



MSc. Huberth May C. Consultor Especializado. UCR
Constitucional, Administrativo, Laboral.



“La fecundación in vitro es una sonrisa a la vida”

Dr. Gerardo Trejos Salas

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
CASO GOMEZ MURILLO Y OTROS VS COSTA RICA.
CASO 12.798 (Fecundación In Vitro)

ESCRITO DE ARGUMENTOS, SOLICITUDES
Y PRUEBAS DEL
REPRESENTANTE
JUDICIAL
HUBERT MAY CANTILLANO



MSc. Huberth May C. Consultor Especializado. UCR
Constitucional, Administrativo, Laboral.



“La fecundación in vitro es una sonrisa a la vida”

Dr. Gerardo Trejos Salas

Honorables jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

El suscrito Hubert May Cantillano, mayor abogado casado, con cédula de identidad 1-621-496, representante judicial de los señores:

- 1)-. SILVIA MARIA SOSA ULATE, cédula 2-0487- 0074, y ROBERTO ANTONIO PEREZ GUTIERREZ, cédula 1-0857-0877.
- 2)-. GEANNINA ISELA MARIN RANKIN , cédula 1-787-133 y RANDALL ALBERTO TORRES QUIROS, cédula 1-776-432.
- 3)-. AIDA MARCELA GARITA SANCHEZ , cédula 1-766-0093 y DANIEL GERARDO GOMEZ MURILLO, cédula 2-448-498.
- 4)-. LUIS MIGUEL CRUZ COMPARAZ, cédula 159100003716 Y RAQUEL SANVICENTE ROJAS, cédula 1-0796-0789 .
- 5)-. CARLOS LOPEZ VEGA, cédula 8-0087-0061 Y ALBANIA ELIZONDO RODRIGUEZ, cédula 6-0214-0461.
- 6)-. MIGUEL ACUÑA CARTIN, cédula 1-712-238 Y PATRICIA NUÑEZ MARIN, cédula 1-862-986.

en autos conocido como representante de las presuntas víctimas, presento la posición de las víctimas sobre el Caso sometido a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte o Tribunal) por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Comisión) por

violación continuada por parte del Estado de Costa Rica de las normas 4, 5, 7, 11.2, 17 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones establecidas en los numerales 1.1 y 2 de la misma Convención en perjuicio de las personas antes indicadas, quienes acuden a la justicia no sólo en defensa de sus derechos sino también de los de miles de personas que han resultado lesionadas en esos mismos derechos. En el desarrollo de esta exposición mantenemos un conjunto de argumentos y puntos de vista que en su oportunidad fueren expuestos por el denunciante original, Dr. Gerardo Trejos Salas, pionero en este tipo de abordaje jurídico, y amigo y colega con quien se colaboraba en esta temática.

CONSIDERACIONES PREVIAS

El presente asunto se encuentra precedido del debate suscitado en el Caso 12361 Artavia Murillo y otros Vs Costa Rica, confirmándose que este tema es una cuestión exclusivamente de derecho internacional y debe ser resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos recurriendo a las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y sus principios y no a las reglas de la jurisdicción interna de los Estados. Como bien ha señalado la doctrina:

“El Derecho Internacional impone límites materiales a la hora del ejercicio por el Estado de las competencias que le son propias. Así, cuando el Estado ejerce, por ej., la competencia normativa en materia de derechos humanos, su margen discrecionalidad queda condicionado a respetar (no legislar contra) los estándares impuestos por el Derecho Internacional en dicho ámbito material.”¹

En el presente documento demostraremos que al prohibir la práctica de la fertilización in vitro en Costa Rica, y al mantenerse la prohibición de facto hasta febrero del 2016, los miembros de la Sala Constitucional quisieron imponer jurídicamente sus concepciones morales a todos los costarricenses. Los eventuales derechos del no nacido son los únicos que se contemplan en la Sentencia cuestionada, mientras que los derechos e intereses de otros sujetos implicados son totalmente olvidados (particularmente los de las mujeres). Así, cuando la Sala Constitucional del Estado de Costa Rica

¹ Vid. Remiro Brotons, Antonio et al. *Derecho Internacional*. Editorial Tirant Le Blanch, Valencia, 2007.pag: 128

habla de derechos, no hace sino presentar unos principios que se consideran absolutos y que sirven fundamentalmente para restringir las conductas y autonomía individuales. No se ofrece posibilidad de elección ni de responsabilidad moral: hay una única verdad y por lo tanto las decisiones de los individuos en ese sentido son indiferentes, por cuanto además esta decisión se impuso jurídicamente. El actuar del Estado tampoco da posibilidad alguna de elección con relación a los propios intereses. Hasta tal punto es así que se afirma que ni siquiera podrá autorizarse la práctica de la FIV “*ni siquiera por rango legal*”.

Este Caso se sitúa, por su objeto, en el campo de lo que algunos autores suelen llamar “*bionomía jurídica*”. En el derecho relativo a los cuerpos y a la vida: “*se trata de un campo de creciente importancia y actualidad, al que se han sumado muy diferentes aportaciones y perspectivas*”.²

² Vid, Lema Añón, Carlos. *Reproducción, poder y derecho*. Editorial Trotta, Madrid, 1999, pág 9.

