

**REFLEXIONES EN TORNO A LA SENTENCIA DE LA
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS
HUMANOS SOBRE LA FERTILIZACIÓN IN VITRO EN
COSTA RICA. ¿AVANCE DE LOS DERECHOS DE LAS
MUJERES EN LA REGIÓN?**

Marina Casas Varez y Gabriela Cabezas

CDH-WP 3 | 2016



DISEÑO, DIAGRAMACIÓN Y EDICIÓN:

Centro de Derechos Humanos
Facultad de Derecho – Universidad de Chile
Pío Nono 1, Providencia
Santiago de Chile
Teléfono (56) 229785271
www.cdh.uchile.cl

ISSN: 0719-8272
Diciembre 2016

Reflexiones en torno a la sentencia de la corte interamericana de derechos humanos sobre la fertilización *in vitro* en Costa Rica. ¿Avance de los derechos de las mujeres en la región?

© Marina Casas Varez y Gabriela Cabezas



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

CDH –Working papers 3|2016
<http://www.cdh.uchile.cl/publicaciones/CDH-Working-papers>

SUMARIO

Resumen	4
Glosario	5
1. Tensiones en relación a los derechos sexuales y reproductivos en Costa Rica a raíz de la sentencia sobre la fertilización <i>in vitro</i> (FIV)	5
1.1. La FIV como alternativa a una reproducción natural efectiva	5
1.2. Evolución del caso FIV en Costa Rica: un convulso proceso	7
2. Principales hitos e implicancias derivadas de la sentencia de la Corte interamericana de derechos humanos sobre el caso Artavia Murillo y otros vs Costa Rica	11
2. 1. El debido cumplimiento de la sentencia por parte de Costa Rica: la confesionalidad del Estado en jaque	12
2.2. Los alcances del derecho a la vida y la progresiva protección del <i>nasciturus</i> a través del artículo 4 de la CADH	13
2.3. Los derechos a la autodeterminación sexual, autonomía reproductiva y a fundar una familia en sentido amplio	16
3. Consideraciones finales	18
Bibliografía	20

REFLEXIONES EN TORNO A LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LA FERTILIZACIÓN *IN VITRO* EN COSTA RICA: ¿AVANCE DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES EN LA REGIÓN?

Marina Casas Varez y Gabriela Cabezas*

RESUMEN

El presente documento pretende aportar algunos comentarios a raíz del análisis de la sentencia Artavia Murillo y otros vs Costa Rica emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) que obliga al Estado costarricense a levantar, de debida diligencia, la prohibición de aplicar la tecnología de fecundación *in vitro* en el país. Esta decisión ayuda, con la interpretación bioeticista que hace la CorteIDH del derecho a la vida y la gradual protección de esta última en relación a la mujer embarazada, a despejar las dudas sobre lo relativo al estatuto jurídico del embrión como persona y abre la puerta al enjuiciamiento de las severas leyes restrictivas del aborto en el continente americano. Lo anterior permite una mayor consolidación del concepto jurídico de Derechos Sexuales y Reproductivos en Latinoamérica desde una perspectiva feminista como contrapeso a la regulación normativa del sexo y de la sexualidad por discursos y prácticas sociales tendientes a instrumentalizar los cuerpos, la sexualidad y la reproducción femenina, despojando a las mujeres de su autonomía y ciudadanía sexual y reproductiva.

Derechos sexuales y reproductivos • derechos de las mujeres • fertilización *in vitro* • Corte Interamericana de Derechos Humanos • caso Artavia vs Costa Rica

* Paper elaborado por Marina Casas Varez y Gabriela Cabezas. Revisado, complementado y actualizado por Laura Dragnic, Irune Martínez y María Gabriela Jáuregui, las primeras estudiantes de 5to año y la última egresada de Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho Universidad de Chile, todas ayudantes del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, año 2016. Marina Casas Vázquez es Licenciada en Ciencias Políticas y de la Administración por la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona (2011) y Magíster en Estudios Internacionales, Organizaciones y Cooperación Internacional por la Universidad de Barcelona (2013). Consultora en género y Derechos Humanos de las mujeres. En el año 2014 fue investigadora del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Gabriela Cabezas es egresada de Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho Universidad de Chile, fue ayudante del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile en el año 2014.

INTRODUCCIÓN

La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) sobre el caso *Artavia Murillo y otros “fecundación in vitro” vs Costa Rica*¹ muestra cómo el tribunal interamericano ha profundizado su jurisprudencia sobre la especial vulnerabilidad resultante de la discriminación cruzada o yuxtapuesta; precisando y desarrollando estándares en materia de derechos sexuales y reproductivos (DSyR). El presente trabajo se ocupa de analizar dichos estándares y observar en qué medida suponen un avance para los derechos humanos de las mujeres y contribuyen a construir un corpus jurídico para conceptualizar los DSyR.

En la primera parte me encargaré de exponer los antecedentes y de problematizar el caso, así como profundizar en los aspectos técnicos de la FIV.

En una segunda instancia, me ocuparé de exponer las implicancias sobre los derechos de las mujeres a propósito de las cuestiones jurídicas planteadas en la decisión y los alcances del fallo en tres esferas: (i) el debido cumplimiento de la sentencia por parte de Costa Rica: la confesionalidad del Estado en jaque; (ii) los alcances del derecho a la vida y la progresiva protección del nasciturus; y (iii) los derechos a la autodeterminación y libertad sexual, autonomía reproductiva y a fundar una familia en un sentido amplio.

Finalmente, culminaré con la reflexión de cómo la anterior interpretación del fallo suma a la construcción de una noción de ciudadanía plena para las mujeres reflejada ya en numerosos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos y debilita el potente sustrato cultural de la ideología de la maternidad naturalizada que confina a las mujeres al ostracismo de la esfera privada y coloca el concepto de Derechos Sexuales y Reproductivos en una situación de precariedad.

1. TENSIONES EN RELACIÓN A LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS EN COSTA RICA A RAÍZ DE LA SENTENCIA SOBRE LA FERTILIZACIÓN IN VITRO (FIV)

Si bien la sexualidad y la reproducción han formado parte de las agendas feministas y de organizaciones de mujeres de la sociedad civil, sigue existiendo una distancia en cuanto al conocimiento técnico de los métodos de reproducción asistida quedando el conocimiento a personal experto.² Dado que este conocimiento pertenece mayormente a los profesionales de la salud y las decisiones de estos impactan directamente en los cuerpos de las mujeres, es dable reseñar de manera somera en qué consiste la FIV.

1.1. LA FIV COMO ALTERNATIVA A UNA REPRODUCCIÓN NATURAL EFECTIVA

La fertilización in vitro generalmente es una técnica al servicio de parejas heterosexuales, las cuales, en el caso de Costa Rica, presentan problemas avanzados de infertilidad³. Se usa

¹ Corte IDH. Caso *Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs Costa Rica*, sentencia de 28 de noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C No. 257.

² CLADEM, Análisis, ob. cit., p. 8.

³ Según las recomendaciones contenidas en el “*informe de la comisión de investigación sobre fecundación y embriología humana*”, (Londres, julio 1984), se pide que la inseminación artificial con donante se dé siguiendo

como último recurso por ser la técnica particularmente agresiva para el cuerpo de las mujeres a causa de los tratamientos hormonales que deben usarse para la estimulación ovárica⁴. Sin embargo, esta tecnología es exclusiva en casos en los que una de las trompas de Falopio se encuentra obstruida, por lo que las otras técnicas de reproducción asistida que se realizan dentro de la matriz uterina (cuando la infertilidad recae en la pareja de sexo masculino o cuando la causa de infertilidad es desconocida) resultan en vano⁵.

