

LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA  
DE DERECHOS HUMANOS, CASO ARTAVIA MURILLO  
Y OTROS (FECUNDACIÓN *IN VITRO*) VS. COSTA RICA.  
UN AVANCE EN EL PENSAMIENTO LAICO  
EN LATINOAMÉRICA\*

Ingrid BRENA\*\*

SUMARIO: I. *La fecundación asistida, una opción a la infertilidad.* II. *Antecedentes del caso presentado ante la Corte.* III. *Proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* IV. *Trascendencia de la resolución de la Corte.* V. *Relevancia de la sentencia en el contexto de la laicidad.* VI. *Colofón.*

I. LA FECUNDACIÓN ASISTIDA, UNA OPCIÓN A LA INFERTILIDAD

Los índices de infertilidad se han incrementado en el mundo en forma alarmante durante los últimos años. Esta situación ha propiciado que un número cada vez mayor de parejas con problemas para procrear o llevar a cabo un embarazo decidan acudir a las técnicas de reproducción asistida, conocida por sus siglas TRA. América Latina no es ajena a esta tendencia, y en la mayoría de nuestros países se aplican actualmente técnicas diversas, entre las cuales se encuentra la fecundación *in vitro*. Este procedimiento se desarrolla en tres etapas: *a)* obtención de los gametos, tanto femeninos como masculinos, *b)* fecundación *in vitro*, o sea, la fusión de los gametos masculino y feme-

\* Las referencias y fuentes utilizadas para este trabajo también fueron utilizadas para el artículo “La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Atravía Murillo y otros (fecundación *in vitro*) vs. Costa Rica. Nuevas esperanzas a la libertad reproductiva en Latinoamérica”, publicado en septiembre de 2013 por la revista *Derecho y Genoma Humano. Law and the Human Genome*, publicada por la Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA, y universidades de Deusto y del País Vasco.

\*\* Coordinadora del Núcleo de Estudios en Derecho y Salud en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Secretaria académica del Colegio de Bioética, A. C. y exmiembro del Consejo Consultivo de la Comisión Nacional de Bioética.

nino — semen y óvulo — realizada en forma extracorpórea, generalmente en un laboratorio, con lo cual se genera un cigoto, y c) transferencia de cigoto al seno materno para su implantación<sup>1</sup> para el posterior desarrollo de un embarazo.

La moderna tecnología reproductiva no goza de total aceptación, y ha generado desde su implementación controversias sociales, políticas y jurídicas. Un ejemplo claro y magnificado de esta polémica son los acontecimientos ocurridos en Costa Rica, que suscitaron la intervención de diferentes órganos del sistema de protección de los derechos humanos del continente americano; primero de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y después de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

## II. ANTECEDENTES DEL CASO PRESENTADO ANTE LA CORTE

Por Decreto ejecutivo 24029-S, del 3 de febrero de 1995, Costa Rica reguló la fecundación *in vitro*, conocida con las siglas FIV. La ordenación era restrictiva desde origen, pues la técnica se aplicaba solo a parejas conyugales; prohibía la fertilización de más de seis óvulos por ciclo de tratamiento, y exigía que todos los óvulos fertilizados en un ciclo fueran transferidos a la cavidad uterina de la paciente. Estaba vedado desechar o eliminar embriones, pero tampoco podían preservarse para su transferencia a ciclos subsiguientes de la misma u otras pacientes. La interdicción se extendió a cualquier comercio con células germinales destinadas al tratamiento de pacientes de técnicas de reproducción asistida.

No obstante estas restricciones, dos meses después, el 7 de abril del mismo año, se presentó un recurso de inconstitucionalidad contra el decreto mencionado, bajo el argumento de que la fecundación *in vitro* y la transferencia de embriones regulada en el mismo violaban el derecho a la vida y a la dignidad del ser humano. Mientras el recurso se resolvía, la fecundación *in vitro* fue practicada en Costa Rica entre 1995 y 2000, lapso durante el cual nacieron quince niños.

Más tarde, el 15 de marzo de 2000, mediante sentencia 2000-02306, la Sala Constitucional de Costa Rica declaró inconstitucional los procedimientos de FIV. El Tribunal argumentó en su fallo<sup>2</sup> que las condiciones en

<sup>1</sup> Para conocer la cronología de la fecundación *in vitro*, consultar la voz “Embrión” de Lacadena Calero, Juan Ramón, en *Enciclopedia de bioderecho y bioética*, t. I, a-h, Cátedra Interuniversitaria, Fundación BBVA – Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto – Universidad del País Vasco/EHU, Granda, 2001.