HECHOS COMUNES.

Seguidamente, presentamos a consideración de la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos los hechos en que se funda el presente escrito de solicitudes, argumentos y pruebas del Caso Gómez Murillo contra el Estado de Costa Rica:

- 1) El 15 de marzo del año 2000, mediante Sentencia de la Sala Constitucional de Costa Rica de las quince horas con veinte minutos del quince de marzo del año dos mil, se prohibió de forma definitiva la práctica médica de la fertilización in vitro.
- 2) A nivel de la sociedad costarricense esta sentencia de Sala IV fomentó, estimuló o legitimó campañas de odio e irrespeto a los derechos humanos de las parejas infértiles dispuestas a recurrir a esta técnica, así como campañas mediáticas denigrantes para con sus hijos. Esas campañas denigrantes “estimuladas” por la decisión de la Sala IV han afectado la autoestima y los sentimientos de mis representados, quienes han tenido que soportar y vivir en carne propia los efectos de esos prejuicios dado que al desear tener ellos un hijo FIV les afectaba grandemente las campañas promovidas por la Iglesia pues se decía que los niños FIV eran asesinos de sus hermanitos y sacerdotes decían en la Homilías que estos niños eran “engendros del demonio” cosa que repetían a veces amigos y gente conocida.
- 3) Entre los años 2004 a 2007 don Gerardo Trejos Salas como peticionario originario, denunció ante la Comisión Interamericana la violación por parte del Estado costarricense de diversas disposiciones de la Convención por el hecho de haber prohibido la práctica de la fertilización in vitro en el país en perjuicio de todos las presuntas víctimas en el Caso Gómez Murillo y otros vs Costa Rica.
- 4) El 29 de octubre del año 2010, Enrique Castillo, Embajador y Representante de Costa Rica ante la OEA dirigió una misiva a la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Interamericana de la que claramente se desprende el allanamiento del estado de Costa Rica a las recomendaciones de la Comisión en el caso Artavia Murillo. En efecto, el señor Castillo, haciendo referencia a nota enviada el 21 de octubre de 2010 por el Estado de Costa Rica a la Comisión señala que: *“de la nota de respuesta en referencia que ha sido remitido oportunamente por el estado de Costa Rica a la ilustre Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se desprenden las acciones iniciadas por las autoridades gubernamentales del país para acatar voluntaria e integral mente, las recomendaciones hechas por esa ilustre Comisión en su informe de fondo 85/10...”*. Estos esfuerzos, no obstante, no tuvieron ningún efecto útil sino más bien uno distractor.

- 5) Que mediante sentencia del 28 de noviembre del año 2012 notificada a las partes el día 20 de diciembre del año 2012, la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos; en el caso Artavia Murillo contra Costa Rica, tramitado en esa jurisdicción bajo expediente número 12.361, declara la responsabilidad internacional del Estado Costarricense por la prohibición de la FIV constatando una violación a derechos humanos de las víctimas demandantes, incluido el derecho a la salud y a la salud reproductiva y al uso y acceso a técnicas médico-científicas, y obligando al Estado Costarricense a una reparación para las personas apersonadas en ese proceso. La “ratio decidendi” de esa sentencia ampara, cubre y protege a este segundo grupo de mis representados en sus derechos también conculcados. Esta resolución fue inobservada, en sus puntos medulares, por el Estado Costarricense y especialmente por la Sala Constitucional y el Poder Legislativo, en el periodo comprendido entre enero del año 2013 a inicios del año 2016, momento en que se emite, el 26 de febrero, una resolución de cumplimiento en el caso Artavia Murillo con la cual se cierra y agita la resistencia interna al cumplimiento del fallo de esta Corte.
- 6) *Que en el caso Artavia Murillo el Estado Costarricense, sostuvo la posición de aval a la Sentencia de la Sala Constitucional y de negación de una situación de violación a derechos humanos con motivo de la prohibición allí decretada. Sin embargo a partir de setiembre del 2015 el Estado Costarricense por intermedio del Poder Ejecutivo, varia su posición de desacato y dicta el Decreto Ejecutivo 39210 normativa que es congruente y armónica con el contenido de la sentencia dictada en el caso Artavia Murillo.*
- 7) *Que existen en la actualidad en corriente legislativa proyectos ley (entre ellos el número 18824) que pretenden regular la técnica FIV pero no para garantizarla sino para obstaculizarla y hacerla inviable. Estos proyectos son ahora impulsados por un grupo residual de diputados que se oponen a la FIV.*
- 8) *Que mediante resolución de cumplimiento del 26 de febrero de 2016 dictada en el caso Artavia Murillo la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaro que el Decreto Ejecutivo 39210 que regula la FIV se mantiene vigente todo sin perjuicio de que el órgano legislativo emita regulación posterior la cual debe estar apegada a los estándares indicados por la Corte.*
- 9) Que mis representados son parejas con diagnóstico de infertilidad y en su momento con recomendación médica de uso de la técnica FIV y no la pudieron realizar en Costa Rica por el efecto impeditivo de la sentencia de la Sala IV situación que se extendió hasta recién febrero del 2016, todo lo cual les ha provocado una seria afectación y un daño irreparable e irreversible a su proyecto de vida y a sus derechos a formar una familia, y a decidir libre y