La FIV se basa en la vitrificación o congelación de los embriones (óvulos fecundados) supernumerarios, esto es, cuando se fertilizan los óvulos fuera del cuerpo de las mujeres, varios son trasplantados al útero en calidad de embriones y otros quedan congelados; de tal manera que si los primeros intentos no funcionan, se cuenta con una reserva de embriones fecundados para ser usados posteriormente (supernumerarios)⁶. En palabras de la Corte IDH, se trata de “un procedimiento en el cual los óvulos de una mujer son removidos de sus ovarios, ellos son entonces fertilizados con espermatozoides en un procedimiento de laboratorio, una vez concluido esto, el óvulo fertilizado (embrión) es devuelto al útero de la mujer”⁷.

Más al detalle, existen dos tipos de fertilización in vitro: una primera opción resulta en la transferencia de óvulos frescos fecundados mediante aspiración de gametos femeninos (óvulos). Este procedimiento requiere un monitoreo cuidadoso del ciclo de inducción en el cual la mujer recibe las drogas de fertilidad y un procedimiento quirúrgico para aspirar los óvulos (laparoscopia).

Una vez obtenidos los óvulos, éstos son depositados en una probeta con una solución similar a la que se encuentra en las trompas de Falopio y se procede a agregar el espermatozoides. El óvulo fertilizado puede examinarse durante dos días, mientras se divide celularmente, para después introducirlo por la vagina en el útero y, sólo cuando el embrión se implanta en la pared uterina, se dictamina médicamente que hay embarazo. De esta manera, dicha tecnología logra superar un caso de bloqueo de las trompas de Falopio cuando se obstaculiza la llegada del espermatozoides al óvulo⁸.

La segunda opción consiste en la transferencia de óvulos fecundados congelados. En este caso la técnica anterior se complementa con otro procedimiento: el congelamiento

una adecuada organización y con la debida autorización y que estará disponible a aquellas parejas infértiles para las que pueda estar indicada. La prestación del servicio sin indicaciones es ilegal.

⁴ Entrevista Dra. Delia Rivas Valdés, Especialista en Ginecología y Obstetricia, Fellow American College of Obstetrics and Gynecology-Miembro European Society of Human Reproductive and Embriology (ESHRE)-Miembro American Society for Reproductive Medicine (ASRM), julio 2014, San José, Costa Rica.

⁵ *Ibidem*.

⁶ “Los embriones se congelan un máximo de 10 años y solo se inseminan dos ya que hay riesgo de que se conciban embarazos de quintillizos.” Entrevista a Alejandro A. Marín Mora, coordinador de la subárea de bioética clínica y en gestión, área de bioética centro de desarrollo estratégico de información en salud y seguridad social, CENDEISS-CCSS, julio 2014.

⁷ Corte IDH, caso *Artavia Murillo*, p. 27.

⁸ IIDH, UNFPA y ASDI, Reproducción Asistida, género y Derechos Humanos en América Latina. La fertilización *in vitro*, San José de Costa Rica, 2004, p. 42.

(criopreservación⁹ o vitrificación) de embriones no transferidos. Esta técnica permite preservar los embriones, que son fácilmente recuperables para volver a intentar otro embarazo, y permite proteger la salud de la mujer al no someterla a agresivos tratamientos hormonales y procedimientos invasivos evitables¹⁰.

La FIV es, por lo tanto, un medio efectivo que permite a muchas parejas que presentan discapacidad reproductiva, a mujeres solas o a lesbianas, poder concebir de manera artificial y poder así formar una familia.

La preocupación principal de los grupos opositores a la aplicación de la técnica (los llamados “Provida”) es qué ocurre con los embriones desechables en cada uno de los intentos de implantación; considerando que dichas células constituyen una persona no nacida. Una de las preguntas jurídicas sobre las que se pronuncia la Corte IDH es, precisamente, si los embriones son personas, resolviendo el conflicto dictaminando que el embrión no se considera persona en su proceso de fecundación sino que solo puede hablarse de cierta sujeción de derechos inherentes al ser concebido (proceso de anidamiento)¹¹. Sin perjuicio de lo anterior, la protección del embrión no es absoluta sino gradual y progresiva, ya que su vida se protege a través de la salvaguarda del cuerpo de la mujer embarazada que lo mantiene vivo.

1.2. EVOLUCIÓN DEL CASO FIV EN COSTA RICA: UN CONVULSO PROCESO

El 3 de febrero de 1995, el ejecutivo costarricense (Ministerio de Salud) emitió el Decreto Ejecutivo N° 24029-S, autorizando la práctica de la FIV y la transferencia de embriones para parejas conyugales, regulando su ejecución de forma restrictiva¹². En su artículo 1º, el Decreto Ejecutivo regulaba técnicas de reproducción asistida entre cónyuges y establecía reglas para su realización. La FIV fue practicada en Costa Rica entre 1995 y 2000 y en ese lapso nacieron 15 costarricenses¹³.

El 15 de marzo de 2000 (año marcado por el silencio sobre el tema), la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica emitió una sentencia mediante la cual se declaró inconstitucional el Decreto Ejecutivo N° 24029-S¹⁴, en el cual se regulaba la técnica de FIV

⁹ Esta técnica es rechazada por los y las integrantes de ciertos grupos religiosos de carácter fundamentalista, ya que conciben que la pérdida embrionaria puede suponer la pérdida de una vida humana.

¹⁰ *Ibídem*, p. 43.

¹¹ CLADEM, *Análisis...*, ob. cit., p. 11.

¹² “La normativa significaba que todos los óvulos fecundados no podrían ser más de seis por ciclo y todos ellos transferidos a la mujer que se somete a la técnica”. Casas Becerra, L. “Los desafíos para Chile de la decisión Artavia y Murillo contra Costa Rica de la Corte IDH (Caso fertilización *in vitro*): algunos comentarios”, *Anuario de Derecho Público*, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2013, p. 399.

¹³ CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, *Boletín de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 3/2012, Caso N° 257 Artavia Murillo y otros (fecundación *in vitro*) vs. Costa Rica, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p. 6.

¹⁴ La Sala Constitucional determinó que las prácticas de FIV “atentan claramente contra la vida y la dignidad del ser humano”, por cuanto: 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 una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento

en el país, esgrimiendo que atentaba contra el derecho constitucional (art 21) a la vida, contra el artículo 4.1 de la CADH y contra el artículo 6.1 de la Convención de Derechos del Niño. Esta sentencia implicó que se prohibiera la FIV en Costa Rica y, en particular, generó que algunas de las víctimas del presente caso debieran interrumpir el tratamiento médico que habían iniciado¹⁵, y que otras tuvieran que viajar a otros países, tales como Colombia, Panamá o incluso hasta España, para poder acceder a la FIV¹⁶. Huelga señalar que la FIV, cuando estaba permitida, no se ofrecía a través de los servicios de salud pública¹⁷ y el hecho de que las personas que deseaban o necesitaban someterse a la técnica debieran migrar a otros países incurría todavía más en exacerbar una situación de desigualdad en función de los recursos disponibles de las personas o familias demandantes de someterse a la fertilización in vitro, además de vivir, éstas últimas, con la percepción de sentirse personas excluidas en su propio país para poder formar, de manera informada y voluntaria, una familia a través de los avances médicos y científicos.

El 30 de mayo de 2008, una de las víctimas interpuso una acción de inconstitucionalidad contra la sentencia de la Segunda Sala Constitucional, la cual fue rechazada de plano.¹⁸ En el año 2010 el tema volvió a salir a la luz. Por considerar que se violentaron sus derechos, diez parejas presentaron una demanda contra el Estado costarricense ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). La CIDH consideró que la prohibición de la FIV violenta los DDHH y supone una intromisión grosera en el cuerpo de las mujeres. Además, en mi opinión, supone también una forma de ejercer violencia sobre estas

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”. Corte Suprema de Justicia, Acción constitucional 2000-02306, sentencia de fecha 15 de marzo de 2000, voto número 2306-2000. Expediente 95-001734-0007-CO, SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las quince horas con veintiuno minutos del quince de marzo del dos mil.- Acción de inconstitucionalidad promovida por Hermes Navarro Del Valle, portador de la cédula de identidad 1-618-937 contra el Decreto Ejecutivo Nº 24029-S, publicado en *La Gaceta* Nº 45 del 3 de marzo de 1995.