<sup>2</sup> Sentencia 2000-02306, del 15 de marzo de 2000, emitida por la Sala Constitucional de Costa Rica, expediente 95-001734-007-CO.

que se aplicaba esa técnica de reproducción asistida acarrearán una elevada pérdida de embriones, pérdida que no debía justificarse con el objetivo de ayudar a una pareja infértil a procrear un hijo. En su opinión, los embriones, cuya vida se procuraba primero y luego se frustraba, eran seres humanos, personas desde el momento de la concepción, y por tanto cualquier eliminación o destrucción —voluntaria, derivada de la impericia de quien ejecuta la técnica o de la inexactitud de ésta— violaba su derecho a la vida. La Sala concluyó que la técnica de FIV no era acorde con la protección constitucional a la vida y, por tanto, que el decreto cuestionado resultaba inconstitucional por infracción al artículo 21 de la Constitución Política de Costa Rica, y al 4o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Después de la sentencia, la fecundación *in vitro* quedó prohibida en Costa Rica, a pesar de que varias parejas estaban en lista de espera para ser sometidas al procedimiento. Algunas de esas parejas, inconformes con el fallo de la Sala Constitucional, presentaron una petición contra la República de Costa Rica el 19 de enero de 2001 ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En su escrito alegaron la responsabilidad legal del Estado por haberles negado el acceso al tratamiento citado, en contravención a diversos derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Diez años después, el 14 de julio de 2010, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó su informe 85/10. En ese documento determinó que al impedir el acceso a un tratamiento que hubiera permitido a las parejas superar su situación de desventaja respecto a la posibilidad de tener hijos biológicos,<sup>3</sup> el Estado de Costa Rica era responsable por la violación de varios derechos consagrados en la Convención Americana. Concretamente, citó el derecho a la salud,<sup>4</sup> el cual se ve afectado, puesto que la imposibilidad de lograr un embarazo puede generar trastornos psicológicos o sufrimiento psíquico, y ambos alejan a los sujetos del concepto de salud, entendido como un “estado de completo bienestar físico, mental y social,

<sup>3</sup> Si se desea conocer a detalle la resolución de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos véase Brena, Ingrid, “La fecundación asistida. ¿Historia de un debate interminable? El informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. XII, 2012, pp 25-46.

<sup>4</sup> La infertilidad es considerada una enfermedad del sistema reproductivo, definida por “la imposibilidad de alcanzar un embarazo clínico luego de haber mantenido relaciones sexuales sin protección durante doce meses o mas” (traducción no oficial), the International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and The World Health Organization (WHO) Revised, Glossary on ART Terminology, 2009, publicado por *Human Reproduction*, vol. 24, núm. 11, pp. 2683-2687, citada por el mismo Informe de la CIDH.

y no solo la ausencia de enfermedades o dolencias”.<sup>5</sup> También se violó el derecho al goce de los beneficios del progreso científico, reconocido internacionalmente en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,<sup>6</sup> el derecho a formar una familia<sup>7</sup> a través de la decisión de convertirse en padre o madre biológico; decisión que, por otra parte, corresponde a la esfera más íntima de la vida, de ejercicio exclusivo de cada persona y/o pareja. Para sostener este punto, la CIDH invocó jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, la cual ha sostenido que la protección a la vida privada incluye el respeto a la decisión individual de convertirse en padre o madre.<sup>8</sup>

La Comisión consideró que más allá de la prohibición absoluta, existían formas menos restrictivas que permitían satisfacer el objetivo buscado por el Estado —proteger la vida— sin coartar los derechos de las parejas infértiles. Con base en estas consideraciones, concluyó que la sentencia de la Sala Constitucional de Costa Rica representó una interferencia arbitraria y una restricción incompatible con la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento.<sup>9</sup>

Estas conclusiones sustentaron las recomendaciones dirigidas a la República de Costa Rica tanto para levantar la prohibición a la fecundación *in vitro* en el país como para asegurar que la regulación de la práctica de la fertilización *in vitro* sea compatible con los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>10</sup>

<sup>5</sup> Definición de la OMS.

<sup>6</sup> 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 gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones”.

<sup>7</sup> Artículo 11.2 “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia”. Artículo 17.2 “Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia”.

<sup>8</sup> Corte Europea de Derechos Humanos, *Pretty v. The United Kingdom*, Aplicación 2346/02, 29 de abril 2002, párrafo 61. Citada en el Informe de la CIDH.

<sup>9</sup> “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivo 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”.

<sup>10</sup> El texto de la recomendación completa es 1. Levantar la prohibición de la fecundación *in vitro* en el país a través de los procedimientos legales correspondientes.