autónomamente el ejercicio de sus derechos reproductivos con grave afectación a su derecho a la salud. En la actualidad y a fecha de presentación de este escrito, todos mis representados tiene una situación de salud, una edad y un momento en su vida, que les impide ahora recurrir a esta técnica de manera que en forma irreversible ha sido afectado en su perjuicio el derecho a formar una familia y a tener hijos biológicos. La única pareja que se encuentra actualmente (y no por mucho tiempo) en posibilidad de recurrir a esta técnica es la constituida por los señores Silvia Sosa y Robert Pérez pero únicamente en uso de la técnica FIV con la modalidad de útero subrogado o maternidad asistida, todo según criterio médico que se acredita.

- 10)** Que el Estado costarricense se encontró en desacato de la sentencia Artavia Murillo entre el periodo que va de enero del 2013 a febrero del 2016, perpetuando un estado de violación a los derechos de los habitantes costarricenses necesitados de la técnica FIV. A fecha abril del 2016, el Estado costarricense se encuentra adoptando medidas para autorizar a servicios de salud privados a brindar la técnica FIV, y la CCSS, según el decreto 39210, goza aún de un período de tiempo para poner en operación el servicio.

SITUACION FACTICA INDIVIDUALIZADA DE LAS VICTIMAS.

1. Silvia Sosa Ulate y Roberto Pérez Gutiérrez.

- 1)** Ambas víctimas (que para los efectos de este proceso deben ser vistos como una unidad, un matrimonio) han sido y son asegurados al régimen de la Caja Costarricense del Seguro Social por ser ambos trabajadores asalariados.
- 2)** Nacieron mis representados como sigue: Silvia el día dos de julio de 1973, y Roberto el día nueve de julio de 1973, de manera que tienen a la fecha ambos tienen 42 años, como se verá edades límites para practicarse la FIV.

Por virtud de la prohibición la CCSS no brindaba el servicio de aplicación la técnica de la FIV a sus asegurados, entre ellos a **SILVIA MARIA SOSA ULATE Y ROBERTO ANTONIO PEREZ GUTIERREZ.**

- 3) Silvia Sosa y Roberto Pérez contrajeron matrimonio en fecha dieciséis de diciembre del año mil novecientos noventa y cinco, y el proyecto de vida personal e íntimo y como matrimonio consistía en formar una familia y tener hijos biológicos. Decidieron pedir bebé pero perdieron a su primer hijo. Insistieron e hicieron varios intentos por vía de inseminaciones artificiales y volviendo a quedar Silvia embarazada pero el embarazo fue ectópico (el bebé se desarrollo en una trompa de Falopio) y tuvieron que operar y quitarle la trompa.
- 4) Realizaron luego varios intentos con inseminación artificial pero todo fue infructuoso, por lo cual decidieron acudir ante el Dr. Gerardo Escalante quién les fuera recomendado.
- 5) El 16 de diciembre del 2004 y luego de exámenes, y tratamientos previos (entre ellos una laparoscopia), se diagnosticó que Silvia Sosa Ulate era portadora de esterilidad con recomendación de uso de la Técnica de la Fertilización In Vitro para superar el estado de infertilidad.
- 6) Con mucho sacrificio económico y endeudamientos entre los años 2005 al 2009 se practicaron cinco In Vitros en la República de Panamá, lugar a donde tuvieron que ir dada la prohibición decretada por la Sala Constitucional para practicar esta técnica en Costa Rica.
- 7) El primer In Vitro lo realizaron en el mes de mayo del 2005, con mucho esfuerzo y sacrificio económico y con las incomodidades de estar en un lugar extraño sin conocidos, amigos o familiares que le apoyen y brinden soporte y teniendo que incurrir en una serie de gastos como pasajes de avión, alimentación , hospedaje de hotel, gastos en medicinas, alimentos y honorarios de profesionales médicos etc. Este intento resultó infructuoso pues no hubo embarazo.
- 8) El segundo in vitro lo realizamos en junio del 2006 con óvulos que quedaron congelados del primer intento. En esta oportunidad tampoco se logró el embarazo,
- 9) El tercer intento lo realizaron en abril del 2008, dos años después del segundo dado que tenían que recuperarse económicamente y ahorrar y completar el dinero para sufragar de nuevo todos los costos del viaje, estadía y tratamiento. Tampoco en esta oportunidad se logró el embarazo deseado.
- 10) El cuarto intento se realizó en setiembre del 2008 pero tampoco hubo embarazo.

- 11)** En el último intento realizado en enero del 2009 al fin hubo embarazo. En esta oportunidad les acompañó en el viaje una tía y una prima. El 19 de junio del 2009 nació Rebeca pero una hora después de nacida murió debido a pulmones prematuros.

