of Early Embryos*, en: *Is this cell a Human Being?*, Springer-Verlag Berlin, 2011 (expediente de anexos a la contestación, tomo I, folios 6576 a 6594); Maureen L. Condit, *When Does Human Life Begin? A Scientific Perspective*, en: *The Westchester Institute For Ethics & the Human Person*, Vol 1, No.1, 2008 (expediente de anexos a la contestación, tomo I, folios 6621 a 6648); Jerome Lejeune, *El Origen de la Vida Humana*, en: *Diario ABC*, Madrid, 1983 (expediente de anexos a la contestación, tomo I, folio 6652), y Natalia Lopez Moratalla y María J. Iraburu Elizalde, *Los primeros quince días de una vida humana*, Ediciones Universidad de Navarra, 2004, (expediente de anexos a la contestación, tomo VI, folios 9415 a 9503).

²⁶⁹ Cfr. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española edición de 1956. Disponible en: <http://ntlle.rae.es/ntlle/SrvltGUIMenuNtllle?cmd=Lema&sec=1.0.0.0.0>. (Último acceso 28 de noviembre de 2012).

²⁷⁰ Cfr. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española edición de 1956. Disponible en: <http://ntlle.rae.es/ntlle/SrvltGUIMenuNtllle?cmd=Lema&sec=1.1.0.0.0>. (Último acceso 28 de noviembre de 2012).

²⁷¹ Cfr. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española edición de 1956. Disponible en: <http://ntlle.rae.es/ntlle/SrvltGUIMenuNtllle?cmd=Lema&sec=1.2.0.0.0>. (Último acceso 28 de noviembre de 2012). En similar sentido, la perita Bergallo declaró que el diccionario de la real academia, “vigente en la edición 19, que era el vigente en la época de diseño de la Convención, definía concepción incluyendo el dato de la fecundación y la protección del embrión implantado”. Declaración de la perita Paola Bergallo ante la Corte durante la audiencia pública celebrada en el presente caso.

²⁷² Al respecto, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española actualmente vigente define “concepción” como “acción y efecto de concebir”. La palabra “concebir” es definida en su tercera acepción como “dicho de una hembra: Quedar preñada”. Y la palabra “fecundar” se define como “unir la célula reproductora masculina a la femenina para dar origen a un nuevo ser”. Disponible en: <http://lema.rae.es/drae/?val=concepci%C3%B3n>; <http://lema.rae.es/drae/?val=concebir>, y <http://lema.rae.es/drae/?val=fecundar> (Último acceso 28 de noviembre de 2012).



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

69

una mujer ha concebido cuando el embrión se ha implantado en su útero [...]. [L]a palabra concepción hace referencia explícita a la preñez o gestación[, que] comienza con la implantación del embrión[,] [...] ya que **la concepción o gestación es un evento de la mujer, no del embrión**. Sólo hay evidencias de la presencia de un embrión, cuando éste se ha unido celularmente a la mujer y las señales químicas de este evento pueden ser identificadas en los fluidos de la mujer. Esta señal corresponde a una hormona llamada Gonadotropina Coriónica y **lo más precoz que puede ser detectada es 7 días después de la fecundación, con el embrión ya implantado en el endometrio**²⁷³. (Añadido fuera de texto)

182. Por otro lado, según el perito Monroy Cabra, la palabra concepción es “un término médico científico y que ha sido interpretado en el sentido de que se produce [con] la fusión entre óvulo y el espermatozoide”²⁷⁴. En términos parecidos, la perita Condic consideró que “la vida humana inicia en la fusión espermatozoide-óvulo, un ‘momento de concepción’ observable”²⁷⁵.

183. Ahora bien, además de estas dos posibles hipótesis sobre el momento en que se debe entender que sucede la “concepción”, las partes han planteado una discusión diferente respecto al momento en que se considera que el embrión ha alcanzado un grado de madurez tal como para ser considerado “ser humano”. Algunas posturas indican que el inicio de la vida comienza con la fecundación, reconociendo al cigoto como la primera manifestación corporal del continuo proceso del desarrollo humano²⁷⁶, mientras que otras consideran que el punto de partida del desarrollo del embrión y entonces de su vida humana es su implantación en el útero donde tiene la capacidad de sumar su potencial genético con el potencial materno²⁷⁷. Asimismo, otras posturas resaltan que la vida comenzaría cuando se desarrolla el sistema nervioso²⁷⁸.

184. La Corte observa que, si bien algunos artículos señalan que el embrión es un ser humano²⁷⁹, otros artículos resaltan que la fecundación ocurre en un minuto pero que el embrión se forma siete días

²⁷³ Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2846). Asimismo, el perito Zegers afirmó que “[s]i la intención hubiera sido definir el derecho a la protección desde el momento de la fecundación, se habría usado esa palabra que en el diccionario, define perfectamente tal evento”. Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2846).

²⁷⁴ Declaración del perito Monroy Cabra ante la Corte Interamericana durante la audiencia pública celebrada en el presente caso.

²⁷⁵ Declaración ante fedatario público de la perita Condic (expediente de fondo, tomo V, folio 2592).

²⁷⁶ En este sentido, *inter alia*: Tanya Lobo Prada, *Inicio de la vida* (expediente de anexos a la contestación, tomo I, folios 6653 a 6656), y Maureen L. Condic, *Preimplantation Stages of Human Development: The Biological and Moral Status of Early Embryos*, en: *Is this cell a Human Being?*, Springer-Verlag Berlin, 2011 (expediente de anexos a la contestación, tomo I, folios 6576 a 6594).

²⁷⁷ *Cfr.* Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2846).

²⁷⁸ Al respecto, la perita Condic indicó que “un número de definiciones alternativas de cuándo inicia la vida humana han sido ofrecidas, incluyendo la singamia (aproximadamente 24 horas después de la fusión espermatozoide-óvulo), implantación (aproximadamente 5 días después de la fusión espermatozoide-óvulo), formación de la línea primitiva (aproximadamente 14 días después de la fusión espermatozoide-óvulo) e inicio de la función cerebral”. Declaración ante fedatario público de la perita Condic (expediente de fondo, tomo V, folio 2589).

²⁷⁹ *Cfr. Inter alia*, los siguientes artículos científicos allegados por el Estado: Tanya Lobo Prada, *Inicio de la vida* (expediente de anexos a la contestación, tomo I, folios 6653 a 6656); Maureen L. Condic, *Preimplantation Stages of Human Development: The Biological and Moral Status of Early Embryos*, en: *Is this cell a Human Being?*, Springer-Verlag Berlin, 2011 (expediente de anexos a la contestación, tomo I, folios



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

70

después, razón por la cual se alude al concepto de “preembrión”²⁸⁰. Algunas posturas asocian el concepto de preembrión a los primeros catorce días porque después de estos se sabe que si hay un niño o más²⁸¹. La perita Condic, el perito Caruso y cierta literatura científica rechazan estas ideas asociadas al concepto de preembrión²⁸².

185. Por otra parte, respecto a la controversia de cuándo empieza la vida humana, la Corte considera que se trata de una cuestión valorada de diversas formas desde una perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa, y coincide con tribunales internacionales y nacionales²⁸³, en el

6576 a 6594); Maureen L. Condic, *When Does Human Life Begin? A Scientific Perspective*, en: The Westchester Institute For Ethics & the Human Person, Vol 1, No.1, 2008 (expediente de anexos a la contestación, tomo I, folios 6621 a 6648); Jerome Lejeune, *El Origen de la Vida Humana*, en: Diario ABC, Madrid, 1983 (expediente de anexos a la contestación, tomo I, folio 6652), y Natalia Lopez Moratalla y María J. Iraburu Elizalde, *Los primeros quince días de una vida humana*, Ediciones Universidad de Navarra, 2004, (expediente de anexos a la contestación, tomo VI, folios 9415 a 9503).

²⁸⁰ El declarante informativo Escalante afirmó que “[d]esde el momento de la fertilización o fecundación – o sea penetración del espermatozoide al óvulo- y durante los siguientes 14 días, el óvulo fertilizado consiste en un grupo celular creciente, con células idénticas, donde no hay tejidos especializados ni órganos. En este periodo (preembrionario) no hay individualidad puesto que uno de ocho células puede dividirse en dos de cuatro y si ambos implantan, nacerían gemelos idénticos y de igual manera, en sentido contrario, la fusión de dos de cuatro células en uno de 8, haría nacer solamente un bebe”. Declaración del declarante a título informativo Escalante (expediente de fondo, tomo V, folio 2441).

²⁸¹ Al respecto, el declarante informativo Escalante aseveró que “antes del días 14 en la formación de la especie humana no existe individualidad. [...] Por lo tanto, una paciente que tenga por ejemplo dos embriones en un laboratorio de FIV en preparación para su transferencia, dos o tres días después, aunque tenga `hijos en proceso`, no está embarazada”. Declaración del declarante a título informativo Escalante (expediente de fondo, tomo V, folio 2386).

²⁸² Al respecto, el perito Caruso manifestó que “desconocía lo que era un “pre-embrión”. El término fue utilizado por primera vez por un biólogo de ranas, Clifford Grobstein en 1979. Él creía que debido a que los gemelos idénticos pueden surgir hasta los 14 días después de la fertilización, antes de eso, sólo un `individuo genético` está presente, no un individuo en desarrollo y, por lo tanto, un embrión o `persona` no estaba presente. Sin embargo, el término `pre-embrión` e individualidad han sido desacreditados por casi todos los biólogos humanos y rechazado por el Comité de Nomenclatura de la Asociación Americana de Anatomistas para la inclusión en la Terminología Embrionológica. Estos términos no son utilizados en ningún libro oficial de Embriología Humana o el de las Etapas de Carnegie del Desarrollo Embrionario”. Resumen escrito del peritaje rendido por Anthony Caruso en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, Tomo VI, folio 2937.216). Asimismo, la perita Condic señaló que “[a]lgunos han intentado referirse a un embrión previo a la singamia (o previo a la implantación o a la formación de la línea primitiva, ver abajo) como un “preembrión”, pero este no es un término científico legítimo”. Declaración ante fedatario público de la perita Condic (expediente de fondo, tomo V, folio 2590).

²⁸³ Respecto a decisiones de tribunales constitucionales: Corte Suprema de los Estados Unidos, *Caso Roe Vs. Wade*, 410 U.S. 115, 157 (1973) (“No necesitamos resolver la difícil cuestión de cuándo comienza la vida. Si los que están formados en sus respectivas disciplinas de la medicina, filosofía y teología no logran llegar a consenso alguno, la judicatura [...] no está en situación de especular una respuesta”). Tribunal Supremo de Justicia del Reino Unido, *Caso Smeaton Vs. The Secretary of State for Health*, [2002] EWHC 610 (Admin), Voto del juez Munby, párr. 54 y 60 (“No es parte de mi función, tal como lo concibo, determinar el momento en que comienza la vida [...]. Así, aún la biología y la medicina no pueden decirnos el momento preciso en que “la vida” realmente empiece”). Corte Suprema de Justicia de Irlanda, *Caso Roche Vs. Roche & Ors*, Sentencia de 15 de diciembre de 2009, [2009] IESC 82, Voto del juez Murray C.J (“En mi opinión, no debe ser un tribunal de leyes, confrontado con las opiniones más divergentes, aunque las más eruditas disponible en las citadas disciplinas, pronunciarse sobre la verdad del momento preciso cuando comienza la vida humana); Voto del juez Denham J, párr. 46 (Esto no es el arena adecuada para tratar de definir “la vida”, “el comienzo de la vida”, “el momento que el alma entra en el feto”, “vida en potencia”, “la singular vida humana”, cuando comienza la vida, u otros imponderables relacionados con el concepto de la vida. Esto no es el foro apropiado para decidir principios de la ciencia, la teología o la ética. Esto es un tribunal de leyes a que se ha sido solicitado interpretar la Constitución y tomar una decisión jurídica acerca de la interpretación de un artículo de la Constitución.). Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355 de 2006 (Considera esta Corporación que determinar el momento exacto a partir del cual se inicia la vida humana es un problema al cual se han dado varias respuestas, no sólo desde



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

71

sentido que no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida²⁸⁴. Sin embargo, para la Corte es claro que hay concepciones que ven en los óvulos fecundados una vida humana plena. Algunos de estos planteamientos pueden ser asociados a concepciones que le confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones. Estas concepciones no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten.

186. No obstante lo anterior, la Corte considera que es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término “concepción”. Al respecto, la Corte resalta que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un “ser humano”, lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo (*supra* párr. 180).

187. En este sentido, la Corte entiende que el término “concepción” no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede. Prueba de lo anterior, es que sólo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada “Gonodotropina Coriónica”, que sólo es detectable en la mujer que tiene un embrión unido a ella²⁸⁵. Antes de esto es imposible determinar si en el interior del

distintas perspectivas como la genética, la médica, la religiosa, o la moral, entre otras, sino también en virtud de los diversos criterios expuestos por cada uno de los respectivos especialistas, y cuya evaluación no le corresponde a la Corte Constitucional en esta decisión). TEDH, *Caso Vo. Vs. Francia*, (No. 53924/00), GC, Sentencia de 8 de julio de 2004, párr. 84.

²⁸⁴ Cfr. Maureen L. Condic; ‘Preimplantation Stages of Human Development: The Biological and Moral Status of Early Embryos’ (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo III, folios 6580 a6594). En particular, se indicó que “[h]oy día hay poco consenso entre científicos, filósofos, eticistas y teólogos acerca del momento en que comienza la vida humana. Mientras que muchos afirman que la vida comienza en “el momento de la concepción”, no se ha definido rigurosamente precisamente cuando ocurre este momento. De hecho, los órganos legislativos de diferentes países han definido el “momento” de concepción de manera muy diferente. Por ejemplo, el Canadá define el embrión humano como “un organismo humano durante los primeros 56 días de su desarrollo luego de la fecundación o la creación, que es muy similar a la definición propuesta en los Estados Unidos de América. Recientes declaraciones de parte de bioeticistas, políticos y científicos han sugerido que la vida humana comienza aún más tarde, a la etapa de las ocho células (aproximadamente 3 días después de la fecundación) (por ejemplo, Peters 2006); cuando el embrión se implanta en el útero (5-6 días después de la fecundación; Agar (2007), Hatch (2002), o al momento de la formación del estría primitiva (2 semanas después de la fecundación).

²⁸⁵ Cfr. Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2846).



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
"The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law"

72

cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide y si esta unión se perdió antes de la implantación. Asimismo, ya fue señalado que, al momento de redactarse el artículo 4 de la Convención Americana, el diccionario de la Real Academia diferenciaba entre el momento de la fecundación y el momento de la concepción, entendiendo concepción como implantación (*supra* párr. 181). Al establecerse lo pertinente en la Convención Americana no se hizo mención al momento de la fecundación.

188. Por otra parte, respecto a la expresión "en general", el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española señala que significa "en común, generalmente" o "sin especificar ni individualizar cosa alguna"²⁸⁶. Según la estructura de la segunda frase del artículo 4.1 de la Convención, el término "en general" se relaciona con la expresión "a partir de la concepción". La interpretación literal indica que dicha expresión se relaciona con la previsión de posibles excepciones a una regla particular. Los demás métodos de interpretación permitirán entender el sentido de una norma que contempla excepciones.

189. Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal entiende el término "concepción" desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual considera que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana. Asimismo, la expresión "en general" permite inferir excepciones a una regla, pero la interpretación según el sentido corriente no permite precisar el alcance de dichas excepciones.

190. Por otra parte y tomando bajo consideración que el artículo 4.1 es asunto materia de la discusión del presente caso y lo fue en el ámbito de lo debatido ante la Sala Constitucional, el Tribunal estima pertinente interpretar dicho artículo utilizando los siguientes métodos de interpretación, a saber, la interpretación sistemática e histórica, evolutiva y teleológica.

C.2) Interpretación sistemática e histórica

191. La Corte resalta que, según el argumento sistemático, las normas deben ser interpretadas como parte de un todo cuyo significado y alcance deben fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenecen²⁸⁷. En este sentido, el Tribunal ha considerado que "al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31)"²⁸⁸, esto es, el derecho internacional de los derechos humanos.

²⁸⁶ Cfr. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Disponible en: <http://lema.rae.es/drae/?val=en%20general> (Último acceso 28 de noviembre de 2012).

²⁸⁷ Cfr. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 43.

²⁸⁸ Cfr. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 113, y *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 192.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

73

192. En el presente caso, la Sala Constitucional y el Estado sustentaron sus argumentos a partir de una interpretación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante “PIDCP”), la Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. En particular, el Estado afirmó que otros tratados distintos a la Convención Americana exigen la protección absoluta de la vida prenatal. La Corte entra a analizar este alegato a partir de una valoración general de lo dispuesto por los sistemas de protección respecto a la protección del derecho a la vida. Por tanto, se analizará: i) el Sistema Interamericano; ii) el Sistema Universal; iii) el Sistema Europeo, y iv) el Sistema Africano.

193. Por otra parte, según el artículo 32 de la Convención de Viena, los medios complementarios de interpretación, en especial los trabajos preparatorios del tratado, son utilizables para confirmar el sentido resultante de aquella interpretación o cuando ésta deje ambiguo u oscuro el sentido o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable²⁸⁹. Lo anterior, implica que suelen ser utilizados sólo en forma subsidiaria²⁹⁰ después de haber utilizado los métodos de interpretación consagrados en el artículo 31 de la Convención de Viena, con el objeto de confirmar el sentido que se encontró o para establecer si subsiste una ambigüedad en la interpretación o si la aplicación es absurda o irrazonable. Sin embargo, en el presente caso, la Corte considera relevante para la determinación de la interpretación de los términos del artículo 4.1 de la Convención Americana lo dispuesto en el artículo 31.4 de la Convención de Viena, según el cual se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes. Por tanto, la interpretación del texto del artículo 4.1 de la Convención se relaciona directamente con el significado que los Estados Parte de la Convención Americana pretendían asignarle.

C.2.a) Sistema Interamericano de Derechos Humanos

i) Trabajos preparatorios de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

194. De acuerdo con la resolución XL de la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz, celebrada en 1945, el Comité Jurídico Interamericano formuló un Proyecto de una Declaración Internacional de los Derechos y Deberes del Hombre para que lo estudiara la Novena Conferencia Internacional de Estados Americanos en 1948²⁹¹. En la Conferencia se analizó este texto y el

²⁸⁹ Cfr. *Restricciones a la Pena de Muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3, párr. 49

²⁹⁰ Cfr. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 68

²⁹¹ Cfr. Comité Jurídico Interamericano, *Recomendaciones e Informes, Documentos Oficiales, 1945-1947*, Río de Janeiro, 1960, págs. 61-115.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

74

texto preliminar para la Declaración Internacional de los Derechos Humanos preparada por las Naciones Unidas en diciembre de 1947²⁹².

195. El artículo I del Proyecto sometido por el Comité Jurídico, expresaba lo siguiente sobre el derecho a la vida:

Toda persona tiene derecho a la vida, inclusive los que están por nacer así como también los incurables, dementes y débiles mentales.

La pena capital sólo puede aplicarse en los casos en que una ley preexistente la haya establecido para crímenes de excepcional gravedad²⁹³.

196. Posteriormente, se formó un grupo de trabajo²⁹⁴, que sometió a la Sexta Comisión un nuevo texto preliminar con el título de Declaración Americana de los Derechos y Deberes Esenciales del Hombre²⁹⁵, cuyo nuevo artículo I decía:

Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad y a la integridad de su persona²⁹⁶.

197. Este artículo nuevo y otros cambios introducidos fueron explicados por el grupo de trabajo en su informe a la Comisión Sexta, como un arreglo al que se llegó para resolver los problemas suscitados por las delegaciones de Argentina, Brasil, Cuba, Estados Unidos, México, Perú, Uruguay y Venezuela, principalmente como consecuencia del conflicto entre las leyes de esos Estados y el texto preliminar del Comité Jurídico²⁹⁷, dado que la definición del alcance del derecho a la vida en el Proyecto del Comité Jurídico era incompatible con las leyes sobre la pena capital y el aborto en la mayoría de los Estados americanos²⁹⁸.

²⁹² Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Baby Boy Vs. Estados Unidos*, Caso 2141, Informe No. 23/81, OEA/Ser.L/V/II.54, doc. 9 rev. 1 (1981), párr. 19.a)

²⁹³ Cfr. IX Conferencia Internacional Americana - Actas y Documentos, Vol. V, pág. 449.

²⁹⁴ Cfr. IX Conferencia Internacional Americana - Actas y Documentos, Vol. V, págs. 474 y 475.

²⁹⁵ Cfr. IX Conferencia Internacional Americana - Actas y Documentos, Vol. V, págs. 476 y 478.

²⁹⁶ Cfr. IX Conferencia Internacional Americana - Actas y Documentos, Vol. V, pág. 479.

²⁹⁷ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Baby Boy Vs. Estados Unidos*, Caso 2141, Informe No. 23/81, OEA/Ser.L/V/II.54, doc. 9 rev. 1 (1981), párr. 19.d) (citando IX. Conferencia Internacional Americana - Actas y Documentos, Vol. V, pp. 474-484, 513-514).

²⁹⁸ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Baby Boy Vs. Estados Unidos*, Caso 2141, Informe No. 23/81, OEA/Ser.L/V/II.54, doc. 9 rev. 1 (1981), párr. 19.e).



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

75

198. El 22 de abril de 1948 el artículo I de la Declaración fue aprobado por la Comisión Sexta con un pequeño cambio de redacción en el texto²⁹⁹. El texto definitivo de la Declaración fue aprobado en la séptima sesión plenaria de la conferencia, el 30 de abril de 1948³⁰⁰. La única diferencia en la última versión fue la supresión de la referencia a la "integridad"³⁰¹, siendo la versión finalmente aprobada la siguiente:

Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona³⁰².

199. La Corte observa que varios países, entre estos Argentina, Brasil, Costa Rica, Cuba, Ecuador, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, establecían en el derecho interno excepciones a la penalización del aborto en casos de peligro para la vida de la mujer, grave peligro para la salud de la mujer, abortos eugénicos, o en casos de violación³⁰³.

200. Teniendo en cuenta estos antecedentes de la Declaración Americana, la Corte considera que los trabajos preparatorios no ofrecen una respuesta definitiva sobre el punto en controversia.

ii) Trabajos preparatorios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

201. En la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores de la OEA, celebrada en 1959, se decidió impulsar la preparación de una Convención de Derechos Humanos, y se encomendó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos la preparación de un proyecto para tal efecto³⁰⁴. El Consejo Interamericano de Jurisconsultos elaboró dicho proyecto³⁰⁵ con el propósito que fuera considerado en la Novena Conferencia Internacional Americana, fijada para celebrarse en 1960. El Consejo Interamericano tomó en cuenta las experiencias del sistema europeo de derechos humanos con el Convenio Europeo de Derechos Humanos y del sistema universal de derechos humanos de Naciones Unidas. Respecto al derecho a la vida se incorporó en el artículo 2 del proyecto la siguiente formulación:

²⁹⁹ IX. Conferencia Internacional Americana - Actas y Documentos, Vol. V, pág. 578. El texto quedó así: “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad e integridad de su persona”.

³⁰⁰ Cfr. IX. Conferencia Internacional Americana - Actas y Documentos, Vol. I, págs. 231, 234 y 236.

³⁰¹ Cfr. IX. Conferencia Internacional Americana - Actas y Documentos, Vol. VI, pág. 248.

³⁰² Cfr. IX. Conferencia Internacional Americana - Actas y Documentos, Vol. VI, p. 248, Vol. I, págs. 231, 234 y 236.

³⁰³ Cfr. Luis Jiménez de Asua, *Códigos Penales Iberoamericanos*, Vols. I, II, citado en Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Baby Boy Vs. Estados Unidos de América*, Res. No. 23/81, Caso 2141 (1981), párr. 19.f).

³⁰⁴ Cfr. *Anuario Interamericano de Derechos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 97.

³⁰⁵ Aprobado el 8 de septiembre de 1959, por Resolución No. XX del Consejo Interamericano de Jurisconsultos; Doc. CIJ-41, 1959.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
"The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law"

76

Toda persona tiene el derecho a que se respete su vida. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley a partir del momento de la concepción. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente³⁰⁶.

202. Tal redacción, sin la expresión "en general", la cual fue incorporada posteriormente, había sido propuesta por los tres proyectos en los que se basó la Convención Americana³⁰⁷.

203. Posteriormente, la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria de 1965 encomendó al Consejo de la OEA que actualizara y completara el "Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos" elaborado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos en 1959, tomando en cuenta los Proyectos de Convención presentados por los Estados de Chile y Uruguay, y oyendo el criterio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos³⁰⁸.

204. Para conciliar las diferentes opiniones frente a la formulación "desde el momento de la concepción", suscitadas desde la IX. Conferencia Internacional Americana de Bogotá en 1948, a raíz de las legislaciones de los Estados americanos que permitían el aborto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos revisó el artículo 2 (derecho a la vida) y decidió introducir antes de la formulación "desde el momento de la concepción" las palabras "en general"³⁰⁹. Ese arreglo dio origen al nuevo texto del artículo 2.1, que señalaba:

³⁰⁶ Cfr. *Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos*, aprobado por la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, Acta Final, Santiago de Chile, septiembre, 1959. Doc. CIJ-43, en: *Anuario Interamericano de Derechos Humanos*, 1968, OEA, Washington D.C., 1973, págs. 236.

³⁰⁷ Cfr. *Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos*, aprobado por la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, Santiago de Chile, septiembre, 1959; el Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos presentado por el Gobierno de Chile a la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria, Río de Janeiro, 1965, doc. 35, y el Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos presentado por el Gobierno del Uruguay a la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria, Río de Janeiro, 1965, doc. 49, Cfr. *Anuario Interamericano de Derechos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, págs. 236, 280 y 298.

³⁰⁸ También se encomendó al Consejo de la OEA que dicho proyecto revisado fuera sometido a los gobiernos para que formularan las observaciones y enmiendas que estimaran pertinentes y que convocara a una Conferencia Especializada Interamericana para considerar el proyecto, las observaciones y aprobar la Convención. El Consejo de la OEA solicitó el criterio de la Comisión Interamericana, y ésta, por su parte, emitió un dictamen sobre la materia que transmitió al Consejo de la OEA el 4 de noviembre de 1966 (Primera Parte) y el 10 de abril de 1967 (Segunda Parte). Cfr. "Dictamen de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos relativo al proyecto de Convención sobre Derechos Humanos aprobado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos (Derechos civiles y políticos) Primera parte", OEA/Ser.L/V/II.15/doc.26, y "Dictamen de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos relativo al Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos aprobado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos, Segunda Parte", OEA/Ser.L/V/II.16/doc.8., en: *Anuario Interamericano de Derechos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, págs. 320 ss. y 334 ss. Además, por Resolución de 7 de junio de 1967, el Consejo de la OEA formuló una consulta a los gobiernos de los Estados miembros sobre la posibilidad de la coexistencia de los Pactos suscritos en las Naciones Unidas y una Convención Interamericana sobre Derechos Humanos. Posteriormente, el Consejo encomendó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la redacción de un texto revisado y completo para un Anteproyecto de Convención. Cfr. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos, Secretaría General, OEA, Washington, D.C., OEA/Ser.K/XVI/1.2.

³⁰⁹ Cfr. "Dictamen de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos relativo al Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos aprobado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos (Derechos civiles y políticos) Primera parte", OEA/Ser.L/V/II.15/doc.26, en: *Anuario Interamericano de Derechos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 320.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

77

Toda persona tiene el derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, en general, desde el momento de la concepción³¹⁰.

205. Esta propuesta fue revisada por el relator de la Comisión, quien reiteró su opinión disidente y propuso la eliminación de la formulación "en general, desde el momento de la concepción", a fin de evitar toda posibilidad de conflicto con el inciso 1.º del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece este derecho únicamente en forma general³¹¹. Sin embargo, la Comisión estimó que "por razones de principio era fundamental consagrar la protección del derecho a la vida en la forma como lo había recomendado al Consejo de la Organización de Estados Americanos en su dictamen (primera parte)"³¹². Por tanto, decidió mantener sin cambios el texto del artículo 2.1 de la propuesta.

206. En la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, realizada del 7 al 22 de noviembre de 1969, que aprobó la Convención Americana, las delegaciones de la República Dominicana y de Brasil presentaron enmiendas separadas de eliminación de la expresión "en general, desde el momento de la concepción"³¹³.

207. La delegación de la República Dominicana consideró respecto al texto del derecho a la vida (artículo 3) que "se fortalecerían los conceptos universales de los derechos humanos si el texto interamericano fuera igual al que se adoptó en las Naciones Unidas, en el Artículo 6(1) del pacto"³¹⁴.

208. La delegación de Brasil justificó su propuesta de eliminación considerando que "[e]sta cláusula final es vaga y por eso no tendrá eficacia para impedir que los Estados Partes en la futura convención incluyan en sus leyes internas los más variados casos de aborto"³¹⁵. Alegó que "[d]icha cláusula pod[ía] provocar dudas que dificultar[ían] no sólo la aceptación de este artículo, como su aplicación, si

³¹⁰ Cfr. *Anuario Interamericano de Derechos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 321.

³¹¹ *Anuario Interamericano de Derechos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 98.

³¹² *Anuario Interamericano de Derechos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 98.

³¹³ Cfr. "Observaciones y Comentarios al Proyecto de Convención sobre Protección de Derechos Humanos presentados por el Gobierno de La República Dominicana, junio 20, 1969", y "Observaciones y Enmiendas al Proyecto de Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos presentadas por el Gobierno del Brasil, 10 de noviembre de 1969", en: Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos, Secretaria General, OEA, Washington, D.C., OEA/Ser.K/XVI/1.2, págs. 50 ss., y 121 ss.

³¹⁴ Cfr. "Observaciones y Comentarios al Proyecto de Convención sobre Protección de Derechos Humanos presentados por el Gobierno de La República Dominicana, junio 20, 1969", pág. 57.

³¹⁵ Cfr. "Observaciones y Enmiendas al Proyecto de Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos presentadas por el Gobierno del Brasil, 10 de noviembre de 1969", en: Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos, pág. 121.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

78

prevaleciera [esta] redacción”³¹⁶, y concluyó que “[m]ejor ser[ía] así que [fuera] eliminada la cláusula ‘en general desde el momento de la concepción’, pues e[ra] materia que deb[ía] ser dejada a la legislación de cada país”³¹⁷.

209. La delegación de Estados Unidos, apoyando la posición de Brasil, sugirió que “se acomod[ara] dicho texto con el Artículo 6, párrafo 1, del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas”³¹⁸.

210. La delegación de Ecuador propuso la eliminación de las palabras “en general”³¹⁹, y el delegado de Venezuela estimó que “en cuanto al derecho a la vida, desde el momento de la concepción del ser humano, no puede haber concesiones”³²⁰, por lo que consideró “inaceptable una Convención que no consagre dicho principio”³²¹.

211. Finalmente, por voto de la mayoría, la conferencia adoptó el texto preliminar sometido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos³²², el cual continúa hasta el presente como texto del artículo 4.1 de la Convención Americana.

212. Al momento de ratificar la Convención, sólo México hizo una declaración interpretativa, aclarando que “con respecto al párrafo 1 del Artículo 4, considera que la expresión ‘en general’ [...] no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida ‘a partir del momento de la concepción’ ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados”³²³.

³¹⁶ Cfr. “Observaciones y Enmiendas al Proyecto de Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos presentadas por el Gobierno del Brasil, 10 de noviembre de 1969”, pág. 121.

³¹⁷ Cfr. “Observaciones y Enmiendas al Proyecto de Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos presentadas por el Gobierno del Brasil, 10 de noviembre de 1969”, pág. 121.

³¹⁸ Cfr. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, *Actas y Documentos*, pág. 160.

³¹⁹ Cfr. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, *Actas y Documentos*, pág. 160.

³²⁰ Cfr. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, *Actas y Documentos*, pág. 160.

³²¹ Cfr. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, *Actas y Documentos*, pág. 160.

³²² Cfr. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, *Actas y Documentos*, págs. 161 y 481.

³²³ Cfr. Declaración Interpretativa de México. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/convratif.asp> (Último acceso 28 de noviembre de 2012).



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

79

213. Por otra parte, dado que el Estado costarricense califica al embrión como “ser humano” y “persona”, a continuación se reseña brevemente los trabajos preparatorios respecto a estas expresiones. El proyecto de Convención sobre Derechos Humanos, aprobada por la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos³²⁴, establecía en el artículo 1 del proyecto que:

Los Estados en la presente convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a todos los seres humanos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción³²⁵.

214. Por su parte, en el artículo 2(1) establecía que:

El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley a partir del momento de la concepción³²⁶.