2.- Asegurar 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 a los derechos consagrados en los artículos 11.2, 17.2 y 24, según lo establecido a lo largo del presente informe. En particular que las personas

Tanto el Informe como las recomendaciones fueron notificados al Estado el 23 de julio de 2010,<sup>11</sup> pero las segundas no fueron atendidas dentro del plazo legal ni dentro de las prórrogas concedidas. En vista de esta actitud del Estado, la Comisión solicitó el 29 de julio de 2011 a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la declaración de responsabilidad del Estado, y el 18 de octubre de 2011 el caso fue sometido a la jurisdicción de la Corte.

### III. PROCESO ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Durante el proceso, la Corte llevó a cabo varias consultas, escuchó a los peritos presentados por las partes y recibió *amicus curiae*. Finalmente, optó, por una parte, resolver la controversia contra la República de Costa Rica, y, por la otra, interpretar el artículo 4.1 de la Convención Americana para la Protección de los Derechos Humanos, y el 28 de noviembre de 2012 emitió su sentencia en el caso “Atravía Murillo y otros (fecundación *in vitro*)”.<sup>12</sup>

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

*y/o parejas que lo requieran y así lo deseen puedan acceder a las técnicas de fecundación in vitro de forma que dicho tratamiento contribuya efectivamente a su finalidad.*

3. *Reparar íntegramente a las víctimas del presente caso tanto, en el aspecto material como moral, incluyendo medidas de satisfacción por los daños ocasionados.* La recomendación fue firmada el 14 de julio de 2010, pero hubo una disidencia en relación con el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Tres miembros de la Comisión determinaron que no hay discriminación en la sentencia de la Sala Constitucional en virtud de que la misma prohíbe el acceso a los procedimientos *in vitro* por igual a todos los individuos y parejas del país.

<sup>11</sup> El artículo 51.1 de la Convención Americana prevé que la Comisión deberá remitir a la Corte el caso en un plazo no mayor de tres meses; sin embargo, el Reglamento de la Comisión prevé la posibilidad de que se otorguen prórrogas a los Estados, bajo ciertos requisitos previamente establecidos.

<sup>12</sup> El caso se relacionó con los efectos de la sentencia emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, la cual implicó la prohibición de la aplicación de esa técnica reproductiva en Costa Rica y, en particular, generó que algunas personas interrumpieran el tratamiento médico que habían iniciado, y que otras se vieran obligadas a viajar a otros países a fin de tener acceso a una FIV.

al Estado al pago de indemnizaciones compensatorias por daño material e inmaterial a las víctimas.<sup>13</sup>

#### IV. TRASCENDENCIA DE LA RESOLUCIÓN DE LA CORTE

Si bien el fallo de la Corte Interamericana recayó sobre un caso concreto y estuvo dirigido a la República de Costa Rica, el significado de la sentencia se extiende hacia los demás Estados de la región. El valor de la sentencia estriba en sus argumentaciones y en sus fundamentos sobre derechos y conceptos relacionados con la reproducción asistida, que giran en torno al contenido de los derechos reproductivos, la interpretación del artículo 4.1 de la Convención Americana y la pérdida de embriones.

##### 1. *Derechos reproductivos*

Todas las personas tienen derecho a reproducirse, y éste forma parte del derecho a tomar decisiones vitales y al derecho a organizarse familiarmente. A los poderes públicos corresponde únicamente abstenerse de imponer límites, interferir o controlar este tipo de decisiones, salvo en situaciones extremas. Sin embargo, a las preguntas sobre si éste es un derecho subjetivo; es decir, si puede exigirse el cumplimiento a la administración pública o más bien se trata de un derecho en sentido propio, como una expresión de la libertad personal configurada como libertad de procreación, contestaríamos que, en total acuerdo con la opinión de Yolanda Gómez,<sup>14</sup> este derecho se configura como una facultad: la de decidir tener o no tener hijos y el espaciamiento temporal entre ellos.

Pero debemos también tomar en cuenta que los derechos a la reproducción, además de esa facultad, abarcan al mismo tiempo otros derechos relacionados con ellos, tales como a la intimidad personal y familiar, a fundar una familia y a la salud en su vertiente reproductiva. La sentencia de la Corte vincula y reconoce todos estos derechos con toda precisión.

<sup>13</sup> No se incluyó el texto completo de la sentencia por cuestiones de espacio, y la referencia no es textual, sino resumida. La sentencia completa se obtiene en la página web de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos.