¹⁵ Entre los diferentes estragos que causó la prohibición destaca el caso de una pareja en la que la persona de sexo masculino sufría doble discapacidad, física y reproductiva. La pareja terminó su relación fruto de la frustración a raíz de los numerosos obstáculos para seguir aplicando la técnica. Exposición Delia Rivas Valdés, Especialista en Ginecología y Obstetricia, Fellow American College of Obstetrics and Gynecology-Miembro European Society of Human Reproductive and Embriology (ESHRE)-Miembra American Society for Reproductive Medicine en II Congreso sobre *Género, Feminismos y Diversidades* (GEFEDI II), 2 y 3 de junio, San José de Costa Rica.

¹⁶ Entrevista a Dr. Alejandro A. Marín Mora, Coordinador, Subárea de Bioética Clínica y en Gestión, Área de Bioética Centro de Desarrollo Estratégico de Información en Salud y Seguridad Social CENDEISSS-CCSS, julio 2014.

¹⁷ Es importante apuntar que la prohibición rige sobre el régimen de salud privado, pues el público no dispone de las máquinas para aplicar la técnica y, por ende, no proveía el servicio en el país. “La Caja Costarricense de Seguro Social, es la institución pública encargada de la seguridad social en la República de Costa Rica. Este servicio estatal no disponía de los útiles necesarios para efectuar la técnica, teniendo que acudir los y las potenciales beneficiarios/as al servicio privado”. Entrevista a Dra. Delia Rivas Valdés, especialista en ginecología y obstetricia, Fellow American College of Obstetrics and Gynecology, miembro de la European Society of Human Reproductive and Embriology (ESHRE) y de la American Society for Reproductive Medicine (ASRM), julio 2014, San José de Costa Rica.

¹⁸ CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, ob. cit., p. 6.

últimas¹⁹. En este sentido, instó al Estado levantar la prohibición y reparar material y moralmente a las víctimas, entre otras recomendaciones²⁰.

Si bien las recomendaciones de la CIDH no poseen el carácter jurisdiccional y de acatamiento obligatorio como las sentencias de la CorteIDH, constituyen la decisión de un órgano del sistema regional de protección de los DDHH y se enmarcan en la integralidad de las obligaciones asumidas por los Estados Parte de la CADH.

En este sentido, las recomendaciones, opiniones consultivas y observaciones a los Estados, llenan de contenido la interpretación de las convenciones, no ciñéndose a la realidad sino dando cuenta de la realidad²¹.

Así las cosas, el Poder Ejecutivo envió a la Asamblea Legislativa un proyecto de ley²² para regular la técnica, el cual no fue avalado por las y los diputadas/os. Al ser consultada, la Defensoría consideró que dicho proyecto incumplía las recomendaciones del CIDH ya que la técnica contemplada violentaba los derechos de las mujeres, no garantizaba el acceso universal a través de los servicios públicos y privados y no era una técnica viable (no permitía ni la donación de gametos, ni su preconservación y vitrificación), y, por lo tanto, emitió un criterio negativo y recomendó la elaboración de un texto sustitutivo²³.

En razón de que la prohibición se mantuvo y no se cumplieron las recomendaciones de la CIDH, éste órgano presentó la demanda contra el Estado costarricense a favor de las parejas demandantes ante la Corte IDH.

¹⁹ La Plataforma de Acción de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995) incluyó a la violencia contra la mujer entre las doce esferas de especial preocupación. En los debates de dicha conferencia se mencionaron diversas formas de agresión sexual que no se habían mencionado específicamente en la Declaración: la violación sistemática y los embarazos forzados durante los conflictos armados, la esclavitud sexual, la esterilización forzada y el aborto forzado, el infanticidio de niñas y la determinación prenatal del sexo. (Naciones Unidas, Consejo Económico y Social. «Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género: la violencia contra la mujer». Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y sus consecuencias, Yakin Ertürk. Comisión de Derechos Humanos 60° período de sesiones. E/CN.4/2004/66, 26 de diciembre de 2003, p. 9.) Sin embargo, es importante destacar cómo, desde los discursos normativos médicos y jurídicos, se ejerce asimismo y aunque de manera menos visible, violencia de género en el ámbito de los derechos sexuales y reproductivos. El caso expuesto muestra como los cuerpos de las mujeres son considerados por los poderes de la república como meros continentes de vida, encasillando a la mujer en el abnegado rol de la procreación.

²⁰ “1. Levantar la prohibición de la fecundación in vitro en el país por medio de los procedimientos legales correspondientes; 2. Que la normativa sea compatible con las regulaciones establecidas en los artículos recién citados de la Convención Americana; 3. Que las personas o parejas que lo requieran puedan acceder a las técnicas de fecundación in vitro; y 4. Reparar material y moralmente de forma integral a las víctimas del caso, incluyendo medidas de satisfacción por los daños ocasionados”. CIDH, Caso Gretel Artavia Murillo y otros “Fecundación in vitro” vs. Costa Rica, Fondo, informe de 29 de julio de 2011, p.3.

²¹ CASAS BECERRA, L. “Los desafíos...”, ob. cit., p. 415.

²² Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, proyecto de ley sobre fecundación in vitro y transferencia embrionaria, Expediente N° 179000. Este proyecto fue el primero de una larga seguidilla de propuestas de ambos lados del pensamiento binario bioético en cuanto a la restitución de la aplicación de la técnica.

²³ Defensoría de los Habitantes, Costa Rica, “Evolución del caso “Fertilización in Vitro” en Costa Rica, material divulgativo “Evolución caso FIV en Costa Rica”. San José, Costa Rica, 2012.

La Corte IDH, el 28 de noviembre del 2012, resolvió que Costa Rica es responsable por la vulneración de los artículos 5.1²⁴, 7²⁵, 11.2²⁶ y 17.2²⁷, en relación con el artículo 1.1²⁸ de la CADH, en perjuicio de las víctimas del presente caso.

A pesar de contar actualmente Costa Rica con una administración sensible a obedecer la sentencia en su manera más amplia y a apegarse al derecho internacional, hasta febrero del año 2016 no se había acatado la decisión de la Corte IDH, es decir, transcurrieron más de tres años sin que se cumpliera con la sentencia. Durante este periodo, se presentaron tres proyectos de ley en relación con la técnica FIV los que en la Asamblea Legislativa, fueron objeto de acaloradas discusiones, en lo concerniente a las aristas que supone la plena observancia del fallo, redundando en una pugna representada por de dos irreconciliables posiciones: provida y prochoise²⁹. Los primeros, reaccionaron a la presión de las sesiones extraordinarias con propuestas de proyectos de ley restrictivos (excluyendo

²⁴ Artículo 5 (Derecho a la Integridad personal) “1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”.

²⁵ Artículo 7 (Derecho a la libertad personas) “1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. 4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notifica demora, del cargo o cargos formulados contra ella. 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá d puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. 6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona. 7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios”.

²⁶ Artículo 11 (Protección de la honra y de la dignidad) “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”.

²⁷ Artículo 17 (Protección a la familia) “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”.

²⁸ Artículo 1 (Obligación de respetar derechos) “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. De otra condición social interpreta la inclusión de las personas sexualmente diversas”.

²⁹ El anglicismo ha sido acuñado más bien para nombrar a los colectivos proaborto en el debate alrededor de este tema. No obstante, cabe mencionarlo aquí por la correlación que tiene, a mi parecer, la justificación del acceso a la FIV, recogida en la sentencia de la Corte, con la despenalización del aborto en la región latinoamericana.

del acceso a la técnica a las mujeres solteras o divorciadas) en relación a los dictámenes de la sentencia³⁰.