Para la fecha de realización de este quinto in vitro tenía Silvia Sosa la edad de 35 años, edad en la que hay más riesgo de y propensión a la “Eclamsia” que fue de lo que murió la hija Rebeca

- 12)** Para poder sufragar todos estos gastos que demanda estos tratamientos y viajes tuvieron que endeudarse y solicitar distintos préstamos.
- 13)** Que adoptaron un hijo en el año 2012 y tienen el deseo actual de poder darle un hermanito y completar de esta manera la familia.
- 14)** Que el proyecto de vida de la pareja aquí demandante era y es aún formar una familia y tener hijos biológicos. Este es el sentido de su vida como matrimonio y es expectativa e interés legítimo también de la familia extendida.
- 15)** Que la única posibilidad actual de poder completar a familia es por medio de una maternidad subrogada.
- 16)** Que la imposibilidad de poder practicarse la FIV en Costa Rica les ha deparado y provocado un daño moral (subjetivo y objetivo), un daño al proyecto de vida y un daño material. Al igual que otras parejas que han sufrido lo mismo, han sido afectados anímicamente en su fuero interno dado que se han generado sentimientos de dolor, angustia, desesperación, temor, congoja, con motivo de la imposibilidad de acudir a esta técnica al estar desvalorada institucionalmente, todo lo cual ha provocado un inmenso dolor espiritual y una afectación a la familia.
- 17)** Que la prohibición decretada por la Sala Constitucional en su voto 2306-2000 ha significado para los actores una violación a sus derechos humanos reconocidos a saber: el derecho a la vida privada y familiar y el derecho a fundar una familia, el derecho a la salud y a la salud sexual reproductiva, el derecho a la integridad, libertad y autodeterminación personal, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico, y el principio de no discriminación, derechos humanos contemplados, previstos e inserto en los artículos 5.1, 7, 11.2 17.2 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos.
- 18)** Asimismo y como víctimas de la injusticia que ha significado la prohibición de la FIV así como por ser ciudadanos responsables de sus derechos cívicos, han participado activamente en reuniones, actividades sociales, distinto tipo de manifestaciones públicas, todas dirigidas a crear conciencia en la sociedad costarricense acerca de la necesidad de que se permita la

FIV así como a darse apoyo moral y contención entre personas que tienen el mismo problema de infertilidad.

- 19) Que producto de la prohibición decretada por la Sala Constitucional el Estado no se les brindó a los demandantes servicios médicos para superar su estado de infertilidad ni se puso a su disposición la técnica de la FIV afectando y lesionando su derecho general a la salud, y específicamente el derecho a la salud sexual reproductiva, así como impidiendo el derecho al acceso a los avances médicos y científicos para superar discapacidades.
- 20) Ante la imposibilidad por razones económicas de poder realizar un nuevo in vitro, y dada la prohibición vigente en nuestro país, se logró tener un hijo en el año 2012 por medio de adopción directa.
- 21) Que para este momento, por la edad de la pareja y por sus problemas de salud reproductiva la pareja ha perdido irremediablemente la posibilidad de tener hijos pues los médicos no recomiendan su práctica en este momento. El criterio medico es que sólo mediante maternidad subrogada con óvulo donado es posible que la pareja pueda realizar el anhelo de tener hijos para completar la familia y poder brindar un hermanito(a) a su hijo adoptado en el año 2012.

2. ***GEANNINA ISELA MARIN RANKIN , y RANDALL ALBERTO TORRES QUIROS.***

- 1) Ambas victimas (que para los efectos de este juicio deben ser vistos como una unidad, un matrimonio) han sido y son asegurados al régimen de la Caja Costarricense del Seguro Social.
- 2) Por virtud de tal prohibición decretada por la Sala IV, la CCSS no brindaba el servicio de aplicación de la técnica de la FIV a sus asegurados, entre ellos los aquí demandantes.
- 3) Mis representados han sido pareja pero contrajeron matrimonio en fecha 1 de febrero de 1997. El proyecto de vida personal e íntimo de cada uno, como pareja y como matrimonio, consistía en formar una familia y tener hijos biológicos. Este proyecto era de interés y tenía repercusión en la familia extendida (abuelos, padres, hermanos, primos, tíos, sobrinos etc)
- 4) Después de años de intentar infructuosamente por la vía natural tener hijos, debieron acudir a médicos especialistas, entre ellos el Dr Gerardo Escalante, siendo el diagnóstico que ambos

presentaban problemas de infertilidad : Randall un bajo conteo y movilidad de espermatozoides, e Isela declarada con endometriosis.