<sup>14</sup> Gómez Sánchez, Yolanda, *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, Marcial Pons-Universidad Complutense de Madrid, 1944, p. 41. Sostiene que si bien no existe un derecho expreso a la reproducción, podemos deducir que tal facultad tiene su fundamento en el reconocimiento de la libertad como un valor superior dentro de cualquier orden jurídico y de la dignidad de la persona en el libre desarrollo de su personalidad.

Por otra parte, si bien la libertad a la procreación natural es casi absoluta para las parejas sin problemas de fertilidad, debemos tener presente que en la actualidad existe un gran porcentaje de la población mundial que padece problemas de fertilidad.<sup>15</sup> La infertilidad, considerada como una afectación de la salud, no es un problema menor si tomamos en cuenta que las estimaciones más recientes mencionan un porcentaje de infertilidad de una de cada seis parejas a escala mundial y afecta por igual a hombres y mujeres.<sup>16</sup>

En los casos de personas con problemas de infertilidad, el derecho a la procreación adquiere matices diferentes. No se trata ya del reconocimiento de una libertad que pueda ejercerse de manera casi ilimitada, sino que el derecho a la procreación artificial, debido a la complejidad y a los riesgos asociados a las técnicas de reproducción asistida, así como a los intereses y derechos de los implicados en su aplicación, debe ser atendido por los Estados de manera distinta.<sup>17</sup> Esta nueva manera tiene que ver más con el acceso a la tecnología de la reproducción y a una regulación adecuada.<sup>18</sup>

La autonomía subyace en el derecho a la procreación artificial, para que las personas libremente puedan decidir si quieren o no acceder a —y hasta escoger— alguna de las técnicas disponibles, de acuerdo con su especial situación de salud, pero también con sus propios valores, ideas y creencias. A diferencia del derecho a la procreación natural, las personas tienen el poder de exigir al Estado que no limite o suprima su derecho, no al menos sin una justificación racional, legítima y proporcional. En ese sentido, Yolanda Gómez expresa que los derechos reproductivos, lejos de ser absolutos, están sujetos a ciertos límites, los cuales tampoco pueden ser absolutos: ellos deben derivar del ejercicio de la propia libertad, de la libertad de los demás, del respeto al ejercicio de los derechos de los otros, así como de los propios. De-

<sup>15</sup> Considerada esta por los organismos internacionales de salud como la incapacidad para lograr un embarazo después de tener relaciones sexuales sin protección por más de doce meses.

<sup>16</sup> Entre las causas que la originan se encuentran el incremento en la esperanza de vida, cambios de estilo de vida o retraso en la formación de una familia, pero también la infertilidad ocasionada por infecciones del sistema reproductivo mal tratadas o abortos mal realizados.

<sup>17</sup> Abellán García, Fernando, “Derechos reproductivos”, *Enciclopedia de bioderecho y bioética*, t. I, bajo la dirección de Carlos María Casabona, *cit.*, pp. 571 y ss.

<sup>18</sup> Rodolfo Vázquez sostiene que hablar en nuestros días de un derecho a la libertad de procreación supone la colaboración coital como no coital, y en este segundo caso, a un acceso sin discriminación alguna a las nuevas formas de tecnología de reproducción. Vázquez, Rodolfo, “La cuestión del embrión y algunos de los problemas de la bioética”, en Pérez Tamayo, Ruy *et al.* (coord), en *La construcción de la bioética*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007, textos de Bioética, vol. 1, p. 36.

bemos interpretar, agrega la misma autora, que se debe extender la libertad hasta donde sea posible, sin vulnerar otros valores y principios.<sup>19</sup>

Quiénes padezcan infertilidad, pero como parte de su proyecto de vida anhelan tener descendencia, deberán contar con la libertad necesaria para utilizar la técnica más adecuada para lograr la gestación deseada. Es deber del Estado proporcionar a sus ciudadanos toda la gama de servicios de salud reproductiva en los cuales se involucra el derecho de acceder a la tecnología médica a su alcance.

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

## 2. Interpretación del artículo 4.1 de la Convención Americana

Casi desde la aprobación de la Convención, los términos *persona*, *concepción*, y *en general* expresados en el texto del artículo 4.1 de la Convención Americana para la Protección de los Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho está protegido por la ley y en general a partir del momento de la concepción...” han sido utilizados en innumerables decisiones judiciales a todos los niveles, en exposiciones de motivos de leyes y en la doctrina. Cada persona, agrupación, tribunal o legislador les ha dado el sentido que más conviene a sus intereses, creando con ello una gran confusión e incertidumbre. Los radicales posicionamientos condujeron a la Corte Interamericana a considerar la pertinencia de hacer uso de su atribución de intérprete oficial de la Convención Americana para la Protección de Derechos Humanos.