215. El Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos, presentado por el Gobierno de Uruguay³²⁷ preveía el artículo 1 en términos idénticos al Proyecto del Consejo Interamericano de Jurisconsultos³²⁸, mientras que el artículo 2(1) señalaba:

Todo ser humano tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley a partir del momento de la concepción. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente³²⁹.

216. En el “Dictamen de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos relativo al Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos aprobado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos (Derechos Civiles y Políticos), Primera parte”, y en el “Texto de las enmiendas sugeridas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos elaborado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos”³³⁰, la Comisión sugirió respecto al artículo 1 del Proyecto del Consejo Interamericano de Jurisconsultos “para mayor brevedad y precisión técnica de la

³²⁴ Cfr. Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos, aprobada por la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, Acta Final, Santiago de Chile, septiembre, 1959. Doc. CIJ-43, en: *Anuario Interamericano de Derechos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 236.

³²⁵ *Anuario Interamericano de Derechos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 236.

³²⁶ *Anuario Interamericano de Derechos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 236.

³²⁷ Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos, presentado por el Gobierno de Uruguay, Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria, Río de Janeiro, 1965, doc. 49, en: *Anuario Interamericano de Derechos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 298.

³²⁸ Cfr. *Anuario Interamericano de Derechos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 236.

³²⁹ *Anuario Interamericano de Derechos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 236.

³³⁰ Texto de las enmiendas sugeridas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos elaborado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos, Anexo al documento, OEA/Ser.L/V/II.16, doc. 18, en: *Anuario Interamericano de Derechos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, págs. 356 ss.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

80

redacción” la sustitución de la expresión “seres humanos” por “personas”³³¹. Sin embargo, mantuvo al mismo tiempo la expresión “ser humano” en el artículo 2(1), al proponer la siguiente formulación que incluía la expresión “en general”:

Todo ser humano tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción³³².

217. Finalmente, el Proyecto de Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos establecía en el artículo 1:

1. Los Estados en la presente convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a todos los seres humanos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción [...]

2. Persona, a los efectos de esta Convención, es todo ser humano.

218. Además el artículo 3(1) señalaba:

“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley a partir del momento de la concepción. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”.

219. La Corte observa que durante los trabajos preparatorios se utilizaron los términos “persona” y “ser humano” sin la intención de hacer una diferencia entre estas dos expresiones. El artículo 1.2 de la Convención precisó que los dos términos deben entenderse como sinónimos³³³.

220. Por otra parte, la Corte constata que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Baby Boy Vs. Estados Unidos de América*³³⁴, rechazó la solicitud de los peticionarios de declarar dos

³³¹ Cfr. *Anuario Interamericano de Derechos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 318.

³³² *Anuario Interamericano de Derechos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, págs. 320 y 356.

³³³ El artículo 1.2 ha sido analizado por la Corte en casos en los que se ha solicitado la violación de derechos en perjuicio de personas jurídicas, lo cual ha sido rechazado por el Tribunal porque no han sido reconocidas como titulares de derechos consagrados en la Convención Americana. Cfr. *Caso Cantos Vs. Argentina. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 7 de septiembre de 2001. Serie C No. 85, párr. 29 y *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 398. Sin embargo, en estos casos la Corte no desarrolló argumentos de mayor alcance sobre el significado del artículo 1.2 en el marco de las controversias a las que se circunscribe el presente caso.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

81

sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos³³⁵, que legalizaron el aborto sin restricción de causa antes de la viabilidad fetal, como violatorias de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Respecto a la interpretación del artículo I de la Declaración Americana, la Comisión desestimó el argumento de los peticionarios según el cual “el artículo I de la Declaración ha incorporado la noción de que el derecho a la vida existe desde el momento de la concepción”³³⁶, considerando que la Novena Conferencia Internacional Americana, al aprobar la Declaración Americana, “enfrentó esta cuestión y decidió no adoptar una redacción que hubiera claramente establecido ese principio”³³⁷. En cuanto a la interpretación de la Convención Americana, la Comisión señaló que la protección del derecho a la vida no es absoluta³³⁸. Consideró que “[l]a adición de la frase ‘en general, desde el momento de la concepción’ no significa que quienes formularon la Convención tuviesen la intención de modificar el concepto de derecho a la vida que prevaleció en Bogotá, cuando aprobaron la Declaración Americana. 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 aparec[ía] repetida muchas veces en el documento de los peticionarios”³³⁹.

221. La Corte concluye que los trabajos preparatorios indican que no prosperaron las propuestas de eliminar la expresión “y, en general, desde el momento de la concepción”, ni la de las delegaciones que pedían eliminar solo las palabras “en general”.

iii) Interpretación sistemática de la Convención Americana y de la Declaración Americana

222. La expresión “toda persona” es utilizada en numerosos artículos de la Convención Americana³⁴⁰ y de la Declaración Americana³⁴¹. Al analizar todos estos artículos no es factible sostener que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados en cada uno de dichos artículos. Asimismo, teniendo en cuenta lo ya señalado en el sentido que la concepción sólo ocurre dentro del cuerpo de la

³³⁴ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Baby Boy Vs. Estados Unidos*, Caso 2141, Informe No. 23/81, OEA/Ser.L/V/II.54, doc. 9 rev. 1 (1981).

³³⁵ Cfr. Corte Suprema de Justicia de EE.UU., *Casos Roe Vs. Wade*, 410 U.S. 113, y *Doe Vs. Bolton*, 410 U.S. 179.

³³⁶ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Baby Boy Vs. Estados Unidos*, Caso 2141, Informe No. 23/81, OEA/Ser.L/V/II.54, doc. 9 rev. 1 (1981), párr. 19.h).

³³⁷ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Baby Boy Vs. Estados Unidos*, Caso 2141, Informe No. 23/81, OEA/Ser.L/V/II.54, doc. 9 rev. 1 (1981), párr. 19.h).

³³⁸ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Baby Boy Vs. Estados Unidos*, Caso 2141, Informe No. 23/81, OEA/Ser.L/V/II.54, doc. 9 rev. 1 (1981), párr. 25.

³³⁹ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Baby Boy Vs. Estados Unidos*, Caso 2141, Informe No. 23/81, OEA/Ser.L/V/II.54, doc. 9 rev. 1 (1981), párr. 30.

³⁴⁰ Cfr. Al respecto, los artículos 1.1, 3, 4.6, 5.1, 5.2, 7.1, 7.4, 7.5, 7.6, 8.1, 8.2, 10, 11.1, 11.3, 12.1, 13.1, 14.1, 16, 18, 20.1, 20.2, 21.1, 22.1, 22.2, 22.7, 24, 25.1 y 25.2 de la Convención Americana.

³⁴¹ Cfr. Al respecto, los artículos II, III, IV, V, VI, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXI, XXII, XXIII, XXIV, XXVI y XXVII de la Declaración Americana.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

82

mujer (*supra* párrs. 186 y 187), se puede concluir respecto al artículo 4.1 de la Convención que el objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada, dado que la defensa del no nacido se realiza esencialmente a través de la protección de la mujer, como se desprende del artículo 15.3.a) del Protocolo de San Salvador, que obliga a los Estados Parte a “conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto”, y del artículo VII de la Declaración Americana, que consagra el derecho de una mujer en estado de gravidez a protección, cuidados y ayudas especiales.

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

C.2.b) Sistema Universal de Derechos Humanos

i) Declaración Universal de Derechos Humanos

224. Respecto al alegato del Estado según el cual “la Declaración Universal de Derechos Humanos [...] protege al ser humano desde [...] el momento de la unión del óvulo y el espermatozoide”, la Corte estima que según los trabajos preparatorios de dicho instrumento, el término “nacen” se utilizó precisamente para excluir al no nacido de los derechos que consagra la Declaración³⁴². Los redactores rechazaron expresamente la idea de eliminar tal término, de modo que el texto resultante expresa con plena intención que los derechos plasmados en la Declaración son “inherentes desde el momento de nacer”³⁴³. Por tanto, la expresión “ser humano”, utilizada en la Declaración Universal de Derechos Humanos, no ha sido entendida en el sentido de incluir al no nacido.

ii) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

225. Respecto al alegato del Estado según el cual el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [...] reconoce la vida del embrión de manera independiente a la de su madre”, la Corte observa que durante la segunda sesión de la Comisión de Derechos Humanos, realizada del 2 al 17 de diciembre de 1947, el Líbano propuso la protección del derecho a la vida desde el momento de la concepción³⁴⁴. Ante la resistencia contra la formulación “desde el momento de la concepción” a la luz de la admisibilidad del aborto en muchos Estados, el Líbano sugirió la formulación “en cualquier fase del

³⁴² E/CN.4/SR/35 (1947)

³⁴³ E/CN.4/SR/35 (1947)

³⁴⁴ Cfr. UN Doc. E/CN.4/386, 398.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

83

desarrollo humano” (“at any stage of human development”)³⁴⁵. Esta formulación, aceptada inicialmente³⁴⁶, fue borrada posteriormente³⁴⁷. Otra propuesta del Reino Unido de reglamentar el asunto del aborto en un artículo autónomo fue considerada inicialmente³⁴⁸, pero luego fue también abandonada³⁴⁹. Durante la Sexta Sesión de la Comisión de Derechos Humanos del 27 de marzo al 19 de mayo de 1950 fracasó un nuevo intento del Líbano de proteger la vida humana desde el momento de la concepción³⁵⁰. En las deliberaciones del Tercer Comité de la Asamblea General del 13 al 26 de noviembre de 1957, un grupo de cinco Estados (Bélgica, Brasil, El Salvador, México y Marruecos), propuso la enmienda al artículo 6.1 en los siguientes términos: “a partir del momento de la concepción, este derecho [a la vida] estará protegido por la ley”³⁵¹. Sin embargo, esta propuesta fue rechazada con 31 votos en contra, 20 votos a favor, y 17 abstenciones³⁵². Por tanto, los trabajos preparatorios del artículo 6.1 del PIDCP indican que los Estados no pretendían tratar al no nacido como persona y otorgarle el mismo nivel de protección que a las personas nacidas.

226. Ni en su Observación General No. 6 (derecho a la vida)³⁵³, ni en su Observación General No. 17 (Derechos del niño)³⁵⁴, el Comité de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre el derecho a la vida del no nacido. Por el contrario, en sus observaciones finales a los informes de los Estados, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que se viola el derecho a la vida de la madre cuando las leyes que restringen el acceso al aborto obligan a la mujer a recurrir al aborto inseguro, exponiéndola a morir³⁵⁵.

³⁴⁵ Cfr. UN Doc. E/CN.4/AC.3/SR.2, § 2 f (1947).

³⁴⁶ Cfr. UN Doc. E/CN.4/AC.3/SR.2, § 2 f (1947).

³⁴⁷ Cfr. UN Doc. E/CN.4/AC.3/SR.9, § 3 (1947).

³⁴⁸ Cfr. UN Doc. E/CN.4/AC.3/SR.9, § 3 (1947).

³⁴⁹ Cfr. UN Doc. E/CN.4/SR.35, § 12 (1947).

³⁵⁰ Cfr. UN Doc. E/CN.4/SR.149, § 16 (1950).

³⁵¹ Cfr. UN Doc. A/C.3/L.654.

³⁵² Cfr. UN Doc. A/C.3/SR.820, § 9 (1957).

³⁵³ Cfr. Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 6, Derecho a la vida (artículo 6), U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 143 (1982).

³⁵⁴ Cfr. Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 17, Derechos del niño (artículo 24), U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 165 (1989).

³⁵⁵ A manera de ejemplo, Comité de Derechos Humanos ha emitido las siguientes observaciones finales en este sentido: Argentina, § 14, UN Doc. CCPR/CO/70/arg (2000); Bolivia, § 22, UN Doc. CCPR/C/79/Ad.74 (1997); Costa Rica, § 11, UN Doc. CCPR/C/79/Ad.107 (1999); Chile, § 15, UN Doc. CCPR/C/79/Add.104 (1999); El Salvador, § 14, UN Doc. CCPR/CO/78/SLV (2003); Ecuador, § 11, UN Doc. CCPR/C/79/Add.92 (1998); Gambia, § 17, UN Doc. CCPR/CO/75/GMB (2004); Guatemala, § 19, UN Doc. CCPR/CO/72/GTM (2001); Honduras, § 8, UN Doc. CCPR/C/HND/CO/1 (2006); Kenia, § 14, UN Doc. CCPR/CO/83/KEN (2005); Kuwait, § 9, CCPR/CO/69/KWT (2000); Lesotho, § 11, UN Doc. CCPR/C/79/Add.106 (1999); Islas Mauricio, § 9, UN Doc. CCPR/CO/83/MUS (2005); Marruecos, § 29, UN Doc. CCPR/CO/82/MAR (2004); Paraguay, § 10, UN Doc. CCPR/C/PRY/CO/2 (2006); Perú, § 15, UN Doc. CCPR/C/79/Ad.72 (1996); Perú, § 20, UN Doc. CCPR/CO/70/PER (2000); Polonia, § 8, UN Doc. CCPR/CO/82/POL (2004); República de Tanzania, § 15, UN Doc. CCPR/C/79/Ad.97 (1998); Trinidad y Tobago, § 18, UN Doc. CCPR/CO/70/TTO (2000); Venezuela, § 19, UN Doc. CCPR/CO/71/VEN (2001), y Vietnam, § 15, UN Doc. CCPR/CO/75/VNM (2002). Asimismo, en el caso *K.L. vs. Perú*, el Comité de Derechos Humanos determinó que, al haberle negado un aborto terapéutico a una mujer pese a que la continuación del embarazo ponía en grave peligro su vida y salud mental, el Estado violó su derecho a no ser sometida a trato cruel, inhumano o degradante. Caso *K.L. vs. Perú*, CDH, Com. N° 1153/2003, Doc. ONU CCPR/C/85/D/1153/2003 (2005). Esta interpretación fue ratificada en el caso *L.M.R. vs. Argentina*, donde el Comité observó que negar el aborto legal en un caso de violación causó a la víctima sufrimiento físico y mental, con lo que se violó su derecho a la intimidad y a no ser sometida a



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

84

Estas decisiones permiten afirmar que del PIDCP no se deriva una protección absoluta de la vida prenatal o del embrión.

iii) Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación
Contra la Mujer

227. Los informes del Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (en adelante Comité de la “CEDAW” por sus siglas en inglés) dejan en claro que los principios fundamentales de igualdad y no discriminación exigen privilegiar los derechos de la mujer embarazada sobre el interés de proteger la vida en formación. Al respecto, en el caso *L.C. vs. Perú*, el Comité encontró al Estado culpable de violar los derechos de una niña a quien se le negó una intervención quirúrgica trascendental so pretexto de estar embarazada, privilegiando al feto por sobre la salud de la madre. Dado que la continuación del embarazo representaba un grave peligro para la salud física y mental de la joven, el Comité concluyó que negarle un aborto terapéutico y postergar la intervención quirúrgica constituyó discriminación de género y una violación de su derecho a la salud y la no discriminación³⁵⁶.

228. El Comité expresó, además, su preocupación por el potencial que las leyes anti-aborto tienen de atentar contra el derecho de la mujer a la vida y la salud³⁵⁷. El Comité ha establecido que la prohibición absoluta del aborto, así como su penalización bajo determinadas circunstancias, vulnera lo dispuesto en la CEDAW³⁵⁸.

iv) Convención sobre los Derechos del Niño

229. El Estado alegó que el embrión debe considerarse como “niño” y que, en consecuencia, existe una obligación especial de protección respecto a él. La Corte procederá a analizar si tal interpretación encuentra fundamento en el *corpus juris internacional* de protección de las niñas y los niños.

230. El artículo 6.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño señala que “[l]os Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida”. El término “niño” se define en el artículo

tortura o trato cruel, inhumano o degradante. Caso *L.M.R. vs. Argentina*, CDH, Com. N° 1608/2007, Doc. ONU CCPR/C/101/D/1608/2007 (2011).

³⁵⁶ Caso *L.C. vs. Perú*, Comité de la CEDAW, Com. N° 22/2009, §8.15, Doc. ONU CEDAW/c/50/D/22/2009 (2011).

³⁵⁷ *Cfr.* Comité de la CEDAW, Observaciones finales a: Belice, §56, Doc. ONU A/54/38/Rev. 1, DOAG, 54° Período de Sesiones, Supl. N° 38 (1999); Chile, §228, Doc. ONU A/54/38/Rev. 1, DOAG, 54° Período de Sesiones, Supl. N° 38 (1999); Colombia, §393, Doc. ONU A/54/38/Rev. 1, DOAG, 54° Período de Sesiones, Supl. N° 38 (1999); República Dominicana, §337, Doc. ONU A/53/38/Rev.1, DOAG, 53^{er} Período de Sesiones, Supl. N° 38 (1998); Paraguay, §131, Doc. ONU A/51/38, DOAG 51^{er} Período de Sesiones, Supl. N° 38 (1996).

³⁵⁸ *Cfr.* Comité de la CEDAW, Observaciones Finales: Chile, §228, Doc. ONU CEDAW/A/54/38/Rev.1 (1999), y Comité de la CEDAW, Observaciones Finales: Nepal, §147, Doc. ONU CEDAW/A/54/38/Rev.1 (1999).



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

85

1 de la Convención como “todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. Por su parte, el Preámbulo a la Convención señala que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”³⁵⁹.

231. Los artículos 1 y 6.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño no se refieren de manera explícita a una protección del no nacido. El Preámbulo hace referencia a la necesidad de brindar “protección y cuidado especiales [...] antes [...] del nacimiento”. Sin embargo, los trabajos preparatorios indican que esta frase no tuvo la intención de hacer extensivo al no nacido lo dispuesto en la Convención, en especial el derecho a la vida. En efecto, en los trabajos preparatorios se indica que dicha frase no tenía “la intención de vulnerar la interpretación del artículo 1 o de ninguna otra disposición de la Convención”. En efecto, mientras que el borrador revisado para una Convención sobre los Derechos del Niño, presentado por Polonia, no hacía alusión a la vida prenatal en el Preámbulo³⁶⁰, el Vaticano pidió la ampliación del Preámbulo por la expresión “antes y después del nacimiento”³⁶¹, lo cual causó opiniones encontradas entre los Estados. Como compromiso las delegaciones acordaron una expresión tomada de la Declaración sobre los Derechos del Niño de 1959³⁶².

232. Ante la dificultad de encontrar una definición de “niño” en el artículo 1 del Proyecto, se eliminó la referencia al nacimiento como inicio de la niñez³⁶³. Posteriormente, en el marco de las deliberaciones, Filipinas solicitó la inclusión de la expresión “tanto antes como después del nacimiento” en el Preámbulo³⁶⁴, a la cual varios Estados se opusieron³⁶⁵. Como compromiso se acordó que se incluyera en el Preámbulo tal referencia, pero que los trabajos preparatorios dejaran claro que el Preámbulo no determinaría la interpretación del artículo 1 de la Convención³⁶⁶.

233. El Comité para los Derechos del Niño no ha emitido observación alguna de la cual se pueda deducir la existencia de un derecho a la vida prenatal.

³⁵⁹ Cfr. Convención sobre los Derechos del Niño, para. 9 del preámbulo.

³⁶⁰ Cfr. UN Doc. E/CN.4/1349 (1979).

³⁶¹ Cfr. UN Doc. E/CN.4/1408, § 277 (1980).

³⁶² Cfr. UN Doc. E/CN.4/1408, §§ 277 (1980) (“Recognizing that, as indicated in the Declaration of the Rights of the Child adopted in 1959, the child due to the needs of his physical and mental development requires [...] legal protection in conditions of freedom, dignity and security”).

³⁶³ Cfr. UN Doc. E/CN.4/1408, § 277 (1980).

³⁶⁴ Cfr. UN Doc. E/CN.4/1989/48, § 34 (1989).

³⁶⁵ Cfr. UN Doc. E/CN.4/1989/48, § 36 (1989).

³⁶⁶ UN Doc. E/CN.4/1989/48, § 43 (1989) (“Al aprobar este párrafo del preámbulo, el Grupo de Trabajo no pretende dar un juicio previo sobre la interpretación del artículo 1 o de cualquier otra disposición de la convención por los Estados Partes”).



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

86

C.2.c) Sistema Europeo de Derechos Humanos

234. El artículo 2.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante “CEDH”) señala que “[e]l derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley”³⁶⁷. Los autores del CEDH se basaron para su redacción en la Declaración Universal de Derechos Humanos, por su “autoridad moral y valor técnico”³⁶⁸.

235. La antigua Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (en adelante el “TEDH”) se han 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.

236. En el *Caso Paton vs. Reino Unido* de 1980, que trató de una alegada violación del artículo 2 del CEDH en detrimento del no nacido por el aborto practicado por la voluntad de la madre en conformidad con las leyes nacionales, la Comisión Europea de Derechos Humanos sostuvo que los términos en que está redactada el CEDH “tienden a corroborar la apreciación de que [el artículo 2] no incluye al que está por nacer”³⁶⁹. Agregó que reconocer un derecho absoluto a la vida prenatal sería “contrario al objeto y propósito de la Convención”³⁷⁰. Señaló que “[l]a vida del feto se encuentra íntimamente ligada a la de la embarazada y no puede ser considerada al margen de ella. Si el artículo 2 comprendiese al feto y su protección fuese, en ausencia de una limitación, entendida como absoluta, el aborto tendría que considerarse prohibido incluso cuando la continuación del embarazo presente grave peligro para la vida de la embarazada. Ello querría decir que ‘la vida en formación’ del feto se consideraría de mayor valor que la vida de la embarazada”³⁷¹. También en los Casos *R.H. Vs. Noruega* (1992) y *Boso Vs. Italia* (2002), que trataron de la presunta violación del derecho a la vida en detrimento de los no nacidos por la existencia de leyes estatales permisivas frente al aborto, la Comisión confirmó su postura³⁷².

³⁶⁷ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, art. 2.1, aprobado el 4 nov. 1950, 213 STNU 222, S.T. Eur. N° 5 (en vigor desde el 3 sep. 1953).

³⁶⁸ Committee on Legal and Administrative Questions Report, Section 1, Para. 6, 5 September 1949, in Collected Edition of the Travaux Préparatoires, Vol. 1 (1975), p. 194. ([T]he Committee considered that it was preferable [...], as by reason of the moral authority and technical value of the document in question, to make use, as far as possible, of the definitions set out in the ‘Universal Declaration of Human Rights’).

³⁶⁹ *Caso Paton vs. Reino Unido*, Solicitud N° 8416/79, Comisión Europea de Derechos Humanos, Dec. & Rep. 244 (1980), párr. 9. (Thus both the general usage of the term ‘everyone’ (‘toute personne’) of the Convention (para. 7 above) and the context in which this term is employed in Article 2 (para. 8 above) tend to support the view that it does not include the unborn).

³⁷⁰ *Caso Paton vs. Reino Unido*, Solicitud N° 8416/79, Comisión Europea de Derechos Humanos, Dec. & Rep. 244 (1980), párr. 20. (The Commission finds that such an interpretation would be contrary to the object and purpose of the Convention).

³⁷¹ *Caso Paton vs. Reino Unido*, Solicitud N° 8416/79, Comisión Europea de Derechos Humanos, Dec. & Rep. 244 (1980), párr. 19. (The ‘life’ of the foetus is intimately connected with, and cannot be regarded in isolation from, the life of the pregnant woman. If Article 2 were held to cover the foetus and its protection under this Article were, in the absence of any express limitation, seen as absolute, an abortion would have to be considered as prohibited even where the continuance of the pregnancy would involve a serious risk to the life of the pregnant woman. This would mean that the ‘unborn life’ of the foetus would be regarded as being of a higher value than the life of the pregnant woman).

³⁷² *Cfr. R.H. Vs. Norway*, Decision on Admissibility, App. No. 17004/ 90, 73 European Commission on Human Rights Dec. ft Rep. 155 (1992), *Boso Vs. Italy*, App. No. 50490/99, European Commission on Human Rights (2002).



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

87

237. En el Caso *Vo. Vs. Francia*, en el que se le tuvo que practicar un aborto terapéutico a la peticionaria por el peligro para su salud producido a raíz de tratamientos médicos inadecuados, el Tribunal Europeo señaló que:

A diferencia del artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que indica que el derecho a la vida debe ser protegido “en general, desde el momento de la concepción”, el artículo 2 de la Convención es silencioso en cuanto a las limitaciones temporales del derecho a la vida y, en particular, no define “todos” [...] los cuales su “vida” es protegida por la Convención. La Corte no ha determinado el problema del “inicio” de “el derecho de toda persona a la vida” dentro del significado de la disposición y si el no nacido tiene ese derecho a la vida.” [...]

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

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

No es deseable, ni aún posible tal como están las cosas en este momento, contestar en abstracto si un no nacido es una persona a los efectos del artículo 2 de la Convención³⁷³. (Añadido fuera del texto)

³⁷³ TEDH, *Caso Vo. Vs. Francia*, (No. 53924/00), GC, Sentencia de 8 de julio de 2004, párrs. 75, 82, 84 y 85. (Unlike Article 4 of the American Convention on Human Rights, which provides that the right to life must be protected “in general, from the moment of conception”, Article 2 of the Convention is silent as to the temporal limitations of the right to life and, in particular, does not define “everyone” [...] whose “life” is protected by the Convention. The Court has yet to determine the issue of the “beginning” of “everyone’s right to life” within the meaning of this provision and whether the unborn child has such a right.” [...]

The issue of when the right to life begins comes within the margin of appreciation which the Court generally considers that States should enjoy in this sphere, notwithstanding an evolutive interpretation of the Convention, a “living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions” [...]. The reasons for that conclusion are, firstly, that the issue of such protection has not been resolved within the majority of the Contracting States themselves, in France in particular, where it is the subject of debate [...] and, secondly, that there is no European consensus on the scientific and legal definition of the beginning of life. [...]

At European level, the Court observes that there is no consensus on the nature and status of the embryo and/or foetus [...], although they are beginning to receive some protection in the light of scientific progress and the potential consequences of research into genetic engineering, medically assisted procreation or embryo experimentation. At best, it may be regarded as common ground between States that the embryo/foetus belongs to the human race. The potentiality of that being and its capacity to become a person – enjoying protection under the civil law, moreover, in many States, such as France, in the context of inheritance and gifts, and also in the United [...] – require protection in the name of human dignity, without making it a “person” with the “right to life” for the purposes of Article 2. [...]



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

88

238. En el caso *A, B y C vs. Irlanda*³⁷⁴, el Tribunal Europeo reiteró que:

con respecto a la pregunta de cuándo comienza el derecho a la vida, que entró en el margen de apreciación de los Estados porque no había consenso europeo sobre la definición científica y legal del comienzo de la vida, por consiguiente, era imposible responder la pregunta de si la persona nonata era una persona que debía ser protegida conforme a los efectos del artículo 2. Dado que los derechos demandados en nombre del feto y los derechos de la madre están inextricablemente interconectados [...] el margen de apreciación concedido a la protección de la persona nonata por parte del Estado se traduce necesariamente en un margen de apreciación según el cual cada Estado equilibra los derechos contradictorios de la madre.

239. Sin embargo, el TEDH precisó que “ese margen de apreciación no es ilimitado” y que “la Corte tiene que supervisar si la interferencia constituye un equilibrio justo de los intereses contradictorios involucrados [...]. La prohibición de un aborto para proteger la vida de la persona nonata no se justifica automáticamente en virtud del Convenio sobre la base de deferencia sin restricciones a la protección de la vida prenatal o sobre la base de que el derecho de la futura mamá al respeto de su vida privada es de menor talla”³⁷⁵.

240. Respecto a casos relacionados con la práctica de la FIV, el TEDH tuvo que pronunciarse en el caso *Evans Vs. Reino Unido*, sobre la presunta violación del derecho a la vida de los embriones preservados debido a que la legislación nacional exigía su destrucción ante el retiro del consentimiento de la pareja de la peticionaria sobre su implantación. La Gran Cámara del TEDH reiteró su jurisprudencia establecida en el *Caso Vo. Vs. Francia*, señalando que:

en la ausencia de un consenso Europeo en relación con la definición científica y legal del inicio a la vida, el problema de cuándo el derecho a la vida inicia viene dentro del margen de apreciación que la Corte generalmente considera que los

It is neither desirable, nor even possible as matters stand, to answer in the abstract the question whether the unborn child is a person for the purposes of Article 2 of the Convention).

³⁷⁴ TEDH, *Caso A, B y C vs. Irlanda*, (Nº 25579/05), Sentencia de 16 de diciembre de 2010, párr. 237. ([T]he question of when the right to life begins came within the States’ margin of appreciation because there was no European consensus on the scientific and legal definition of the beginning of life, so that it was impossible to answer the question whether the unborn was a person to be protected for the purposes of Article 2. Since the rights claimed on behalf of the foetus and those of the mother are inextricably interconnected [...], the margin of appreciation accorded to a State’s protection of the unborn necessarily translates into a margin of appreciation for that State as to how it balances the conflicting rights of the mother).

³⁷⁵ TEDH, *Caso A, B y C vs. Irlanda*, (Nº 25579/05), Sentencia de 16 de diciembre de 2010, párr. 238. (“this margin of appreciation is not unlimited” “the Court must supervise whether the interference constitutes a proportionate balancing of the competing interests involved [...]. A prohibition of abortion to protect unborn life is not therefore automatically justified under the Convention on the basis of unqualified deference to the protection of pre-natal life or on the basis that the expectant mother’s right to respect for her private life is of a lesser stature”).



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

89

Estados deberían disfrutar en esta esfera. Dentro de la ley británica, tal y como fue señalado por los tribunales internos en el presente caso del peticionario [...], un embrión no tiene derechos independientes o intereses y no puede alegar —o alegar en su nombre— un derecho a la vida dentro del artículo 2³⁷⁶.

241. La Gran Cámara del TEDH confirmó la decisión respecto a la no violación del derecho a la vida, consagrado en el artículo 2, al indicar que “los embriones creados por el peticionario [y su pareja] no tienen el derecho a la vida dentro del significado del artículo 2 de la Convención y que no ha, por lo tanto, habido una violación a tal provisión”³⁷⁷.

242. En los *Casos S.H. Vs. Austria*³⁷⁸, y *Costa y Pavan Vs. Italia*³⁷⁹, que trataron, respectivamente, de la regulación de la FIV respecto a la donación de óvulos y espermatozoides por terceros, y del diagnóstico genético preimplantacional, el TEDH ni siquiera se refirió a una presunta violación de un derecho propio de los embriones.

C.2.d) Sistema Africano de Derechos Humanos

243. El artículo 4 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos señala que “[l]os seres humanos son inviolables. Todo ser humano tendrá derecho al respeto de su vida y de la integridad de su persona”³⁸⁰. Los redactores de la Carta descartaron expresamente una terminología que protegiera el derecho a la vida a partir del momento de la concepción³⁸¹. El Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos Relativo a los Derechos de la Mujer (Protocolo de Maputo), no se pronuncia sobre el inicio de la vida, y además establece que los Estados deben tomar medidas adecuadas para “proteger los derechos reproductivos de la mujer, permitiendo el aborto con

³⁷⁶ TEDH, *Caso Evans Vs. Reino Unido*, (No. 6339/05), Sentencia de 10 de abril de 2007, párr. 54. (in the absence of any European consensus on the scientific and legal definition of the beginning of life, the issue of when the right to life begins comes within the margin of appreciation which the Court generally considers that States should enjoy in this sphere. Under English law, as was made clear by the domestic courts in the present applicant’s case [...], an embryo does not have independent rights or interests and cannot claim—or have claimed on its behalf—a right to life under Article 2).

³⁷⁷ TEDH, *Caso Evans Vs. Reino Unido*, (No. 6339/05), Sentencia de 10 de abril de 2007, párr. 56. “the embryos created by the applicant and [her partner] do not have a right to life within the meaning of Article 2 of the Convention, and that there has not, therefore, been a violation of that provision”.

³⁷⁸ Cfr. TEDH, *Caso S.H. y otros Vs. Austria*, (No. 57813/00), Sentencia de 3 de noviembre de 2011.

³⁷⁹ Cfr. TEDH, *Caso Costa y Pavan Vs. Italia*, (No. 54270/10). Sentencia de 28 de agosto de 2012.

³⁸⁰ Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, aprobada el 27 jun. 1981, art. 4, Doc. OUA CAB/LEG/67/3 Rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982) (en vigor desde el 21 oct. 1986).

³⁸¹ Propuesta para una Carta africana de derechos humanos y de los pueblos, art. 17, Doc. OUA CAB/LEG/67/1 (1979) (donde se adopta la redacción del art. 4.1 de la Convención americana sobre derechos humanos, sustituyendo “momento de la concepción” por “momento de nacer” - This right shall be protected by law and, in general, from the moment of his birth.).