Ante los obstáculos en el trámite legislativo de los referidos proyectos, el Estado anunció durante la audiencia pública de supervisión de cumplimiento de septiembre de 2015, que el Poder Ejecutivo optó por elaborar un proyecto de decreto ejecutivo que autorizara la FIV y regulara su implementación. Este decreto, estuvo vigente únicamente del 11 de septiembre al 7 de octubre de 2015, ya que la Sala Constitucional suspendió su vigencia y, posteriormente, lo anuló por considerar que era inconstitucional al vulnerar el principio de reserva de ley.³¹

El 26 de febrero del año 2016, la CorteIDH, emite una resolución de supervisión de cumplimiento de la sentencia emitida el 28 de noviembre de 2012, en dicha resolución consta que ha esa fecha, la legislación de Costa Rica, mantiene en la práctica la prohibición de la FIV. Ante la decisión de la Sala Constitucional, la CorteIDH señaló “A pesar de ser un órgano directamente vinculado con la obligación de dejar sin efecto la prohibición que estableció en el 2000 (supra Considerando 12), la Sala Constitucional emitió una sentencia que representa un obstáculo para el cumplimiento de lo dispuesto en el punto dispositivo segundo de la Sentencia, ya que mantiene a Costa Rica en la misma situación jurídica que causó la violación a los derechos humanos declarada en el 2012 en el presente caso, al permitir, mediante una decisión judicial, que permanezcan los efectos de la prohibición de la FIV en ese país. Con ello se prolonga el incumplimiento de la Sentencia y se continúa impidiendo el ejercicio del derecho a decidir si tener hijos biológicos a través del acceso a la FIV, perjudicando a todas aquellas personas que desean y necesitan (al ser su única opción) tener acceso a esta técnica de reproducción asistida.”³²

Entre los puntos de mayor relevancia de la sentencia emitida el 2012, a analizar a continuación, consta la obligación del Estado costarricense de cumplir con la sentencia, de debida diligencia y de progresividad y no regresividad de los derechos humanos.

2. PRINCIPALES HITOS E IMPLICANCIAS DERIVADAS DE LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS SOBRE EL CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS VS. COSTA RICA

La CorteIDH es la instancia más relevante del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en donde la hermenéutica jurídica se convierte en aplicación inminente de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), cuyas sentencias son de obligado cumplimiento para los Estados miembros y cuyos fallos se convierten en jurisprudencia interamericana³³.

³⁰ CRHoy, 2 abril 2015

³¹ Ampliamente: Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De 26 de febrero de 2016. Caso Artavia Murillo Y Otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica Supervisión De Cumplimiento De Sentencia

³² *Ibidem* p 12

³³ CLADEM, *Análisis...*, ob. cit., p. 2.

2.1.- EL DEBIDO CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA POR PARTE DE COSTA RICA: LA CONFESIONALIDAD DEL ESTADO EN JAQUE

La sentencia Artavia, Murillo y otros “Fecundación in vitro” vs. Costa Rica, ha supuesto numerosas objeciones hacia la CorteIDH³⁴ en aras de justificar su incumplimiento. Una de las críticas que ha recibido este organismo a raíz de su sentencia se refiere a que ella habría parcializado la decisión en función de creencias “pro aborto” de los jueces que la integran.³⁵ Siguiendo este argumento, los detractores de la decisión han defendido la doctrina del margen de apreciación³⁶ y consensos regionales³⁷ que la CorteIDH debe otorgar a los Estados sobre temas controversiales y, por ende, “valóricos” susceptibles de ser objeto de disenso en el seno las sociedades modernas.

Ante esto, la CorteIDH ha respondido que sólo a ella le corresponde interpretar la CADH. Según lo dispuesto en esta última, la decisión arroja que violar una obligación internacional que haya producido un daño –como bien se demuestra en Artavia-, comporta el deber de repararlo y tomar las medidas para que esa violación no ocurra nuevamente. Este hecho no menoscaba la soberanía de los Estados, ya que se trata más bien de una responsabilidad asumida cuando decide formar parte del Sistema Interamericano.

Visto lo anterior, se puede afirmar que la sentencia contiene importantes aspectos que contribuyen al ejercicio pleno de los derechos humanos, en este caso de los DSyR de las y los habitantes y, por ello, es jurisprudencia que se impone, con rango superior, sobre la normativa y jurisprudencia nacional³⁸.

Asimismo, constituye un estricto cumplimiento de los principios del Estado laico y del desarrollo de la laicidad. Así, contrapone el poder confesional y el de otros grupos que

³⁴ Como también lo fue en el caso Atala Riffo y niñas vs Chile, donde la CorteIDH falló a favor de una jueza chilena lesbiana a quién le habían retirado sus niñas por su orientación sexual e identidad de género. Véase Corte IDH, Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, sentencia de 24 de febrero de 2012 (fondo, reparaciones y costas). Serie C No. 239.

³⁵ CASAS BECERRA, L. “Los desafíos...”, ob. cit., p. 400.

³⁶ “Esta teoría es mayormente acogida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en virtud de la cual los Estados Parte de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) pueden definir, los límites y restricciones de los derechos contenidos en el tratado, siempre sujeto a la revisión internacional. Se trata de una doctrina que articula la deferencia internacional del TEDH respecto de las decisiones internas de los Estados en la resolución de los conflictos inherentes entre derechos individuales e intereses nacionales o entre distintas convicciones morales.” CHÍA, E. A. y CONTRERAS, P., “Análisis de la Sentencia Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) vs Costa Rica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Estudios Constitucionales*, año 12, n° 1, 2014, p. 568.

³⁷ Siguiendo este patrón, en distintos Estados de Europa, mayormente en las democracias más débiles, la injusticia estructural se ha mantenido por falta de acuerdo en el orden interno y se ha redundado en un atraso en la protección internacional de los Derechos Humanos. Muchos de estos casos versan sobre temas que convocan y enfrentan diferentes sectores de la sociedad como son el aborto o la adopción de las parejas del mismo sexo y obligan al TEDH a pronunciarse de manera cautelosa dado el margen de apreciación. Ver caso *ABC vs Irlanda*. Sentencia del TEDH de fecha 16 de diciembre de 2010, Application no. 25579/05, STRASBOURG. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-102332>

³⁸ Defensoría de los Habitantes y Fondo de Población de las Naciones Unidas, Costa Rica. La fecundación in vitro: los puntos de mayor relevancia de la sentencia. San José de Costa Rica, 2012.

manipulan las decisiones propias del Estado y del interés general³⁹, con la necesidad de recortar la intromisión y la presencia de la iglesia católica en el aparato y las decisiones estatales. Esta corriente religiosa ha constituido tradicionalmente uno de los mayores escollos para el avance y cumplimiento de los derechos humanos de las mujeres a nivel global y, por ende, este fallo constituye, a todas luces, un triunfo en este sentido.

Del mismo modo que la Corte IDH recuerda la necesidad de contar con instrumentos supraestatales que velen por el cumplimiento de los derechos humanos, cuya interpretación debe ser acorde con la fuerza de los hechos sociales, también responde a cuestiones relativas a debates constitucionales de importante vigencia en el continente americano, tales como la necesaria regulación del aborto para salvaguardar la autonomía física, mental y de toma de decisiones de las mujeres.

2.2. LOS ALCANCES DEL DERECHO A LA VIDA Y LA PROGRESIVA PROTECCIÓN DEL NASCITURUS A TRAVÉS DEL ARTÍCULO 4.1 DE LA CADH

Como elemento novedoso y revelador, la Corte IDH se adentra en el pantanoso terreno de resolver dilemas bioéticos⁴⁰⁻⁴¹, dictaminando así cómo debe interpretarse el término “concepción”. Sobre la base de la prueba científica, la Corte concuerda en diferenciar dos

³⁹ CLADEM, *Análisis...*, ob. cit., p. 17.