A fin de realizar una buena labor interpretativa, los integrantes del Tribunal recibieron múltiples *amicus curae* provenientes de personas y grupos con diferentes posturas y formación, tanto conservadoras como liberales,<sup>20</sup>

<sup>19</sup> Gómez Sánchez, Yolanda, “El derecho a la reproducción humana”, *cit.*, p. 60.

<sup>20</sup> Entre los especialistas en derechos reproductivos en bioética mención de México al Colegio de Bioética, a varios especialistas de derechos humanos e instituciones de educación



y consultaron a los peritos ofrecidos por las partes. Como resultado de la revisión de antecedentes y de las opiniones y dictámenes recibidos, en sus argumentaciones ellos eligieron apearse a las explicaciones científicas, entre las que destacan dos lecturas diferentes del término *concepción*. Una corriente entiende por *concepción* el momento de encuentro o fecundación del óvulo por el espermatozoide. Es a partir de ese instante cuando se crea una nueva célula, el cigoto, considerado por la misma corriente como un organismo humano que alberga ya las instrucciones necesarias para el desarrollo del embrión. Otra corriente, en cambio, entiende por *concepción* la implantación del óvulo fecundado en el útero, la cual faculta la conexión de la nueva célula con el sistema circulatorio materno. Es entonces cuando el cigoto accede a todas las hormonas y demás elementos necesarios para su desarrollo y tiene posibilidades de evolucionar hasta convertirse en un niño o niña. Sobre el tema, Jorge Carpizo tomó una posición clara en su libro *La interrupción del embarazo antes de las doce semanas*, y expresó: “Quienes proponen que el inicio de la vida humana corresponde al momento de la fecundación, desconocen y olvidan los conocimientos que en la actualidad ofrece la biología de la reproducción, la información genética y la inviabilidad del embrión antes de su implantación”.<sup>21</sup>

El momento de la concepción —por tanto, el del comienzo de una nueva vida humana— es en opinión del Tribunal una cuestión valorada desde diversas perspectivas: biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa, y coincide con tribunales internacionales y nacionales en que no existe una definición consensuada sobre el punto. Es cierto, añade, que existen juicios que confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones, pero estas posiciones no pueden justificar la prevalencia de cierto tipo de literatura al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana. Esta interpretación implicaría, concluye, imponer un tipo de creencias específicas, propias de un grupo, a otras personas que no las comparten.

La Corte señaló que la expresión *ser humano* utilizada en la Declaración Universal de Derechos Humanos no fue introducida por sus redactores con el fin de incluir al no nacido, como tampoco fue esa la intención al incorporarla en otros documentos internacionales, entre ellos los trabajos preparatorios del artículo 6.1 y el mismo precepto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ninguno de estos documentos indican que

superior, como universidades de las más diversas tendencias, como la Panamericana de México y de grupos conservadores, como Vida y Familia.

<sup>21</sup> Carpizo, Jorge, “La interrupción del embarazo antes de las 12 semanas”, *Derechos humanos, aborto y eutanasia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 6.

los Estados pretendieran tratar como persona al no nacido ni otorgarle el mismo nivel de protección que a las personas nacidas. Lo mismo puede expresarse respecto a los artículos 1o. y 6.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Sobre estas bases no puede establecerse, como lo señaló el gobierno de Costa Rica, que sean varios los instrumentos internacionales que protejan la vida prenatal.

En cuanto al último término, *en general*, la Corte concluyó que el motivo para su incorporación en el artículo 4.1 correspondió a un intento por balancear el posible conflicto entre el interés, de proteger la vida prenatal y el de reconocer los derechos de ciertas personas, en especial los de la madre, los cuales no deben ser ignorados, y menos anulados en aras de una protección absoluta del embrión.<sup>22</sup>

### 3. *Controversia sobre la pérdida de embriones*

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

El tema del derecho a la vida de los embriones fue quizá uno de los más sensibles analizados durante el proceso; tal vez por eso la Corte fue minuciosa en su análisis y consulta. Para fundar su resolución tomó en cuenta varias pruebas y atendieron el dictamen varios peritos. Uno de ellos, Zeguers Hold Hochchild, manifestó que si bien es cierto que durante los procedimientos de FIV se pueden malograr embriones, “la información científica generada enseña que la muerte embrionaria que ocurre en los procedimientos de FIV no ocurre como resultado directo de la técnica, sino que ocurre como parte del proceso con que se expresa nuestra naturaleza”.<sup>23</sup> 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 del 90%. Sin embargo, aclaró que “es difícil estimar la mortalidad exacta embrionaria en circunstancias naturales

<sup>22</sup> Cabe comentar que en el mismo sentido, una sentencia de 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 derechos. Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación del 28 de agosto de 2008, acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007.