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

90

medicamentos en casos de agresión sexual, violación e incesto y cuando la continuación del embarazo ponga en peligro la salud mental y física de la embarazada o la vida de la embarazada o del feto”³⁸².

C.2.e) Conclusión sobre la interpretación sistemática

244. La Corte concluye que la Sala Constitucional se basó en el artículo 4 de la Convención Americana, el artículo 3 de la Declaración Universal, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. No obstante, de ninguno de estos artículos o tratados es posible sustentar que el embrión pueda ser considerado persona en los términos del artículo 4 de la Convención. Tampoco es posible desprender dicha conclusión de los trabajos preparatorios o de una interpretación sistemática de los derechos consagrados en la Convención Americana o en la Declaración Americana.

C.3). Interpretación evolutiva

245. Este Tribunal ha señalado en otras oportunidades³⁸³ 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. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como en la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*³⁸⁴. Al efectuar una interpretación evolutiva la Corte le ha otorgado especial relevancia al derecho comparado, razón por la cual ha utilizado normativa nacional³⁸⁵ o jurisprudencia de tribunales internos³⁸⁶ a la hora de analizar controversias específicas en los casos contenciosos. Por su parte, la Corte Europea³⁸⁷ ha utilizado el derecho comparado como un mecanismo

³⁸² Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos Relativo a los Derechos de la Mujer, 2ª Sesión Ordinaria, Asamblea de la Unión, aprobado el 11 jul. 2003, art. 14.2.c.

³⁸³ Cfr. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114, y *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, párr. 83.

³⁸⁴ Cfr. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114, y *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, párr. 83.

³⁸⁵ En el caso *Kawas Fernández Vs. Honduras*, la Corte tuvo en cuenta para su análisis que: se advierte que un número considerable de Estados partes de la Convención Americana ha adoptado disposiciones constitucionales reconociendo expresamente el derecho a un medio ambiente sano.

³⁸⁶ En los casos *Heliodoro Portugal Vs. Panamá* y *Tiu Tojín Vs. Guatemala*, la Corte tuvo en cuenta sentencias de tribunales internos de Bolivia, Colombia, México, Panamá, Perú, y Venezuela sobre la imprescriptibilidad de delitos permanentes como la desaparición forzada. Además, en el caso *Anzualdo Castro Vs. Perú*, la Corte utilizó pronunciamientos de tribunales constitucionales de países americanos para apoyar la delimitación que ha realizado al concepto de desaparición forzada. Otros ejemplos son los casos *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile* y el *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*.

³⁸⁷ Por ejemplo en el caso *TV Vest As & Rogoland Pensionistparti contra Noruega*, el Tribunal Europeo tuvo en cuenta un documento del “European Platform of Regulatory Authorities” en el cual se realizaba una comparación de 31 países en esa región, con el fin de determinar en cuáles de ellos se permitía la publicidad política pagada o no y en cuáles este tipo de publicidad era gratuita. De igual manera, en el caso *Hirst v. Reino Unido* dicho Tribunal tuvo en cuenta la “normatividad y práctica de los Estados Parte” con el fin de determinar en qué países se permite suprimir el sufragio activo a quien ha sido condenado por un delito, por lo que se estudio la legislación de 48 países europeos.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
"The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law"

91

para identificar la práctica posterior de los Estados, es decir para especificar el contexto de un determinado tratado. Además, el párrafo tercero del artículo 31 de la Convención de Viena autoriza la utilización para la interpretación de medios tales como los acuerdos o la práctica³⁸⁸ o reglas relevantes del derecho internacional³⁸⁹ que los Estados hayan manifestado sobre la materia del tratado, lo cual se relaciona con una visión evolutiva de la interpretación del tratado.

246. En el presente caso, la interpretación evolutiva es de especial relevancia, teniendo en cuenta que la FIV es un procedimiento que no existía al momento en el que los redactores de la Convención adoptaron el contenido del artículo 4.1 de la Convención (*supra* párr. 179). Por tanto, la Corte analizará dos temas en el marco de la interpretación evolutiva: i) los desarrollos pertinentes en el derecho internacional y comparado respecto al status legal del embrión, y ii) las regulaciones y prácticas del derecho comparado en relación con la FIV.

C.3.a) El estatus legal del embrión

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

248. Por su parte, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a la Aplicación de la Biología y Medicina (en adelante el "Convenio de Oviedo"), adoptado en el marco del Consejo de Europa,³⁹⁰ establece lo siguiente en su artículo 18:

Artículo 18. Experimentación con embriones in vitro:

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

³⁸⁸ Cfr. TEDH, *Caso Rasmussen vs. Dinamarca*, (No. 8777/79), Sentencia de 28 de noviembre de 1984, párr. 41; *Caso Inze vs. Austria*, (No. 8695/79) Sentencia de 28 de octubre de 1987, párr. 42, y *Caso Toth vs. Austria*, (No. 11894/85), Sentencia de 25 noviembre de 1991, párr. 77.

³⁸⁹ Cfr. TEDH, *Caso Golder vs. Reino Unido*, (No. 4451/70), Sentencia de 12 de diciembre de 1975, párr. 35.

³⁹⁰ El Convenio de Oviedo establece en su artículo primero que los Estados Partes "protegerán al ser humano en su dignidad y su identidad y garantizarán a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina" y agrega que "[c]ada Parte adoptará en su legislación interna las medidas necesarias para dar aplicación a lo dispuesto en el presente Convenio". El Convenio de Oviedo fue adoptado el 4 de abril del 1997 en Oviedo, Asturias, y entró en fuerza el 1 de diciembre del 1999. Fue ratificada por 29 Estados Miembros del Consejo de Europa, con seis reservas.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

92

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

El Convenio de Oviedo sobre los Derechos del Hombre y la Biomedicina [...] se cuida de definir el término “toda persona”, y su informe explicativo indica que, en ausencia de unanimidad acerca de la definición, los Estados miembros han decidido permitir al derecho interno hacer las precisiones pertinentes al efecto de la aplicación de esta Convención [...]. Lo mismo aplica para el Protocolo Adicional sobre la prohibición de clonar seres humanos y el Protocolo Adicional sobre investigación biomédica, que no definen el concepto de “ser humano”³⁹¹.

250. Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea³⁹² en el *Caso Oliver Brüstle Vs. Greenpeace eV*³⁹³ señaló que la Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, “no t[enía] por objeto regular la utilización de embriones humanos en el marco de investigaciones científicas [,y que s]u objeto se circunscrib[ía] a la patentabilidad de las invenciones biotecnológicas”³⁹⁴. Sin embargo, precisó que “aunque la finalidad de investigación científica deb[ía] distinguirse de los fines industriales o comerciales, la utilización de embriones humanos con fines de investigación, que constitu[ía] el objeto de la solicitud de patente, no p[odía] separarse de la propia patente y de los derechos vinculados a ésta”³⁹⁵, con la consecuencia de que “la exclusión de la patentabilidad en relación con la utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales contemplada en el artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva también se ref[ería] a la utilización con fines de investigación científica, pudiendo únicamente ser objeto de patente la utilización con fines terapéuticos o de diagnóstico que se aplica al embrión y que le es útil”³⁹⁶. Con esta decisión el Tribunal de Justicia afirmó la exclusión de patentabilidad de embriones humanos, entendidos en un sentido amplio³⁹⁷, por razones éticas y

³⁹¹ TEDH, *Caso Vo. Vs. Francia*, (No. 53924/00), GC, Sentencia de 8 de julio de 2004, párr. 84. (The Oviedo Convention on Human Rights and Biomedicine [...] is careful not to give a definition of the term “everyone”, and its explanatory report indicates that, in the absence of a unanimous agreement on the definition, the member States decided to allow domestic law to provide clarification for the purposes of the application of that Convention [...]. The same is true of the Additional Protocol on the Prohibition of Cloning Human Beings and the Additional Protocol on Biomedical Research, which do not define the concept of “human being”).

³⁹² El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) es una [Institución](#) de la [Unión Europea](#) (UE) a la que está encomendada la potestad jurisdiccional o poder judicial en la Unión. Su misión es interpretar y aplicar el [Derecho de la Unión Europea](#), y se caracteriza por su naturaleza orgánica compuesta y su funcionamiento y autoridad supranacionales. Su sede está en Luxemburgo.

³⁹³ *Cfr.* Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, Sentencia del 18 de octubre de 2011, Asunto C-34/10, *Oliver Brüstle Vs. Greenpeace eV*.

³⁹⁴ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, Sentencia del 18 de octubre de 2011, Asunto C-34/10, *Oliver Brüstle Vs. Greenpeace eV*, párr. 40.

³⁹⁵ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, Sentencia del 18 de octubre de 2011, Asunto C-34/10, *Oliver Brüstle Vs. Greenpeace eV*, párr. 43.

³⁹⁶ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, Sentencia del 18 de octubre de 2011, Asunto C-34/10, *Oliver Brüstle Vs. Greenpeace eV*, párr. 46.

³⁹⁷ *Cfr.* Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, Sentencia del 18 de octubre de 2011, Asunto C-34/10, *Oliver Brüstle Vs. Greenpeace eV*, párr. 38 (“Constituye un `embrión humano´ en el sentido del artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva todo óvulo humano a partir del estadio de la fecundación, todo óvulo humano no fecundado en el que se haya implantado el núcleo de una célula humana madura y todo óvulo humano no fecundado estimulado para dividirse y desarrollarse mediante partenogénesis”. El artículo de la Directiva establece: 1. Quedarán excluidas de la patentabilidad las invenciones cuya explotación comercial sea contraria al orden



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

93

morales³⁹⁸, cuando ésta se relaciona con fines industriales y comerciales. Sin embargo, ni la directiva, ni la sentencia establecen que los embriones humanos deban ser consideradas “personas” o que tengan un derecho subjetivo a la vida.

251. Por otra parte, en el *Caso S.H. y otros Vs. Austria*, el TEDH consideró permisible la prohibición de practicar la FIV con óvulos y espermatozoides donados por terceros, resaltando que:

El poder legislativo austriaco no ha excluido la procreación artificial por completo. [...] Éste intentó reconciliar el deseo de hacer disponible la procreación medicamente asistida con la inquietud que existe entre importantes secciones de la sociedad acerca del papel y las posibilidades de la medicina reproductiva contemporánea, lo que da lugar a cuestiones morales y éticas de naturaleza muy sensibles³⁹⁹.

252. Asimismo, en el caso *Caso Costa y Pavan Vs. Italia*, el TEDH, en sus consideraciones previas sobre el derecho europeo relevante para el análisis del caso, resaltó que en “el caso Roche c. Roche y otros ([2009] IESC 82 (2009)), la Corte Suprema de Irlanda ha establecido que el concepto del niño por nacer (“unborn child”) no se aplica a embriones obtenidos en el marco de una fecundación in vitro, y estos últimos no se benefician de la protección prevista por el artículo 40.3.3 de la Constitución de Irlanda que reconoce el derecho a la vida del niño por nacer. En este caso, la demandante, quien ya tuvo un hijo como resultado de la técnica de la fecundación in vitro, acudió a la Corte Suprema a fin de obtener la implantación de otros tres embriones obtenidos en el marco de la misma fecundación, a pesar de la ausencia del consentimiento de su compañero, del cual entretanto se había separado”⁴⁰⁰.

público o a la moralidad, no pudiéndose considerar como tal la explotación de una invención por el mero hecho de que esté prohibida por una disposición legal o reglamentaria. 2. En virtud de lo dispuesto en el apartado 1, se considerarán no patentables, en particular: [...] c) las utilizaciones de embriones humanos con fines industriales o comerciales”).

³⁹⁸ Cfr. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, Sentencia del 18 de octubre de 2011, Asunto C-34/10, Oliver Brüstle Vs. Greenpeace eV, párr. 6. El Tribunal de Justicia señaló que la “exposición de motivos de la Directiva indica lo siguiente: [...] el orden público y la moralidad se corresponden, en particular, con los principios éticos y morales reconocidos en un Estado miembro, cuyo respeto es particularmente necesario en el terreno de la biotecnología, a causa del considerable alcance de las consecuencias potenciales de la invención en este ámbito y de sus vínculos naturales con la materia viva; que tales principios éticos y morales vienen a añadirse a los controles jurídicos habituales del Derecho de patentes, independientemente del ámbito técnico a que pertenezca la invención”).

³⁹⁹ Cfr. TEDH, *Caso S.H. y otros Vs. Austria*, (No. 57813/00), Sentencia de 3 de noviembre de 2011, párr. 104. (the Austrian legislature has not completely ruled out artificial procreation. [...] [t]he legislature tried to reconcile the wish to make medically assisted procreation available and the existing unease among large sections of society as to the role and possibilities of modern reproductive medicine, which raises issues of a morally and ethically sensitive nature.)

⁴⁰⁰ TEDH, *Caso Costa y Pavan Vs. Italia*, (No. 54270/10). Sentencia de 28 de agosto de 2012, párr. 33 (“33. En outre, la Cour relève que, dans l’affaire Roche c. Roche et autres ([2009] IESC 82 (2009)), la Cour Suprême irlandaise a établi que la notion d’enfant à naître (« unborn child ») ne s’applique pas à des embryons obtenus dans le cadre d’une fécondation in vitro, ces derniers ne bénéficiant donc pas de la protection prévue par l’article 40.3.3. de la Constitution irlandaise qui reconnaît le droit à la vie de l’enfant à naître. Dans cette affaire, la requérante, ayant déjà eu un enfant à la suite d’une fécondation in vitro, avait saisi la Cour Suprême en vue d’obtenir l’implantation de trois autres embryons obtenus dans le cadre de la même fécondation, malgré l’absence de consensus de son ancien compagnon, duquel elle s’était séparée entre-temps”). La Corte toma nota de que el 28 de noviembre de 2012 el gobierno italiano interpuso ante la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos la solicitud de revisión de este caso “debido a que la petición original fue presentada directamente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sin antes haber agotado [...] todos los recursos internos y sin tener en necesaria consideración el margen de apreciación que cada Estado tiene en la adopción de su propia legislación” (traducción de la Secretaría de la Corte). Disponible en: <http://www.governo.it/Presidenza/Comunicati/dettaglio.asp?d=69911> (última consulta el 28 de noviembre de 2012).



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

94

253. Por tanto, la Corte observa que las tendencias de regulación en el derecho internacional no llevan a la conclusión que el embrión sea tratado de manera igual a una persona o que tenga un derecho a la vida.

C.3.b) Regulaciones y prácticas sobre la FIV en el derecho comparado

254. De los peritajes presentados por las partes en la audiencia pública quedo establecido que Costa Rica es el único país de la región que prohíbe y, por tanto, no práctica la FIV (*supra* párr. 67).

255. Ahora bien, de la prueba aportada por las partes en el expediente, la Corte observa que si bien la FIV se realiza en un gran número de países⁴⁰¹, lo anterior no necesariamente implica que ésta se encuentre regulada por medio de normas jurídicas. Al respecto, el Tribunal destaca que, de las legislaciones comparadas anexadas por las partes sobre técnicas de reproducción asistida (Brasil, Chile, Colombia, Guatemala, México, Perú, Uruguay), se desprende que existen normas que regulan algunas prácticas en la materia. El Tribunal constata que, por ejemplo, existe: i) la prohibición de clonación humana, en Chile⁴⁰² y Perú⁴⁰³; ii) las legislaciones de Brasil⁴⁰⁴, Chile⁴⁰⁵ y Perú⁴⁰⁶ prohíben la utilización de las técnicas de reproducción asistida por fines diferentes de la procreación humana; iii) Brasil establece que el número ideal de óvulos y preembriones a ser transferidos no puede ser superior a cuatro, para no aumentar los riesgos de multiparidad⁴⁰⁷, y prohíbe la utilización de procedimientos que “apunten a una

⁴⁰¹ El informe de 2009 del Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida (RLA) informó que en ese periodo “reportaron 135 centros pertenecientes a once países. La mayoría de los centros que reportaron están en Brasil y México, la mayoría de los ciclos fueron realizados en Brazil y Argentina”. *Cfr.* Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2825).

⁴⁰² *Cfr.* Ley 20.120 de 2006, Ministerio de Salud de Chile, Artículo 5, (expediente de anexos a la contestación, tomo IV, anexo 2, folios 8424 a 8426).

⁴⁰³ *Cfr.* Ley General de Salud de Perú N° 26.842 de 15 de julio de 1997, artículo 7 (expediente de anexos a la contestación, tomo IV, anexo 2, folio 8357).

⁴⁰⁴ *Cfr.* Resolución del Conselho Federal de Medicina n. 1.358 de 1992, Principio General, No.5 (expediente de anexos al informe de fondo de la CIDH, tomo I, anexo 18, folios 425 a 428).

⁴⁰⁵ *Cfr.* Proyecto de Ley de Reproducción Humana Asistida, Artículo 1 (expediente de anexos a la contestación, tomo IV, anexo 2, folios 8437 a 8443).

⁴⁰⁶ *Cfr.* Ley General de Salud de Perú N° 26.842 de 15 de julio de 1997, artículo 7 (expediente de anexos a la contestación, tomo IV, anexo 2, folio 8357).

⁴⁰⁷ *Cfr.* Resolución del Conselho Federal de Medicina n. 1.358 de 1992, Principio General, No.6 (expediente de anexos al informe de fondo de la CIDH, tomo I, anexo 18, folios 425 a 428). Sobre la transferencia embrionaria la perita Garza explicó que “las Directrices emitidas por la Sociedad Americana de Medicina Reproductiva (ASRM) en 1999 aconsejan que no más de 2 embriones deben ser transferidos a las mujeres que tienen más probabilidades de quedar embarazadas, y no más de 5 en los pacientes con una probabilidad menor de embarazo. En el año 2006, en un esfuerzo por reducir aún más la incidencia de los embarazos múltiples de alto orden, ASRM y la Sociedad de Tecnología de Reproducción Asistida (SART) desarrollaron directrices para asistir a los programas de ART y a los pacientes, para determinar el número apropiado de la etapa de escisión (generalmente 2-3 día), embriones o blastocitos (generalmente 5 o 6 días después de la fertilización) para transferir. Estas directrices recomiendan que: Las mujeres, menores de 35 años, que tienen más probabilidades de quedar embarazadas, deben ser alentadas a considerar la transferencia de un solo embrión; Las mujeres, con edades entre 35-37, con una buena posibilidad de quedar embarazadas, no deben recibir más de 2 embriones; Las mujeres, con edades entre 38-40, con una buena posibilidad de quedar embarazadas, no deben recibir más de 3 embriones en estado de escisión o no más de 2 blastocitos. Las mujeres, con edades de 40, y las que tienen menos



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
"The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law"

95

reducción embrionaria"⁴⁰⁸ y la comercialización del material biológico, por lo que dicha práctica implica un delito⁴⁰⁹, y iv) existen diversos tipos de regulaciones sobre la criopreservación. Por ejemplo, en Chile se prohíbe la congelación de embriones para transferencia diferida de embriones⁴¹⁰, mientras que en Brasil⁴¹¹ y en Colombia⁴¹² se permite la criopreservación de embriones, espermatozoides y óvulos. Por otra parte, en algunos países, como Argentina⁴¹³, Chile⁴¹⁴ y Uruguay⁴¹⁵, ya están tratando de tomar medidas para que los tratamientos de reproducción asistida se encuentren cubiertos por los programas o políticas de salud estatal.

256. La Corte considera que, a pesar de que no existen muchas regulaciones normativas específicas sobre la FIV en la mayoría de los Estados de la región, éstos permiten que la FIV se practique dentro de sus territorios. Ello significa que, en el marco de la práctica de la mayoría de los Estados Parte en la Convención, se ha interpretado que la Convención permite la práctica de la FIV. El Tribunal considera que estas prácticas de los Estados se relacionan con la manera en que interpretan los alcances del artículo 4 de la Convención, pues ninguno de dichos Estados ha considerado que la protección al embrión deba ser de tal magnitud que no se permitan las técnicas de reproducción asistida o,

probabilidades de quedar embarazadas, pueden tener más embriones transferidos". Declaración ante fedatario público de la perita Garza (expediente de fondo, tomo V, folios 2566 y 2567).

⁴⁰⁸ Cfr. Principio General No.7, Resolución del Conselho Federal de Medicina n. 1.358 de 1992 (expediente de anexos al informe de fondo de la CIDH, tomo I, anexo 18, folios 425 a 428).

⁴⁰⁹ Cfr. Ley No.11.105, de 24 de marzo de 2005 de Brasil (expediente de fondo, tomo I, anexo 20, folios 249 a 262). Artículo 5).

⁴¹⁰ Cfr. Normas Aplicables a la Fertilización In Vitro y la Transferencia Embrionaria, Extenta No. 1072 de 28 de junio de 1985, Santiago, Ministerio de Salud, República de Chile (expediente de anexos a la contestación, tomo IV, anexo 2, folios 8456 a 8459). El artículo 8 establece que: "la Institución y el respectivo equipo de expertos deben mantener y proporcionar a las autoridades del Ministerio de Salud información completa y fidedigna sobre: a) Lugar y local donde se efectúa la FIV y TE; b) Institución que patrocina y se hace responsable del Programa de FIV y TE, definiendo claramente los objetivos y procedimientos del programa; c) Los expertos y profesionales que conducen y asisten al proceso de FIV y TE, su adiestramiento e idoneidad; d) Los protocolos de trabajo en donde se registrarán los detalles del proceso de FIV y TE indicando el número de huevos obtenidos, fertilizados o implantados. Al respecto, debe establecerse que todos los óvulos fertilizados y normales deben ser transferidos a la madre y que no se practicará congelación de embriones para transferencia diferida de embriones ni menos con fines de investigación".

⁴¹¹ Cfr. Resolución del Conselho Federal de Medicina n. 1.358 de 1992 (expediente de anexos al informe de fondo de la CIDH, tomo I, anexo 18, folios 425 a 428).

⁴¹² Cfr. Decreto 1546 de 1998, Presidente de la República de Colombia, Artículo 48 (expediente de anexos a la contestación, tomo IV, anexo 2, folios 8277 a 8303).

⁴¹³ Proyecto de Ley que fue aprobado el 28 de junio de 2012 por la Cámara de Diputados donde se prevé que las obras sociales, las entidades de medicina prepaga y el sistema de salud pública deberán incorporar como prestaciones obligatorias la cobertura integral e interdisciplinaria de los procedimientos que la Organización Mundial de la Salud define como "Reproducción Humana Asistida". Texto con los seis artículos disponibles aquí: <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=0492-D-2010>

⁴¹⁴ El perito Zegers declaró que aunque Chile "no discutió formalmente la cobertura de los tratamientos de infertilidad a nivel legislativo, sin embargo el gobierno ha destinado recursos económicos especiales al Fondo Nacional de Salud para cubrir los tratamientos de TRA a una población creciente de mujeres de bajos recursos". Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2824).

⁴¹⁵ Cfr. Proyecto de Ley "Técnicas de reproducción asistida" aprobado por la Cámara de Representantes el 9 de octubre de 2012 y actualmente en estudio de la Comisión de Salud Pública del Senado. Disponible en: <http://www0.parlamento.gub.uy/indexdb/Distribuidos/ListarDistribuido.asp?URL=/distribuidos/contenido/camara/D20120417-0218-0997.htm&TIPO=CON> (última consulta el 28 de noviembre de 2012).



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

96

particularmente, la FIV. En ese sentido, dicha práctica generalizada⁴¹⁶ está asociada al principio de protección gradual e incremental -y no absoluta- de la vida prenatal y a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona.

C.4) El principio de interpretación más favorable y el objeto y fin del tratado

257. En una interpretación teleológica se analiza el propósito de las normas involucradas, para lo cual es pertinente analizar el objeto y fin del tratado mismo y, de ser pertinente, analizar los propósitos del sistema regional de protección. En ese sentido, tanto la interpretación sistemática como la teleológica están directamente relacionadas⁴¹⁷.

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

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

260. Al respecto, la Corte considera que otras sentencias en el derecho constitucional comparado procuran efectuar un adecuado balance de posibles derechos en conflicto y, por lo tanto, constituyen una relevante referencia para interpretar los alcances de la cláusula "en general, desde la concepción" establecida en el artículo 4.1 de la Convención. A continuación se hace una alusión a algunos ejemplos jurisprudenciales en los que se reconoce un legítimo interés en proteger la vida prenatal, pero donde se

⁴¹⁶ El artículo 31.3 b) de la Convención de Viena establece que: “[j]untamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado”.

⁴¹⁷ *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 59.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

97

diferencia dicho interés de la titularidad del derecho a la vida, recalcando que todo intento por proteger dicho interés debe ser armonizado con los derechos fundamentales de otras personas, especialmente de la madre.

261. En el ámbito europeo, por ejemplo, el Tribunal Constitucional de Alemania, resaltando el deber general del Estado de proteger al no nacido, ha establecido que “[l]a protección de la vida, [...] no es en tal grado absoluta que goce sin excepción alguna de prevalencia sobre todos los demás bienes jurídicos”⁴¹⁸, y que “[l]os derechos fundamentales de la mujer [...] subsisten de cara al derecho a la vida del nasciturus y consecuentemente han de ser protegidos”⁴¹⁹. Asimismo, según el Tribunal Constitucional de España, “[l]a protección que la Constitución dispensa al ‘nasciturus’ [...] no significa que dicha protección haya de revestir carácter absoluto”⁴²⁰.

262. Por su parte, en la región, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos ha señalado que “[e]s razonable y lógico que un Estado, en un determinado momento, proteja otros intereses [...] como por ejemplo los de la potencial vida humana”, lo cual debe ser ponderado con la intimidad personal de la mujer -la cual no puede entenderse como un derecho absoluto- y “otras circunstancias y valores”⁴²¹. De otra parte, según la Corte Constitucional de Colombia, “[s]i bien corresponde al Congreso adoptar las medidas idóneas para cumplir con el deber de protección de la vida [...] esto no significa que estén justificadas todas las que dicte con dicha finalidad, porque a pesar de su relevancia constitucional la vida no tiene el carácter de un valor o de un derecho de carácter absoluto y debe ser ponderada con los otros valores, principios y derechos constitucionales”⁴²². La Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina ha señalado que ni de la Declaración Americana ni de la Convención Americana se deriva algún mandato por el que corresponda interpretar, de modo restrictivo, el alcance de las normas penales que permiten el aborto en ciertas circunstancias, “por cuanto las normas pertinentes de estos instrumentos fueron expresamente delimitadas en su formulación para que de ellas no se derivara la invalidez de un supuesto de aborto” como el previsto en el Código Penal argentino⁴²³. En similar sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México 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 derechos⁴²⁴.

⁴¹⁸ BVerfG, Sentencia BVerfGE 88, 203, 28 de mayo de 1993, 2 BvF 2/90 y 4, 5/92, párr. D.I.2.b. (Traducción de la Secretaría de la Corte).

⁴¹⁹ BVerfG, Sentencia BVerfGE 88, 203, 28 de mayo de 1993, 2 BvF 2/90 y 4, 5/92, párr. D.I.2.c.aa. (Traducción de la Secretaría de la Corte).

⁴²⁰ Tribunal Constitucional de España, Sentencia de Recurso Previo de Constitucionalidad 53/1985, 11 de abril de 1985, párr. 8.

⁴²¹ Corte Suprema de los Estados Unidos, *Caso Roe Vs. Wade*, 410 U.S. 115, 157 (1973)

⁴²² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355 de 2006, VI.5.

⁴²³ Corte Suprema de Justicia de Argentina, “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva”, Sentencia de 13 de marzo de 2012, F. 259. XLVI., Considerando 10.

⁴²⁴ *Cfr.* Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 28 de agosto de 2008, acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007. En particular, en la sentencia se indicó que: “En otros términos, podemos aceptar como verdadero que si no se está vivo no se puede ejercer ningún derecho, pero de ahí no podríamos deducir que el derecho a la vida goce de preeminencia frente a cualquier otro derecho. Aceptar un argumento semejante nos obligaría a aceptar también, por ejemplo, que el derecho a alimentarse es más valioso e importante que el derecho a la vida porque lo primero es una condición de lo segundo”. Por su parte, el Superior Tribunal Federal de Brasil indicó que “para que al



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

98

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

C.5) Conclusión de la interpretación del artículo 4.1

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

D) Proporcionalidad de la medida de prohibición

Argumentos de la Comisión y alegatos de las partes

265. La Comisión indicó que se cumplían los requisitos de legalidad, finalidad e idoneidad. Sin embargo, la Comisión consideró que en el análisis de idoneidad “puede tener incidencia” la evidencia científica de “que la técnica de reproducción asistida de la [FIV] impone un riesgo de pérdida de los embriones [...] que] es comparable al proceso natural de reproducción”. Sobre la necesidad de la medida, la Comisión señaló que “existían formas menos restrictivas para satisfacer el objetivo buscado por el Estado y acomodar los intereses en juego, como por ejemplo, a través de otras formas de regulación que podrían asimilarse más al proceso natural de concepción, tal como una regulación que disminuya el número de óvulos fecundados”. Por último, arguyó que “existen suficientes elementos para concluir que la prohibición afectó de manera desproporcionada los derechos en juego”, debido a que: i) “los derechos afectados, [...] son particularmente relevantes para la identidad de una persona y su

embrión —in vitro le fuese reconocido el pleno derecho a la vida, sería necesario reconocerle el derecho a un útero. Posición no prevista por la Constitución”. Supremo Tribunal Federal. Acción Directa de Inconstitucionalidad n° 3.510 de 29 de mayo de 2008, pág. 5. (Para que ao embrião “in vitro” fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição).



autonomía”; ii) “la protección de la vida en el ámbito internacional y constitucional comparado es[tá] habitualmente sujeta a grados de protección que se apli[can] de manera incremental”; iii) se debe considerar “el carácter severo de la afectación de los derechos involucrados”, por cuanto “[e]l efecto fue equivalente a una anulación del ejercicio de sus derechos”; iv) “es viable considerar que la prohibición de la [FIV], en la práctica, no contribuye a una protección significativa de la vida de los embriones, en contraste con la alta frecuencia [de pérdida embrionaria] en el proceso natural de concepción”, y v) es importante referirse a “la consistencia y coherencia en la acción estatal relativa a los embriones”, ya que existirían “prácticas permitidas actualmente en Costa Rica [...] que] implican un riesgo de fecundación de dichos óvulos, de pérdida embrionaria y de embarazos múltiples”. La Comisión observó que la prohibición de la FIV “tuvo dos efectos que se encuentran bajo el alcance del derecho a la igualdad: i) impidió a las [presuntas] víctimas superar la situación de desventaja en la que se encontraban a través del beneficio del progreso científico, en particular, de un tratamiento médico, y ii) tuvo un impacto específico y desproporcionado frente a las mujeres”.

266. El representante Molina coincidió con la Comisión y agregó, respecto a la legalidad de la medida que la Sala Constitucional “exced[ió] sus facultades limitando al Poder Legislativo a ejercer su función primordial”. Asimismo, argumentó que “la ambigüedad” en la formulación de la prohibición de la Sala Constitucional “genera[ba] dudas y abr[ía] el campo al arbitrio de la autoridad”. Agregó que el fin de la sentencia era “la protección absoluta [del] derecho a la vida de los embriones humanos”, por lo que lo consideró un “supuesto fin legítimo”. Por su parte, negó la idoneidad de la medida por considerar la sentencia “un medio discriminatorio” y “arbitraria” que “no ponderó ni dimensionó entre los diferentes derechos convencionales”. Por otra parte, argumentó que “[e]l Estado escogió la medida más lesiva de todas, la medida que anuló por completo la única posibilidad que las parejas tenían para realizar su decisión privada de convertirse en padres y madres biológicos”.

267. El representante Molina alegó que la satisfacción del derecho a la vida no justifica la restricción de los derechos a la familia, honra y dignidad, e igualdad ante la ley. Calificó la infertilidad de las presuntas víctimas como “discapacidad por la cual se les había discriminado para tener una familia”. Igualmente, argumentó que “el beneficio obtenido con la medida es nulo, mientras que el daño causado con la prohibición es máximo, [por lo que] no puede predicarse como proporcional la medida de la prohibición de la FIV”. Además, argumentó que “la decisión de la Sala Constitucional [...] incidió en una discriminación por una discapacidad reproductiva”, considerando que la “sentencia establece una clara diferenciación entre [...] parejas [...] que pueden concebir naturalmente y [...] parejas que solamente pueden hacerlo mediante métodos de reproducción asistida”, y que “[l]a discriminación realizada por la Sala, no solamente es evidente en la sentencia como tal, sino en los efectos que la misma provocó sobre las personas y parejas que pretendían concebir mediante métodos de reproducción asistidos”. Por último, consideró la sentencia como una “forma de discriminación en función de sus posibilidades económicas”.