⁴⁰ Desde un punto de vista sociológico, entendemos la bioética como una nueva área de saber que conecta el conocimiento biológico con el conocimiento humano, estando intrincados los valores morales. *Bio* se refiere a los organismos vivos y *ética* al sistema de valores humanos. W.R. Potter, NEZHMETDINOVA, Farida. “*Bioethics and advanced reproductive technologies: gender discrimination or revenge matriarchy*”. UNESCO Scientific Conference, “Gender and bioethics”, Kazán, 21-22 de noviembre de 2011.

⁴¹ Especialmente para el ámbito médico-científico, los principios fundamentales acordados de la bioética son: i) el principio de autonomía (situación en la que una persona se da a sí misma las normas, éstas no vienen desde fuera, clave para la aplicación del principio del consentimiento informado), ii) el principio de beneficencia (hacer el bien a los demás, en medicina buscar el bien a las personas mediante intervenciones positivas), iii) el principio de no maleficencia (ante todo no hacer daño, siguiendo preceptos morales de lo comúnmente considerado “bueno o malo”) y iv) el principio de justicia (equidad e imparcialidad, sistema universal de salud pública). MARLASCA, A. Introducción a la bioética, Heredia, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad Nacional, Costa Rica, 2001, p.5.

Estos principios se encuentran totalmente alineados con los avances doctrinales relativos a los DSyR. Sin embargo, lo anterior no es óbice de tensión, pues resulta difícil problematizar el concepto de derechos sexuales y reproductivos desde la bioética dado que esta disciplina ha sido “secuestrada” por tendencias religiosas, creándose dos bioéticas, la progresista y la conservadora. A mi parecer, la incipiente bioética feminista puede servir de contrapeso para sumar en el lado de la bioética de los derechos humanos. En este sentido, La bioética feminista, en la misma línea que la conocida declaración de la UNESCO sobre bioética y derechos humanos (UNESCO, Declaración sobre Bioética y Derechos Humanos, art. 14, desarrollo y responsabilidad social), dio un paso adelante con la ética del cuidado, poniendo el foco en las desigualdades reales que permanecen sobre el género femenino y la necesidad de pasar a un paradigma bioético más político y menos científico (bioética clínica). LÓPEZ DE LA VIEJA, M.T., “*Bioética feminista*”, *Ilemata*, año 6, n° 15, p. 151. Al otro lado de la moneda, observamos posiciones de *bioética conversadora*, que sostienen que la ideología de género ha supuesto una masculinización de la mujer y una confusión en sus roles esenciales. APARISI MIRALLES, A. “Discursos de género y bioética”, *Cuadernos de Bioética* XXV, 2014, p. 269.

momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación o anidamiento, señalando que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción⁴². Prosigue 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”, si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer, no tiene posibilidades de desarrollo⁴³. Esto es, el embrión no se desarrolla ni sobrevive al margen del cuerpo de la mujer.

De ahí se deriva que, si la concepción sólo ocurre dentro del cuerpo de las mujeres, 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 ésta⁴⁴.

Con todo, la sentencia deja ver que la Sala Constitucional hace una interpretación desproporcionada a la protección de la vida y evoca que, si bien los embriones supernumerarios son valiosos para concebir un proyecto de vida humana y también susceptibles de ser respetados, están lejos de ser titulares de derechos asemejándose a los correspondientes a una persona nacida.

Por lo tanto, el fallo descrito resulta crucial para la protección constitucional del que está por nacer en el derecho interno de los Estados latinoamericanos⁴⁵. La interpretación del

⁴² La Corte entiende que desde ese momento se ha producido la concepción, pero en ningún momento se refiere a que desde ese momento exista vida, pues ese debate está superado. La vida es un continuo, pero ello no determina el momento en que existe un sujeto de derechos. La Corte en la sentencia interpreta el artículo 4.1 de la Convención comprendiendo que la concepción existe desde la implantación, pero no que desde ese momento existe vida. De hecho, la Corte evita la discusión sobre el inicio de la vida humana en la sentencia pues comprende que tomar una postura al respecto implicaría imponer un tipo de creencia. De esta forma señala en el párrafo 185“(…) [R]especto 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 nacionales, en el sentido que no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida. 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.” 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). Párrafo 185, p. 59

⁴³ 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). Párrafo 186-187, Pág. 60; Párrafo 189, Pág. 61; Párrafo 222, Pág. 69; Párrafo 264, p. 83.

⁴⁴ 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). Párrafo 222, p. 64.

⁴⁵ En Costa Rica, el artículo 121 del código penal estipula que “no es punible el aborto practicado con consentimiento de la mujer por un médico o por una obstétrica autorizada, cuando no hubiere sido posible la intervención del primero, si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre.”

artículo 4.1 de la CADH sobre el derecho a la vida⁴⁶ debe ser realizada desde los tratados internacionales de derechos humanos relativos a la materia, delimitando la ponderación de estos últimos; es decir, si son las mujeres las titulares de derechos o si, por el contrario, y contra todo argumento científico y basado en derechos humanos, lo es el nonato. Existen, en este sentido, diversos estudios que evocan que los derechos humanos comienzan al nacer y ponen en entredicho las demandas de los derechos del feto en el marco de la protección internacional de los derechos humanos⁴⁷.

La decisión de la CorteIDH se adhiere a la anterior línea doctrinal declarando que la protección del derecho a la vida no es absoluta sino gradual e incremental⁴⁸, a partir de la implantación del embrión en el útero de la mujer y en la medida que el desarrollo gestacional de éste se acerca más a un nacido vivo. Sostiene por consiguiente que en el marco del artículo 4.1 de la Convención, la protección absoluta del embrión que genera la violación a los derechos de autonomía, autodeterminación, libertad, identidad personal y proyecto de vida es contraria al objeto y fin de la CADH, que es la tutela de los derechos humanos. Por lo tanto, esta consideración estatutaria del embrión y de la protección gradual de la vida, implica que “la mujer no tiene un deber de tolerar el riesgo del embarazo. Es decir, tiene pleno derecho a usar todos los medios disponibles para evitar la anidación de un embrión en su endometrio. Tiene un derecho irrestricto a los anticonceptivos, al dispositivo intrauterino, a la píldora del día después y a rechazar el coito, la inseminación y la transferencia de embriones”⁴⁹.

Las mujeres gozan o deberían gozar, entonces, de plena autonomía reproductiva, correspondiendo así la igualación de derechos del no nato a los de la mujer embarazada a un tema de derecho y moral que tiene su origen en las concepciones del mundo en que los grupos religiosos se afirman y donde son guiados por una suerte de pensamiento prodigioso o de la existencia de un plan divino garantista de la creación de vida. Contrariamente a lo anterior, la creación de vida depende de la superación de muchos sucesos con poca probabilidad. La FIV permite incrementar las probabilidades de crear vida, práctica que refleja también el derecho a disfrutar de avances científicos y tecnológicos⁵⁰ y carece de sentido, en mi opinión, que desde posiciones confesionales se

⁴⁶ El artículo 4.1 del Pacto de San José expresa que “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de vida arbitrariamente”.

⁴⁷ Ver COPELON R., ZAMPASB C., BRUSIEC, E. y de VOREC J. Los derechos humanos comienzan al nacer: el derecho internacional y la demanda por los derechos del feto. Universidad Peruana Cayetano Heredia, 2005 Reproductive Health Matters.

⁴⁸ Corte IDH. Caso *Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs Costa Rica*, sentencia de 28 de noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 256.

⁴⁹ GARETTO, Leonardo, Antonio Bascuñán y el aborto: “Lo que estamos discutiendo es si comenzamos a asumir lo que sucede en Chile” (entrevista), *Sentidos comunes*, Chile, 11 de junio 2014. Disponible en: <<http://www.sentidoscomunes.cl/antonio-bascunan-y-el-aborto-lo-que-estamos-discutiendo-es-si-comenzamos-asumir-lo-que-sucede-en-chile/>> [consulta: 15.09.2016].