<sup>23</sup> Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2835). Citado en la sentencia.

ya que algunas pérdidas no se pueden detectar en embarazo temprano”.<sup>24</sup> Frente a este panorama, el Tribunal consideró que no le correspondía a la Corte analizar a profundidad cuál perito tenía la razón, ya que para ella fue suficiente constatar que la prueba obrante en el expediente era concordante en señalar que tanto en el embarazo natural como en el marco de la FIV existe pérdida de embriones.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte encontró desproporcionado pretender la protección absoluta del embrión respecto a un riesgo que resulta común e inherente incluso en procesos donde no interviene la técnica FIV. A partir de esta postura, decidió compartir el concepto de Zeger-Hochschild, perito para quien es fundamental, desde una perspectiva biomédica, diferenciar el significado de “proteger el derecho a la vida” y el de “garantizar el derecho a la vida de estructuras celulares que se rigen por una matemática y una biología que trasciende cualquier regulación social o jurídica”. Bajo esta premisa nadie puede garantizar el desarrollo y nacimiento del óvulo fecundado natural o artificialmente; por lo tanto, corresponde a las instituciones responsables de las técnicas de reproducción asistida proveer las mejores condiciones con que cuente el conocimiento médico y científico para que los gametos y los embriones cumplan su potencialidad de llegar a ser persona.

## V. RELEVANCIA DE LA SENTENCIA EN EL CONTEXTO DE LA LAICIDAD

Como mencionamos al principio de este estudio, las técnicas de procreación no natural —y en especial la FIV— han generado serias controversias desde su implantación. De manera esquemática podemos distinguir dos tendencias que reflejan las oposiciones: por un lado, la primacía de la protección de la vida de los embriones generados durante los procesos reproductivos artificiales y, por el otro, la primacía del libre acceso a las técnicas de reproducción asistida.

En el panorama latinoamericano, las posiciones sobre cuándo comienza la vida y, por tanto, a partir de qué momento es deber del Estado protegerla, están claramente definidas. La poderosa influencia religiosa de la Iglesia católica, que desde hace más de un siglo ha manifestado su oposición y rechazo a la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida,<sup>25</sup>

<sup>24</sup> Declaración ante fedatario público de la perita Garza. Citada en la sentencia.

<sup>25</sup> Efectivamente, ya en 1897 mediante decreto del Santo Oficio, el Vaticano condenaba la inseminación artificial, condena que fuera ratificada por los papas León XII y Pío XII.

se ha hecho presente en la región. Su ascendiente se ha incrementado significativamente a partir de la IV Conferencia General del Episcopado Latinoamericano, celebrada en octubre de 1992. De esta reunión resultó un documento con el cual el entonces papa Juan Pablo II sentó las bases de una ideología y una estrategia muy conservadoras dirigidas concretamente a los gobiernos y a los partidos políticos ideológicamente afines a la Iglesia. La función de unos y otros ha sido desde entonces la de impulsar iniciativas de leyes acordes con los principios de la fe católica y detener, por el contrario, las que le son adversas.<sup>26</sup> Estas posiciones gozan de una presencia política muy fuerte, como Jorge Carpizo expresó: “no existe duda alguna de que una de las regiones más atrasadas, si no la que más en el reconocimiento de los derechos reproductivos de la mujer es América Latina, debido entre otros factores a una fuerte influencia de la Iglesia católica”.<sup>27</sup>

Costa Rica ha sido un ejemplo de la observancia de esas políticas conservadoras: primero, a través de la sentencia de la Sala Constitucional, que prohibía la fecundación *in vitro* en aras de la protección de la vida de los embriones —convirtiendo con ello a Costa Rica en el único Estado del continente que llegaba a tal extremo— y posteriormente, con la falta de cumplimiento de las recomendaciones emitidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a pesar de que el Ejecutivo enviara al Congreso el Proyecto de Ley de FIV 17900.<sup>28</sup>

Por otro lado, desde una perspectiva liberal, la tolerancia y la aceptación de métodos alternativos de procreación han permitido hablar en nuestros días de un derecho a la libertad de procreación, el cual incluye el dere-

Citado por Mendoza, Héctor A., *La reproducción humana asistida Un análisis desde la perspectiva biojurídica*, México, Fontamara-Universidad Autónoma de Nuevo León, 2011.