268. El representante May alegó que “[la infertilidad] es una enfermedad, una incapacidad y, por ende, una discapacidad del ser humano para fecundar o para concebir, en síntesis, una discapacidad para procrear”. El representante May alegó que si bien la “prohibición absoluta” a la práctica de la FIV



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
"The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law"

100

"podría parecer neutra", "no tiene el mismo efecto en cada persona[, sino...] produce un impacto desproporcionado en aquellos que son infértiles, negándoles la oportunidad de superar su condición física y concebir de una forma biológica".

269. El Estado alegó que la Comisión "ni siquiera ha cuestionado la legalidad de la medida adoptada por el Tribunal Constitucional" y "ha aceptado que la restricción [...] constituye una limitación prevista en la ley y en el ordenamiento jurídico". Argumentó que "el fin buscado por el Estado costarricense al prohibir la [FIV] es legítimo, pues pretende proteger el derecho a la vida de los embriones". Aseveró que "la legitimidad del fin propuesto depende de cómo se defina la palabra 'concepción', pues si se equipara a la palabra 'fertilización', sí existiría idoneidad de la medida adoptada por el Estado al prohibir la" FIV. Respecto a la necesidad de la medida, arguyó que "la Comisión parte de una premisa equivocada y es la de señalar que en este caso el Estado costarricense pudo adoptar una medida menos restrictiva". Al respecto, argumentó que "ha quedado demostrado que en el estado actual de la ciencia, no existe evidencia de que la [FIV] ofrezca garantías de protección a la vida del non nato fecundado in vitro".

270. Respecto a la proporcionalidad de la medida, el Estado alegó que "al sopesar el perjuicio que la medida restrictiva genera en el titular de la libertad, y el beneficio que la colectividad obtiene a partir de ello al protegerse el valor más fundamental de la sociedad que es el derecho a la vida, el Estado debe necesariamente inclinar la balanza hacia esto último". Indicó que la "problemática asociada con la Fertilización in Vitro es el alto índice de muerte de los embriones humanos que son transferidos a la cavidad uterina por métodos artificiales". Citó algunos fenómenos "para explicar algunos de los problemas que pueden estar involucrados en la alta ineficiencia de la FIV": i) "el estado de maduración de los óvulos utilizados: la inducción de una multiovulación, que se realiza habitualmente para aplicar la FIV, se lleva a cabo con el tratamiento de gonadotropinas, pero con frecuencia, el estado de maduración de los óvulos obtenidos por este procedimiento es deficiente"; ii) "dado que en la [FIV] no se realizan los procedimientos de selección de espermatozoides normales y maduros que se dan en la naturaleza, en muchísimos casos la concepción se da a través de espermatozoides defectuosos"; iii) "el porcentaje de embriones que detienen su desarrollo entre las etapas de cigoto y blastocito es más elevada cuando la generación del desarrollo tiene lugar in vitro que in vivo [...]. El embrión generado tiene una mejor viabilidad intrínseca que el creado in vitro; es decir, los embriones creados en el laboratorio están menos sanos", y iv) "se ha demostrado que el embrión envía señales para preparar el endometrio para la implantación, lo que podría explicar en parte por qué en el caso de la FIV, al no estar presente en el cuerpo de la mujer el embrión pre-implantado, la tasa de implantación es tan baja". En este sentido, argumentó que "[l]a única salida es la prohibición de la técnica, pues sólo de esta forma existe garantía para la vida del embrión desde la fecundación" y, por tanto, "no podría obligársele a ponderar en este caso de manera diferente los derechos involucrados, pues no existe forma de hacerlo". Por otra parte, el Estado aseveró que "la Sentencia de la Sala Constitucional [...] no es omisa en cuanto al juicio de ponderación[, ya que] se ha considerado que la proscripción constitucional de la técnica in vitro era necesaria para proteger el derecho a la vida de los embriones". Por su parte, agregó que "[el] hecho de que en Costa Rica la Sala Constitucional haya avalado la existencia del aborto terapéutico [...] no resulta contradictorio con la prohibición de la" FIV, debido a que en ese caso "el juicio de ponderación debía realizarse entre el derecho a la vida de la madre y el derecho a la vida del embrión".



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

101

271. Finalmente, respecto a la alegada discriminación indirecta, el Estado señaló que “[l]a situación de infertilidad es una condición natural que no es inducida por el Estado”. Asimismo, argumentó que “no existe consenso en que la infertilidad sea, per se, una enfermedad” o pueda “ser considerada una discapacidad”. Al respecto, alegó que “[l]a concepción asistida es distinta del tratamiento de una enfermedad”, ya que la FIV no “cura” la infertilidad, pues “no constituye un tratamiento para modificar la situación que hace que una pareja o una persona sea infértil, sino que constituye un medio para sustituir el procedimiento natural de la fecundación”. Por otra parte, arguyó que la prohibición de la FIV “no está orientada a establecer discriminación en contra de las personas que no pueden tener hijos de forma natural ni mucho menos contra las mujeres”, pues la prohibición “estaba dirigida a todas las personas independientemente de su condición: solteras, casadas, mujeres u hombres, fértiles o infértiles”. Por tanto, alegó que la prohibición de la FIV no ha tenido una “especial intensidad” en relación con las mujeres, así que no discrimina de forma indirecta, porque “no tiene su origen únicamente en problemas de las mujeres”.

Consideraciones de la Corte

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

273. Al respecto, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que un derecho puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, deben estar previstas en ley en sentido formal y material⁴²⁵, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad⁴²⁶. En el presente caso, la Corte ha resaltado que el “derecho absoluto a la vida del embrión” como base para la restricción de los derechos involucrados, no tiene sustento en la Convención Americana (*supra* párr. 264), razón por la cual no es necesario un análisis en detalle de cada uno de dichos requisitos, ni valorar las controversias respecto a la declaración de inconstitucionalidad en sentido formal por la presunta violación del principio de la reserva de ley. Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal estima pertinente exponer la forma en que el sacrificio de los

⁴²⁵ Cfr. *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párrs. 35 y 37.

⁴²⁶ Cfr. *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No.193, párr. 56, y *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, párr. 164.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

102

derechos involucrados en el presente caso fue desmedido en relación con las ventajas que se aludían con la protección del embrión⁴²⁷.

274. Para esto, la restricción tendría que lograr una importante satisfacción de la protección de la vida prenatal, sin hacer nugatorio los derechos a la vida privada y a fundar una familia. Para efectuar esta ponderación se debe analizar: i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro⁴²⁸.

275. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que el posible conflicto entre el derecho a la vida privada, que incluye a los derechos a la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad, y “la posibilidad que se extiendan en ciertas circunstancias disposiciones de protección para el no nacido, debe ser resuelto ponderando varios [...] derechos o libertades reclamados por una madre y un padre involucrados en una relación entre los dos o vis-á-vis con el feto”⁴²⁹. Dicho Tribunal ha expresado que una “consideración indebida de la protección de la vida prenatal o con base en que el derecho de la futura madre al respeto de su vida privada es de menor rango no constituye una ponderación razonable y proporcional entre derechos e intereses en conflicto”⁴³⁰. Asimismo, en el *Caso Costa y Pavan Vs. Italia*, el Tribunal Europeo consideró que la prohibición absoluta del diagnóstico preimplantacional no era proporcional, debido a la legislación nacional inconsistente respecto a los derechos reproductivos, que, prohibiendo el diagnóstico preimplantacional, permitía al mismo tiempo la terminación del embarazo si un feto posteriormente demostraba síntomas de una grave enfermedad detectable por el diagnóstico preimplantacional⁴³¹.

276. La Corte efectuará una ponderación en la que analizará: i) la severidad de la interferencia ocurrida en los derechos a la vida privada y familiar y los demás derechos involucrados en el presente caso. Asimismo, esta severidad es analizada desde el impacto desproporcionado relacionado con: ii) la discapacidad; iii) el género, y iv) la situación socioeconómica. Finalmente se evaluará: v) la controversia sobre la alegada pérdida embrionaria.

D.1) Severidad de la limitación de los derechos involucrados en el presente caso

⁴²⁷ *Caso Kimel Vs. Argentina*, párr. 83, y *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez*, párr. 93.

⁴²⁸ *Caso Kimel Vs. Argentina*, párr. 84.

⁴²⁹ TEDH, *Caso Vo. Vs. Francia*, (No. 53924/00), Sentencia de 8 de julio de 2004, párr. 80, y *Caso RR Vs. Polonia*, (No. 27617/04), Sentencia de 26 de mayo de 2011, párr. 181

⁴³⁰ TEDH, *Caso A, B y C Vs. Irlanda*, (No. 25579/05), Gran Cámara. Sentencia de 16 de diciembre de 2010, párr. 238.

⁴³¹ Cfr. TEDH, *Caso Costa y Pavan Vs. Italia*, (No. 54270/10), Sentencia de 28 de agosto de 2012, párr. 71.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

103

277. Como se indicó anteriormente (*supra* párr. 144), el alcance del derecho a la vida privada y familiar ostenta una estrecha relación con la autonomía personal y los derechos reproductivos. La sentencia de la Sala Constitucional tuvo el efecto de interferir en el ejercicio de estos derechos de las presuntas víctimas, toda vez que las parejas tuvieron que modificar su curso de acción respecto a la decisión de intentar tener hijos por medio de la FIV. En efecto, la Corte considera que una de las injerencias directas en la vida privada se relaciona con el hecho de que la decisión de la Sala Constitucional impidió que fueran las parejas quienes decidieran sobre si deseaban o no someterse en Costa Rica a este tratamiento para tener hijos. La injerencia se hace más evidente si se tiene en cuenta que la FIV es, en la mayoría de los casos, la técnica a la que recurren las personas o parejas después de haber intentado otros tratamientos para enfrentar la infertilidad (por ejemplo, el señor Vega y la señora Arroyo se realizaron 21 inseminaciones artificiales) o, en otras circunstancias, es la única opción con la que cuenta la persona para poder tener hijos biológicos, como en el caso del señor Mejías Carballo y la señora Calderón Porras (*supra* párrs. 85 y 117).

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

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

a la pareja, a nosotros como esposos el estrés económico que significa sacar esta cantidad de dinero lo más antes posible, porque aquí prima también un factor de tiempo que es muy importante, ya tiene uno un diagnóstico [...] y no se sabe en cuanto tiempo uno puede recaudar esa suma, menos si va a tener que recaudarla varias veces, el estrés de este tipo que tiene que enfrentar una pareja, cuántas parejas no se separan por estrés económico comunes y corrientes, es enorme la falta de privacidad en el hecho de que laboralmente todos mis empleadores tenían que darse cuenta que yo me estaba sometiendo a este tratamiento porque tenía que estar constantemente pidiendo permiso, al mismo tiempo que decía tengo que renunciar justo antes de que tenga que irme de viaje porque nadie me va a dar permiso para irme de viaje en 24, con notificación de 24 horas, el seguimiento me lo podían hasta 24 horas antes de viajar, después tenía que viajar con 24 horas de notificación a Colombia y de ahí en adelante me seguían el procedimiento durante 5 días y luego tenía que volver a Costa Rica a hacerme 10 días después la prueba de embarazo y luego seguirme el embarazo. Esto conllevaba que todo el mundo se diera cuenta [...] La intimidad es totalmente violada, todo mundo no solamente se entera que aunque sea la mujer la que es infértil todo mundo asume que la pareja también lo es o que no ha sido capaz de producir esa procreación, eso para él fue muy difícil también, asimismo de tener que estarme apoyando constantemente en cosas que realmente no entiende [...], me sometió a un estrés social y familiar puesto que mi familia se vio dividida de repente⁴³².

⁴³²

Declaración de la señora Bianchi Bruna en la audiencia celebrada el 28 de octubre de 2008 ante la Comisión Interamericana.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

104

280. En este sentido, la señora Henchoz Bolaños explicó similares cargas adicionales que es posible inferir que no hubieran surgido si hubiera podido acceder a la FIV en su país. Señaló, respecto a su viaje a Europa para acceder a la FIV, que “el mismo día que llega[ron] tuvi[eron] que buscar el hotel, tuvi[eron] que buscar la clínica, el doctor, nunca había[n] ido a Europa, [...] es un lugar totalmente extraño, estaba sin [su] familia, sin [sus] seres queridos, estaba[n] solos, [s]e sentía como expatriada, así [s]e sentía. Llega[ron], encontra[ron] el médico, un medico que no [los] conoce, que no sabe ni quien [eres]”⁴³³.

281. En segundo lugar, respecto a la afectación de la autonomía personal y del proyecto de vida de las parejas, la Corte observa que la FIV suele practicarse como último recurso para superar graves dificultades reproductivas. Su prohibición afectó con mayor impacto los planes de vida de las parejas cuya única opción de procrear es la FIV, como ocurría en los casos del señor Mejías y la señora Calderón Porras. En similar sentido, la señora Arroyo Fonseca, quien había intentado varias inseminaciones y quien a la postre pudo tener hijos, manifestó que en su momento “no tuv[er]o la oportunidad de superar [su] problema de infertilidad con una técnica de reproducción asistida que [en ese momento] le hubiera permitido tener más hijos”⁴³⁴.

282. En tercer lugar, se vio afectada la integridad psicológica de las personas al negarles la posibilidad de acceder a un procedimiento que hace posible desplegar la libertad reproductiva deseada. Al respecto, una de las víctimas expresó que, después de la prohibición, él y su pareja, “ca[yeron] en una etapa de depresión tremenda, [ella] lloraba todo el tiempo, se encerraba en el cuarto y se negaba a salir, [l]e recordaba a cada rato la ilusión de tener a [su] hijo, de los nombres que les teníamos [...]. También [les] tocó vivir otras amargas experiencias, por ejemplo, deja[ron] de ir a la Iglesia porque cada domingo era un martirio ir a la misa y escuchar al padre referirse a las personas que querían [la FIV] como personas que mataban niños y lo que Dios reprochaba y abominaba a esos niños [...]. No volvi[eron] a ninguna iglesia, y [se] sentí[eron] abandonados por el mismo Dios”⁴³⁵.

283. Por su parte, la señora Carro Maklouf expresó que sintió “una indescriptible intromisión a [su] vida privada” y recalcó que para sus otros hijos “también era una ilusión tener un hermanito, ya que ellos eran adultos, y el tema se había convertido en un proyecto familiar, ellos también sufrieron a [su] lado todo el dolor que [l]e dejaba esta resolución de la Sala Constitucional”⁴³⁶. Por su parte, la señora Bianchi Bruna explicó que cuando la FIV como “última opción [...] había sido prohibida [,...] sent[ió] un torbellino de dolor e incredulidad dando vueltas en [su] mente”. Por su parte, la señora Artavia Murillo declaró que la decisión estatal “llev[er]o al fracaso de [su] relación matrimonial por las depresiones que

⁴³³ Declaración de la señora Ileana Henchoz rendida en la audiencia pública celebrada en el presente caso.

⁴³⁴ Declaración jurada de la señora Joaquina Arroyo Fonseca (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo IV, anexo XI, folio 5266).

⁴³⁵ Declaración jurada (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, tomo IV, anexo XXI, folio 5620).

⁴³⁶ Declaración jurada de Claudia María Carro Maklouf “Historia de vida” (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo I, folio 4140).



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

105

sufri[eron] a raíz de tal prohibición (fertilización in vitro) tanto de [su] ex marido como las [suyas] siendo esto que lo mejor fuera que termináramos la misma, dejando aun una herida mas grande, y con un daño moral incalculable”⁴³⁷.

284. De manera que, por las razones señaladas, las parejas sufrieron una interferencia severa en relación con la toma de decisiones respecto a los métodos o prácticas que deseaban intentar con el fin de procrear un hijo o hija biológicos. Pero también existieron impactos diferenciados en relación con la situación de discapacidad, el género y la situación económica, aspectos relacionados con lo alegado por las partes respecto a la posible discriminación indirecta en el presente caso.

D.2) Severidad de la interferencia como consecuencia de la discriminación indirecta por el impacto desproporcionado respecto a discapacidad, género y situación económica

285. La Corte Interamericana ha señalado reiteradamente que la Convención Americana no prohíbe todas las distinciones de trato. La Corte ha marcado la diferencia entre “distinciones” y “discriminaciones”⁴³⁸, de forma que las primeras constituyen diferencias compatibles con la Convención Americana por ser razonables y objetivas, mientras que las segundas constituyen diferencias arbitrarias que redundan en detrimento de los derechos humanos. En el presente caso, los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad se relacionan con la protección del derecho a la vida privada y familiar, y el derecho de fundar una familia, y no de la aplicación o interpretación de una determinada ley interna que regule la FIV. Por tanto, la Corte no analizará la presunta violación del derecho a la igualdad y no discriminación en el marco del artículo 24⁴³⁹ sino a la luz del artículo 1.1⁴⁴⁰ de la Convención en relación con los artículos 11.2 y 17 de la misma⁴⁴¹.

⁴³⁷ Escrito de la señora Artavia y el señor Mejías de 19 de diciembre de 2011 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo I, folio 4077).

⁴³⁸ Sobre el concepto de “discriminación”, si bien la Convención Americana y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no contienen una definición de este término, la Corte y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas han tomado como base las definiciones contenidas en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer para sostener que la discriminación constituye “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”. Cfr. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General 18, No discriminación, 10/11/89, CCPR/C/37, párr. 7, y Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 92.

⁴³⁹ El artículo 24 de la Convención (Igualdad ante la Ley) estipula que:

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

⁴⁴⁰ El artículo 1.1 de la Convención Americana (Obligación de Respetar los Derechos) dispone que:

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
"The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law"

106

286. El Tribunal ha señalado que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos⁴⁴². El Comité de Derechos Humanos⁴⁴³, el Comité contra la Discriminación Racial⁴⁴⁴, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer⁴⁴⁵ y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴⁴⁶ han reconocido el concepto de la discriminación indirecta. Este concepto implica que una norma o práctica aparentemente neutra, tiene repercusiones particularmente negativas en una persona o grupo con unas características determinadas⁴⁴⁷. Es posible que quien haya establecido esta norma o práctica no sea consciente de esas consecuencias prácticas y, en tal caso, la intención de discriminar no es lo esencial y procede una inversión de la carga de la prueba. Al respecto, el Comité sobre las Personas con Discapacidad ha señalado que "una ley que se aplique con imparcialidad puede tener un efecto discriminatorio si no se toman en consideración las circunstancias particulares de las personas a las que se aplique"⁴⁴⁸. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha desarrollado el concepto de discriminación indirecta, estableciendo que cuando una política general o medida tiene un efecto

de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

⁴⁴¹ La Corte ha afirmado que si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, violaría el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si por el contrario la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna, violaría el artículo 24. *Cfr. Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 209, y *Caso Comunidad indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, párr. 272.

⁴⁴² *Cfr. Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, párr. 141, y *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 88.

⁴⁴³ *Cfr. Comité de Derechos Humanos, Comunicación No.993/2001, Althammer v. Austria*, 8 de agosto de 2003, párr. 10.2. ("que el efecto discriminatorio de una norma o medida que es a primera vista neutra o no tiene propósito discriminatorio también puede dar lugar a una violación de la protección igual ante la ley"), y *Comité de Derechos Humanos, Observación General 18, No discriminación*.

⁴⁴⁴ *Cfr. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Comunicación No. 31/2003, L.R. et al. Vs. Eslovaquia*, 7 de marzo de 2005, párr. 10.4.

⁴⁴⁵ *Cfr. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 25 referente a medidas especiales de carácter temporal (2004)*, párr. 1 ("puede haber discriminación indirecta contra la mujer cuando las leyes, las políticas y los programas se basan en criterios que aparentemente son neutros desde el punto de vista del género pero que, de hecho, repercuten negativamente en la mujer").

⁴⁴⁶ *Cfr. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 20, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, 2 de julio de 2009.

⁴⁴⁷ *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de octubre de 2012 Serie C No. 251, párr. 234.

⁴⁴⁸ *Cfr. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Comunicación No. 3/2011, Caso H. M. Vs. Suecia, CRPD/C/7/D/3/2011*, 19 de abril de 2012, párr. 8.3.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

107

desproporcionadamente perjudicial en un grupo particular, esta puede ser considerado discriminatoria aún si no fue dirigido específicamente a ese grupo⁴⁴⁹.

287. La Corte considera que el concepto de impacto desproporcionado está ligado al de discriminación indirecta, razón por la cual se entra a analizar si en el presente caso existió un impacto desproporcionado respecto a discapacidad, género y situación económica.

D.2.a) Discriminación indirecta en relación con la condición de discapacidad

288. La Corte toma nota que la Organización Mundial por la Salud (en adelante “OMS”) ha definido la infertilidad como “una enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas” (*supra* párr. 62). Según el perito Zegers-Hochschild, “la infertilidad es una enfermedad que tiene numerosos efectos en la salud física y psicológica de las personas, así como consecuencias sociales, que incluyen inestabilidad matrimonial, ansiedad, depresión, aislamiento social y pérdida de estatus social, pérdida de identidad de género, ostracismo y abuso [...]. [G]enera angustia, depresión aislamiento y debilita los lazos familiares”. La perita Garza testificó que “[e]s más exacto considerar la infertilidad como un síntoma de una enfermedad subyacente. Las enfermedades que causan infertilidad tienen un doble efecto...dificultando el funcionamiento de la infertilidad, pero también causando, tanto a corto como a largo plazo, problemas de salud para el hombre o la mujer”. En sentido similar, la Asociación Médica Mundial ha reconocido que las tecnologías reproductivas “difieren del tratamiento de enfermedades en que la incapacidad para ser padres sin ayuda médica no siempre se considera una enfermedad. Aún cuando pueda tener profundas consecuencias psicosociales, y por tanto médicas, no es en sí misma limitante de la vida. Sin embargo, sí constituye una causa significativa de enfermedades mentales graves y su tratamiento es claramente médico”⁴⁵⁰.

289. Del artículo 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante “CDPD”) se desprende el derecho de las personas con discapacidad de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva⁴⁵¹. Mientras que el perito Caruso consideró

⁴⁴⁹ TEDH, *Caso Hoogendijk Vs. Holanda*, No. 58641/00, Sección Primera, 2005; TEDH, Gran Cámara, *D. H. y otros Vs. República Checa*, No. 57325/00, 13 de noviembre de 2007, párr. 175, y TEDH, *Caso Hugh Jordan Vs. Reino Unido*, No. 24746/94, 4 de mayo de 2001, párr. 154.

⁴⁵⁰ The World Medical Association, Statement on Assisted Reproductive Technologies, adopted by the WMA General Assembly, Pilanesberg, South Africa, October 2006, disponible en: <http://www.wma.net/e/policy/r3.htm>, para 6. [Traducción de la Secretaría de la Corte]. Declaración citada en el informe de fondo de la Comisión Interamericana (expediente de fondo, tomo I, nota de pie 36) y en la contestación de la demanda (expediente de fondo, tomo III, folio 1086).

⁴⁵¹ El Artículo 25.1 establece que: Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud. En particular, los Estados Partes: a) Proporcionarán a las personas con discapacidad programas y atención de la salud gratuitos o a precios asequibles de la misma variedad y calidad que a las demás personas, incluso en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, y programas de salud pública dirigidos a la población”.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

108

que solo se puede hablar de la infertilidad como discapacidad en determinadas condiciones y supuestos, y por tanto sólo en casos específicos⁴⁵². El perito Hunt observó que “la infertilidad involuntaria es una discapacidad”⁴⁵³, considerando que:

“[e]l Preámbulo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de la cual Costa Rica es Parte, reconoce que la `discapacidad` es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás`. De acuerdo al modelo biopsicosocial de la OMS sobre discapacidad, ésta tiene uno o más de los tres niveles de dificultad en el funcionamiento humano: un impedimento físico psicológico; una limitación de una actividad debido a un impedimento (limitación de una actividad) y una participación restringida debido a una limitación de actividad. De acuerdo a la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud de la OMS, los impedimentos incluyen problemas en el funcionamiento del cuerpo; las limitaciones de las actividades son dificultades que una persona puede tener al realizar una actividad; y las participaciones restringidas son problemas que una persona puede experimentar en diversas situaciones de la vida”⁴⁵⁴.

290. El Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”), en su artículo 18, señala que “[t]oda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad”. La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (en adelante “CIADDIS”) define el término “discapacidad” como “una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”. Por su parte, la CDPD establece que las personas con discapacidad “incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. La discapacidad resulta de la interacción entre las limitaciones funcionales de una persona y las barreras existentes en el entorno que impiden el ejercicio pleno de sus derechos y libertades⁴⁵⁵.

291. En las Convenciones anteriormente mencionadas se tiene en cuenta el modelo social para abordar la discapacidad, lo cual implica que la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera

⁴⁵² Declaración rendida por el perito Anthony Caruso en la audiencia pública celebrada en el presente caso.

⁴⁵³ Declaración del perito Paul Hunt rendida ante fedatario público (expediente de fondo, tomo VI, folio 2650).

⁴⁵⁴ Declaración del perito Paul Hunt, folio 2650.

⁴⁵⁵ El Preámbulo de la CDPD reconoce que “la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

109

efectiva⁴⁵⁶. Los tipos de límites o barreras que comúnmente encuentran las personas con diversidad funcional en la sociedad, son, entre otras, actitudinales⁴⁵⁷ o socioeconómicas⁴⁵⁸.

292. Toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. El Tribunal recuerda que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre⁴⁵⁹, como la discapacidad⁴⁶⁰. En este sentido, es obligación de los Estados propender por la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad⁴⁶¹, con el fin de garantizar que las limitaciones anteriormente descritas sean desmanteladas. Por tanto, es necesario que los Estados promuevan prácticas de inclusión social y adopten medidas de diferenciación positiva para remover dichas barreras⁴⁶².

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

⁴⁵⁶ *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*, párr. 133.

⁴⁵⁷ *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*, párr. 133. Cfr. Asamblea General de la ONU, Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, GA/RES/48/96, 4 de marzo de 1994, Cuadragésimo octavo período de sesiones, párr. 3 (“en lo que respecta a la discapacidad, también hay muchas circunstancias concretas que han influido en las condiciones de vida de las personas que la padecen: la ignorancia, el abandono, la superstición y el miedo son factores sociales que a lo largo de toda la historia han aislado a las personas con discapacidad y han retrasado su desarrollo”).

⁴⁵⁸ Cfr. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 104, y *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*, párr. 133. Cfr. también Artículo III.2 de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, y Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 5, Personas con Discapacidad, U.N. Doc. E/C.12/1994/13 (1994), 12 de septiembre de 1994, párr. 9.

⁴⁵⁹ Cfr. *Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párrs. 111 y 113, y *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, párr. 244.

⁴⁶⁰ Cfr. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*, párr. 103, y *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*, párr. 134.

⁴⁶¹ Cfr. *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*, párr. 134. Cfr. Artículo 5 de las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad.

⁴⁶² Cfr. *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*, párr. 134, y Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 5, párr. 13.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
"The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law"

110

D.2.b) Discriminación indirecta en relación con el género

294. La Corte considera que la prohibición de la FIV puede afectar tanto a hombres como a mujeres y les puede producir impactos desproporcionados diferenciados por la existencia de estereotipos y prejuicios en la sociedad.

295. Respecto a la situación de las mujeres infértiles, el perito Hunt explicó que "en muchas sociedades se le atribuye la infecundidad en gran medida y en forma desproporcionada a la mujer, debido al persistente estereotipo de género que define a la mujer como la creadora básica de la familia". Citando las conclusiones de investigaciones del Departamento de Salud Reproductiva e Investigaciones Conexas de la Organización Mundial de la Salud (OMS), señaló que:

[I]a responsabilidad por la infecundidad es comúnmente compartida por la pareja. [...] Sin embargo, por razones biológicas y sociales, la culpa por la infecundidad no es compartida en forma equilibrada. La carga psicológica y social de la fecundidad, en la mayoría de las sociedades, es muy superior sobre la mujer. La condición de una mujer se identifica con frecuencia en su fecundidad, y la falta de hijos puede ser vista como una desgracia social o causa de divorcio. El sufrimiento de la mujer infecunda puede ser muy real⁴⁶³.

296. La Corte observa que la OMS ha señalado que si bien el papel y la condición de la mujer en la sociedad no deberían ser definidos únicamente por su capacidad reproductiva, la feminidad es definida muchas veces a través de la maternidad. En estas situaciones el sufrimiento personal de la mujer infecunda es exacerbado y puede conducir a la inestabilidad del matrimonio, a la violencia doméstica, la estigmatización e incluso el ostracismo⁴⁶⁴. Según datos de la Organización Panamericana de la Salud, existe una brecha de género con respecto a la salud sexual y reproductiva, por cuanto las enfermedades relacionadas con la salud sexual y reproductiva tienen el impacto en aproximadamente el 20% entre las mujeres y el 14% de los hombres⁴⁶⁵.

297. El Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer ha señalado que cuando una "decisión de aplazar la intervención quirúrgica debido al embarazo estuvo influenciada por el estereotipo de que la protección del feto debe prevalecer sobre la salud de la madre", ésta resulta discriminatoria⁴⁶⁶. La Corte considera que en el presente caso se está ante una situación parecida de influencia de estereotipos, en la cual la Sala Constitucional dio prevalencia absoluta a la protección de los óvulos fecundados sin considerar la situación de discapacidad de algunas de las mujeres.

⁴⁶³ Declaración del perito Paul Hunt rendida ante fedatario público (expediente de fondo, tomo VI, folio 2206).

⁴⁶⁴ Preámbulo, *Current Practices and Controversies in Assisted Reproduction: Report of the meeting on "Medical, Ethical and Social Aspects of Assisted Reproduction"*, Ginebra: OMS (2002) XV-XVII al XV. Citado en la Declaración del perito Paul Hunt rendida ante fedatario público (expediente de fondo, tomo VI, folio 2206).

⁴⁶⁵ Cfr. Organización Panamericana de la Salud (OPS), 'Capítulo 2: Condiciones de Salud y Tendencias' en *Salud en las Américas 2007 Volumen I Regional*, Washington, 2007, página. 143. Citado en la Declaración del perito Paul Hunt rendida ante fedatario público (expediente de fondo, tomo VI).

⁴⁶⁶ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Caso L.C. vs. Perú*, Com. N° 22/2009, § 8.15, Doc. ONU CEDAW/c/50/D/22/2009 (2011).



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

111

298. Por otra parte, la perita Neuburger explicó que “[e]l modelo de identidad de género es definido socialmente y moldeado por la cultura; su posterior naturalización obedece a determinantes socioeconómicos, políticos, culturales e históricos. Según estos determinantes, las mujeres son criadas y socializadas para ser esposas y madres, para cuidar y atender el mundo íntimo de los afectos. El ideal de mujer aún en nuestros días se encarna en la entrega y el sacrificio, y como culminación de estos valores, se concreta en la maternidad y en su capacidad de dar a luz. [...] La capacidad fértil de la mujer es considerada todavía hoy, por una buena parte de la sociedad, como algo natural, que no admite dudas. Cuando una mujer tiene dificultades fértiles o no puede embarazarse, la reacción social suele ser de desconfianza, de descalificación y en ocasiones hasta de maltrato. [...] El impacto de la incapacidad fértil en las mujeres suele ser mayor que en los hombres, porque [...] la maternidad le[s] ha sido asignada como una parte fundante de su identidad de género y transformada en su destino. El peso de su autoculpabilización aumenta en un grado extremo cuando surge la prohibición de la FIV [...]. Las presiones familiares y sociales constituyen una carga adicional que incrementa la autoculpabilización”⁴⁶⁷.

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

300. Al respecto, el Tribunal resalta que se interrumpió el proceso inicial de la FIV (inducción a la ovulación) en varias de las parejas, como por ejemplo en las parejas conformadas por la señora Artavia Murillo y el señor Mejías Carballo (*supra* párr. 87), el señor Yamuni y la señora Henchoz (*supra* párr. 92), la señora Arroyo y el señor Vega (*supra* párr. 108), el señor Vargas y la señora Calderón (*supra* párr. 118), y el señor Acuña y la señora Castillo (*supra* párr. 121). Este tipo de interrupción en la continuidad de un tratamiento, tiene un impacto diferenciado en las mujeres porque era en sus cuerpos donde se concretizaban intervenciones como la inducción ovárica u otras intervenciones destinadas a realizar el proyecto familiar asociado a la FIV. Por otra parte, las mujeres podrían acudir a la FIV sin necesidad de una pareja. La Corte concuerda con la Comité de la CEDAW cuando ha resaltado que es necesario considerar “los derechos de salud de las mujeres desde una perspectiva que tome en cuenta sus intereses y sus necesidades en vista de los factores y los rasgos distintivos que las diferencian de los hombres, a saber: (a) factores biológicos [...], tales como [...] su función reproductiva”⁴⁶⁸.