- 5) En vista de la prohibición vigente en Costa Rica, con mucho sacrificio económico y endeudamientos, lograron practicarse en el año 2004, un In Vitro en Colombia, sin embargo el resultado no fue exitoso y ello fue devastador para la familia. Todavía se realizó en España en el año 2005 un segundo intento que tampoco fructificó.
- 6) Para poder sufragar los gastos que demanda estos tratamientos y viajes, han tenido que endeudarse y gastar sus ahorros y recurrir al apoyo familiar.
- 7) Ante la imposibilidad por razones económicas de poder realizar un nuevo in vitro, y dada la prohibición vigente en nuestro país, se logró tener hijos en los años 2006 y 2010 por medio de adopción directa.
- 8) Que la imposibilidad de poder practicarse la FIV en Costa Rica les ha deparado y provocado un daño moral (subjetivo y objetivo) y un daño material. Al igual que otras parejas que han sufrido lo mismo, han resultado afectados anímicamente en su fuero interno dado que se han generado sentimientos de dolor, angustia, desesperación, temor, congoja, todo con motivo de la imposibilidad de acudir a esta técnica y por estar la misma desvalorada institucionalmente, todo lo cual ha provocado un inmenso dolor espiritual y una afectación a la familia, daño que no es instantáneo sino que se ha mantenido y perpetuado por muchos años y aún se mantiene.
- 9) Que la prohibición decretada por la Sala Constitucional en su voto 2306-2000 ha significado para los actores una violación a sus derechos humanos reconocidos a saber: el derecho a la vida privada y familiar y el derecho a fundar una familia, el derecho a la salud y a la salud sexual reproductiva, el derecho a la integridad, a la libertad, autonomía y autodeterminación personal, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico, y el principio de no discriminación, derechos humanos contemplados, previstos e inserto en los artículos 5.1, 7, 11.2 17.2 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos en relación con los artículos 21, 28, 33,51, 73 y 74 Constitucionales .
- 10) Que producto de la prohibición decretada por Sala IV se les privó a los actores de un tiempo vital de convivencia y de existencia familiar toda vez que bien pudieron haber tenido hijos antes y bien pudieron haber tenido más hijos, si la técnica se hubiese podido haber practicado en Costa Rica y si hubiese sido brindada por la CCSS.
- 11) Que producto de la prohibición decretada por la Sala Constitucional el Estado no le brindó a los demandantes servicios médicos para superar su estado de infertilidad; ni se puso a su disposición la técnica de la FIV, afectando y lesionando su derecho general a la salud, y

específicamente el derecho a la salud sexual y reproductiva, así como impidiendo el derecho al acceso a los avances médicos y científicos para superar discapacidades.

12) Al igual que otras parejas que se encuentran en la misma situación, esta prohibición e imposibilidad de practicar esta técnica en nuestro país les ha generado un daño moral inmenso y una afectación a su salud física, espiritual y psicológica.

13) Que actualmente, por la edad de la pareja y por sus problemas de salud reproductiva la pareja ha perdido irremediablemente la posibilidad de tener hijos pues los médicos no recomiendan su práctica en este momento.

3. CARLOS LOPEZ VEGA, Y ALBANIA ELIZONDO RODRIGUEZ.

1) Esta pareja aquí demandante (que para los efectos de este juicio deben ser vistos como una unidad, un matrimonio) son trabajadores y en tal carácter han sido y son asegurados al régimen de la CCSS. Están unidos en matrimonio desde fecha 7 de noviembre del 2003.

2) Como proyecto de vida se fijaron formar una familia y tener hijos biológicos. Tal proyecto lo vinieron forjando desde años antes de casarse y han direccionado sus vidas en ese sentido para lograr tal fin.

Este proyecto de vida es parte de un sistema de relaciones familiares en donde la familia extendida (abuelos, hermanos, tíos, suegros, primos, etc) es coparticipe de este anhelo y en el cual están interesados todos vitalmente.

3) La pareja ha intentado infructuosamente tener hijos por las vías naturales. Luego de estudios y tratamientos médicos se ha determinado que son infértiles y que requieren del uso de la técnica FIV para poder tener hijos.

Sin embargo, la gran limitante era y es que dicha práctica no se realiza en Costa Rica, pues ni la CCSS la practicaba ni la practica aún; y es prohibida de hecho, por actos y omisiones estatales, en el ámbito médico particular privado al cual podrían haber recurrido.

4) Ante la prohibición fáctica de la FIV, y luego de un gran sacrificio económico que implicó destinar parte de su patrimonio para el logro de este objetivo, y para poder hacerse los exámenes que les enviaran, así como el pago de las consultas, lograron los actores viajar a otro país y practicar la técnica. Todo de la siguiente manera: Se practicaron la técnica en tres oportunidades : enero del 2005

con el Dr. Ariel Pérez, en julio del 2006 con el Dr. Alejandro Villalobos Castro, y en mayo del 2007 se practicaron el último intento FIV, todos en Panamá. Luego de eso no han podido recurrir más a la técnica por falta de presupuesto vista de que no han contado con recursos económicos para financiarla.

5) La pareja ha vivido momentos de angustia y dolor producto de la imposibilidad de tener hijos, producto de la presión social que realiza el entorno. Igualmente han debido soportar críticas por su decisión de practicar la FIV y han tenido sentimientos de tristeza y tensión generadas por las presiones sociales, familiares, de pareja y económicas y por los prejuicios en contra de la técnica.

La suma de todos estos factores puso en crisis y en peligro la estabilidad del matrimonio que se aferró en su momento a la idea de realizar su sueño de tener un descendiente.

6) Al igual que otras parejas que se encuentran en la misma situación, esta prohibición e imposibilidad de practicar esta técnica en nuestro país les ha generado un daño moral inmenso y una afectación a su salud física, espiritual y psicológica de la pareja.

7) Que actualmente, por la edad de la pareja y por sus problemas de salud reproductiva la pareja ha perdido irremediamente la posibilidad de tener hijos pues los médicos no recomiendan su práctica en este momento.

4. Aída Marcela Garita Sánchez y Daniel Gerardo Gómez Murillo

1-Ambas víctimas (que para los efectos de este proceso deben ser vistos como una unidad, un matrimonio) han sido y son asegurados al régimen de la Caja Costarricense del Seguro Social por ser ambos trabajadores asalariados.