<sup>26</sup> Miyares, Alicia, “Derechos sexuales y reproductivos en América Latina”, *Pensamiento Iberoamericano Feminismo, Género e Igualdad*, Madrid, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, Fundación Carolina, 2a. época, núm. 9, septiembre de 2011.

<sup>27</sup> Carpizo, Jorge, “La interrupción del embarazo antes de las 12 semanas”, *cit.*, p. 14.

<sup>28</sup> “Costa Rica rechaza la ley de fecundación *in vitro*”, *aciprensa.com*. “Los obispos de Costa Rica expresaron su rechazo a la norma (el proyecto de ley). En octubre de 2010, el presidente de la Conferencia Episcopal y del Arzobispado de San José, monseñor Barrantes Ureña, solicitó al gobierno no aprobar la Ley de Fertilización *in vitro* por ser una técnica que para lograr su fin elimina en el camino varias vidas humanas” ACI, *prensa.com/noticias/CostaRica/15/junio/2011*, consultado el 15 de abril de 2012. Otro artículo: “La Costa Rica católica se atasca con la fertilización *in vitro*” de Álvaro Murillo, San José. En torno a la falta de acuerdo en el Congreso para aprobar la citada iniciativa de ley. “El Gobierno tiró la toalla. En el Congreso hay mas opiniones que diputados, los científicos toman partido y las iglesias mantienen encendidos cirios y las hogueras... Faltó tiempo, faltó voluntad o la Iglesia es tan fuerte como se sospecha”. *El País*, 13 de julio de 2011.

cho de acceso indiscriminado a alguna de las nuevas formas de tecnología de reproducción.<sup>29</sup> Además, la libertad reproductiva se ha convertido en una de las banderas de los grupos feministas, que consideran a la reproducción no como un hecho que acontece a la mujer; sino como una decisión propia. Esta tendencia ha penetrado casi todos los países de la región, tanto en aquellos cuyos gobiernos con preferencias liberales como en los de tendencias conservadoras. Cada Estado, de manera más abierta o más restringida, permite la realización de varias técnicas de reproducción, incluida la fecundación *in vitro*.

Sin embargo, resulta preocupante que a pesar de que las técnicas de reproducción asistida —incluida la FIV— se practiquen regularmente, no existan leyes sistemáticas que las disciplinen. Varios gobiernos han iniciado procesos para legislar sobre reproducción asistida, sin que estos hayan podido concretarse debido a las radicales posturas asumidas por los grupos liberales y conservadores.<sup>30</sup> El caso de Costa Rica no es único; en Argentina se han elaborado más de veinte proyectos de ley. Lamentablemente, hasta el momento ninguno de ellos ha logrado ser aprobado.<sup>31</sup> En México, cada partido político ha presentado sin resultado alguno una o varias iniciativas ante el Congreso de la República y ante la Cámara de Diputados.<sup>32</sup>

A pesar de que las técnicas se practican sin ninguna o insuficiente regulación y al margen de la valoración y del control moral, con el incremento de los riesgos implicados, las posiciones encontradas han cancelado la posi-

<sup>29</sup> Vázquez, Rodolfo, “La cuestión del embrión y algunos de los problemas de la bioética”, en Pérez Tamayo, Ruy *et al.* (coords.), *La construcción de la bioética*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007, vol. 1, p. 36.

<sup>30</sup> En opinión del distinguido médico y filósofo francés Claude Sureau, la dualidad de las actitudes frente a ese ser son profundamente ambiguas, y hasta podrían catalogarse de “esquizofrénicas”, por las oposiciones conceptuales tan radicales que se manifiestan en su entorno, Sureau, Claude, “Létre Prenatal, Illusion Biologique, Réalite Humaine o Enjeu Politique”, *Science, Étique et Droit*, bajo la dirección de Nicole M. Le Douriahn Catherine Puigelier, Odile, Jacob, Francia, pp. 202-217.

<sup>31</sup> Sin embargo, parece que se suscitan cambios. En la provincia de Buenos Aires, el 3 de diciembre de 2010 se sancionó una ley que define la infertilidad como enfermedad, y a partir de esa apreciación se considera la cobertura por parte del Estado de las técnicas de fertilización asistida y la creación de centros estatales que las realicen. Datos obtenidos de la publicación *Fecundación in vitro en Costa Rica y en la Argentina*, de Carlos Valerio *et al.*, texto en línea, Abeledo Perrot, *lexis nexis.com.ar/Noticias*, <http://www.lexisnexis.com.ar/Noticias/MostrarNoticia>, Argentina, 23 de febrero 2011, [http://www.lexisnexis.com.ar/Noticias/MostrarNoticia\\_cod=8161&tipo2](http://www.lexisnexis.com.ar/Noticias/MostrarNoticia_cod=8161&tipo2). Consultada el 27 de mayo de 2011.