⁵⁰ Estos derechos encuentran su referencia en el artículo 15.b 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones; del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión

proteja tan fervientemente la vida penalizando el aborto, mientras que, por otro lado, no se apoya la creación de ella mediante la utilización de métodos científicos modernos.

El razonamiento de la CorteIDH con respecto al inicio de la vida y la protección de ésta a través del artículo 4.1 de la CADH resulta paradigmático para cambiar el andamiaje sobre el cual se constituye toda forma de rechazo a la despenalización del aborto, no solo en Costa Rica, sino en todas las doctrinas jurídicas conservadoras de los países de Latinoamérica en las que, como en el caso de Chile, Salvador, Nicaragua, Honduras, República Dominicana y Surinam, se encuentra todavía penalizado de manera total⁵¹, o en las que, como en el caso del resto, se restringe a las tres causales clásicas, esto es, en caso de violación, malformación del feto o riesgo de vida de la mujer embarazada, y en las implicancias de la justificación de la distribución de métodos anticonceptivos, como lo es la anticoncepción de emergencia, prestación que también ha sido recibida con muchas resistencias en América latina⁵².

2.3. LOS DERECHOS A LA AUTODETERMINACIÓN SEXUAL, AUTONOMÍA REPRODUCTIVA Y A FUNDAR UNA FAMILIA EN UN SENTIDO AMPLIO

Otro elemento novedoso aportado por el caso *Artavia Murillo* es la consideración de que los “derechos a la autonomía reproductiva, el acceso a los servicios de salud reproductiva (incluyendo el acceso a los avances científicos), la protección de la vida privada y familiar, a la libertad e integridad personal y a fundar una familia son derechos reproductivos”.⁵³ Y agrega que “Los derechos reproductivos 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, el intervalo entre estos 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”⁵⁴.

La CorteIDH aborda este caso interpretando ampliamente en el artículo 7 de la CADH⁵⁵, que garantiza derecho a la vida privada y a conformar una familia, y su vinculación con la

por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27.

⁵¹ CLADEM, Violencia contra el disfrute de los derechos sexuales y reproductivos, Patrones de Violencia contra las Mujeres en América Latina y el Caribe, Informe presentado a la Relatora de la ONU sobre Violencia contra la Mujer, sus Causas y Consecuencias, 2014, p.14.

⁵² Para el caso chileno resulta interesante ver Bascuñán, A., La píldora del día después ante la jurisprudencia, [online], Estudios públicos, *Centro de Estudios Públicos*, N° 95, 2004, y CASAS BECERRA, L. “La batalla de la píldora, el acceso de la anticoncepción de emergencia en América Latina”. *Revista Derecho y Humanidades*, n°20, 2004, pp. 135-208.

⁵³ Corte IDH, caso *Artavia Murillo*, párr. 146.

⁵⁴ *Ibidem*, párr. 150.

⁵⁵ “[...] 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”. *Ibidem*, párr.142. Como antecedentes de estándares de garantía de derechos sexuales y reproductivos a nivel americano también es interesante recordar los fallos de los casos *Atala Riffo*, párr. 136 y *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No 170, párr. 52.

autonomía reproductiva, la cual está inserta en la idea de libertad personal y la capacidad de las personas de poder discernir si desean o no procrear. Además, esta reflexión incluye el derecho de las personas a tener descendencia biológica, por lo que, existiendo tecnologías que lo posibiliten en caso de infertilidad, el Estado no debe interferir más que con la provisión pública del servicio.

El reconocimiento de la noción de libertad personal y la inclusión del binomio derechos sexuales y reproductivos en el mismo párrafo, permite avanzar en superar las incapacidades jurídicas que sufren las mujeres especialmente en el marco de las relaciones de familia, en los especiales riesgos que irrogan de la sexualidad e impactan más negativamente sobre las mujeres y en la negación de su autonomía moral en la toma de decisiones en materias reproductivas. Esta dimensión incluye la libertad sexual de las subjetividades femeninas en función de sus planes de vida y la propia tutela de su destino.

El tribunal regional pone asimismo de relieve que la falta de normativa nacional en materia de salud reproductiva puede resultar en un deterioro grave del derecho a la autonomía y la libertad reproductiva⁵⁶. Esta afirmación tiene su origen en la reivindicación de un reconocimiento de ciudadanía plena, donde la maternidad voluntaria se asume como inherente al derecho a la libertad personal y privada⁵⁷. Imponerla a través del aborto punible o negando las tecnologías anticonceptivas, o negarla a través de las políticas de reducción de la pobreza controlando la natalidad (cómo ocurrió en la era Fujimori en el Perú en el caso de las esterilizaciones forzadas)⁵⁸, supone una violación de los derechos humanos y una merma en el camino hacia la igualdad entre los géneros.

Por otra parte, la Corte IDH analiza el impacto desproporcionado que tiene la prohibición de la FIV con base en la discapacidad, el género y la situación económica de las víctimas. En primer lugar, el tribunal considera la infertilidad como discapacidad, lo cual representa una situación de vulnerabilidad que requiere protección especial por parte del Estado⁵⁹,

La Corte IDH también consideró que la Corte Costarricense “[...] 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”. *Ibidem*, párr. 161.

⁵⁶ *Ibidem*, párr. 147, p. 47. La corte se sirve del artículo 29.b de la CADH para aludir al amplio catálogo de Derechos Humanos ya existentes que refrendan que convocan a los DSyR. Entre ellos no puede faltar la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación hacia la mujer y el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales en referencia a observaciones generales emitidas sobre el derecho a la salud y autonomía sexual y reproductiva.

⁵⁷ CIDH, Caso 2141-816, Resolución No. 23/81 de fecha 6 de marzo de 1981, párr. 146.

⁵⁸ Ver caso María Mamérita Mestanza Chávez vs Perú, caso de mujer indígena obligada a esterilizarse y muerta después de someterse al procedimiento. CIDH, Petición 12191, Informe 71/03.

⁵⁹ “[...] 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

adhiriéndose a la normativa internacional en este campo⁶⁰. La negación de la Fecundación in vitro “tuvo un impacto desproporcionado en las parejas infértiles que no contaban con los recursos económicos para practicarse la FIV en el extranjero”⁶¹, por tanto, la medida tuvo un efecto discriminatorio por motivo de la situación económica de las personas.

En este orden de cosas, la Corte IDH insta a la Caja Costarricense del Seguro Social a incluir el acceso a la FIV como parte de sus programas y tratamientos de reproducción asistida e infertilidad, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación⁶².

Sin embargo, el principio de justiciabilidad del caso *Artavia* está construido desde la infertilidad entendida como discapacidad y, por ende, desde el modelo de familia biológica heterosexual. Este abordaje es realizado en la sentencia a través del tradicional derecho humano a la salud⁶³ y no desde el paulatino desarrollo de un enfoque específico sobre los derechos de las personas LGBTI en el contexto de la Organización de los Estados Americanos (OEA).

Si bien es cierto que la sentencia no restringe el derecho a una pareja heterosexual (como inicialmente lo determinara el Pacto de San José, y sobre el cual basan sus argumentos los grupos religiosos para negar el derecho a las parejas del mismo sexo, a parejas trans, o a mujeres solteras que deseen practicárselo), ya que indica claramente que el acceso a la técnica debe de ser “a la persona que desee tener un hijo o hija”, es decir, extiende la interpretación al determinar que puede ser “cualquier persona”⁶⁴, no se arriesga a incluir de manera expresa el acceso a las parejas del mismo sexo de manera homóloga a las parejas heterosexuales. En este caso son las mujeres, las que no deben ser discriminadas por su orientación sexual (lesbianas) o identidad de género (trans) en el acceso a tener descendencia por los mecanismos naturales mediante las técnicas de reproducción asistida.