301. Por su parte, respecto a la situación de los hombres infértiles, el señor Mejías Carballo declaró que le da “miedo formar una pareja de nuevo”. Agregó que “fue muy duro, después [de la prohibición de la FIV] empezaron los problemas donde ya era como una exigencia el querer tener un hijo, que los años pasaban, que llegaban cumpleaños, que llegaba un día de la madre, un día del padre, una navidad, donde todos [sus] hermanos y sobrinos entregaban los regalos a sus hijos, y [...] llegaba un día de la madre, y otro año más del día de la madre y [él] sin hijo, o sea todo eso a uno lo va acosando

⁴⁶⁷ Declaración ante fedatario público de la perita Alicia Neuburger (expediente de fondo, tomo V, folios 2519 y 2520).

⁴⁶⁸ *Cfr.* Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 24, párr. 12.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

112

moralmente”⁴⁶⁹. Mientras que el señor Vargas manifestó que “por años yo [s]e sent[ió] menos, no [s]e sentía hombre, creía que [su] imposibilidad para concebir un hijo era una falta de hombría y así [s]e castig[ó] sólo en el silencio de [su]s pensamientos y en el dolor de miles de lagrimas que [s]e trag[o] para que tampoco [lo] vieran llorar⁴⁷⁰”. Por su parte, el señor Sanabria León explicó que recibió “el mensaje de imposibilidad y de la mano con eso [s]e sint[ió] discapacitado, [su] percepción de [s]i mismo se afecta negativamente y [se] enoj[ó] y [se] resi[ntió] con [su] cuerpo, [s]e rechaz[ó], en fin, la imagen de [s]i mismo se ve severamente desvalorizada”⁴⁷¹. La perita Neuburger explicó que “[a] los hombres la discapacidad fértil les ocasiona un fuerte sentimiento de impotencia y como resultado un cuestionamiento de su identidad de género. El ocultamiento social de su disfunción fértil suele ser estrategia defensiva por el temor a la burla y el cuestionamiento de otros hombres”⁴⁷².

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

D.2.c) Discriminación indirecta en relación con la situación económica

303. Finalmente, la prohibición de la FIV tuvo un impacto desproporcionado en las parejas infértiles que no contaban con los recursos económicos para practicarse la FIV en el extranjero⁴⁷³. Consta del expediente que Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Oriéster Rojas, Julieta Gonzalez, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña, Geovanni Vega, Joaquinita Arroyo, Carlos Eduardo de Jesús Vargas Solórzano y María del Socorro Calderón Porrás no tenían los recursos económicos para realizar de manera exitosa el tratamiento de la FIV en el extranjero⁴⁷⁴.

304. El señor Mejías Carballo, en su testimonio durante la audiencia pública ante esta Corte, declaró que él y su ex esposa se sintieron “muy tristes [...] porque no podía salir a otro país porque no tenía el

⁴⁶⁹ Cfr. Declaración rendida por el señor Mejías Carballo durante la audiencia pública celebrada en el presente caso.

⁴⁷⁰ Cfr. Declaración jurada de Giovanni Vargas (expediente de anexos al escrito de argumentos y pruebas, tomo IV, folio 5281).

⁴⁷¹ Declaración jurada de Viktor Sanabria León (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo II, folio 4937).

⁴⁷² Declaración de la perita Alicia Neuburger ante fedatario público (expediente de fondo, tomo V, folios 2519 y 2520).

⁴⁷³ Cfr. artículo 1.1 de la Convención Americana (“Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de [...] posición económica”)

⁴⁷⁴ Cfr. Declaración jurada de Oriéster Rojas (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, tomo II, folio 4516).



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

113

dinero, ya no podía acá en Costa Rica porque lo habían prohibido”⁴⁷⁵. En su declaración jurada, la señora Artavia Murillo indicó que ella y su ex pareja se sintieron “totalmente desesperados y con tremendas frustraciones, comenza[ron] a tener muchas diferencias entre [ellos] al ver truncadas las esperanzas de ser padres, asociado a la imposibilidad de ir al extranjero a realizarme tal práctica por falta de dinero, conllevando con ello una disminución efectiva de la utilidad individual y por tanto una pérdida neta de [su] bienestar social”⁴⁷⁶. Ana Cristina Castillo León explicó que “no tenía[n] los recursos económicos necesarios para ir al extranjero en busca de una” FIV⁴⁷⁷. Asimismo, el señor Vargas expuso que “la única alternativa a considerar era viajar a España o Colombia a practicar la FIV, sin embargo los costos asociados se triplicaban para [ellos] y sencillamente [se] sentí[eron] vencidos, discriminados y castigados por un Tribunal que [les] cercenaba la posibilidad de acceder a un tratamiento médico que en el resto de los países del mundo era permitido”⁴⁷⁸.

D.3) Controversia sobre la alegada pérdida embrionaria

305. Como ha sido señalado anteriormente (*supra* párr. 76), la Sala Constitucional justificó la prohibición de la FIV en la “elevada pérdida de embriones”, su “riesgo desproporcionado de muerte”, y la inadmisibilidad de realizar una comparación entre la pérdida de embriones en un embarazo natural con la pérdida en una FIV. El Estado consideró que “al día de hoy la técnica de la [FIV] implica el descarte, por acción y omisión, de embriones, que, de otra forma, podrían desarrollarse a término”. La Sala Constitucional señaló que:

No es de recibo [...] el argumento de que en circunstancias naturales también hay embriones que no llegan a implantarse o que aún logrando la implantación, no llegan a desarrollarse hasta el nacimiento, sencillamente por el hecho de que la aplicación de la [FIV] 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 continuar⁴⁷⁹.

306. Al respecto, la Corte observa que el Decreto declarado inconstitucional por la Sala Constitucional contaba con medidas de protección para el embrión, por cuanto establecía el número de óvulos que podían ser fecundados. Además, prohibía “desechar o eliminar embriones, o preservarlos para transferencia en ciclos subsecuentes de la misma paciente o de otras pacientes”. En este sentido, existían medidas para que no se generara un “riesgo desproporcionado” en la expectativa de vida de los embriones. Por otra parte, de acuerdo con lo establecido en dicho Decreto, la única posibilidad de

⁴⁷⁵ De igual manera, el señor Mejías declaró que querían ir al exterior para realizar el tratamiento pero “no tenía dinero y ya había gastado bastante y [él] viv[e] de una renta del Estado, y bien [se] sabe que las rentas del Estado no son lo suficiente para cubrir un gasto de estos, entonces no pudi[eron] ir”. *Cfr.* Declaración rendida por el señor Mejías Carballo durante la audiencia pública celebrada en el presente caso.

⁴⁷⁶ *Cfr.* Declaración escrita de Gretel Artavia Murillo (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo I, folio 4077)

⁴⁷⁷ *Cfr.* Testimonio de Ana Cristina Castillo León (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo I, folio 4102).

⁴⁷⁸ *Cfr.* Declaración jurada de Geovanni Vargas (expediente de anexos al escrito de argumentos y pruebas, tomo IV, folio 5280).

⁴⁷⁹ Sentencia No. 2000-02306 de 15 de marzo de 2000 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Expediente No. 95-001734-007-CO (expediente de anexos al informe, tomo I, folio 85).



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

114

pérdida de embriones que era viable, era si éstos no se implantaban en el útero de la mujer una vez se realizara la transferencia embrionaria.

307. La Corte considera necesario profundizar en este último aspecto a partir de la prueba producida en el proceso ante el Tribunal en relación con las similitudes y diferencias respecto a la pérdida de embriones tanto en los embarazos naturales como en la FIV.

308. La Sala Constitucional fundamentó la prohibición de la FIV en la diferencia respecto a la pérdida de embriones transferidos por la FIV y embriones perdidos en un embarazo natural, considerando que al aplicar la FIV existía una “manipulación consciente [y] voluntaria” de los embriones. El Tribunal observa que existe un debate científico sobre las tasas de pérdida de embriones en el proceso natural y de reproducción asistida. En el proceso ante la Corte se han presentado distintas posiciones médicas respecto a la causa de pérdida embrionaria tanto en la aplicación de la FIV como en el embarazo natural, así como el porcentaje de pérdidas en los dos casos. El perito Zegers-Hochschild señaló que “[l]a información científica generada enseña que “la muerte embrionaria que ocurre en los procedimientos de FIV no ocurre como resultado directo de la técnica, [sino] ocurre como parte del proceso con que se expresa nuestra naturaleza”⁴⁸⁰, y que “[e]n mujeres que poseen óvulos sanos, la posibilidad de concebir a partir de un embrión generado *in vitro* no se diferencia de uno generado de manera espontánea”⁴⁸¹. Por su parte, 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 de 90%”. Sin embargo, aclaró que “es difícil estimar la mortalidad exacta embrionaria en circunstancias naturales, ya que algunas pérdidas no se pueden detectar en embarazos tempranos”. El perito Caruso aseveró que “la tasa de pérdida es mucho más alta” en la FIV que “en la concepción natural”⁴⁸².

309. No le corresponde a la Corte determinar cuál teoría científica debe prevalecer en este tema ni corresponde analizar a profundidad cuál perito tiene la razón en estos temas que son ajenos a la experticia de la Corte. Para el Tribunal es suficiente constatar que la prueba obrante en el expediente es concordante en señalar que tanto en el embarazo natural como en el marco de la FIV existe pérdida de embriones. Asimismo, tanto el perito Zegers como el perito Caruso concordaron en señalar que las estadísticas sobre pérdida embrionaria en los embarazos naturales son poco medibles a comparación con la medición de las pérdidas en la FIV, lo cual limita el alcance que se procura dar a algunas de las estadísticas que se han presentado ante la Corte⁴⁸³.

⁴⁸⁰ Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2835).

⁴⁸¹ Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2839).

⁴⁸² Declaración ante fedatario público de la perita Garza.

⁴⁸³ Durante la audiencia pública la Comisión interrogó al perito Caruso en este punto, indicando que tanto en la FIV como en el proceso natural de concepción existe pérdida embrionaria y resaltando que la diferencia sería que en la FIV es posible medir esas pérdidas. La Comisión indagó si la diferencia sería entonces que en la FIV simplemente es posible medir esas pérdidas. El perito Caruso contestó que “In IVF you can say to a certain extent, you can answer that question somewhat. The differences, as I’ve said before is that there is a very big difference between the environment of the natural in fallopian tube and the dish with medium in an incubator at 95 degrees and 5% CO2 in an IVF lab. So yes, you



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

115

310. Tomando bajo consideración que la pérdida embrionaria ocurre tanto en embarazos naturales como cuando se aplica la FIV, el argumento de la existencia de manipulación consciente y voluntaria de células en el marco de la FIV sólo puede entenderse como ligado al argumento desarrollado por la Sala Constitucional en torno a la protección absoluta del derecho a la vida del embrión, el cual ha sido desvirtuado en secciones anteriores de la presente Sentencia (*supra* párr. 264). Por el contrario, la Corte observa que el perito Zegers-Hochschild resaltó que “[e]l proceso generativo de la vida humana incluye la muerte embrionaria como parte de un proceso natural y necesario. De cada 10 embriones generados espontáneamente en la especie humana, no más de 2 a 3 logran sobrevivir a la selección natural y nacer como una persona. Los restantes 7 a 8 embriones mueren en el tracto genital femenino, la mayor de las veces, sin conocimiento de su progenitora”⁴⁸⁴.

311. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte encuentra desproporcionado pretender una protección absoluta del embrión respecto a un riesgo que resulta común e inherente incluso en procesos donde no interviene la técnica de la FIV. El Tribunal comparte el concepto del perito Zegers-Hochschild según el cual “[e]s fundamental desde una perspectiva biomédica diferenciar lo que significa *proteger* el derecho a la vida de lo que significa *garantizar* el derecho a la vida de estructuras celulares que se rigen por una matemática y una biología que trasciende cualesquier regulación social o jurídica. Lo que corresponde a las instituciones responsables de las [técnicas de reproducción asistida], es proveer a las estructuras celulares (gametos y embriones) de las mejores condiciones con que cuenta el conocimiento médico y científico para que la potencialidad de ser persona, pueda expresarse al nacer [...]”. El Tribunal reitera que, precisamente, uno de los objetivos de la FIV es contribuir con la creación de vida (*supra* párr. 66).

312. La Corte observa también que Costa Rica permite las técnicas de inseminación artificial, cuando el uso de estas técnicas tampoco garantiza que cada óvulo lleve a un embarazo, implicando así la posible pérdida de embriones. La decisión de quedar en embarazo, incluso por fecundación natural,

are going to see an IVF you can quantify the loss of the embryos that you have. No.1, you cannot extrapolate that back to compare it to natural pregnancy laws. And 2. There may be reasons beyond the nature that those embryos are lost”. *Cfr.* Declaración rendida por el perito Anthony Caruso en la audiencia pública celebrada en el presente caso.

⁴⁸⁴ Declaración rendida por el perito Zegers en la audiencia pública del presente caso. Preciso al respecto que “Los resultados de TRA varían significativamente según la edad de la mujer y el número de embriones transferidos y en algunos casos, de la gravedad de la condición que generó la enfermedad. [...] [L]a proporción de óvulos cromosómicamente anormales es muy alta en la especie humana. Esto hace que un porcentaje mayoritario de óvulos fecundados no progresan en su desarrollo embrionario, y una proporción elevada de embriones transferidos no se implantan y no generan un embarazo. [...] Del análisis de estos datos se desprende que [...] [l]a técnica de la FIV o [l]a inyección intracitoplasmática de espermatozoides [ICSI], no genera embriones de menor valor biológico que los generados de manera espontánea en el cuerpo de la mujer[, y] [...] que la muerte embrionaria como parte de un tratamiento médico, no ocurre como resultado directo de la técnica, sino como resultado de mala calidad ovocitaria y embrionaria que son connaturales a la mujer y al hombre. En mujeres que poseen óvulos sanos, la posibilidad de concebir a partir de un embrión generado *in vitro* no se diferencia de uno generado de manera espontánea. La FIV/ICSI en sí mismo, no afectan la posibilidad de implantación y concepción. Así, las menores tasas de embarazo en mujeres con FIV no se deben a la interferencia de la técnica; sino que mayoritariamente al resultado de la enfermedad subyacente que determina un menor rendimiento reproductivo. [...] [E]l proceso generativo de la vida humana incluye la muerte embrionaria como parte de un proceso natural y necesario. De cada 10 embriones generados espontáneamente en la especie humana, no más de 2 a 3 logran sobrevivir a la selección natural y nacer como una persona. Los restantes 7 a 8 embriones mueren en el tracto genital femenino, la mayor de las veces, sin conocimiento de su progenitora. La pregunta que debe responderse es si los TRA como la FIV o el ICSI contribuyen a que mueran embriones por el hecho de haberlos fecundado fuera del cuerpo de la mujer y luego transferidos a ella. La respuesta a esta pregunta es que ni la FIV ni el ICSI, afectan la posibilidad de sobrevivida de embriones y ciertamente no los matan”.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

116

también puede estar precedida de una acción consciente que tome medidas para aumentar la probabilidad de que el óvulo sea fecundado. Según los alegatos finales del Estado:

La inseminación artificial es uno de los tratamientos que ofrece la Caja Costarricense del Seguro Social. En ocasiones como consecuencia del tratamiento hormonal y como respuesta individual, las pacientes pueden presentar mayor estimulación ovárica de la esperada, por ende cuando esa producción de folículos es de 6 o más en ambos ovarios, se cancela el ciclo⁴⁸⁵.

313. En suma, tanto en el embarazo natural como en técnicas como la de la inseminación artificial existe pérdida embrionaria. La Corte observa que existen debates científicos sobre las diferencias entre el tipo de pérdidas embrionarias que ocurren en estos procesos y las razones de las mismas. Pero lo analizado hasta el momento permite concluir que, teniendo en cuenta las pérdidas embrionarias que ocurren en el embarazo natural y en otras técnicas de reproducción que se permiten en Costa Rica, la protección del embrión que se busca a través de la prohibición de la FIV tiene un alcance muy limitado y moderado.

D.4) Conclusión sobre el balance entre la severidad de la interferencia y el impacto en la finalidad pretendida

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

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

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

⁴⁸⁵ Alegatos finales escritos del Estado (expediente de fondo, tomo XI, folio 5314).



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

117

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

E) Conclusión final sobre el fondo del caso

317. Por todo lo anteriormente reseñado durante el presente capítulo, la Corte declara la violación de los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Andrea Bianchi Bruna, Germán Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, Ileana Henchoz Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia María Carro Maklouf, Víktor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, María del Socorro Calderón P., Joaquinita Arroyo Fonseca, Geovanni Antonio Vega, Carlos E. Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma y Oriéster Rojas Carranza.

IX REPARACIONES

(Aplicación del artículo 63.1 de la Convención Americana)

318. Sobre la base de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Convención Americana⁴⁸⁶, la Corte ha indicado que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente⁴⁸⁷ y que esa disposición recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado⁴⁸⁸.

319. La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto factible, como ocurre en la mayoría de los casos de violaciones a derechos humanos, el Tribunal determinará medidas para garantizar los derechos conculcados y reparar

⁴⁸⁶ El artículo 63.1 de la Convención Americana establece que “[c]uando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en [la] Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

⁴⁸⁷ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 25, y *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*, párr. 238.

⁴⁸⁸ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas*, párr. 25, y *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*, párr. 238



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

118

las consecuencias que las infracciones produjeron⁴⁸⁹. Por tanto, la Corte ha considerado la necesidad de otorgar diversas medidas de reparación, a fin de resarcir los daños de manera integral, por lo que además de las compensaciones pecuniarias, las medidas de restitución, satisfacción y garantías de no repetición tienen especial relevancia por los daños ocasionados⁴⁹⁰.

320. Este Tribunal ha establecido que las reparaciones deben tener un nexo causal con los hechos del caso, las violaciones declaradas, los daños acreditados, así como las medidas solicitadas para reparar los daños respectivos. Por lo tanto, la Corte deberá observar dicha concurrencia para pronunciarse debidamente y conforme a derecho⁴⁹¹.

321. De acuerdo con las consideraciones expuestas sobre el fondo y las violaciones a la Convención Americana declaradas en el capítulo anterior, el Tribunal procederá a analizar los argumentos y recomendaciones presentados por la Comisión y las pretensiones de los representantes, así como los argumentos del Estado, a la luz de los criterios fijados en la jurisprudencia de la Corte en relación con la naturaleza y el alcance de la obligación de reparar⁴⁹², con el objeto de disponer las medidas dirigidas a reparar los daños ocasionados a las víctimas.

A) Parte Lesionada

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

⁴⁸⁹ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas*, párr. 25, y *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250, párr. 245.

⁴⁹⁰ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas*, párr. 25, y *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*, párr. 248.

⁴⁹¹ Cfr. *Caso Ticona Estrada Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 191, párr. 110, y *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252.

⁴⁹² Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas*, párr. 25, y *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*, párr. 246.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

119

323. El Tribunal determinará medidas que busquen reparar el daño inmaterial y que no tienen naturaleza pecuniaria, y dispondrá medidas de alcance o repercusión pública⁴⁹³. La jurisprudencia internacional, y en particular de la Corte, ha establecido reiteradamente que la sentencia constituye per se una forma de reparación⁴⁹⁴. No obstante, considerando las circunstancias del caso *sub judice*, en atención a las afectaciones a las víctimas, así como las consecuencias de orden inmaterial y no pecuniario derivadas de las violaciones a la Convención declaradas en su perjuicio, la Corte estima pertinente fijar medidas de rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

B) Medidas de rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición

B.1) Medidas de rehabilitación psicológica

Alegatos de las partes

324. El representante Molina solicitó a la Corte que “le ordene al Estado que brinde los tratamientos psicológicos y/o psiquiátricos a las víctimas que así lo deseen con los profesionales capacitados para el daño específicamente en su proyecto de vida”.

325. El Estado alegó que esta medida “debe ser rechazada, toda vez que [...] el sistema de seguridad social costarricense ya brinda el servicio de acompañamiento y tratamiento psicológico y psiquiátrico a los pacientes que presenten problemas de fertilidad”.

Consideraciones de la Corte

326. El Tribunal ha señalado que el presente caso no se relaciona con un presunto derecho a tener hijos o un derecho a acceder a la FIV. Por el contrario, el caso se ha

⁴⁹³ Cfr. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77, párr. 84, y *Caso Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia*, párr. 259.

⁴⁹⁴ Cfr. *Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de septiembre de 1996. Serie C No. 29, párr. 56, y *Caso Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia*, párr. 259.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

120

concentrado en el impacto generado por una interferencia desproporcionada en decisiones sobre la vida privada, familiar y los demás derechos involucrados, y el impacto que tuvo dicha interferencia en la integridad psicológica. En consecuencia, la Corte estima, como lo ha hecho en otros casos⁴⁹⁵, que es preciso disponer una medida de reparación que brinde una atención adecuada a los padecimientos psicológicos sufridos por las víctimas, atendiendo a sus especificidades, siempre y cuando ellas lo hayan solicitado. La Corte observa diversas afectaciones que padecieron las víctimas por la interferencia arbitraria en el acceso a una técnica de reproducción asistida. Por lo tanto, habiendo constatado las violaciones y los daños sufridos por las víctimas en el presente caso, el Tribunal dispone la obligación a cargo del Estado de brindarles gratuitamente y de forma inmediata, hasta por cuatro años, el tratamiento psicológico que requieran. En particular, el tratamiento psicológico debe brindarse por personal e instituciones estatales especializadas en la atención a víctimas de hechos como los ocurridos en el presente caso. Al proveer dicho tratamiento se deben considerar, además, las circunstancias y necesidades particulares de cada víctima, de manera que se les brinden tratamientos familiares e individuales, según lo que se acuerde con cada una de ellas, después de una evaluación individual⁴⁹⁶. Los tratamientos deben incluir la provisión de medicamentos y, en su caso, transporte y otros gastos que estén directamente relacionados y sean estrictamente necesarios.

B.2) Medidas de satisfacción: publicación de la Sentencia

Alegatos de las partes

327. El representante Molina solicitó “la publicación de las partes pertinentes de la sentencia en un periódico de amplia difusión nacional, en su versión impresa, y la totalidad de la sentencia en un formato digital y el resumen”, así como “que el Estado elabore un resumen en términos simples de la sentencia, aprobado por la [...] Corte, para que la población en general pueda comprender lo que supuso este caso y que éste también sea publicado en un medio de difusión nacional”.

328. El representante May solicitó que la Corte “declare que el Estado debe publicar, en el plazo de seis meses contados a partir de la notificación de la presente Sentencia, por una sola vez, el contenido dispositivo de esta sentencia en el Diario Oficial la Gaceta y en otros dos diarios de amplia circulación”.

Consideraciones de la Corte

⁴⁹⁵ Cfr. *Caso Barrios Altos Vs. Perú. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de noviembre de 2001. Serie C No. 87, párrs. 42 y 45, y *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*, párr. 287.

⁴⁹⁶ Cfr. *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 278, y *Caso Familia Barrios Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237, párr. 329.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

121

329. La Corte ordena que el Estado publique, en el plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia: a) el resumen oficial de la presente Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez en el Diario Oficial; b) el resumen oficial de la presente Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en un diario de amplia circulación nacional, y c) la presente Sentencia en su integridad, disponible por un período de un año, en un sitio *web* oficial de la rama judicial.

B.3) Garantías de no repetición

B.3.1) Medidas estatales que no impidan la práctica de la FIV

Argumentos de la Comisión y alegatos de las partes

330. La Comisión recomendó al Estado “[l]evantar la prohibición de la Fecundación In Vitro en el país a través de los procedimientos legales correspondientes” y “[a]segurar que la regulación que se otorgue a la práctica de la Fecundación In Vitro a partir del levantamiento de la prohibición, sea compatible con las obligaciones estatales respecto de los derechos consagrados en los artículos 11.2 17.2 y 24 [, para que] las parejas que lo requieren y así lo deseen, puedan acceder a las técnicas de la Fecundación In Vitro de forma que dicho tratamiento contribuya efectivamente a su finalidad”.

331. El representante Molina solicitó a la Corte que ordene al Estado la aprobación de “una ley en sentido formal y material que haga una balanza entre los derechos a la vida y los derechos [violados] en este caso”. Propuso al respecto “la prohibición de descartar embriones arbitrariamente y su comercio; permitir el implante de no más de 3 embriones, para evitar embarazos múltiples; impulsar la vitrificación de óvulos y no de embriones, como una muestra de querer proteger a esos embriones”. Resaltó “la importancia de permitir el ajuste de la legislación a los nuevos métodos de reproducción asistida que se vayan descubriendo por la ciencia que guarden balance entre derechos”. Solicitó a la Corte que “ordene al Estado la regulación e instauración de todos los mecanismos necesarios para ofrecer a la población los métodos de reproducción asistida existentes y que se den en el futuro para dar respuesta a las parejas con problemas de fertilidad”.

332. El representante May solicitó que el Estado adopte “todas las medidas legales, administrativas y de otro índole para poder brindar progresivamente, e incorporando los adelantos tecnológicos disponibles hoy en día en países de mayor experiencia y que permiten no solo mejores resultados estadísticos de éxito con ese tratamiento, sino mayor seguridad para las pacientes que se someten al



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

122

mismo, dentro del Sistema Seguridad Social, a las personas estériles o infértiles contribuyentes de la Caja Costarricense de Seguro Social el pleno acceso al tratamiento de la FIV”.

333. El Estado alegó que “la Caja Costarricense de Seguro Social cuenta con un programa completo de atención para las personas que presentan una situación de infertilidad, siendo que el único procedimiento que no se ofrece en este momento es el de” la FIV.

Consideraciones de la Corte

334. La Corte recuerda que el Estado debe prevenir la recurrencia de violaciones a los derechos humanos como las ocurridas y, por eso, adoptar todas las medidas legales, administrativas y de otra índole que sean necesarias para evitar que hechos similares vuelvan a ocurrir en el futuro, en cumplimiento de sus deberes de prevención y garantía de los derechos fundamentales reconocidos por la Convención Americana⁴⁹⁷.

335. En particular, y conforme al artículo 2 de la Convención, el Estado tiene el deber de adoptar las medidas necesarias para hacer efectivo el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención⁴⁹⁸. Es decir, los Estados no sólo tienen la obligación positiva de adoptar las medidas legislativas necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos en ella consagrados, sino que también deben evitar promulgar aquellas leyes que impidan el libre ejercicio de estos derechos, y evitar que se supriman o modifiquen las leyes que los protegen⁴⁹⁹.

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

337. En segundo lugar, el Estado deberá regular, a la brevedad, los aspectos que considere necesarios para la implementación de la FIV, teniendo en cuenta los principios establecidos en la presente Sentencia. Además, el Estado debe establecer sistemas de inspección y control de calidad de

⁴⁹⁷ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez. Fondo*, párr. 166, y *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, párr. 221.

⁴⁹⁸ Cfr. *Caso Gangaram Panday Vs. Surinam. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 4 de diciembre de 1991. Serie C No. 12, párr. 50, y *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*, párr. 300.

⁴⁹⁹ Cfr. *Caso Gangaram Panday Vs. Surinam. Excepciones Preliminares*, párr. 50, y *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*, párr. 300.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

123

las instituciones o profesionales calificados que desarrollen este tipo de técnica de reproducción asistida. El Estado deberá informar anualmente sobre la puesta en vigencia gradual de estos sistemas.

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

B.3.2) Campaña sobre derechos de las personas con discapacidad reproductiva

Alegatos de las partes

339. El representante Molina solicitó a la Corte que “ordene la implementación de una campaña nacional de información sobre los derechos de las personas con discapacidad reproductiva”.

340. El Estado alegó que “ya cuenta con mecanismos de divulgación en salud reproductiva” y “que la determinación de los contenidos de las campañas de divulgación en temas de salud reproductiva forma parte del margen de apreciación de los Estados a quienes les corresponde determinar el destino de los recursos financieros escasos con que cuenta el sistema de salud”.

Consideraciones de la Corte

341. La Corte observa que el Estado no precisó los mecanismos de divulgación en salud reproductiva existentes⁵⁰⁰. Por tanto, ordena que el Estado implemente programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos, derechos reproductivos y no discriminación, dirigidos a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial⁵⁰¹. Dentro de dichos programas y cursos de capacitación deberá hacerse una especial mención a la presente Sentencia y a los diversos precedentes del *corpus iuris* de los derechos humanos relativos a los derechos reproductivos y el principio de no discriminación.

⁵⁰⁰ El Estado se limitó a mencionar la existencia de un “Taller sobre monitoreo de los ODM en América Latina” (expediente de fondo, tomo III, folio 1253).

⁵⁰¹ En similar sentido *cfr. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, párr. 271.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

124

B.3.3) Otras medidas solicitadas

Alegatos de las partes

342. El representante May solicitó a la Corte que “solicite al Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos que pida al Comité Jurídico Interamericano [...] la elaboración, en un plazo razonable, de un anteproyecto de estatuto internacional del embrión, tomando en cuenta la necesidad de establecer ciertos límites o la exclusión de los embriones humanos de toda convención comercial”. También requirió “que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia [brinde] en acto público convocado al efecto una disculpa a las víctimas por la violación a sus derechos humanos y por el sufrimiento y dolor que les causó reconociendo públicamente este órgano judicial que su sentencia frustró el proyecto de vida de las víctimas”. Además, solicitó que se “declare que la Caja Costarricense del Seguro Social [...] establezca una clínica especializada en FIV que llevará el nombre de Gerardo Trejos Salas”.

343. El Estado alego que “no existe una norma que asigne competencia a la Corte Interamericana para solicitar que el Comité Jurídico la asesore o elabore borradores de documentos normativos, por lo que la petición no resulta de recibo”.

Consideraciones de la Corte

344. En relación a las demás medidas de reparación solicitadas, la Corte considera que la emisión de la presente Sentencia y las reparaciones ordenadas en este capítulo resultan suficientes y adecuadas para remediar las violaciones sufridas por las víctimas y no estima necesario ordenar dichas medidas⁵⁰².

C) Indemnización compensatoria por daño material e inmaterial

C.1) Daño material

Argumentos de la Comisión y alegatos de las partes

⁵⁰² Cfr. *Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 359, y *Caso Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia*, párr. 287.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

125

345. La Comisión solicitó a la Corte que ordenara al Estado “[r]eparar integralmente a las víctimas del presente caso tanto en el aspecto material como moral”.

346. El representante Molina indicó que el daño emergente ha sido acreditado “mediante pruebas tales como, pero no limitadas a, recetas médicas, facturas, epicrisis, informes médicos y otros”. Señaló que “el compendio de pruebas de la totalidad de las víctimas permite reconstruir, en genérico, los gastos derivados del procedimiento médico que es objeto de la presente reclamación”. Solicitó el “pago de todos los gastos en que incurrieron las víctimas en su camino para poder fundar una familia, con hijos biológicos, y que, por no ofrecerse como un servicio de salud del Estado, tuvieron que acudir a la medicina privada y, en términos generales, gastar en consultas médicas, pago de exámenes de laboratorio, ultrasonidos y radiografías, compra de medicamentos, costos de traslado, viajes al extranjero y alimentación, pago de costos de procedimientos de inseminación artificial, fecundación in Vitro, ICSI, entre otros”. Solicitó por concepto de daño material: i) a favor de María del Socorro Calderón y Carlos Vargas la cantidad de US\$ 4.821,69 dólares por persona; ii) a favor de Enrique Acuña Cartín la cantidad de US\$ 9.677,04 dólares; iii) a favor de Ileana Henchoz y Miguel Yamuni la cantidad de US\$ 17.516,29 dólares por persona; iv) a favor de Julieta González y Oriéster Rojas la cantidad de US\$ 9.661,07 dólares por persona; v) a favor de Karen Espinoza y Héctor Jiménez la cantidad de US\$ 5.015,52 dólares por persona; vi) a favor de Víktor Sanabria León la cantidad de US\$ 19.287,59 dólares, y vii) a favor de Joaquinita Arroyo y Geovanni Vega la cantidad de US\$ 7.188,08 dólares por persona.