<sup>32</sup> En la actual legislatura se pretende impulsar un proyecto de reforma a la Ley General de Salud, elaborado por el Partido Acción Nacional.

bilidad de avance.<sup>33</sup> Por eso, la sentencia de noviembre de 2012 significa un adelanto en la construcción del pensamiento liberal en torno a los derechos reproductivos en Latinoamérica. El Tribunal escuchó y atendió tanto a representantes de corrientes liberales como a conservadoras y religiosas, para finalmente decidir fundar su sentencia en criterios científicos, despojados de cualquier ideología o religión que afectara el ámbito de toma de decisiones sobre reproducción.

Se espera que la República de Costa Rica cumpla con la sentencia, regule la implementación de la FIV y establezca los sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones y profesionales calificados que desarrollen las técnicas de reproducción asistida. La nueva legislación deberá, desde luego, respetar los derechos humanos asociados a los derechos reproductivos y la interpretación del artículo 4.1 de la Convención Americana. Expresamos nuestro deseo de que los demás Estados de la región también apuren sus legislaciones sobre las mismas bases, y sobre todo que no desatiendan el espíritu democrático y laico que permea la sentencia. Recordemos cómo Jorge Carpizo defendió en tantos foros el laicismo como sinónimo de democracia. El laicismo es contrario al fanatismo, al dogmatismo y al pensamiento único; democracia es el derecho a disentir a pensar distinto.<sup>34</sup>

Estamos de acuerdo en que las técnicas de reproducción asistida sean sometidas a ciertas limitantes derivadas del reconocimiento de otros derechos, tanto de los mismos involucrados como de terceros y a ciertos principios, como la indicación médica y la proporcionalidad de los medios que se empleen. Sin embargo, existe una gran diferencia entre establecer limitantes cuando estas se encuentran justificadas y no sean excesivas, a imponer una tajante prohibición o no legislar.

Los derechos reproductivos suponen el libre albedrío, para cuyo ejercicio se requiere de un Estado laico que no admita imposiciones ni trabas religiosas a la decisión de cada persona y que además cree las condiciones adecuadas para que las personas puedan ejercer esa libertad.

## VI. COLOFÓN

Por último, resulta necesario insistir en que no solo las legislaciones, sino también cualquier toma de decisiones —tanto administrativas como

<sup>33</sup> González, Juliana, “Embrión humano y dignidad humana”, en Brena, Ingrid (coord.), *Células troncales, aspectos científicos, filosóficos y jurídicos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 61.

<sup>34</sup> Carpizo, Jorge, “La interrupción del embarazo antes de las 12 semanas”, *cit.*, pp. 41 y ss.

judiciales— deben fundamentarse en información científica que permita la construcción de una convivencia respetuosa dirigida hacia un objetivo primordial: el respeto a los derechos humanos involucrados con los derechos reproductivos. Los valores de cualquier religión pertenecen al ámbito privado de las personas. A los Estados les corresponde proteger la libertad reproductiva para que las personas puedan decidir si quieren o no tener hijos y cuándo tenerlos, y en el caso de las personas con problemas de fertilidad, para tener acceso a las nuevas tecnologías a su alcance.

Costa Rica, como Estado parte de la Convención Americana, está obligado a cumplir la sentencia de la Corte.<sup>35</sup> Los demás Estados partes de la Convención decidirán, de acuerdo con sus derechos internos, el grado de obligatoriedad de la sentencia. Pero en todo caso, este fallo deberá ser valorado como un gran paso hacia el avance del pensamiento democrático y laico. Representa una visión al margen de las creencias y religiones, que no solo beneficiará a las personas o parejas con problemas de fertilidad, sino que las interpretaciones sobre los términos *persona y concepción* darán luz a otros debates, como la práctica del diagnóstico preimplantatorio o la empantanada discusión en Latinoamérica sobre la posible utilización de células troncales embrionarias con fines de investigación. La autoridad de las argumentaciones vertidas en la sentencia, así como en la interpretación oficial del artículo 4.1 de la Convención Americana, han dejado un precedente que difícilmente podrá ser desconocido para quienes intenten aplicar este precepto y regular las diversas técnicas de reproducción asistida en Latinoamérica.

<sup>35</sup> El artículo 68.1 de la Convención Americana expresa: “Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean parte”.