2-Nacieron mis representados como sigue: Aida Marcela el día cinco de febrero de 1970, y Daniel Gerardo el día veinte y uno de mayo de 1969, de manera que tienen a la fecha ambos 46 años de edad, como se verá edades ya límites para practicarse la FIV, cuando ello sea posible.

3-Por virtud de la prohibición la CCSS no brindaba el servicio de aplicación de la técnica de la FIV a sus asegurados, entre ellos a **AIDA MARCELA GARITA SANCHEZ Y DANIEL GERARDO GOMEZ MURILLO**.

4-Aida Marcela Garita y Daniel Gómez contrajeron matrimonio en fecha veinte de noviembre del año mil novecientos noventa y nueve, y el proyecto de vida personal e íntimo y como matrimonio consistía en formar una familia y tener hijos biológicos. Decidieron pedir bebé pero perdieron a su primer hijo al darse un embarazo ectópico (el bebé se desarrolló en una trompa de Falopio) y tuvieron que operar de emergencia y quitarle la trompa.

5-Realizaron luego varios intentos con ciclos de estimulación ovárica, luego se detectó endometriosis a Aida Marcela, de lo cual fue operada, se continuaron con los ciclos de estimulación ovárica y procedimientos para determinar la permeabilidad de la trompa de Falopio que quedaba, pero todo fue infructuoso, por lo cual decidieron acudir ante el Dr. Gerardo Escalante quién les fuera recomendado.

6-El 08 de diciembre del 2004 y luego de exámenes, y tratamientos previos (entre ellos una permeabilidad de la trompa de Falopio que se tenía), se diagnosticó que Aida Marcela Garita es portadora de esterilidad secundaria a factor tubárico afectado por ausencia derecha y obstrucción total izquierda, indicándose en el certificado médico que la única posibilidad para lograr un embarazo sería la FIV y transferencia uterina del embrión, tratamiento médico al que no se podría optar para enfrentar el estado de salud de infertilidad en Costa Rica, dada la prohibición decretada por la Sala Constitucional para practicar esta técnica en el país. A esta fecha Aida Marcela Garita contaba con 34 años y su esposo Daniel Gómez con 35 años.

7-Que el proyecto de vida de la pareja aquí demandante era formar una familia y tener hijos biológicos. Este era el sentido de su vida como matrimonio, el cual fue truncado, alterado, obstaculizado y violentado por el Estado de Costa Rica al no permitir la FIV por disposición de la Sala Constitucional, lo cual constituyó una violación a los Derechos Humanos.

8- Que la imposibilidad de poder practicarse la FIV en Costa Rica les ha deparado y provocado un daño moral (subjetivo y objetivo), un daño al proyecto de vida y un daño emocional. Al igual que otras parejas que han sufrido lo mismo, han sido afectados anímicamente en su fuero interno dado que se han generado sentimientos de dolor, angustia, desesperación, temor, congoja, depresión, ansiedad, frustración, con motivo de la imposibilidad de acudir a esta técnica en Costa Rica, y al

estar desvalorada institucionalmente, todo lo cual ha provocado un inmenso dolor espiritual y una afectación a la familia.

9-Que la prohibición decretada por la Sala Constitucional en su voto 2306-2000 ha significado para los actores en el país, una violación a sus derechos humanos reconocidos a saber: el derecho a la vida privada y familiar y el derecho a fundar una familia, el derecho a la salud y a la salud sexual reproductiva, el derecho a la integridad, libertad y autodeterminación personal, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico, y el principio de no discriminación, derechos humanos contemplados, previstos e inserto en los artículos 5.1, 7, 11.2 17.2 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

10- Que producto de la prohibición decretada por la Sala Constitucional el Estado no les brindó e impidió a los demandantes servicios médicos en el país, para superar su estado de infertilidad ni se puso a su disposición la técnica de la FIV afectando y lesionando su derecho general a la salud, y específicamente el derecho a la salud sexual reproductiva, así como impidiendo el derecho al acceso a los avances médicos y científicos para superar discapacidades.

11-Que la imposibilidad de poder practicarse la FIV en Costa Rica les ha deparado y provocado un daño moral (subjetivo y objetivo), un daño al proyecto de vida y un daño emocional. Al igual que otras parejas que han sufrido lo mismo, han sido afectados anímicamente en su fuero interno dado que se han generado sentimientos de dolor, angustia, desesperación, temor, congoja, depresión, ansiedad, frustración, con motivo de la imposibilidad de acudir a esta técnica en Costa Rica, y al estar desvalorada institucionalmente, todo lo cual ha provocado un inmenso dolor espiritual y una afectación a la familia.

12-En el año 2013, Aida Marcela Garita tuvo que ser sometida a una histerectomía por mioma con degeneración roja, por lo que actualmente la paciente no es candidata a la FIV, por lo cual la violación continuada a los derechos humanos que se presentó durante el tiempo que se mantuvo la prohibición de la FIV en el país generó un daño irreparable que le impide actualmente recurrir a esta técnica.