4. CONSIDERACIONES FINALES

En suma, se observa cómo la encomiable sentencia de la Corte IDH hace un salto en el reconocimiento de la autonomía reproductiva de las mujeres, en el acceso igualitario y no discriminatorio a los servicios de salud reproductiva, en garantizar el derecho a acceder a

condición demanda una atención especial para que se desarrolle la autonomía reproductiva.” *Ibíd*em, párr. 293.

⁶⁰ ONU, AG, 61/106. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, 9 de diciembre 2001. Ratificación por parte del Estado.

⁶¹ Corte IDH, caso *Artavia Murillo*, párr. 303.

⁶² *Ibíd*em, párr. 4, p. 115. Cabe mencionar aquí, de manera circundante, que los servicios de adopción costarricense están lejos de ofrecer calidad y prontitud a las familias demandantes por lo que robustece el argumento de mejorar asimismo la calidad y acceso a las técnicas de reproducción asistida de las personas que deseen tener descendencia biológica. Entrevista y estudio del departamento de adopciones Patronato Nacional de la Infancia, San José, Costa Rica, enero 2014.

⁶³ Organización Mundial de la Salud. Derecho a la salud, Nota descriptiva N° 323.

⁶⁴ CLADEM, *ob. cit.*, p. 7.

los avances científicos reproductivos, en la protección a la vida íntima y la integridad personal, y en la ampliación del concepto de familia.

Además, aporta la más novedosa interpretación de la protección de la vida emergente a través de la gestante y la ampliación de la interpretación del término concepción sobre la base de la prueba científica, diferenciando fecundación de implantación, lo que sin duda supone un avance en la progresiva consolidación de los derechos humanos de las mujeres y de los DSyR, con el reconocimiento de los derechos de autonomía, autodeterminación, libertad, identidad personal y proyecto de vida emancipador de las mujeres.

De este modo, se quiebra la disyuntiva entre el derecho a la vida y los DSyR, rompiendo con la interpretación restrictiva del primero que relega a las mujeres a ciudadanas de segunda categoría ante la primacía del mandato social de la encorsetada construcción de las identidades femeninas insertas en un sistema de significaciones que podemos llamar la ideología o el discurso de la maternidad naturalizada y la prohibición de esta última si no es mediante la técnica o el modelo familiar tradicional como único proyecto de realización personal impuesto por las sociedades patriarcales. Esta forma de sutil dominación opera a partir de las simbolizaciones alrededor del poder reproductor de las mujeres y la sublimación del arquetipo de la madre, y la adscripción de éstas últimas a este modelo a través del consistente peso de la culpa. Cualquier conducta subversiva a este mandato es juzgada valoricamente como egoísta, lo que alimenta la permanencia de la misoginia en el imaginario colectivo.

Así las cosas, los elementos que impiden a las mujeres modernas su plena adscripción como ciudadanas de primera corresponden, entre otros, a “la división sexual del trabajo y la riqueza sostenida en construcciones de género que naturalizan el trabajo “reproductivo” en los cuerpos de las mujeres, eximiéndose los poderes públicos de su responsabilidad en la reproducción de la vida digna”. Sin pretender caer en la victimización del colectivo, los logros de los movimientos feministas han demostrado la capacidad de agencia, y los elementos de resistencia y creatividad que detentan las mujeres fruto de sus condiciones de opresión⁶⁵.

Lo anterior se encuentra refrendado por posiciones religiosas fundamentalistas que excluyen opciones autónomas de buscar instancias soberanas para abrir el debate y resolver la incompatibilidad entre las vidas existentes y aquellas en potencia; reduciendo la discusión a la aplicación dogmática de la autoridad moral. Estas posiciones suelen venir desde la comodidad masculina, el poder y la distancia referente a la corresponsabilidad en el ejercicio de la paternidad/maternidad, y atropellan los derechos de las mujeres a decidir sobre sus planes de vida.

La sentencia *Artavia y Murillo vs Costa Rica* combate, con su discusión sobre temas del orden estrictamente de la autonomía corporal de las mujeres, su vida y sus decisiones, el

⁶⁵ Gregorio Gil, C. Simposio ¿Qué significa ser ciudadana hoy en América Latina? Simposio ¿Qué significa ser ciudadana hoy en América Latina? Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Mujeres, Ciudadanía y Multiculturalismo, Iniciativa Latinoamericana para el avance de los derechos humanos de las mujeres II, 2011, p. 58.

sistema patriarcal que permea en los distintos discursos jurídicos, los que, a su vez, son posteriormente traducidos en fuentes de derecho androcéntricas. Este hecho es especialmente visible en el caso de la eventual prohibición de la FIV en Costa Rica a mujeres solteras o divorciadas.

En este sentido, el caso Atala Riffo y niñas vs Chile también suma a la construcción de un concepto de ciudadanía sexual y reproductiva emancipador para las mujeres, ya que rechaza el reproche que hace el Tribunal Constitucional chileno a la mujer que se aparta del arquetipo de la madre abnegada, es decir, a aquella que no sobrepone sus intereses personales (en este caso la vida en pareja del mismo sexo) a los supuestos intereses de sus hijos/as, y el mandato de que la sexualidad de los sujetos, para ser considerada un proyecto de vida legítimo, se encuentre normada socialmente bajo el paradigma de la heteronormatividad⁶⁶.

En muchos países de la región es posible constatar que los discursos bioéticos se han convertido en actores centrales a la hora de tomar decisiones frente al aborto y otros aspectos relativos a los DSyR de las mujeres, y no constituyen un todo homogéneo, pues tienen diferentes filiaciones -por ejemplo, católica, laica, etc.- y son pronunciados desde operadores de la justicia hasta personal médico, lo que proporciona un espacio de debate altamente dicotomizado y donde priman pocas posturas intermedias. Si bien la reproducción humana y sus consecuencias constituyen asuntos del ámbito privado, relacionados con la vida afectiva de las personas, se convierten en un tema político cuando su ocurrencia hace surgir la necesidad de elaborar políticas públicas.

Aquí es importante señalar el papel que tiene el derecho como instrumento para garantizar los derechos humanos a todas las personas (considerando las especificidades de grupos con necesidades particulares) y traducir los acuerdos políticos en las sociedades democráticas actuales para un consensuado restablecimiento del contrato social. Para ello, es esencial la implementación de políticas públicas que establezcan la salud sexual y reproductiva como eje vector, que no adolezcan de una falta de perspectiva de género ni estén operadas a partir de los opresores discursos impregnados de consideraciones biomédicas; políticas públicas que abarquen la diversidad sin caer en esencialismos ni estereotipos que mermen la plena ciudadanía de las mujeres en su sentido más amplio.

BIBLIOGRAFÍA

APARISI MIRALLES, A. "Discursos de género y bioética", *Cuadernos de Bioética* XXV, 2014, pp. 259-271.

BASCUÑÁN, A., "La píldora del día después ante la jurisprudencia". *Estudios públicos*, n° 95, 2004, pp.43-89.

⁶⁶ ZÚÑIGA AÑAZCO, Y., *La construcción de la igualdad de género en el ámbito regional americano*. En *Derechos Humanos de las Personas Vulnerables*. Red de Derechos Humanos y Educación Superior, Universitat Pompeu Fabra, 2014, p. 201. Véase también Corte IDH, caso Atala Riffo y niñas vs Chile, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de febrero de 2012.

CASAS BECERRA, L. "La batalla de la píldora, el acceso de la anticoncepción de emergencia en América Latina". *Revista Derecho y Humanidades*, n° 20, 2004, pp. 135-208.

_____, L. "Los desafíos para Chile de la decisión Artavia y Murillo contra Costa Rica de la Corte IDH (Caso fertilización in vitro): algunos comentarios", *Anuario de Derecho Público*, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2013, pp. 398-415.

CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, *Boletín de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 3/2012, Santiago de Chile.

CLADEM, *Análisis de la sentencia caso Artavia Murillo y otros "fecundación in vitro" vs Estado de Costa Rica*, Lima, 2013. Disponible en: <http://www.cladem.org/images/stories/Publicaciones/litigio/CASOFIVCR .pdf> [consulta: 15.09.2016].