347. El representante May solicitó “el pago de las indemnizaciones por concepto de daño material e inmaterial”. En particular, solicitó que se pagara: i) a favor de la señora Grettel Artavia Murillo la cantidad de US\$ 830.000 dólares; ii) a favor del señor Miguel Mejías Carballo la cantidad de US\$ 740.000 dólares; iii) a favor de la señora Claudia María Carro Maklouf la cantidad de US\$ 700.000 dólares; iv) a favor de la señora Andrea Bianchi Bruna la cantidad de US\$ 210.000 dólares; v) a favor del señor Germán Alberto Moreno Valencia la cantidad de US\$ 120.000 dólares, y vi) a favor de la señora Ana Cristina Castillo León la cantidad de US\$ 1.500.000 dólares. Argumentó que la Corte “ha delimitado el concepto de daño material incluyendo dentro del mismo las costas y gastos realizados por las partes durante todo el proceso y con motivo de las causales de responsabilidad atribuibles al [E]stado”. Declaró que deben ser reconocidos “todos los gastos y desembolsos realizados por las víctimas, y que se encuentran acreditados ya sea documentalmente o bien se sigan razonablemente de los hechos y circunstancias acreditadas en este caso”. Indicó que “[s]e deberán reconocer [...] todos los gastos realizados por las parejas con motivo de las atenciones médicas que se les brindó en los procesos dirigidos a la verificación y determinación de estados de infertilidad, dado que sin esas inversiones no hubiese sido posible el diagnóstico médico”. Asimismo, manifestó que “[d]ebe indemnizarse los viajes y gastos en que incurrieron las víctimas que tuvieron que viajar al extranjero para poder recurrir a la técnica dado que sin prohibición es claro que la técnica hubiere estado disponible gratuitamente bajo el sistema de seguridad social”.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

126

348. El Estado “analizó las reclamaciones presentadas desde la situación particular de cada pareja solicitante”, y concluyó que las solicitudes pedidas por daño material deben ser rechazadas por los siguientes motivos: i) los gastos de las parejas “referidos [al] tratamiento para la infertilidad, [son] los mismos que hubieran tenido que efectuarse aún en el supuesto en el que no se hubiera anulado el decreto que regulaba la” FIV, razón por la cual “no guarda[n] relación de causalidad con las violaciones supuestamente imputables al Estado”; ii) los gastos médicos anteriores a la declaratoria de inconstitucionalidad no pueden ser imputados al Estado ni pueden ser considerados para los efectos de las indemnizaciones solicitadas; iii) “las violaciones que se imputen al Estado costarricense no tienen ninguna incidencia en el ámbito laboral de las presuntas víctimas”; iv) no califican como parejas infértiles los que tuvieron hijos biológicos y por lo tanto “no podría considerarse que el Estado limitó la única posibilidad que [tenían las parejas] para ser padres biológicos al declarar inconstitucional el decreto que regulaba la [FIV], pues es claro que han tenido un hijo biológico sin necesidad de someterse a [dicho] procedimiento”, y v) en los alegatos del representante May “no exist[ió] una determinación clara y precisa de cuáles [fueron] los motivos por los cuales se adu[jo] que el Estado produ[jo] un daño, material o inmaterial”.

Consideraciones de la Corte

349. La Corte ha desarrollado en su jurisprudencia el concepto de daño material y ha establecido que éste supone “la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso”⁵⁰³.

350. De acuerdo a los alegatos presentados por la partes, la Corte considera necesario determinar los criterios que tomará en cuenta para fijar los montos correspondientes a daño material. En primer lugar, el Tribunal resalta que las vulneraciones declaradas anteriormente se hallan relacionadas con el impedimento para ejercer autónomamente una serie de derechos (*supra* párrs. 317), no por haber podido o no tener hijos biológicos, razón por la cual no es de recibo el argumento estatal según el cual las parejas que pudieron tener hijos no deberían ser indemnizados. En segundo lugar, la Corte tiene en cuenta que la técnica de la FIV no era un procedimiento que se encontrara cubierto por la Caja Costarricense de Seguro Social (*supra* párr. 70), por lo cual las parejas hubieran tenido que incurrir en los gastos médicos que fueron señalados con independencia de la sentencia de la Sala Constitucional. En consecuencia, el Tribunal considera que no existe nexo causal entre la totalidad de gastos mencionados anteriormente (*supra* párrs. 346 y 347) y las violaciones declaradas en la presente Sentencia. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte concluye que los gastos que tienen un nexo causal con las vulneraciones del presente caso, son sólo aquellos que se hayan derivado como efecto de la decisión de la Sala Constitucional, principalmente aquellos gastos en los que incurrieron las parejas que tuvieron que salir al exterior para realizarse el tratamiento.

⁵⁰³ Cfr. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91 párr. 43, y *Caso Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*, párr. 281.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

127

351. En el presente caso, la Corte observa que el representante Molina allegó prueba documental⁵⁰⁴ sobre las parejas conformadas por Ileana Henchoz y Miguel Yamuni, Julieta González y Oriester Rojas, así como Víktor Sanabria León y Claudia Carro Maklour⁵⁰⁵, quienes viajaron al exterior para practicarse la técnica. Por su parte, el representante May no presentó prueba específica sobre Andrea Bianchi Bruna y Germán Alberto Moreno, quienes viajaron dos veces al exterior para realizarse el tratamiento.

352. Al respecto, la Corte recuerda que el criterio de equidad ha sido utilizado en la jurisprudencia de esta Corte para la cuantificación de daños inmateriales⁵⁰⁶, de los daños materiales⁵⁰⁷ y para fijar el lucro cesante⁵⁰⁸. Sin embargo, al usar este criterio ello no significa que la Corte pueda actuar discrecionalmente al fijar los montos indemnizatorios⁵⁰⁹. Corresponde a las partes precisar claramente la prueba del daño sufrido así como la relación específica de la pretensión pecuniaria con los hechos del caso y las violaciones que se alegan⁵¹⁰.

353. En el caso particular, el representante May no especificó los montos según los conceptos de daño material o inmaterial, así que no se entiende por cuál tipo de daño requirió las indemnizaciones. Tampoco manifestó el nexo causal existente entre las violaciones declaradas en el presente caso y los montos pedidos para las víctimas, razón por la cual no es posible determinar cuál sería el valor exacto de cuánto correspondería a los gastos realizados por la señora Bianchi y el señor Moreno.

354. Por su parte, el representante Molina presentó diversos tipos de prueba documental sobre estos gastos. Sin embargo, el Tribunal no pudo efectuar un cálculo exacto sobre lo adeudado teniendo en cuenta que la documentación presentada, que corresponde a diversas fechas, se encuentra en monedas de distintos países, tales como pesetas, pesos colombianos, balboas, entre otros. Si bien se allegó información sobre el equivalente de dichos montos en colones y dólares, no se explicó con claridad qué tipo de cambio fue

⁵⁰⁴ Hay una factura del Hotel “Renasa”(expediente de anexos al escrito de argumentos y pruebas, tomo V, anexo XXVII, folio 5772) donde estuvieron en Valencia con fecha 24 de abril de 2000 donde se calculan los gastos del hotel desde el 18 de abril de 2000 hasta el 24 de abril de 2000 por un total de 640.33 euros. Hay los recibos de los 4 días que estuvieron en el Hotel Roma en Panamá pagando \$33 USD por las 4 noches (expediente de anexos al escrito de argumentos y pruebas, tomo II, anexo I, folios 4283 a 4285). El otro es un tiquete de Iberia (expediente de anexos al escrito de argumentos y pruebas, tomo II, anexo V, folio 4695) con el nombre de Víctor Sanabria, trayecto San Jose-Madrid por un total de \$ 681.58 USD. Asimismo, el representante allegó diversos cuadros en los que calculo en colones y dólares diversos gastos que asoció al daño material. Tablas cálculo del daño material (expediente de fondo, tomo II, folios 587.24 a 587.39).

⁵⁰⁵ Cabe destacar que la señora Carro fue representada por el representante May, pero el representante Molina presentó prueba a su favor.

⁵⁰⁶ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 27, y *Caso Familia Barrios Vs. Venezuela*, párr. 378.

⁵⁰⁷ Cfr. *Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de septiembre de 1996. Serie C No. 29, párr. 50, y *Caso Familia Barrios Vs. Venezuela*, párr. 373.

⁵⁰⁸ Cfr. *Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de septiembre de 1996. Serie C No. 29, párr. 50, y *Caso Familia Barrios Vs. Venezuela*, párr. 373.

⁵⁰⁹ Cfr. *Caso Aloboetoe y otros Vs. Surinam. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15, párr. 87.

⁵¹⁰ Cfr. *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*, párr. 313.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

128

utilizado. Al respecto, no es tarea del Tribunal determinar el cálculo del valor del dólar en la época que correspondía a cada factura o prueba documental. Sin embargo, la Corte puede presumir que durante dichos viajes se generaron gastos por concepto de los pasajes y los gastos de estadía.

355. Por lo tanto, la Corte fija, con base en un criterio de equidad, la suma de US\$ 5.000 (cinco mil dólares de los Estados Unidos de América) a favor de cada una de las siguientes personas: Ileana Henchoz, Miguel Yamuni, Julieta González, Oriéster Rojas, Víktor Sanabria León, Claudia Carro Maklouf, Andrea Bianchi Bruna y Germán Alberto Moreno, víctimas del presente caso que tuvieron que hacer viajes al exterior con el objeto de acceder a la FIV.

C.2) Daño inmaterial

Argumentos de la Comisión y alegatos de las partes

356. La Comisión solicitó a la Corte que ordene al Estado “reparar integralmente a las víctimas del presente caso tanto en el aspecto material como moral”.

357. El representante Molina alegó que el Estado “produjo una situación de desprotección respecto de estas personas al punto de afectarlas en lo más íntimo de su esfera personal y revictimizarlas por no dar una respuesta a su discapacidad reproductiva”. Además, alegó que “en este caso es fundamental considerar dentro del daño inmaterial el daño al proyecto de vida, pues finalmente estas parejas lo que buscaban era constituir su familia con hijos biológicos, y esta hoja de ruta que tenían marcada para su vida se vio truncada por la arbitrariedad e inactividad del Estado”. Por lo tanto, argumentó que “[e]n el caso de las víctimas del presente caso es evidente que las acciones y omisiones del Estado en su contra impidieron la realización de su mayor expectativa”.

358. Al respecto, el representante Molina argumentó que era posible calcular el daño inmaterial por medio de tres metodologías, a saber: i) “Renta Temporal Mensual”; ii) “Lucro cesante laboral psicológico”, y iii) “Equidad y Justicia”. Respecto a “renta temporal mensual” alegó que era posible estimar los daños inmateriales en la suma de \$3500 dólares mensuales para los hombres y \$4500 dólares para las mujeres, contados desde la fecha en que se prohibió la FIV hasta la fecha de su eventual autorización, lo cual “siguiendo los parámetros de la Corte en cuanto al cálculo con base en un interés simple y la tasa LIBOR del aniversario del inicio del año” resultaría en “una suma de US\$654.435,84 para cada una de las mujeres, y un monto de [US]\$466.651,98 para cada uno de los hombres [...] que] significaría poder hacer un giro en su “Proyecto de Vida” y prepararse para disfrutar, a través de una renta temporal mensual, una vejez en mejores condiciones económicas”. Sobre el concepto de “lucro cesante psicológico” argumentó que no se trata “de la persona que dejó de trabajar o que falleció y, en consecuencia, se le debe reponer ese capital; sino de una persona que continúa laborando o que, inclusive, no trabaja remuneradamente; [...] sería el caso del ama de casa o del estudiante que, sin laborar a cambio de un salario,



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

129

también pueden ser víctima de un daño y no por su condición están desprotegidos para ser merecedores de una indemnización. Por lo que, en este sentido, ubicamos a este tipo de lesión dentro del daño inmaterial porque su relación causal proviene de una lesión psicológica o sentimental, más que de una lesión directa a su salario⁵¹¹. Respecto al criterio de “Equidad y Justicia”, solicitó que “se establezca una compensación económica significativa a favor de las víctimas”. Concluyó que “se debe establecer una suma no menor a los [...] US\$ 800.000 [...] a favor de cada una de las víctimas de este proceso, como una forma de establecer un verdadero equilibrio entre la arbitrariedad del Estado y el dolor intenso y prolongado, ya perpetuo, de las víctimas”.

359. El representante May alegó que “[l]a Resolución de la Sala Constitucional [...] produjo una pérdida de oportunidad o chance que se anida en el principio de la reparación integral”, ya que “[c]on la prohibición desapareció para las víctimas la posibilidad seria y real de ser padres, de fundar una familia, y de poder gozar del derecho a la igualdad frente al resto de la colectividad, mientras que antes de la prohibición (el hecho dañoso) existía una oportunidad real y seria de las víctimas, de llegar a tener hijos biológicos”. Los montos solicitados para el daño inmaterial son los mismos que se presentaron para el daño material (*supra* párr. 346).

360. El Estado alegó respecto a los presuntos daños inmateriales la falta de una relación de causalidad entre estos y la sentencia de la Sala Constitucional, considerando que: i) “[e]n ninguno de los casos [...] ha propiciado, sea a través de una acción o de una omisión, la infertilidad de las personas que figuran como víctimas”; ii) que “el sufrimiento que podrían sentir las parejas por no poder procrear hijos [...] está relacionado con su condición natural de no poder tener hijos, y no con la prohibición señalada por la Sala Constitucional”, y iii) que “tendría que existir una certeza absoluta de que la utilización de las técnicas de fertilización in vitro [...] hubiera tenido como resultado el nacimiento de un hijo, o al menos, que existía un alto grado de probabilidad de que ello fuera así”, cuando “las pruebas aportadas por el Estado permiten establecer que la probabilidad de que, luego de practicada la técnica de fertilización in vitro, se diera un nacimiento, es muy baja, tanto ahora como en el momento en que se emitió la resolución de la Sala Constitucional”. Además, consideró que “Joaquinita Arroyo y [...] Giovanni Vega y [...] Karen Espinoza y Héctor Jiménez [...] tuvieron hijos concebidos naturalmente, por lo que es claro que no están en una situación de infertilidad”, y que “en el caso de los señores Grettel Artavia Murillo [...] también existe un hijo que nació el 27 de julio del 2011”. Finalmente, el Estado negó la existencia de “una relación de causalidad entre las violaciones acusadas al Estado y las dificultades laborales que supuestamente experimentaron algunas de las personas”.

Consideraciones de la Corte

⁵¹¹ El representante Molina solicitó como “lucro cesante laboral psicológico”: i) para Maria del Socorro Calderón Porras la suma de US\$ 180.847,5 dólares; ii) para Carlos Eduardo Vargas Solórzano la suma de US\$ 201.213,61 dólares; iii) para Julieta González Ledezma la suma de US\$ 187.787,1 dólares; iv) para Oriester Rojas Carranza la suma de US\$ 485.114,98 dólares; v) para Joaquinita Arroyo Fonseca la suma de US\$ 771.489,23 dólares; vi) para Giovanni Antonio Vega la suma de US\$ 1.814.061,98 dólares; vii) para Ileana Henchoz Bolaños la suma de US\$ 1.013.454,54 dólares; viii) para Miguel Antonio Yamuni Zeledón la suma de US\$ 1.259.961,59 dólares; ix) para Karen Espinoza Vindas la suma de US\$ 752.620,35 dólares; x) para Héctor Jiménez Acuña la suma de US\$ 590.306,84 dólares; xi) para Víctor Hugo Sanabria León la suma de US\$ 1.862.581,64 dólares, y xii) para Enrique Acuña Cartín la suma de US\$ 1.268.470,28 dólares (expediente de fondo, tomo II, folio 587.35).



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

130

361. La Corte ha desarrollado en su jurisprudencia el concepto de daño inmaterial y ha establecido que éste “puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia”⁵¹². Dado que no es posible asignar al daño inmaterial un equivalente monetario preciso, sólo puede ser objeto de compensación, para los fines de la reparación integral a la víctima, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad⁵¹³.

362. Asimismo, la Corte reitera el carácter compensatorio de las indemnizaciones, cuya naturaleza y monto dependen del daño ocasionado, por lo que no pueden significar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para las víctimas o sus sucesores⁵¹⁴.

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

D) Costas y gastos

Alegatos de las partes

364. El representante Molina solicitó a la Corte que ordene al Estado el reintegro de los gastos en los que habría incurrido por el procedimiento ante la Corte correspondientes a US\$ 60.000 dólares, en vista de que “deb[ió] litigarlo hasta la emisión de la sentencia y

⁵¹² Cfr. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77, párr. 84, y Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, párr. 284.*

⁵¹³ Cfr. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 244, y Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, párr. 223.*

⁵¹⁴ Cfr. *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2001. Serie C No. 76, párr. 79, y Caso Bayarri Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187, párr. 161.*



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

131

tomando en consideración que las actuaciones ante el Tribunal Interamericano son de gran complejidad, incluso suponiendo que se debe consultar con especialistas en temas como la salud, reproducción asistida, psicólogos, entre otros”. Adicionalmente, pidió por “el costo de las pruebas periciales, la notario y gastos producto de la preparación de escritos” la suma de US\$ 10.926.43 dólares.

365. Por otro lado, el representante Trejos en el escrito de solicitudes y argumentos solicitó a la Corte que ordenara al Estado el reintegro de las costas y gastos en los que había incurrido. En total, requirió que la Corte fijara en equidad US\$ 450.000 dólares por “representación de las víctimas” y por “las actividades desplegadas a nivel interno e internacional desde el año dos mil uno con el fin de obtener justicia para todas las víctimas como representante de hecho ante las autoridades judiciales y administrativas costarricenses y ante la Comisión Interamericana de todos los peticionarios del presente [c]aso, así como de las parejas representadas [...] ante la Corte Interamericana”. En los alegatos finales el representante May repitió las solicitudes efectuadas por el representante Trejos y pidió que se incluyeran “facturas de gastos procesales sobrevinientes”.

366. El Estado indicó que “el monto que está siendo solicitado, no puede ser compartido por el Estado, por ser montos irrazonables, incluso algunas de las sumas pretendidas son superiores a los daños inmateriales reclamados por algunas de las presuntas víctimas”.

Consideraciones de la Corte

367. Como ya lo ha señalado la Corte en oportunidades anteriores, las costas y gastos están comprendidos dentro del concepto de reparación consagrado en el artículo 63.1 de la Convención Americana⁵¹⁵.

368. El Tribunal ha manifestado que las pretensiones de las víctimas o sus representantes en materia de costas y gastos, y las pruebas que las sustentan, deben presentarse a la Corte en el primer momento procesal que se les concede, esto es, en el escrito de solicitudes y argumentos, sin perjuicio de que tales pretensiones se actualicen en un momento posterior, conforme a las nuevas costas y gastos en que se haya incurrido con ocasión del procedimiento ante esta Corte⁵¹⁶.

369. En cuanto al reembolso de las costas y gastos, corresponde al Tribunal apreciar prudentemente su alcance, el cual comprende los gastos generados ante las autoridades de la jurisdicción interna, así como los generados en el curso del proceso ante el Sistema Interamericano, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto y la naturaleza de la jurisdicción internacional de la protección de los derechos humanos. Esta apreciación

⁵¹⁵ Cfr. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, párr. 79, y *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*, párr. 290.

⁵¹⁶ Cfr. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñíguez. Vs. Ecuador*, párr. 275, y *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*, párr. 292.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

132

puede ser realizada con base en el principio de equidad y tomando en cuenta los gastos señalados por las partes, siempre que su *quantum* sea razonable⁵¹⁷. Asimismo, la Corte reitera que no es suficiente la remisión de documentos probatorios, sino que se requiere que las partes hagan una argumentación que relacione la prueba con el hecho que se considera representado, y que, al tratarse de alegados desembolsos económicos, se establezcan con claridad los rubros y la justificación de los mismos⁵¹⁸.

370. En el presente caso, la Corte observa que el representante Trejos, quien representó a las víctimas durante el procedimiento ante la Comisión (*supra* párrs. 1 y 8), falleció antes de la culminación de este proceso contencioso. Sin perjuicio de ello, en su escrito de solicitudes y argumentos pudo exponer sus pretensiones sobre costas y gastos.

371. Por otra parte, la Corte observa que el representante Trejos presentó comprobantes de gastos por un monto de US\$ 1.376,96 dólares⁵¹⁹. El representante May aportó en los alegatos finales las facturas correspondientes a 5 *affidavits* por una suma total de US\$ 2.500 dólares, sin argumentar por qué se había efectuado el cálculo sobre el costo de cada servicio notarial en un monto de US\$ 500. Asimismo, el representante May solicitó en los alegatos finales el mismo monto que había solicitado el representante Trejos en su escrito de solicitudes y argumentos, sin precisar si se trataba de dos solicitudes autónomas o, en su defecto, qué parte en la última solicitud correspondía a los honorarios correspondientes al señor Trejos y qué monto por honorarios correspondería al señor May. Por su parte, el representante Molina aportó comprobantes de gastos del proceso por un monto de US\$ aproximadamente 9.243 dólares, que corresponde, en gran medida, al cálculo parcial de algunos servicios profesionales⁵²⁰.

372. El Tribunal observa que no consta en el expediente respaldo probatorio que justifique las sumas que están solicitando los representantes por concepto de honorarios y servicios profesionales. En efecto, los montos requeridos por concepto de honorarios no fueron acompañados por argumentación de prueba específica sobre su razonabilidad y alcance⁵²¹.

⁵¹⁷ Cfr. *Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, párr. 82; *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250, párr. 314.

⁵¹⁸ Cfr. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 277, y *Caso Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia*, párr. 307.

⁵¹⁹ El representante Trejos en su escrito de solicitudes y argumentos presentó como gastos durante el proceso: i) factura de compra de boleto aéreo a nombre de Andrea Bianchi (US\$ 439,72 dólares); ii) factura de compra de boleto aéreo a nombre de Gerardo Trejos Salas (US\$ 468,62 dólares), y iii) factura de compra de boleto aéreo a nombre de Gloria Mazariegos (US\$ 468,62 dólares), sumando US\$1.376,96 dólares (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, tomo I, folios 4071 y 4072).

⁵²⁰ El representante Boris Molina Acevedo en su escrito de solicitudes y argumentos presentó como gastos durante el proceso: i) factura por cobrar servicios profesionales a María Lorna Ballesterero Muñoz por US\$ 6.000,00; ii) recibo de dinero por servicios profesionales a Gabriela Darsí y Enrique Madrigal por US\$ 1.375, iii) recibo por servicios profesionales por concepto de cancelación de servicios profesionales por la asesoría y asistencia brindada de William Vega por US\$ 1.600, y iv) y por copias y gastos administrativos, 131.850 colones (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, tomo VI, folios 6537 a 6364).

⁵²¹ Cfr. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 287.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

133

373. Por consiguiente, la Corte fija en equidad la cantidad de US\$ 10.000 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América) por concepto de costas y gastos a favor del representante Gerardo Trejos, la cual deberá ser pagado directamente a sus derechohabientes, conforme al derecho interno aplicable. Asimismo, la Corte establece en equidad la cantidad de US\$ 2.000 (dos mil dólares de los Estados Unidos de América) por concepto de costas y gastos a favor del representante May y la cantidad de US\$ 3.000 (tres mil dólares de los Estados Unidos de América) por concepto de costas y gastos a favor del representante Molina.

E) Modalidad de cumplimiento de los pagos ordenados

374. El Estado deberá efectuar el pago de las indemnizaciones por concepto de daño material e inmaterial y el reintegro de costas y gastos establecidos en la presente Sentencia directamente a las personas indicadas en la misma, dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación del presente Fallo, en los términos de los siguientes párrafos. En caso de que los beneficiarios hayan fallecido o fallezcan antes de que les sea entregada la indemnización respectiva, ésta se efectuará directamente a sus derechohabientes, conforme al derecho interno aplicable.

375. El Estado deberá cumplir con las obligaciones monetarias mediante el pago en dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en moneda nacional, utilizando para el cálculo respectivo el tipo de cambio que se encuentre vigente en la bolsa de Nueva York, Estados Unidos de América, el día anterior al pago.

376. Si por causas atribuibles a los beneficiarios de las indemnizaciones o a sus derechohabientes no fuese posible el pago de las cantidades determinadas dentro de los plazos indicados, el Estado consignará dichos montos a su favor en una cuenta o certificado de depósito en una institución financiera costarricense solvente, en dólares estadounidenses, y en las condiciones financieras más favorables que permitan la legislación y la práctica bancaria. Si al cabo de diez años el monto asignado no ha sido reclamado, las cantidades serán devueltas al Estado con los intereses devengados.

377. Las cantidades asignadas en la presente Sentencia como indemnización por daño material e inmaterial, y como reintegro de costas y gastos deberán ser entregadas a las personas y organizaciones indicadas en forma íntegra, conforme a lo establecido en esta Sentencia, sin reducciones derivadas de eventuales cargas fiscales, en el plazo de un año, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia.

378. En caso de que el Estado incurriera en mora, deberá pagar un interés sobre la cantidad adeudada correspondiente al interés bancario moratorio en Costa Rica.

379. Conforme a su práctica constante, la Corte se reserva la facultad inherente a sus atribuciones y derivada, asimismo, del artículo 65 de la Convención Americana, de supervisar el cumplimiento íntegro de la presente Sentencia. El caso se dará por concluido una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en el presente fallo.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
"The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law"

134

380. Dentro de los plazos de seis meses y un año, contados a partir de la notificación de esta Sentencia, el Estado deberá rendir a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para cumplirla.

X
PUNTOS RESOLUTIVOS

381. Por tanto,

LA CORTE

DECIDE,

por unanimidad,

1. Desestimar las excepciones preliminares interpuestas por el Estado, en los términos de los párrafos 17 a 40 de la presente Sentencia.

DECLARA,



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

135

por cinco votos a favor y uno en contra, que:

1. El Estado es responsable por la vulneración de los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Andrea Bianchi Bruna, Germán Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, Ileana Henchoz Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia María Carro Maklouf, Víktor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, María del Socorro Calderón Porras, Joaquinita Arroyo Fonseca, Geovanni Antonio Vega Cordero, Carlos Eduardo de Jesús Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma y Oriéster Rojas Carranza, en los términos de los párrafos 136 a 317 de la presente Sentencia.

Y DISPONE

por cinco votos a favor y uno en contra, que:

1. Esta Sentencia constituye *per se* una forma de reparación.
2. El Estado debe adoptar, con la mayor celeridad posible, las medidas apropiadas para que quede sin efecto la prohibición de practicar la FIV y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos que fueron encontrados vulnerados en la presente Sentencia. El Estado deberá informar en seis meses sobre las medidas adoptadas al respecto, de conformidad con el párrafo 336 de la presente Sentencia.
3. El Estado debe regular, a la brevedad, los aspectos que considere necesarios para la implementación de la FIV, teniendo en cuenta los principios establecidos en la presente Sentencia, y debe establecer sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen este tipo de técnica de reproducción asistida. El Estado deberá informar anualmente sobre la puesta en vigencia gradual de estos sistemas, de conformidad con el párrafo 337 de la presente Sentencia.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

136

4. El Estado debe incluir la disponibilidad de la FIV dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación. El Estado deberá informar cada seis meses sobre las medidas adoptadas para poner gradualmente estos servicios a disposición de quienes lo requieran y de los planes diseñados para este efecto, de conformidad con el párrafo 338 de la presente Sentencia.
5. El Estado debe brindar a las víctimas atención psicológica gratuita y de forma inmediata, hasta por cuatro años, a través de sus instituciones estatales de salud especializadas, de conformidad con lo establecido en el párrafo 326 de la presente Sentencia.
6. El Estado debe realizar las publicaciones indicadas en el párrafo 329 de la presente Sentencia, en el plazo de seis meses contado a partir de la notificación de la misma.
7. El Estado debe implementar programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos, derechos reproductivos y no discriminación, dirigidos a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial, de conformidad con lo establecido en el párrafo 341 de la presente Sentencia.
8. El Estado debe pagar las cantidades fijadas en los párrafos 355 y 363 de la presente Sentencia, por concepto de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales, y por el reintegro de costas y gastos, en los términos del párrafo 373 del Fallo.
9. El Estado debe, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia, rendir al Tribunal un informe general sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma.
10. La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

El Juez Diego García-Sayán hizo conocer a la Corte su Voto Concurrente, y el Juez Eduardo Vio Grossi hizo conocer a la Corte su Voto Disidente, los cuales acompañan esta Sentencia.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

137

Redactada en español e inglés, haciendo fe el texto en español, en San José, Costa Rica, el 28 de noviembre de 2012.

Diego García Sayán

Presidente

Leonardo A. Franco

Margarette May Macaulay



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

138

Rhadys Abreu Blondet

Alberto Pérez Pérez

Eduardo Vio Grossi

Pablo Saavedra Alessandri

Secretario

Comuníquese y ejecútese,

Diego García Sayán

Presidente



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

139

Pablo Saavedra Alessandri

Secretario



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

VOTO CONCURRENTE DEL JUEZ DIEGO GARCIA-SAYÁN

SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

**CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS (“FECUNDACIÓN IN VITRO”) VS. COSTA RICA DE 28 DE NOVIEMBRE
DE 2012**

1. Esta sentencia es una decisión muy importante y clara de la Corte para consolidar los derechos a la integridad personal, a la vida privada y familiar y al principio de no discriminación. Todos ellos se vieron seriamente vulnerados por los hechos que generaron este contencioso. Al establecer la Corte qué derechos quedaron vulnerados y las correspondientes reparaciones, se orienta la sentencia en esencia a una afirmación de la vida.
2. Sustentar la prohibición absoluta a la Fertilización in Vitro (FIV) en el alegado “derecho a la vida” es una doble contradicción. Primero, porque al señalar que con la FIV se produciría “pérdida embrionaria”, se omite que, como ha quedado demostrado en autos, las pérdidas embrionarias también ocurren en los embarazos naturales y en otras técnicas de reproducción. Segundo, porque la prohibición, alegadamente sustentada en el derecho a la vida, generó, paradójicamente, un impedimento a la vida al bloquear el derecho de hombres y mujeres a la procreación. Se instituyó, así, un impedimento indebido a la vida y lo seguirá constituyendo, mientras no se ejecuten a plenitud las medidas de reparación dispuestas por la Corte en esta sentencia.
3. Al estar la autodeterminación reproductiva estrechamente relacionada al derecho a la vida privada y a la integridad personal (párrs. 146 y 147), la prohibición absoluta a la FIV decretada por la Sala Constitucional de Costa Rica el 15 de marzo de 2000 afectó esos derechos generando un serio impacto en las víctimas.
4. A ello se añade el impacto discriminatorio de la prohibición. Como lo recuerda la Corte, los Estados no deben producir regulaciones que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos (párr. 286). La Corte deja establecido que la prohibición impactó discriminatoriamente sobre las víctimas en relación con aspectos cruciales como la situación de discapacidad o la situación económica (párr. 284).
5. Resulta claro, conforme a lo probado en el curso del proceso, que la discapacidad consistente en la infertilidad requiere una atención especial y que las políticas del Estado deben propender a la inclusión y no a la exclusión. Asimismo, que la prohibición tuvo un efecto desproporcionado en perjuicio de las parejas infértiles de menores ingresos teniendo en cuenta que para practicarse el FIV debían viajar al extranjero.
6. Los hombres y mujeres afectados por la infertilidad son personas que sufren una enfermedad, como lo recuerda la Corte en esta sentencia (párr. 288), teniendo en cuenta que la Organización Mundial por la Salud (OMS) ha establecido que la infertilidad es “una enfermedad del sistema reproductivo” definida como la



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

2

- incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas”¹.
7. Teniendo eso en consideración resulta seriamente atentatorio de los derechos de las personas afectadas por dicha enfermedad que el Estado les negara el derecho a recurrir a este método científico por la prohibición establecida desde marzo de 2000.
 8. Por otro lado, en la medida en que el Estado ha basado buena parte de sus alegatos en cierta interpretación del artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte ha procedido en esta sentencia a interpretar dicha norma para efectos de este caso. Y lo ha hecho, como corresponde en el derecho internacional, conforme al sentido corriente de los términos, así como con una interpretación sistemática e histórica y la que corresponde al objeto y fin del tratado utilizando como medio complementario de interpretación los trabajos preparatorios de dicha norma de la Convención.
 9. Entre otras consecuencias de la interpretación de la Corte, así como de la prueba científica disponible, se llega a la conclusión de que no resulta posible concluir que en el artículo 4.1. se busca conferirle estatus de “persona” al embrión enfatizándose que “...las tendencias de regulación en el derecho internacional no llevan a la conclusión que el embrión sea tratado de manera igual a una persona...” (parr. 253).
 10. Las reparaciones establecidas tienen su razón de ser no sólo en lo que atañe directamente a las personas declaradas como víctimas. Establecen, también, medidas orientadas a la sociedad en su conjunto como las de no repetición y pautas concretas para generar las condiciones apropiadas de manera que se concrete el deber de adecuación del Estado a las obligaciones referidas en la sentencia en materia de integridad personal, vida privada y familiar y al principio de no discriminación.
 11. La esencia de las medidas reparatorias es, entonces, que el Estado no sólo debe dejar de producir regulaciones y prácticas discriminatorias sino que debe dejar sin efecto la prohibición y facilitar gradualmente el uso de esta técnica de reproducción para quienes lo requieran y deseen. En este orden de ideas, la Corte establece, entre otras, esencialmente tres líneas precisas de acción orientadas a constituirse en garantías de no repetición y a la adecuación de la conducta del Estado a sus obligaciones internacionales:

a) La primera es “tomar las medidas apropiadas para que quede sin efecto con la mayor celeridad posible la prohibición de practicar la FIV y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos” (parr. 336). Corresponde, pues, que el Estado adopte con

¹ Cfr. Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2828). Como explicó el perito Zegers-Hochschild, según la Organización Mundial de la Salud, la infertilidad constituye una enfermedad del sistema reproductivo (expediente de fondo, tomo VI, folio 2818).