5. *LUIS MIGUEL CRUZ COMPARAZ, Y RAQUEL SANVICENTE ROJAS*

1. La pareja contrajo matrimonio en fecha 14 de febrero de 1997, siendo su proyecto de vida formar una familia y tener hijos biológicos.

2. Fueron diagnosticados con problemas de infertilidad (por factor masculino) y tras someterse a una serie de exámenes médicos, se les indico que su única alternativa para tener hijos biológicos era a través de la fecundación in vitro. Realizaron un intento FIV en Panamá en noviembre del año 2004 el cual no tuvo resultado. Igualmente realizaron un segundo intento en Colombia también sin resultado positivo.

3. Son ellos trabajadores afiliados a la CCSS institución que atiende la salud de los habitantes de Costa Rica pero que no brinda el servicio de la FIV debido a la prohibición que decretara la Sala IV.

4. Que al día de hoy Raquel Sanvicente tiene 44 años, y se encuentra diagnosticada medicamente como no apta para un intento FIV, para este momento, por la edad de la pareja y por sus problemas de salud reproductiva.

5. Que la imposibilidad de poder practicarse la FIV en Costa Rica les ha deparado y provocado un daño moral (subjetivo y objetivo), un daño al proyecto de vida y un daño emocional. Al igual que otras parejas que han sufrido lo mismo, han sido afectados anímicamente en su fuero interno dado que se han generado sentimientos de dolor, angustia, desesperación, temor, congoja, depresión, ansiedad, frustración, con motivo de la imposibilidad de acudir a esta técnica en Costa Rica, y al estar desvalorada institucionalmente, todo lo cual ha provocado un inmenso dolor espiritual y una afectación a la familia.

6. Que actualmente la paciente no es candidata a la FIV, por lo cual la violación continuada a los derechos humanos que se presentó durante el tiempo que se mantuvo la prohibición de la FIV en el país generó un daño irreparable que le impide actualmente recurrir a esta técnica.

6. *Patricia Núñez Marín y Miguel Acuña Cartín.*

1- Ambas víctimas (que para los efectos de este proceso deben ser vistos como una unidad, un matrimonio) han sido y son asegurados al régimen de la Caja Costarricense del Seguro Social por ser ambos trabajadores asalariados.

2-Nacieron mis representados como sigue: Patricia el día treinta de setiembre de 1973, y Miguel el día catorce de octubre de 1967, de manera que tienen a la fecha Patricia tiene 42 años y Miguel 48 años, como se verá edades tardías para practicarse la FIV.

3-Por virtud de la prohibición la CCSS no brindaba el servicio de aplicación la técnica de la FIV a sus asegurados, entre ellos a **PATRICIA NÚÑEZ MARÍN Y MIGUEL ACUÑA CARTÍN**.

4-Patricia Núñez y Miguel Acuña contrajeron matrimonio en fecha 29 de noviembre del año dos mil tres, y el proyecto de vida personal e íntimo y como matrimonio consistía en formar una familia y tener hijos biológicos. Decidieron tener hijos por la vía natural sin éxito por un año. Insistieron e hicieron varios intentos por vía de inseminaciones artificiales en la Clínica Carit sin éxito.

5-Dado lo anterior, Patricia fue sometida a una laparoscopia, junio de 2004, donde se determinó que padecía endometriosis. En esta intervención se removieron los quistes que tenía y se le suspendió con un medicamento la menstruación durante 6 meses.

6-Una vez superado este periodo se retomó el tema de buscar el embarazo sin resultados, se procedió a una segunda laparoscopia, abril 2006, donde el medico de esta institución, Dr. Montiel, indicó que la única alternativa era recurrir a un in vitro pero que en Costa Rica no se practicaba.

7- Ante este panorama, se contactó al Dr. Ariel Pérez, en mayo del 2006, con el que inicialmente, dado que no era posible la FIV, se optó por realizar la tecnica Transferencia Intratubaria de Gametos (**GIFT**) sin éxito.

-Primeros dos intentos:

Habiendo superado todas las etapas que conlleva un proceso de infertilidad, se optó finalmente en octubre de 2006 por practicar la FIV en Panamá, en esa oportunidad al igual que en abril de 2007 los resultados fueron infructuosos, pues no hubo embarazo.

-Tercer intento:

Nuevamente se probó en setiembre de 2007, donde dichosamente hubo embarazo, con el nacimiento de un niño en mayo de 2008.

-Cuarto intento:

-Posteriormente en Abril 2012 se hizo un intento adicional con resultado sin éxito. En esa oportunidad fueron acompañados por los padres de Patricia y el hijo que entonces tenía 4 años.

8-En todos los casos se hizo un esfuerzo y sacrificio económico, (gastos como pasajes de avión, alimentación, hospedaje de hotel, medicamentos, alimentos y honorarios de profesionales médicos etc.) que se arastran hasta hoy en día; sin considerar que la experiencia implica la incomodidad de estar en un lugar extraño, sin el apoyo de conocidos, amigos y familiares.