_____, *Patrones de Violencia contra las Mujeres en América Latina y el Caribe. Informe presentado a la Relatora de la ONU sobre Violencia contra la Mujer, sus Causas y Consecuencias*, Lima, 2014. Disponible en: <http://www.cladem.org/pdf/Informe-Relatoria-de-Violencia.pdf> [consulta: 15.09.2016].

CHÍA, E. A. y CONTRERAS, P., "Análisis de la Sentencia Artavia Murillo y otros ("Fecundación In Vitro") vs Costa Rica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Estudios Constitucionales*, año 12, n° 1, 2014, pp. 567-585.

COPELON R., ZAMPASB C., BRUSIEC, E. y de VOREC J., *Los derechos humanos comienzan al nacer: el derecho internacional y la demanda por los derechos del feto*. Universidad Peruana Cayetano Heredia, 2005 Reproductive Health Matters.

DEFENSORÍA DE LOS HABITANTES, "Evolución del caso "fertilización in Vitro" (material divulgativo), San José de Costa Rica, 2012.

DEFENSORÍA DE LOS HABITANTES Y FONDO DE POBLACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, La fecundación in vitro: los puntos de mayor relevancia de la sentencia. San José de Costa Rica, 2012. Disponible en: <http://www.unfpa.or.cr/index.php/documentos-y-publicaciones-14/salud-sexual-y-reproductiva/salud-sexual-y-reproductiva-1/154-fecundacion-in-vitro-los-puntos-de-mayor-relevancia-de-la-sentencia-de-cidh/file> [consulta: 15.09.2016].

IIDH, UNFPA y ASDI, *Reproducción Asistida, género y derechos humanos en América Latina. La fertilización in vitro*, San José de Costa Rica, 2004.

LÓPEZ DE LA VIEJA, M.T., "Bioética feminista", *Ilemata*, año 6, n° 15, 2014, 143-152.

MARLASCA, A. *Introducción a la bioética*. Heredia. Facultad de Filosofía y Letras, Universidad Nacional, Costa Rica, 2001.

ZÚÑIGA AÑAZCO, Y., *La construcción de la igualdad de género en el ámbito regional americano*. En *Derechos Humanos de las Personas Vulnerables*. Red de Derechos Humanos y Educación Superior, Universitat Pompeu Fabra, 2014.

ARTÍCULOS DE PRENSA

GARETTO, Leonardo, Antonio Bascañán y el aborto: “Lo que estamos discutiendo es si comenzamos a asumir lo que sucede en Chile” (entrevista), *Sentidos comunes*, Chile, 11 de junio 2014. Disponible en: <<http://www.sentidoscomunes.cl/antonio-bascunan-y-el-aborto-lo-que-estamos-discutiendo-es-si-comenzamos-asumir-lo-que-sucede-en-chile/>> [consulta: 15.09.2016].

SANCHO, Manuel, “Presidente criticó restricción que plantea proyecto de ley sobre FIV”, *Crhoy.com. Noticias 24/7*, Costa Rica, 7 de julio 2014. Disponible en: <<http://www.crhoy.com/archivo/presidente-critico-restriccion-que-plantea-proyecto-de-ley-sobre-fiv/>> [consulta: 15.09.2016].

SOTO, Jimena, “Proyecto de FIV que se estudia en el Congreso prohibiría acceso de mujeres solteras o divorciadas a la técnica”, *Crhoy.com. Noticias 24/7*, Costa Rica, 2 abril 2015. Disponible en: <<http://www.crhoy.com/archivo/proyecto-de-fiv-que-se-estudia-en-el-congreso-prohibiria-acceso-de-mujeres-solteras-o-divorciadas-a-la-tecnica//>> [consulta: 15.09.2016].

ENTREVISTAS

ALEJANDRO A. MARÍN MORA, Coordinador, Subárea de bioética clínica y en gestión, área de bioética centro de desarrollo estratégico de información en salud y seguridad social CENDEISS-CCSS, julio 2014.

DELIA RIVAS VALDÉS, Especialista en Ginecología y Obstetricia, Fellow American College of Obstetrics and Gynecology, miembro de la European Society of Human Reproductive and Embriology (ESHRE) y de la American Society for Reproductive Medicine en el II Congreso sobre Género, Feminismos y Diversidades (GEFEDI II), 2 y 3 de junio de San José de Costa Rica.

DELIA RIVAS VALDÉS, Especialista en Ginecología y Obstetricia, Fellow American College of Obstetrics and Gynecology-Miembro European Society of Human Reproductive and Embriology (ESHRE)-Miembro American Society for Reproductive Medicine (ASRM), julio 2014, San José de Costa Rica.

JURISPRUDENCIA Y TEXTOS INTERNACIONALES

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA. Proyecto de Ley sobre fecundación *in vitro* y transferencia embrionaria, Expediente N° 179000, 7 de abril de 2011. Disponible en: <<http://www.asamblea.go.cr/sd/Documentos%20compartidos/fiv/Proyecto-18057.pdf>> [consulta: 15.09.2016].

CIDH, Caso 2141-81, Resolución No. 23/81 de fecha 6 de marzo de 1981, párrafo 146. Disponible en: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/80.81sp/EstadosUnidos2141.htm>> [consulta: 15.09.2016].

CIDH, Caso No. 12.361 Gretel Artavia Murillo y otros “Fecundación *in vitro*” vs. Costa Rica, Fondo, informe de fecha 29 de julio de 2011. Disponible en: <<https://www.cidh.oas.org/demandas/12.361Esp.pdf>> [consulta: 15.09.2016].

CORTE IDH. Caso *Artavia Murillo y otros (“fecundación *in vitro*”) vs Costa Rica*, sentencia de 28 de noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

____. Caso *Artavia Murillo y otros (“Fecundación *In Vitro*”) Vs. Costa Rica*. Resolución de 26 de febrero de 2016 (supervisión de cumplimiento de sentencia).

____. Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, sentencia de 24 de febrero de 2012 (fondo, reparaciones y costas). Serie C No. 239.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA, Acción constitucional 2000-02306, sentencia de 15 de marzo de 2000, voto número 2306-2000.

NACIONES UNIDAS, Consejo Económico y Social, «Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género: la violencia contra la mujer». *Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y sus consecuencias*, Yakin Ertürk. Comisión de Derechos Humanos 60° período de sesiones. E/CN.4/2004/66, 26 de diciembre de 2003.

OEA, Convención Americana Sobre los Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1969.

ONU, AG, 61/106. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, 9 de diciembre de 2001.

OMS. Derecho a la salud, Nota descriptiva N° 323.

Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un Proyecto de Ley que regula la Despenalización de la Interrupción Voluntaria del Embarazo en Tres Causales. Mensaje 1230-362, artículo 119. Disponible en: <
<https://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKewjVoavjoJLPAhUDDJAKHWhiBkKQFggcMAA&url=https%3A%2F%2Fwww.camara.cl%2Fpley%2Fpdfpley.aspx%3FprmID%3D10113%26prmTIPO%3DINICIATIVA&usg=AFQjCNGuhVphG6p7V2sYWJyOZHsOdmTVhw&sig2=4DiO41fvN7AaQKyhNvpJqQ> > [consulta: 15.09.2016].

UNESCO, Declaración sobre Bioética y Derechos Humanos, art. 14, desarrollo y responsabilidad social.

SIMPOSIOS

GREGORIO GIL, C. Simposio *¿Qué significa ser ciudadana hoy en América Latina?*. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Mujeres, Ciudadanía y Multiculturalismo, Iniciativa Latinoamericana para el avance de los derechos humanos de las mujeres II, 7-8 de octubre de 2011.

NEZHMETDINOVE, Farida. “Bioethics and advanced reproductive technologies: gender discrimination or revenge matriarchy”. UNESCO Scientifics Conference, “Gender and bioethics”, Kazán, 21-22 de noviembre de 2011.