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

3

prontitud las medidas que sean pertinentes dentro de su propia institucionalidad para que quede sin efecto la prohibición;

b) La segunda es “regular los aspectos que considere necesarios para la implementación de la FIV” (parr. 337) lo que remite a regulaciones a dictarse y ponerse en ejecución por el Estado para que esta técnica sea utilizada correctamente por instituciones o profesionales calificados;

c) Al establecerse en la tercera medida que la seguridad social incluya gradualmente “la disponibilidad de la FIV dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación” (parr. 338), ello se orienta a que dicha técnica sea incluida de manera gradual, dentro de los programas contra la infertilidad que ya se brindan. Ello no sugiere que una porción desproporcionada de los recursos institucionales y presupuestales de la seguridad social sea destinada a este propósito en perjuicio de otros programas o prioridades sino a garantizar que este servicio esté disponible en forma progresiva.

Cabe resaltar que dicha orden de la Corte se encuentra clara y directamente relacionada con el principio de no discriminación. En ese sentido, no puede ser entendida como una orden que conduzca a situaciones de inequidad. Al respecto, sobre la mencionada gradualidad, cabe resaltar que el Comité DESC² ha señalado que la “naturaleza precisa” de la disponibilidad de los servicios y programas de salud “dependerá de diversos factores, en particular el nivel de desarrollo” del Estado. Asimismo, dicho Comité ha señalado que uno de los componentes de la accesibilidad sin discriminación a los servicios de salud se relaciona con la “accesibilidad económica (asequibilidad)”, de tal forma que los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. El Comité ha agregado que los pagos por servicios de atención de la salud “deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos”³. Estas consideraciones me permiten resaltar el nexo causal de la orden emitida por la Corte respecto a la situación

² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14 (2000), El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000 párr. 12 a.

³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14 (2000), El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000 párr. 12 b. iii.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

4

particular de personas cuya única posibilidad de procreación es el acceso a la FIV y no cuentan con recursos propios para acceder a este tipo de técnicas de reproducción asistida.

Asimismo, como se desprende de la contestación de la demanda y los alegatos finales del Estado de Costa Rica, éste cuenta con programas y servicios médicos para diversos tratamientos de problemas de infertilidad, incluyendo las técnicas de reproducción asistida. El Estado informó que el único método excluido de los programas públicos para la atención de problemas de la salud reproductiva ha sido la FIV, a raíz de la expedición de la sentencia de la Sala Constitucional. En ese sentido, es posible relacionar la exclusión de la FIV con los argumentos desarrollados en la decisión judicial analizada en esta Sentencia, y no es claro que sean consideraciones económicas y presupuestales las que hayan justificado dicha exclusión. Tampoco se acreditó que existiera una situación como la de otros Estados en los que se haya alegado la inexistencia o insuficiencia de recursos para subsidiar parte del acceso a las técnicas de reproducción asistida. Corresponde entonces que el Estado continúe avanzando progresivamente en garantizar sin discriminación el acceso a los tratamientos adecuados y necesarios para enfrentar las distintas formas de infertilidad.

En este sentido, resalto que el mandato de la Corte no se dirige a alterar ningún tipo de priorización a nivel interno, en el entendido que el acceso a las técnicas de reproducción asistida ya había sido incorporado dentro de la atención integral que suministra el Estado. El Tribunal, como es su práctica constante, deja en manos de las autoridades locales el conjunto de decisiones sobre la naturaleza y alcance de las medidas necesarias para garantizar, progresivamente, lo pertinente respecto al conjunto de técnicas asociables a las diversas modalidades de FIV entre las cuales las autoridades deberán ejercer una clara y debida regulación.

12. Teniendo en cuenta que el hecho central que generó este contencioso fue la prohibición en Costa Rica a una técnica de reproducción asistida, como es la FIV, esta sentencia no sólo establece cuáles han sido las violaciones a la Convención y las correspondientes reparaciones. En esencia y por su propio contenido, es una contribución fundamental a favor de la vida como lo expresan las más de 5 millones de personas que hoy disfrutan de la vida gracias a que sus padres recurrieron a este tipo de métodos contra la infertilidad y que no existirían de no haber sido por eso.

Diego García-Sayán

Juez



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

5

Pablo Saavedra Alessandri

Secretario

La Jueza Rhadys Abreu Blondet se adhirió al presente Voto del Juez Diego García-Sayán.

Rhadys Abreu Blondet

Jueza

Pablo Saavedra Alessandri

Secretario



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

6



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

VOTO DISIDENTE DEL JUEZ EDUARDO VIO GROSSI.
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS
(“FECUNDACIÓN *IN VITRO*”) VS. COSTA RICA
SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2012
(Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)

INTRODUCCIÓN.

Con el mayor respeto y consideración hacia la Corte Interamericana de Derecho Humanos, en adelante la Corte, y, ciertamente, hacia cada uno de sus miembros, se formula el presente voto disidente⁵²⁵ a la Sentencia indicada en el título, en adelante la Sentencia, en mérito del razonamiento que se expone seguidamente y que, ciertamente y como corresponde, se limita única y exclusivamente a lo señalado en la misma⁵²⁶ y, muy particularmente, al asunto que se considera que condiciona a todos los demás en el

⁵²⁵ Art. 66.2 de la Convención: “Si el fallo no expresare en todo o en parte la opinión unánime de los jueces, cualquiera de éstos tendrá derecho a que se agregue al fallo su opinión disidente o individual” y Art. 24.3 del Estatuto de la Corte: “Las decisiones, juicios y opiniones de la Corte se comunicarán en sesiones públicas y se notificarán por escrito a las partes. Además, se publicarán conjuntamente con los votos y opiniones separados de los jueces y con cualesquiera otros datos o antecedentes que la Corte considere conveniente”. Sobre particular, ver, además, *Constancia de Queja*, presentada en la Corte el 17 de agosto de 2011, con relación a parte del Voto Concurrente Conjunto emitido con ocasión de las Resoluciones “Medidas Provisionales respecto de la República de Colombia, Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia”, de 30 de junio de 2011, “Medidas Provisionales respecto de los Estados Unidos Mexicanos, Caso Rosendo Cantú y Otra Vs. México”, de 1 de julio de 2011 y “Medidas Provisionales respecto de la República de Honduras, Caso Kawas Fernández Vs. Honduras”, de 5 de julio de 2011.

⁵²⁶ Art. 65.2 Del Reglamento de la Corte: “Todo Juez que haya participado en el examen de un caso tiene derecho a unir a la sentencia su voto concurrente o disidente que deberá ser razonado. Estos votos deberán ser presentados dentro del plazo fijado por la Presidencia, de modo que puedan ser conocidos por los Jueces antes de la notificación de la sentencia. Dichos votos sólo podrán referirse a lo tratado en las sentencias.”



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

presente caso, esto es, el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en adelante la Convención.

Ciertamente, los comentarios incluidos en este voto disidente se han hecho considerando, no lo que el intérprete desea, sino lo que el Derecho expresa. Igualmente, se ha tenido en cuenta que a la Corte le corresponde interpretar y aplicar la Convención⁵²⁷ y no asumir la función que le compete a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁵²⁸ ni la función normativa, la que le corresponde a los Estados, únicos habilitados para eventualmente modificar la Convención⁵²⁹. Y, final y especialmente, se ha tenido presente que de lo que se trata es precisar lo que la voluntad de los Estados expresaron en la Convención y acuerdos y práctica posteriores, de suerte de poder exigirles aquello a lo que efectivamente se comprometieron⁵³⁰.

Pues bien, el señalado razonamiento concierne a dos temas principales. El primero se refiere precisamente al análisis de dicha disposición, por estimar que es su violación la que en definitiva y preferentemente se alega en autos. Y el segundo dice relación con la inflexión jurisprudencial experimentada por la Sentencia en cuanto a la interpretación de ese artículo.

I.- EL ARTÍCULO 4.1 DE LA CONVENCIÓN.

A su vez, el análisis del artículo 4.1 de la Convención plantea tres aspectos. El primero es atinente a la perspectiva con que la Sentencia aborda el presente caso. El segundo concierne a la interpretación del mismo. Y el tercero alude a la jurisprudencia de la Corte sobre el particular.

A.- Perspectiva con que aborda el caso.

⁵²⁷ Art. 62.3 de la Convención: “La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial”

⁵²⁸ Art. 41, primera frase, de la Convención: “La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos,...”

⁵²⁹ Art.76. 1 de la Convención: “Cualquier Estado parte directamente y la Comisión o la Corte por conducto del Secretario General, pueden someter a la Asamblea General, para lo que estime conveniente, una propuesta de enmienda a esta Convención” y Art. 39 de la Convención de Viena: “Norma general concerniente a la enmienda de los tratados. Un tratado podrá ser enmendado por acuerdo entre las partes. Se aplicarán a tal acuerdo las normas enunciadas en la Parte II, salvo en la medida en que el tratado disponga otra cosa.”

⁵³⁰ Art.2.1.a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en adelante la Conv. de Viena: “*Términos empleados. 1. Para los efectos de la presente Convención: a) se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular;*”



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

Es indudable que la perspectiva desde la que la Sentencia aborda el caso influye en la conclusión a la que arriba. De allí que sea necesario, como primer asunto, aludir a ella.

Al respecto, la Sentencia señala que procede, como primer asunto de fondo,

“a determinar el alcance de los derechos a la integridad personal y a la vida privada y familiar, en lo relevante para resolver la controversia”⁵³¹.

Y posteriormente indica que

“el objeto del presente caso se centra en establecer si la sentencia de la Sala Constitucional generó una restricción desproporcionada de los derechos de las presuntas víctimas”⁵³².

La Sentencia se está, evidentemente, refiriendo a la Resolución del 15 de marzo de 2000 de la Sala Constitucional de su Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica, en adelante la Resolución, por la que declaró inconstitucional el Decreto Ejecutivo N° 24029-S, del 3 de febrero de 1995, que reglamentaba la Fecundación in Vitro, por infracción al artículo 4.1 de aquella (“Derecho a la Vida”).

Sobre el particular, la Sentencia expresa que *“al comprobarse que existió una injerencia tanto por el efecto prohibitivo que en general causó la sentencia de la Sala Constitucional, así como el impacto que lo anterior produjo en las presuntas víctimas en el presente caso, la Corte considera necesario entrar a analizar si dicha injerencia o restricción se encuentra justificada”* y por eso *“estima pertinente analizar en detalle el argumento principal desarrollado por la Sala Constitucional: que la Convención obliga a efectuar una protección absoluta del “derecho a la vida” del embrión y, en consecuencia, obliga a prohibir la FIV por implicar la pérdida de embriones”*, añadiendo posteriormente que, *“analizará si la interpretación de la Convención que sustentó las injerencias ocurridas es admisible teniendo en cuenta las fuentes de derecho internacional pertinentes”⁵³³.*

Ahora bien, es cierto que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en adelante la Comisión, y los representantes de las víctimas, en adelante los Representantes, plantearon que la mencionada resolución violó los artículos 11.2 (“Respeto de la Honra y de la Dignidad”), 17.2 (“Protección a la Familia”) y 24 (“Igualdad ante la Ley”), en relación con los artículos 1.1 (“Obligación de Respetar los Derechos”) y 2 (“Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno”), todos de la Convención. Pero, es igualmente

⁵³¹ Párr. 141 de la Sentencia. En adelante, cuando se exprese “Párr. o Párrs.” Se entenderá que el párrafo o párrafos citados son de la Sentencia.

⁵³² Párr. 171.

⁵³³ Párr. 162.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

verdad que uno de los representante invocó, además, los artículos 4. 1 (*Derecho a la vida*), 5.1 (“*Derecho a la Integridad Personal*”) y 7 (“*Derecho a la Libertad Personal*”)⁵³⁴ y que la citada Resolución expresamente se sustenta en el citado artículo 4.1.

Por tal razón, el asunto de autos no consiste como lo plantea la Sentencia, sino a la inversa.

Efectivamente, considerando las normas consuetudinarias aplicables⁵³⁵, en el presente caso se trata de determinar, a la luz de lo previsto en la Convención⁵³⁶, si la citada Resolución⁵³⁷ es internacionalmente lícita o, por el contrario ilícita⁵³⁸, lo que implica contrastar, antes que nada, dicho acto estatal con la obligación internacional por él mismo aducida como su justificación, es decir, el citado artículo 4.1, y solo una vez dilucidada esta cuestión se podría abordar la conformidad de la misma con lo contemplado en los señalados artículos 5.1, 11.2, 17.2 y 24.

De manera, entonces, que resultaba más lo lógico que la Sentencia en comentario hubiese entendido y tratado el presente caso fundamentalmente como una posible violación del señalado artículo 4.1 y no como lo hace.

Al proceder como ha hecho, la Sentencia no solo sigue la lógica procesal y argumental que legítimamente plantearon la Comisión y los Representantes, muy acorde a sus respectivos intereses y roles procesales, por lo demás, sino que de esa forma en definitiva y en la práctica minimiza o subordina todo lo referente al “*derecho a la vida*” ante los otros mencionados derechos. En tal perspectiva de análisis del caso por la que

⁵³⁴ Párr. 7.

⁵³⁵ Recogidas en el Proyecto preparado por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, acogido por Resolución aprobada por la Asamblea General [sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/56/589 y Corr.1)] 56/83. Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, 85ª sesión plenaria, 12 de diciembre de 2001, Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 10 y correcciones (A/56/10 y Corr.1 y 2). 2 *Ibid.*, en adelante Proyecto de Responsabilidad Internacional del Estado.

⁵³⁶ Art. 62.3 de la Convención, ya citado.

⁵³⁷ Art. 4 del Proyecto de Responsabilidad Internacional del Estado: “*Comportamiento de los órganos del Estado. 1. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado. 2. Se entenderá que órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado.*”

⁵³⁸ Arts. de Proyecto sobre Responsabilidad Internacional del Estado: 1: “*Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos. Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional*”; 2: “*Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado. Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado*”; 3: “*Calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito. La calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno.*”



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

se opta en la Sentencia, tiene un efecto práctico muy relevante, puesto que conduce, en última instancia, a privilegiar esos derechos por sobre el “derecho a la vida”.

B.- Interpretación del artículo 4.1.

Como se ha afirmado y al contrario del derrotero que sigue la Sentencia, el principal asunto planteado en esta causa dice relación con determinar si el Estado, al dictar la citada Resolución, incurrió en responsabilidad internacional por violar⁵³⁹, de esa forma, el artículo 4.1 de la Convención, que expresa:

“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”

Y dado que se trata de la interpretación de una norma convencional, esto es, de desentrañar la voluntad de los Estados Partes de la Convención expresada en ella, ello se debe hacer conforme lo dispone la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en adelante la Convención de Viena, que contiene tanto las normas convencionales como las consuetudinarias en la materia. En atención a la importancia que éstas tienen en la presente causa, se ha estimado menester reproducirlas.

El artículo 31 de dicha Convención dispone:

“Regla general de interpretación.

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado. el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

⁵³⁹ Art. 12 del Proyecto de Responsabilidad Internacional del Estado: *“Existencia de violación de una obligación internacional. Hay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación, sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación.”*



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

- a) *todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;*
 - b) *toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;*
 - c) *toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.*
4. *Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.”*

Por su parte, el artículo 32 de la misma Convención estatuye:

“Medios de interpretación complementarios.

Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

- a) *deje ambiguo u oscuro el sentido; o*
- b) *conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.”*

Pues bien, para poder acometer la interpretación del mencionado artículo 4.1, parece menester referirse a los aspectos básicos que plantea en este caso, esto es, el Titular del derecho; la protección de ese derecho y la privación arbitraria del mismo.

1.- Titular del derecho.

Visto el artículo 31.1 de la Convención de Viena, es evidente que el derecho que consagra el antes citado artículo 4.1 consiste en que “*se respete ... (la) vida*” de su titular. Ese es el “*objeto y fin*” de dicha norma, lo que significa que ella fue establecida para que realmente alcanzara lo por ella perseguida y no para que quedara sin contenido.

La disposición da por supuesto que, en consecuencia, que el titular del derecho consistente cuya vida debe respetarse, preexiste en tanto tal.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

Asimismo, es claro que dicha norma establece que el titular de ese derecho es “*toda persona*”, vale decir, ese artículo no hace distinción alguna entre los titulares del aludido derecho. Ello se condice plenamente, por lo demás, con lo previsto previamente en la Convención en orden a que los derechos que los Estados partes de la Convención se comprometen a respetar y garantizar se refieren

“*a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos*” de “*cualquier... índole*”⁵⁴⁰.

Y en mérito de la regla del “*sentido especial*” de la interpretación de los tratados, contenida en el artículo 31.4 de la Convención de Viena, para la interpretación del término “*persona*” hay que atenerse a lo previsto en el artículo 1.2 de la Convención que prescribe:

“*Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.*”

Como conclusión y aunque parezca obvio, se puede afirmar que el artículo 4.1 de la Convención constata o consagra el derecho “*toda persona*” o “*ser humano*”, sin distinción alguna y que, además, ya existe, a que se le respete “*su*” vida. Es decir, toda la citada disposición, todas sus frases, así como, por lo demás, toda la Convención, conciernen solamente a la “*persona*” o “*ser humano*”, esto es, exclusivamente a sus derechos y no a otros intereses o entidades.

2.- Protección legal del derecho.

El aludido artículo 4.1 dispone, en su segunda frase y luego de un punto seguido, que “*este derecho* (vale decir, el de “*toda persona... a que se respete su vida*”) *estará protegido por la ley*”. Esta frase conlleva a interpretar tres expresiones. Una, lo que se entiende por “*ley*”, otra, lo que significa “*y en general*” y la tercera relativa al término “*concepción*”.

a.- “*Ley*”.

Al indicar que prescribir que el citado derecho “*estará protegido por ley*”, la Convención le impone al Estado la obligación de dictar las normas jurídicas con tal propósito, obligación que igualmente está contemplada, en términos más generales y amplios en el ya citado artículo 2 de la Convención⁵⁴¹.

⁵⁴⁰ Art.1.1 de la Convención: “*Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*”



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

Po cierto, se debe entender que el término “ley” lo emplea en su sentido lato, vale decir, como norma jurídica, sea constitucional, legal o reglamentaria, dictada por el órgano competente del Estado que, en términos generales y obligatorios, regula una conducta o actividad de todos sus habitantes⁵⁴².

También habría que tener presente que la circunstancia de que el citado artículo 4.1 disponga que el derecho de “*toda persona... a que se respete su vida*” debe estar “*protegido por la ley*”, no importa que la conformidad o disconformidad de esta última con el Derecho Internacional y, en particular, con la Convención, es decir, su licitud o ilicitud internacional, no pueda ser determinada por la Corte.

En tanto comentario relativo específicamente al caso de autos, cabe destacar que el artículo 21 de la Constitución Política del Estado, de 1949, ya establecía que “*la vida humana es inviolable*” y que la Resolución que motiva esta causa expresamente concluye que “*el reglamento cuestionado (Decreto Ejecutivo No. 24029-S de 3 de febrero de 1995, emitido por el Ministerio de Salud) es inconstitucional por infracción al artículo 21 de la Constitución Política y 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*”⁵⁴³, de manera que podría entenderse que de esa forma el Estado estaba dando cumplimiento a lo mandado por el señalado artículo 4.1 de proteger por ley el derecho de “*toda persona ... a que se respete su vida*”.

b.- “*Y, en general*”.

Con relación al sentido y alcance de las palabras “*y, en general*” que utiliza el mencionado artículo 4.1, habría que tener presente, por de pronto, que la Convención no le da a dicho término un “*sentido especial*”, por lo que habría que recurrir al “*sentido corriente de los*” de los mismos⁵⁴⁴.

Entre las acepciones que comprende el sentido corriente de la palabra “*general*”, que son las mismas en el época de la suscripción de la Convención y aún hoy, se hayan las de “*común, frecuente, usual*” y “*común a todos los individuos que constituyen un todo, o a muchos objetos, aunque sean de naturaleza diferente*” y entre los significados de los términos “*en general*” están los de “*en común, generalmente*” y “*sin especificar ni individualizar cosa alguna.*”

⁵⁴¹ Art.2 de la Convención: “*Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.*”

⁵⁴² La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6.

⁵⁴³ Párr.76.

⁵⁴⁴ Art.31.1 de la Conv. de Viena.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

Para mejor comprensión de esos términos, tal vez puede ser útil evocar sus antónimos, tal como se entendían a la época de la Convención⁵⁴⁵ y se entienden en la actualidad, es decir, los términos “particular”, que significa “propio y privativo de algo, o que le pertenece con singularidad”, “especial, extraordinario, o pocas veces visto en su línea”, “singular o individual, como contrapuesto a universal o general”; “singular”, cuyas acepciones son “solo (único en su especie)”, “extraordinario, raro o excelente”; e “inusual”, que implica “no usual, infrecuente”.

Asimismo, teniendo presente la regla del “contexto de” los términos⁵⁴⁶, habría que agregar que, dado que las expresiones “y, en general” que emplea la disposición que se comenta, se vinculan a la obligación de “proteger por ley” el derecho de “toda persona... a que respete su vida”, lo que dispone dicha norma es que ello debe ser “a partir de la concepción” de la “persona” de que se trate.

A su vez y según la regla de interpretación del “objeto y fin” de la Convención, cual es el respeto de los derechos y humanos y garantizar su libre y pleno ejercicio⁵⁴⁷, y del propio artículo 4.1 de la misma, que es el respeto a la vida, las referidas palabras “y, en general” deben ser entendidas en tal perspectiva, es decir, con “efecto útil” a tal propósito, de modo que efectivamente contribuyan al objeto y fin general perseguido y no que constituyan una excepción a ello ni menos, en particular, una negación del derecho a la vida.

A este respecto procede tener presente que en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos que aprobó la Convención, tres países propusieron, a los efectos de que no se prohibiera el aborto, la eliminación, en el artículo 4.1, de la frase “y, en general, a partir del momento de la concepción”, propuesta que, empero, fue rechazada, quedando así esa frase, por decisión adoptada por la mayoría de los Estados participantes en la mencionada Conferencia, incorporada en la citada disposición⁵⁴⁸. Es decir, es a todas luces evidente que se quiso ampliar o no dejar lugar a duda alguna de que la protección que por ley se debe dar al derecho de toda persona a que se respete su vida, lo debe ser aún cuando se encuentre como concebido o no haya nacido aún.

En consecuencia, dicha frase fue establecida para permitir que la protección que por ley se debe dar al derecho de “toda persona... a que se respete su vida” “a partir de la concepción”, lo sea también para el no nacido aún. En otras palabras, esa protección debe ser “común” para el nacido y el que no es aún, consecuentemente, no procede hacer distinción, en este aspecto, entre ellos, “aunque sean de naturaleza diferente”, dado que “constituyen un todo”, en ambos hay vida humana, hay un ser humano, una persona.

⁵⁴⁵ *Idem.*

⁵⁴⁶ Art. 32.1 de la Conv. de Viena.

⁵⁴⁷ Art. 1.1 de la Convención ya citado.

⁵⁴⁸ Párrs. 203 a 205.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

El bien jurídico protegido es, entonces y en última instancia, el derecho a la vida de “*toda persona*” y es por ello que en la Convención se optó por no dejar margen de duda alguna respecto de que lo que se protege con el citado artículo 4.1 era fundamental ella, cualquiera fuese la etapa en que se encontrare.

En tal sentido, la expresión “*en general*”, importa una referencia a la forma en que le ley puede proteger al no nacido aún, evidentemente que podría ser distinta a la protección que le suministre al nacido.

En suma, la expresión “*y en general*” no alude a una excepción, a una exclusión, es, por el contrario, es inclusiva, hace aplicable la obligación de proteger por ley el derecho de toda persona a que se respete su vida desde la concepción.

c.- “*La concepción*”.

Igualmente y por lo antes afirmado, es indispensable, para entender lo previsto en el citado artículo 4.1, precisar el sentido y alcance del término “*concepción*” que emplea aquél, dado que a partir de ella es que el Estado debe proteger por ley el derecho “*a que se respete (la) vida*”. En otras palabras, resulta claro el sentido de la norma en orden a que ese derecho existe “*a partir de la concepción*.”

De los autos y demás antecedentes se desprende que, al suscribirse la Convención, no se determinó lo que debía entenderse por “*concepción*” y que tampoco se ha hecho después. Por otra parte, la Convención tampoco le concedió a esa palabra “*un sentido especial*”⁵⁴⁹ y, en particular, no hizo remisión a cómo se entendiera según la ciencia médica. La regla aplicable en la especie es, sin duda la del “*sentido corriente*” de dicho término⁵⁵⁰ y particularmente al existente al momento de la suscripción de la Convención en 1969.

Según la versión de 1956 del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española⁵⁵¹, vigente entonces, el término “*concepción*” se entendía como la “*acción y efecto de concebir*”; el de “*concebir*” como “*quedar preñada la hembra*”; el de “*preñada*” como “*dícese de la mujer y de la hembra de cualquier especie, que ha concebido y tiene el feto o la criatura en el vientre*”; el de “*preñar*” como “*empreñar*”; el de “*empreñar*” como “*hacer concebir a la hembra*”; y el de “*fecundar*” como “*unirse el elemento reproductor masculino al femenino para dar origen a un nuevo ser*”.

⁵⁴⁹ Art.31.4 de la Conv.de Viena.

⁵⁵⁰ *Idem*.

⁵⁵¹ 18ª. edición.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

Y casi coetáneamente con la suscripción de la Convención, esto es, en la versión de 1970 del mencionado Diccionario⁵⁵², el término “preñar” fue entendido como “*empreñar, fecundar o hacer concebir a la mujer*”. Es de advertir que este significado es recogido en la actualidad⁵⁵³.

Lo anterior significaba, entonces, que se entendía y aún se entiende, que el ser, en la especie, el humano, se origina al “*unirse el elemento reproductor masculino al femenino*” y cuando ello acontece se entiende que esa “*criatura*” se encuentra en el “*vientre*” de la mujer. De allí, pues, que se entendía que los términos *fecundar o hacer concebir a la mujer*” como sinónimos.

De suerte, entonces, que el término “*concepción*” empleado por el artículo 4.1 de la Convención jurídicamente debería ser interpretado, más allá de cualquier otra consideración, como la fecundación del óvulo por el espermatozoide. Eso fue y no otra cosa, en lo que se convino en 1969, al suscribirse la Convención y ese es todavía jurídicamente el sentido de tal término e incluso parte muy importante, por no decir mayoritaria⁵⁵⁴, de la ciencia médica así también lo estima⁵⁵⁵. Con esto no se está sosteniendo que lo que exprese la ciencia médica no deba ser tenido en cuenta, sino que ello lo debe hacer en la medida que el Derecho lo incorpore en su acervo.

Debe considerarse también a este respecto que, de según se debe entender de las reglas de interpretación de los tratados, no existen otros acuerdos o tratados entre los Estados Partes de la Convención que consagren un concepto distinto al expresado⁵⁵⁶. Tampoco otros acuerdos o la práctica seguida por los mismos en la aplicación de la Convención indican una modificación de ese concepto⁵⁵⁷. Por otra parte, no hay norma consuetudinaria diferente a la interpretación dada que les sea aplicable. Y, finalmente, no puede sostenerse la existencia de un principio general de derecho, originado por las legislaciones internas de esos Estados, que consagre un significado distinto al referido⁵⁵⁸.

Por otra parte, es evidente y lógicamente que la “*concepción*” a que se refiere el artículo 4.1 es la de “*toda persona*” cuyo derecho a la vida debe ser protegido por ley.

⁵⁵² 19ª. edición.

⁵⁵³ 22ª edición.

⁵⁵⁴ Notas 266 a 284 de la Sentencia.

⁵⁵⁵ Párrs. 79 y ss.

⁵⁵⁶ Art. 31.2 de la Convención.

⁵⁵⁷ Art. 31.3, a) y b), de la Conv. de Viena.

⁵⁵⁸ Art. 31.3.,c), de la Conv. de Viena.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

Y ello está en plena correspondencia con el “*contexto de los términos*”⁵⁵⁹ ya que todo lo que él se dispone y aún toda la Convención⁵⁶⁰, se refieren a ese sujeto y no al de alguna entidad, objeto o realidad distinta.

En consecuencia, si la citada disposición hubiese querido establecer o hacer extensiva la protección que por ley se le debe proporcionar al derecho de toda persona a que se respete su vida, a una entidad, objeto o realidad distinta al de la persona, así lo hubiera dispuesto derecha y claramente o bien se habría utilizado una frase, inciso o artículo diferente en el mencionado 4.1 o incluso, lo habría consagrado en un tratado distinto. Pero, no aconteció así. Todo lo mandado por la disposición en comento así como por toda la Convención, concierne, entonces, única y exclusivamente a la “*persona*”, al “*ser humano*”.

En síntesis, para la Convención, la vida de una persona existe desde el momento en que ella es concebida o, lo que es lo mismo, que se es “*persona*” o “*ser humano*” desde el “*momento de la concepción*”, lo que ocurre con la fecundación del óvulo por el espermatozoide. A partir de esto último se tiene, entonces, según aquella, el “*derecho... a que se respete (la) vida*” de “*toda persona*” y, consecuentemente, existe la obligación de que se proteja ese derecho.

Una interpretación distinta a la expuesta, ciertamente dejaría sin su sentido natural y obvio las expresiones “*a partir de la concepción*” que emplea el citado artículo 4.1 y especialmente, no le asignaría sujeto a esta última, y es de toda evidencia que de lo que se trata es de “*la concepción*” de “*toda persona*”.

d.- Privación arbitraria del derecho.

Finalmente, la disposición en comento, al establecer que nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente, está implícitamente señalando que el derecho de “*toda persona ...a que se respete su vida*”, no es absoluto, pues admite una restricción, siempre y cuando ella no sea arbitraria, es decir, de conformidad a lo que se entendía por arbitrariedad en la fecha de la Convención y a lo se entiende aún ahora, es decir, que no sea un “*acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho*”⁵⁶¹.

Como se colige del expediente, esta faceta más bien no ha estado en discusión en este proceso.

C.- La jurisprudencia de la Corte.

⁵⁵⁹ Art.31.3 de la Conv. de Viena.

⁵⁶⁰ Art.1.1 de la Convención, ya citado.

⁵⁶¹ 18ª. y 22ª ediciones.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

Ha sido la jurisprudencia de la Corte la que, de manera constante y uniforme, ha precisado la naturaleza del derecho de “*toda persona... a que se respete su vida*”. Lo ha manifestado en los siguientes términos:

“El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo”⁵⁶²,

y que

“los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho inalienable”⁵⁶³.

Esta ha sido la jurisprudencia constante y uniforme de la Corte sobre el particular. Se ha expresado en más de doce casos⁵⁶⁴ Incluso, en el año en curso ha sido reiterada en dos ocasiones⁵⁶⁵.

Ahora bien, en razón de la gran importancia que la jurisprudencia de la Corte le ha reconocido al derecho de la vida previsto en el artículo 4.1 de la Convención, es que, consecuentemente, a éste se le aplica con mayor énfasis, por una parte, el principio rector del Derecho de los Tratados, cual es el de la “*buena fe*”⁵⁶⁶, que importa suponer que lo convenido lo fue para que efectivamente tuviese aplicación, y por la otra parte, el principio *pro homine o pro persona*, contemplado en la Convención⁵⁶⁷, en virtud del cual las

⁵⁶² Caso de los “Niños de la Calle (Villagrán Morales y Otros), Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C N° 63, párr. 144.

⁵⁶³ Caso Familia Barrios Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237, párr. 48.

⁵⁶⁴ Caso Myrna Mack Chang, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C N° 101, párr. 152 ; Caso Juan Humberto Sánchez, Sentencia de 7 de junio de 2003, Serie C N° 99, párr.110; Caso 19 Comerciantes, Sentencia de 5 de julio de 2004, Serie C N° 109, párrs. 152 y 153; Caso de la Masacre de Pueblo Bello, Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C N° 140; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C N° 146, párr.. 150; Caso Baldeón García, Sentencia de 6 de abril de 2006, Serie C N° 147, párr.. 82; Caso de las Masacres de Ituango, Sentencia de 1 de julio de 2006, Serie C N° 148, párr. 128; Caso Ximenes Lopes, Sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C N° 149, párr. 124; Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia), Sentencia de 5 de julio de 2006, Serie C N° 150, párr.. 63; Caso Albán Cornejo y otros, Sentencia de 22 de noviembre de 2007, Serie C N° 171, párr. 117.

⁵⁶⁵ Castillo González y Otros Vs. Venezuela y Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños Vs. El Salvador, ambas sentencias de octubre de 2012.

⁵⁶⁶ Art. 31.1 de la Conv.de Viena.

⁵⁶⁷ Art. 29 de la Convención: “*Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.*”



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

normas sobre derechos humanos deben ser interpretadas en los términos más favorables para sus titulares.

Por otra parte, en dos casos, la jurisprudencia en comento ha estimado a los no nacidos como “hijos”⁵⁶⁸ y “bebé”⁵⁶⁹.

A este respecto y en tanto acotación específicamente referida al caso en comento, se llama la atención acerca del hecho de que el año anterior a la Resolución del Estado del 15 de marzo de 2000, es decir, en el año 1999, ya se había dictado la importante sentencia en el caso “Niños de la Calle”, que dio origen a la reproducida jurisprudencia⁵⁷⁰, de suerte que, al dictarse aquella, sustentándose expresamente en lo dispuesto en el artículo 4.1 de la Convención,⁵⁷¹ se debería entender que ello se hizo en consideración precisamente a la interpretación dada en dicho fallo. En otras palabras, es de presumir que la Resolución en cuestión hizo lo que hoy se denomina “control de convencionalidad”⁵⁷² y procuró ajustarse a ello.

II.- LA INFLEXIÓN JURISPRUDENCIAL.

Con la Sentencia se produce, empero, un notable cambio o quiebre con la recién indicada jurisprudencia y ello en tres sentidos. Uno, en cuanto a limitar el alcance de lo que hasta ahora había ella señalado, el otro en relación con la aplicación del artículo 4.1 en cuestión al presente caso y el tercero en cuanto a las interrogantes que no resuelve o responde.

A.- Limitación del alcance de la jurisprudencia.

Efectivamente, la Sentencia parece restringir lo que hasta ahora, en esta materia, venía, de manera constante y uniforme, señalando la jurisprudencia de la Corte. Y así esta vez omite la frase “en razón (del)... carácter fundamental (del derecho a la vida)..., no son admisibles enfoques restrictivos del mismo”.

Es verdad que ello aconteció también en otros casos. Pero, en esta ocasión, esa omisión adquiere una muy singular relevancia habida cuenta que la reiteración de los demás conceptos son precedidos de dos acotaciones preliminares. La primera, indicando que “hasta el momento la jurisprudencia de la Corte no se

⁵⁶⁸ Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr.292.

⁵⁶⁹ Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri .Vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de julio de 2004, párr. 67, x).

⁵⁷⁰ Caso de los “Niños de la Calle (Villagrán Morales y Otros), Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C N° 63, párr. 144.

⁵⁷¹ Párr. 76.

⁵⁷² Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 22026 de noviembre de 2010, párr.225.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

ha pronunciado sobre las controversias que suscita el presente caso” y la segunda, afirmando que “en casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y muertes imputables a la falta de adopción de medidas por parte de los Estados, la Corte ha señalado que el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos”⁵⁷³.

Con esas frases, la Sentencia estaría insinuando que lo sostenido hasta ahora por la jurisprudencia de la Corte respecto al derecho a la vida, no tendría aplicación sino solo en atinente a las “*ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y muertes imputables a la falta de adopción de medidas por parte de los Estados*” y, en consecuencia y en todo caso, no sería aplicable a la presente causa, ya que ésta versaría sobre algo distinto. De esa forma, la Sentencia estaría acotando muy severamente lo que, hasta ahora, venía sosteniendo la jurisprudencia de la Corte en esta materia.

B.- Inaplicabilidad del artículo 4.1 al presente caso.

Y lo que señala ahora la Sentencia, resulta funcional a las afirmaciones que hace posteriormente en orden a que:

“la “concepción” en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención”⁵⁷⁴;

“no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión”⁵⁷⁵; y

“el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana”⁵⁷⁶;

Como es evidente, el cambio jurisprudencial que significa la Sentencia es muy relevante.

⁵⁷³ Párr. 172.

⁵⁷⁴ Párr. 264.

⁵⁷⁵ Párr. 223.

⁵⁷⁶ Art. 264.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

Para fundamentarlo, en la Sentencia se recurre a la interpretación de los términos “concepción” y “en general”, por entender que “para efectos de la interpretación del artículo 4.1, la definición de persona está anclada a las menciones que se hacen en el tratado respecto a la “concepción” y al “ser humano”⁵⁷⁷ y al hacerlo recurre a la interpretación conforme al sentido corriente de los términos, a la interpretación sistémica e histórica y a la interpretación evolutiva, métodos que se encuentran previstos en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena.

1.- Método del sentido corriente de los términos.

Es éste uno de los aspectos en el que el presente voto disiente de la Sentencia, en mérito de que ésta procede sobre la base de que el “alcance” de los términos “concepción” y “ser humano” que utiliza la Convención, “debe valorarse a partir de la literatura científica”⁵⁷⁸.

Y es que la Sentencia no tiene en cuenta que, no habiéndole dado la Convención a cada uno de esos términos “un sentido especial” en que constara “que tal fue la intención de las partes” de la misma⁵⁷⁹ ni habiendo tampoco hecho remisión, para estos efectos, a la ciencia médica, lo que corresponde es atenerse al “sentido corriente” que se le atribuye a tales términos, que no es otro que el sentido natural y obvio expresado en el fija el diccionario, el que, como ya se indicó, entiende por concepción la unión del óvulo con el espermatozoide.

No corresponde, pues, para valorar o entender el sentido y alcance de los referidos términos, recurrir a la ciencia médica, toda vez que no es lo que esta última entienda como “concepción”, sino lo que los Estados Partes de la Convención entendieron por ello y que, se reitera, se expresa en el sentido corriente de esa palabra, expresada en el diccionario, el que, por lo demás y como también ya se indicó, coincide con la postura que, sobre la materia tiene parte muy relevante, quizás la mayoritaria⁵⁸⁰, de la ciencia médica⁵⁸¹. Lo que ésta exprese es válida en la medida en que haya sido incorporada en el Derecho o éste se remita o reenvíe a ella, lo que, empero, no acontece en el presente caso.

Sobre el particular, es menester adicionalmente llamar la atención acerca de que la Sentencia afirma que “algunas”... “que ven en los óvulos fecundados una vida humana plena”... “pueden ser asociadas a concepciones que le confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones”,.... “concepciones” que “no

⁵⁷⁷ Párr. 176.

⁵⁷⁸ *Idem*.

⁵⁷⁹ Art. 31.4 de la Conv. de Viena.

⁵⁸⁰ Notas 265 a 3284 de la Sentencia.

⁵⁸¹ Párrs. 182 a 184.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

*pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten*⁵⁸².

Tal afirmación es correcta. Empero, no se condice con la posición que en definitiva asume la Sentencia en esta materia. Efectivamente, mientras reprocha que la Resolución del Estado que motivó esta causa haya optado “por una de las posturas científicas sobre este tema para definir desde cuando se consideraba que empezaba la vida” y que “... entendiera “que la concepción sería el momento en que se fecunda el ovulo y asumió que a partir de ese momento existía una persona titular del derecho a la vida”⁵⁸³, ella opta por otra de las posturas, a saber, aquella que diferencia “dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación” y que consecuentemente sostiene que “sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción”⁵⁸⁴.

Para sustentar lo anterior, la Sentencia acude a dos razones. Una, de orden científico, esto es, “que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede”⁵⁸⁵. Y la otra “que, al momento de redactarse el artículo 4 de la Convención Americana, el diccionario de la Real Academia diferenciaba entre el momento de la fecundación y el momento de la concepción, entendiendo concepción como implantación”, por lo que, “al establecerse lo pertinente en la Convención Americana no se hizo mención al momento de la fecundación”⁵⁸⁶.

En cuanto al primer argumento, es del caso considerar que, existiendo varias posturas científicas tanto en lo atinente a lo relativo al “comienzo de la vida”⁵⁸⁷ cuanto al concepto de “concepción”, como la misma Sentencia lo reconoce⁵⁸⁸, se inclina empero, por una, la de que la concepción se produce al momento en que el embrión se implanta en el útero de la mujer, sin analizar los argumentos de las otras y, particularmente, de aquella que considera que “[l]a vida humana inicia en la fusión espermatozoide-ovulo, un ‘momento de concepción’ observable”⁵⁸⁹, descartándola sin más.

⁵⁸² Párr. 185.

⁵⁸³ Párr. 177.

⁵⁸⁴ Párr. 186.

⁵⁸⁵ Párr. 187.

⁵⁸⁶ Párr. 187.

⁵⁸⁷ Párr. 177.

⁵⁸⁸ Párrs. 180 a 185.

⁵⁸⁹ Párr. 182.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

Ahora bien, esa posición de la Sentencia parece no tener correspondencia con lo que ella misma señala, por una parte, en cuanto a que *“el primer nacimiento de un bebe producto de la Fecundación in Vitro ocurrió en Inglaterra en 1978”* y que *“en Latinoamérica, el nacimiento del primer bebe producto de la Fecundación in Vitro y la transferencia embrionaria fue reportado en 1984 en Argentina”*⁵⁹⁰, y por la otra parte, en orden a que *“la definición de “concepción” que tenían los redactores de la Convención Americana ha cambiado”,* ya que *“antes de la FIV no se contemplaba científicamente la posibilidad de realizar fertilizaciones fuera del cuerpo de la mujer”*.

Efectivamente, de esas afirmaciones se desprende que no era, entonces, posible que en la época en que se suscribió la Convención, es decir, en 1969, se pudiese saber que era posible que *“concepción”* y *“fecundación”* eran dos fenómenos distintos, absolutamente diferenciables. Y de allí, por lo tanto, que no es compartible la aseveración de que *“la definición de “concepción” que tenían los redactores de la Convención Americana ha cambiado”*. Puede que lo sea para algunos científicos en medicina, pero la definición de los redactores al respecto sigue manteniéndose en el Derecho aplicable.

Y con ello procede abordar la segunda razón invocada en la Sentencia como fundamento de su posición, cual es, el ya en el diccionario de la época, 1969, *“diferenciaba entre el momento de la fecundación y el momento de la concepción, entendiendo concepción como implantación.”* Ya se ha señalado (*infra...*) que ello en rigor, no es así. En la edición de 1959 del Diccionario no resulta evidente que los términos *“concebir”* y *“fecundar”* fuesen considerados antagónicos, distintos. Pero, además, no hay que olvidar que en la edición de 1970 del Diccionario, esto es, la del año inmediatamente posterior al de la suscripción de la Convención, y hasta la vigente edición del mismo, mientras el término *“concebir”* es entendido como *“quedar preñada la hembra”* y el término *“preñar”* lo es como *“empreñar, fecundar o hacer concebir*.

Finalmente y siempre en el ámbito del empleo por la Sentencia del método del sentido corriente de los términos, ella afirma que *“la interpretación literal indica que [la] expresión “en general” se relaciona con la previsión de posibles excepciones a una regla particular”*⁵⁹¹, concluyendo que *“la expresión “en general” permite inferir excepciones a una regla”*⁵⁹²,

Sin embargo, ya se ha señalado en este escrito (*infra...*) lo que el Diccionario entiende por *“en general”*, lo que no dice relación alguna con excepcionalidad o excepciones. Si en la Convención se hubiese querido

⁵⁹⁰ Párr.66.

⁵⁹¹ Párr.188.

⁵⁹² Párr.189.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

establecer una excepción, en vez de afirmar “y, en general a partir de la concepción”, se hubiese dispuesto, por ejemplo, “y, excepcionalmente a partir de la concepción”, lo que no se hizo, precisamente para indicar que, en todo caso y en cualquier evento o circunstancia y quizá de una manera un tanto distinta, la protección que la ley debe dar al derecho de “toda persona ... a que se respete su vida”, se hará a partir de la concepción de esa persona.

2.- Interpretación sistemática e histórica.

La Sentencia se refiere asimismo a la interpretación sistemática e histórica, invocando el artículo 31 de la Convención de Viena, muy particularmente su inciso tercero, a los efectos de no sólo se tomar “en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31)”, esto es, el derecho internacional de los derechos humanos⁵⁹³. E igualmente y en el mismo acápite, indica que empleará los medios complementarios previstos en el artículo 32 de la Convención de Viena “para la determinación de la interpretación de los términos del artículo 4.1 de la Convención Americana lo dispuesto en el artículo 31.4 de la Convención de Viena, según el cual se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes”⁵⁹⁴.

a.- Regla del sentido especial de los términos.

Desde una perspectiva metodológica, no se puede compartir lo recién indicado, ya que la referencia que formula al artículo 31.4 de la Convención de Viena es hecha fuera de su propio entorno. Efectivamente, esa norma se inserta, como la final o última, de las normas que conforman lo que se conoce como la *regla general de interpretación*, constituyendo dentro ésta, la *regla del sentido especial de los términos*, que es excepción a la del *sentido corriente de los mismos*. De modo, pues, que no forma parte de las normas que integran los *medios complementarios* previstos en el artículo siguiente al mencionado, esto es, el 32 de la Convención de Viena.

Dicho en otras palabras, de acuerdo a lo dispuesto en el citado artículo 31.4, “la intención de las partes” sobre el “sentido especial” de un término debe constar sea en algunos de los acuerdos, instrumentos o prácticas a que el artículo 31 alude en sus numerales 2 y 3, y que se distinguen por estar íntimamente vinculados con el tratado correspondiente o por dar cuenta de un acuerdo sobre la interpretación del mismo, sea en una norma de derecho internacional aplicable en las relaciones entre tales Estados Partes.

b.- Regla del contexto y del desarrollo progresivo o evolutivo.

⁵⁹³ Párr.191.

⁵⁹⁴ Párr.193.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

Pues bien, en mérito de que el Estado los ha invocado, la Sentencia alude a la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁵⁹⁵, el Pacto de Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵⁹⁶, la Convención para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer⁵⁹⁷ y la Convención de los Derechos del Niño⁵⁹⁸ y lo que se dispone en los Sistemas Universal⁵⁹⁹, Europeo⁶⁰⁰ y Africano de Derechos Humanos⁶⁰¹, así como lo que señala en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁶⁰² y de siete tribunales constitucionales nacionales⁶⁰³. Y lo hace en el marco de la interpretación sistemática e histórica, aunque respecto de algunos lo debería hacer en el de la *regla del contexto*, prevista en el artículo 31.2 de la Convención de Viena y, en cuanto a otros, en la regla del *desarrollo progresivo del derecho*, contemplada en el artículo 31.3 de la misma.

Empero, tales acuerdos e instrumentos no revisten las características para ser considerados como instrumentos o acuerdos celebrados con ocasión o en relación con la Convención y, por ende, que puedan ser tenidos en cuenta para la interpretación de ésta. Tampoco hacen, en rigor, referencia a la práctica ulteriormente seguida por los Estados Partes de la Convención en la aplicación de ésta por la cual conste el acuerdo de ellos acerca de su interpretación. Y en lo atinente a las normas de derecho internacional aplicables en las relaciones entre los Estados Partes, es evidente que ellas no son “*pertinentes*” al caso, tal como lo mandata el artículo 31.4 de la Convención de Viena.

Y a mayor abundamiento, se debe señalar que lo estipulado en aludidos los tratados, lo dispuesto en los mencionados fallos de los tribunales internacionales y europeos y lo establecido en las citadas normas de derecho interno de los Estados Partes de la Convención, citados para interpretar a esta última, no pueden ser considerados como expresión sea de norma consuetudinaria, sea de principio general de derecho. No son costumbre internacional, dado que no constituyen precedentes, esto es, actos repetidos en forma constante y uniforme con la convicción de actuar conforme a derecho, y tampoco son principios generales de

⁵⁹⁵ Párr.224.

⁵⁹⁶ Párr.225.

⁵⁹⁷ Párrs.227 y 228.

⁵⁹⁸ Párrs. 229 a 233.

⁵⁹⁹ Párr. 226.

⁶⁰⁰ Párr.234.

⁶⁰¹ Párr.243.

⁶⁰² Párrs.236 a 242.

⁶⁰³ Párrs.252, 261 y 262.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

derecho, ya que no se infieren o deducen lógicamente de la propia estructura jurídica internacional o no son suficientes para que sean estimados como comunes a la gran mayoría de los Estados Partes de la Convención.

Pero, lo que resulta más significativo aún es que tales acuerdos e instrumentos no son procedentes en este caso no solo porque algunos de ellos no vinculan a los Estados Partes de la Convención, sino también porque lo único que demuestran o que lo que más bien se desprende de ellos, con una gran nitidez por lo demás, es que no contemplan la situación del no nacido aún o concebido precisamente para permitir o no prohibir el aborto⁶⁰⁴.

c.- Regla sobre prevalencia de ley especial sobre ley general.

Y es quizá por lo mismo que ninguno de ellos contiene una disposición como el artículo 4.1 de la Convención, el que, por ende, constituye una peculiaridad del sistema interamericano de derechos humanos, circunstancia que, sin embargo, la Sentencia no considera al interpretarlo. Ella, consecuentemente, omite una regla de interpretación del Derecho en general y no solo del Derecho Internacional, incluido el Derecho de los Tratados, a saber, “*ley especial prevalece sobre ley general*”.

En efecto, dicha norma convencional forma parte del conjunto de normas internacionales que, aunque no alcanzan para ser calificadas como Derecho Internacional Americano, regional, especial o particular, son, con todo, particulares o especiales a los Estados Partes de la Convención. Por lo tanto, tal norma no puede ser interpretada acorde a normas del Derecho Internacional general o de de otros Sistemas de Derechos Humanos que no lo contemplen, haciendo, de ese modo, que éstas prevalezcan sobre aquella o que, en última instancia y en la práctica, la modifiquen.

D.- Incapacidad.

Habida cuenta todo lo afirmado precedentemente, no se comparte la conclusión a la que arriba la Sentencia en lo atinente a la interpretación sistemática de la Convención y de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, cuando señala que “*no es factible sostener que un embrión sea titular y*

⁶⁰⁴ Párrs.226, 227, 235, 236, 237 y 249.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

ejerza los derechos consagrados en cada uno” de los artículos de esos textos, puesto que olvida lo que implican los conceptos de incapacidad absoluta y relativa de las personas que contemplan los distintos ordenamientos jurídicos y que impiden o limitan el goce de sus derechos, sin que por ello dejen de ser personas.

Pero, menos se puede coincidir aún con lo expresado en la Sentencia en orden a que

“teniendo en cuenta lo ya señalado en el sentido que la concepción solo ocurre dentro del cuerpo de la mujer (infra...), se puede concluir respecto al artículo 4.1 de la Convención que el objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada, dado que la protección del no nacido se realiza fundamentalmente a través de la protección de la mujer...”⁶⁰⁵

Y no se puede coincidir con lo afirmado en este párrafo ya que, por de pronto, entiende a la concepción como un fenómeno que *“solo ocurre dentro del cuerpo de la mujer”*, lo que es correcto, pero que, al hacer referencia a otro párrafo, se está sosteniendo ello sobre la base de que *“la concepción o gestación es un evento de la mujer, no del embrión”*, lo que conduciría a considerarlo que se trata de un asunto que únicamente empecería a la mujer embarazada.

No se puede compartir lo sostenido en dicha párrafo dado que, en segundo término, si se hubiese querido señalar que la protección del derecho del no nacido *“a que se respete su vida”* se realizaría a través de la protección de la mujer embarazada, así expresamente se hubiese dispuesto, lo que no acontece.

En tercer lugar, no se coincide con lo afirmado en la Sentencia, ya que el artículo 4.1 de la Convención, tal como está redactado, es suficiente para proteger a la mujer embarazada y, consecuentemente, al no nacido, protección que asimismo se expresa en lo prescrito en el artículo 4.5 de la Convención, atingente a la prohibición de aplicar la pena de muerte a las mujeres en estado de gravidez, en el Protocolo de San Salvador y en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, citados aquél y ésta por la propia Sentencia⁶⁰⁶, instrumentos todos de los que se desprende que la mujer embarazada es sujeto de derechos humanos y no objeto o instrumentos de los mismos.

En síntesis, se discrepa de lo dicho en el transcrito párrafo pues él conduce a estimar que el concebido o no nacido y no solo el embrión hasta antes de su implantación, no tiene, *per se*, el derecho *“a que se respete su vida”*, sino que ello dependería no solo de que se respete ese derecho de la mujer embarazada sino también que ésta quiera respetar el que le correspondería a aquél, eventualidad ésta que se aleja en

⁶⁰⁵ Párr.222.

⁶⁰⁶ *Idem*.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

demasiá de la letra y el espíritu del artículo 4.1 de la Convención y que, como es evidente, se relacionan con temas como el del régimen jurídico del aborto.

3.- Método de Interpretación evolutiva.

La Sentencia recurre también, para interpretar el mencionado artículo 4.1 de la Convención, al método interpretación evolutiva de los tratados, sobre la base de 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”* y que dicha interpretación *“es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.”*⁶⁰⁷

Y efectivamente es así. El artículo 29 de la Convención⁶⁰⁸ dispone que ninguna norma de la Convención puede ser interpretada suprimiendo, excluyendo o limitando, esto último más allá de lo por ella permitido, sea el goce de los derechos en ella o en leyes de los Estados Partes establecidos o que sea inherentes al ser humano o deriven de la forma democrática representativa de gobierno sea los efectos de la Declaración Americanas de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza. Por su parte, el artículo 31.3 de la Convención de Viena contempla la interpretación evolutiva de los tratados, centrándola en todo acuerdo o práctica ulterior de los Estados Partes del tratado pertinente acerca de la interpretación del mismo o en que conste el acuerdo entre ellos sobre el particular y en toda norma pertinente del Derecho Internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

Empero, resulta que los antecedentes que la Sentencia aporta sobre el particular no reúnen las condiciones establecidas en el artículo 29 citado, habida cuenta que, en definitiva, ellos no apuntan sino a limitar a tal punto lo prescrito en el artículo 4.1 de la Convención que lo hacen inaplicable al caso y, más aún, lo despojan de contenido o efecto útil en lo que se refiere a la frase *“y, en general, a partir de la concepción”*.

Y en lo concerniente al mencionado artículo 31.3, mientras algunos antecedentes aludidos para determinar el status del embrión son jurisprudenciales de otros sistemas normativos y, por ende, que no dicen relación con acuerdos o prácticas de los Estados Partes de la Convención ni con normas de Derecho Internacional que le sean aplicables, otros, los pertinentes a legislaciones de Estados Partes de la Convención, son, como se verá más adelante (supra ...), insuficientes y, en todo caso, ellos simplemente demuestran que en once de los veinticuatro Estados Partes de la Convención se practica la reproducción asistida, una de cuyas

⁶⁰⁷ Párr. 245.

⁶⁰⁸ Ya citado.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

técnicas es la Fertilización un Vitro; que tres de esos países prohíben aquella “*por fines diferentes de la procreación humana*”; que uno de éstos “*prohíbe la congelación de embriones para transferencia diferida de embriones*”; que otro de ellos “*prohíbe la utilización de procedimientos que apunten a una reducción embrionaria*”; que el mismo Estado establece que “*el número ideal de óvulos y preembriones a ser transferidos no puede ser superior a cuatro, para no aumentar los riesgos de multiparidad*” y prohíbe “*la comercialización del material biológico, por lo que dicha práctica implica un delito*”; y que dicho Estado y otro permiten “*la criopreservación de preembriones, espermatozoides y óvulos.*”⁶⁰⁹

De manera, en consecuencia, que no resulta consistente la conclusión a que llega la Sentencia en cuanto a que “*ello significa que, en el marco de la práctica de la mayoría de los Estados Parte en la Convención, se ha interpretado que la Convención permite la práctica de la FIV*”⁶¹⁰. Y eso porque no solo no se da esa mayoría sino también porque no consta en autos antecedente alguno que demuestre que los once Estados Partes de la Convención que permiten la reproducción asistida, lo han hecho en aplicación o consideración de lo previsto en el artículo 4.1 de la Convención.

4.- El principio de interpretación más favorable y el objeto y fin del tratado.

Finalmente, la Sentencia acude a la *regla del objeto y fin del tratado* a los efectos de demostrar que el derecho a la vida desde la concepción no es absoluto. Al respecto afirma que “*el objeto y fin del artículo 4.1 es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos.*”⁶¹¹

No se puede estar más en desacuerdo con esta apreciación ya que el objeto y fin del artículo 4.1., visto conforme al principio de buena fe, a los términos del tratado y en el contexto de éstos, no puede ser otro que efectivamente la ley proteja el derecho de “*toda persona ... a que se respete su vida y, en general, a partir de la concepción*”, vale decir, que efectivamente se proteja ese derecho de toda persona, incluido, por tanto, el del concebido o no nacido aún.

⁶⁰⁹ Párr. 255.

⁶¹⁰ Párr.256.

⁶¹¹ Párr.258.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

A este respecto, la Sentencia incurre, por otra parte, en una contradicción, a saber, que mientras antes señaló que el artículo 4.1 de la Convención no era aplicable en este caso, en esta oportunidad, empero, lo invoca para sostener que entre los derechos e intereses en conflicto debe existir *“un adecuado balance”*⁶¹². No se percibe cómo puede darse tal balance si se ha afirmado que el *“el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana”*⁶¹³, esto es, no tendría derecho *“a que se proteja su vida”*, por lo que no habría derechos que balancear, armonizar o compatibilizar.

Por último, la Sentencia, para fundamentar lo que expresa, invoca, una vez más, sentencias sea del todo ajenas a los Estados Partes de la Convención, sea de únicamente de tres de éstos, del todo, en consecuencia, insuficientes para sentar una conclusión como a la que llega.

C.- Interrogantes sin resolver.

La Sentencia expresa que, en atención a que el *“derecho absoluto a la vida del embrión”* como base para la restricción de (otros) derechos ..., no tiene sustento en la Convención Americana”, *“no es necesario un análisis en detalle de cada uno de dichos requisitos”* requeridos para que un derecho pueda ser restringido, vale decir, que las *“injerencias no sean abusivas o arbitrarias”*, que estén *“previstas en ley en sentido formal y material”*, que persigan *“un fin legítimo”* y que cumplan *“con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad”*.⁶¹⁴

Sin embargo, procede, pese a todo, a ese análisis, para *“exponer la forma en que el sacrificio de los derechos involucrados en el presente caso fue desmedido en relación con las ventajas que se aludían con la protección del embrión”*⁶¹⁵ y con ello incurre, como se expresó, en una contradicción, habida cuenta que confronta ese sacrificio, no con la aplicación de de un derecho, que en este caso y según la Sentencia, se

⁶¹² Párr.260.

⁶¹³ Art. 264.

⁶¹⁴ Párr.273.

⁶¹⁵ Párr.273.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

reitera, no se aplica y que, de haberlo sido, implicaría una armonización entre los derechos en juego, sino con la prohibición de emplear la técnica de la Fertilización in Vitro.

Obviamente, en tal comparación el resultado no puede ser otro que el que indica la Sentencia⁶¹⁶ y ello, en mérito de que, se reitera, no confrontan dos derechos sino algunos con una técnica.

Pero, aún en ese caso y respecto a la referida técnica, la Sentencia no puede desprender de los antecedentes sino conclusiones muy parciales. Efectivamente, ya se ha indicado que no es en la mayoría de los Estados Partes de la Convención, sino únicamente en once de los veinticuatro, donde se practica la reproducción asistida, una de cuyas técnicas es la Fertilización in Vitro y que algunos de ellos se prohíben ciertos procedimientos vinculados a aquella.

Pues bien, lo que se colige de esos datos, no es “*que la Convención permite la práctica de la FIV*”⁶¹⁷, sino que la mayoría de los Estados Partes de aquella no han expresado nada al respecto, probablemente en mérito de que han entendido que tal técnica no ha sido, *per se*, regulada por el Derecho Internacional y, por lo mismo y dado, además, que la Sentencia desvincula lo dispuesto en el artículo 4.1 de la Convención de la situación del embrión, al menos hasta el momento de su implantación en el útero de la mujer, ella formaría parte de su jurisdicción interna, doméstica o exclusiva⁶¹⁸.

No de otra manera se explica que algunos Estados Partes de la Convención prohíban ciertas técnicas de la Fecundación Asistida muy similares a las que la Sala Constitucional de la Corte Suprema del Estado tuvo en consideración al dictar su Resolución que ha dado origen a esta causa, no obstante que, eventualmente, podrían ser percibidas como atentatorias a algunos de los derechos por los que la Sentencia declara que el Estado ha violado la Convención.

⁶¹⁶ Párrs.277 y ss.

⁶¹⁷ Párr.256.

⁶¹⁸ Concepto desarrollado por la Corte Permanente de Justicia Internacional en su opinión consultiva sobre los *Decretos de Nacionalidad promulgados en Túnez y Marruecos* (7 de febrero de 1923), en la que sostuvo que el término de jurisdicción doméstica indicaba las materias que aun y cuando pudiendo tocar muy de cerca intereses de más de un sólo Estado, no eran en principio reglamentadas por el derecho internacional, es decir, las materias en las cuales cada Estado es único soberano de sus decisiones.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

Efectivamente, los referidos reparos que la mencionada Sala hizo al Decreto que declaró inconstitucional y contrario al artículo 4.1 de la Convención en definitiva fueron que el *embrión* “no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación, y lo que es fundamental para la Sala, no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte”⁶¹⁹, razones también esbozadas por tres de los Estados Partes de la Convención al prohibir la Fecundación Asistida “por fines diferentes de la procreación humana”, por uno de ellos al hacerlo respecto de “la comercialización del material biológico” y por otro de ellos al decretarlo en cuanto a “la congelación de embriones para transferencia diferida de embriones”, mientras uno de los Estados aludidos y un tercer Estado permiten “la criopreservación de preembriones, espermatozoides y óvulos”.⁶²⁰

Finalmente es oportuno llamar la atención acerca del hecho de que, quizá precisamente porque sustrae el caso del artículo 4.1 de la Convención, la Sentencia no hace mención alguna, en su parte declarativa de sus puntos resolutivos, acerca de dicha disposición. No manifiesta, como lo ha hecho en otros casos, que no procede pronunciarse sobre el particular o que el Estado es responsable o que, por el contrario, no es responsable por la violación de la misma. Sencillamente no dice nada al respecto, no obstante que, como se señaló, uno de los representantes expresamente alegó la violación del citado artículo 4.1 de la Convención.

CONSIDERACIONES FINALES.

Al dar las razones, como se ha hecho precedentemente, por las que no se comparte la Sentencia, se procura al mismo tiempo poner de relieve la importancia que tiene un asunto como el de autos, en donde está en juego nada menos lo que se entiende por “derecho a la vida” y cuando esta última comienza.

En rigor, en ello se ponen en juego no solo concepciones jurídicas, sino también filosóficas, morales, éticas, religiosas, ideológicas, científicas y de otros órdenes, todas las cuales muy legítimamente concurren, en tanto fuentes materiales del Derecho Internacional, a la formación de la correspondiente norma jurídica, la que, empero, luego solo tiene que ser interpretada acorde a las fuentes formales del Derecho Internacional.

⁶¹⁹ Párr. 76.

⁶²⁰ Párr. 255.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”

Y en el ejercicio de esa función interpretativa, indudablemente que la Corte tiene limitaciones. Ya otros tribunales han resaltado la dificultad de la tarea y aún la improcedencia de que tenga que ser un órgano jurisdiccional el que resuelva algo más propio, aunque no exclusivo, de la ciencia médica y respecto del cual, incluso en ese ámbito, aún no se logra un consenso⁶²¹.

Ahora bien, pese a esas dificultades y en cumplimiento de su mandato, la Corte ha debido dirimir la controversia planteada. Ello, sin embargo, no exime en lo más absoluto a los Estados de cumplir, su turno, el suyo, cual es, en la especie, ejercer la función normativa que les corresponde en este caso, regulándolo conforme lo consideren. De no hacerlo, se corre el serio riesgo, como en alguna medida acontece en autos, no solo de que la Corte incursione en temas de esta naturaleza, los que, por lo mismo, reclaman un pronunciamiento más político, sino también que se vea obligada a asumir dicha función normativa, desnaturalizando su función jurisdiccional y afectando así el funcionamiento de todo el sistema interamericano de derechos humanos.

Eduardo Vio Grossi

Juez

Pablo Saavedra Alessandri

Secretario

⁶²¹ Párr.185 y nota 283.



UNIVERSITY OF PERUGIA
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW
“The Effectiveness of Rights in the Light of European Court of Human Rights
Case Law”