9- Que la imposibilidad de poder practicarse la FIV en Costa Rica les ha deparado y provocado un daño moral (subjetivo y objetivo), un daño al proyecto de vida y un daño material. Al igual que otras parejas que han sufrido lo mismo, han sido afectados anímicamente en su fuero interno dado que se han generado sentimientos de dolor, angustia, desesperación, temor, congoja, con motivo de la imposibilidad de acudir a esta técnica al estar desvalorada institucionalmente, todo lo cual ha provocado un inmenso dolor espiritual y una afectación a la familia.

10-Que la prohibición decretada por la Sala Constitucional en su voto 2306-2000 ha significado para los actores una violación a sus derechos humanos reconocidos a saber: el derecho a la vida privada y familiar y el derecho a fundar una familia, el derecho a la salud y a la salud sexual reproductiva, el derecho a la integridad, libertad y autodeterminación personal, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico, y el principio de no discriminación, derechos humanos contemplados, previstos e inserto en los artículos 5.1, 7, 11.2 17.2 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

11-Asimismo y como víctimas de la injusticia que ha significado la prohibición de la FIV así como por ser ciudadanos responsables de sus derechos cívicos, han participado activamente en reuniones, actividades sociales, distinto tipo de manifestaciones públicas, todas dirigidas a crear conciencia en la sociedad costarricense acerca de la necesidad de que se permita la FIV así como a darse apoyo moral y contención entre personas que tienen el mismo problema de infertilidad.

12- Que producto de la prohibición decretada por la Sala Constitucional el Estado no se les brindó a los demandantes servicios médicos para superar su estado de infertilidad ni se puso a su disposición la técnica de la FIV afectando y lesionando su derecho general a la salud, y específicamente el derecho a la salud sexual reproductiva, así como impidiendo el derecho al acceso a los avances médicos y científicos para superar discapacidades.

13-Que al día de hoy Patricia Núñez Marín, se encuentra diagnosticada medicamente con endometriosis severa y en falla ovárica siendo al recomendación del Dr Ariel Pérez que no son en este momento candidata para una FIV con óvulos propios, de manera que para este momento, por la edad de la pareja y por sus problemas de salud reproductiva la pareja ha perdido irremediabilmente la posibilidad de tener hijos pues los médicos no recomiendan su práctica en este momento.

DERECHO

Lógicamente, el principal derecho que se invoca en apoyo de las pretensiones lo es la Sentencia recaída en el caso Artavia Murillo y la resolución de cumplimiento de fecha 26 de febrero del 2016

recaída en ese mismo expediente. Ello no obsta en todo al desarrollo doctrinario que de seguido se expone.

1. El derecho a la Vida y su regulación en el artículo 4.1 en la Convención Americana sobre Derechos Humanos

El derecho a la vida es indiscutiblemente el primero de los derechos del hombre. Es un bien inherente al ser humano, el don más preciado del mismo. Es el más esencial y primero de los derechos fundamentales, hasta el punto que es un derecho previo y básico, en orden al cual los restantes derechos surgen como complementarios.

Según la expresión del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, el derecho a la vida “*es el derecho supremo del ser humano*” (Nº 146/1983, Baboeran c/Surinam, A/40/40/, Nº 697). Por su parte, la Corte Europea de Derechos Humanos ve en el derecho a la vida “*uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas que forman el Consejo de Europa*” (Mac Cann c/Reino Unido, 27 de setiembre de 1995). Esas aseveraciones de la jurisprudencia internacional son indiscutibles; enuncian una verdad: el respeto a la vida es la condición necesaria para el ejercicio de todos los otros derechos, debe ser tutelado por la ley y, como explicaremos más adelante, no puede ser suspendido por ninguna causa (artículo 27 del Pacto de San José) pero sí admite excepciones.

El artículo 4.1 de la Convención Americana protege el derecho a la vida y el respeto a la integridad física de la persona y prescribe que “*Este derecho estará protegido por ley...*”. En este mandato el vocablo “*ley*” está referido a la “*ley interna*” de los Estados Parte en la Convención, a toda norma jurídica emanada del Estado (reglamento administrativo, leyes propiamente dichas y Constitución).³

El Estado debe no sólo abstenerse de privar intencionalmente de la vida a las personas, sino que tiene además la obligación “*positiva*” de tomar las medidas necesarias para la protección de la

³ Como bien explica Carlos Arguedas, “*En el vocabulario jurídico, la palabra ley tiene varios significados. En el más amplio sentido..., se designa con esa palabra toda norma jurídica, expresándose con ella el concepto genérico de Derecho. En un sentido restringido ley equivale a norma jurídica emanada del Estado. Tal significado es común en el derecho positivo; puede hallarse, por ejemplo, en el artículo 33 de la Constitución Política, donde se declara que todo hombre (toda persona) es igual “ante la ley”. Finalmente la palabra ley alude específicamente a cierta clase de normas impuestas por el Estado, mediante un órgano especializado (el órgano legislativo), y con arreglo a un procedimiento establecido al efecto (el procedimiento legislativo)*”. Vid. *La Iniciativa en la Formación de la Ley*, Editorial Juricentro, San José, 1978, págs. 19 y 20.

vida⁴. El derecho a la vida es de carácter fundamental, por cuanto de su salvaguarda depende la realización de los demás derechos. Al no ser respetado el derecho a la vida todos los demás derechos carecen de sentido.⁵

La Sentencia de las quince horas con veintiuno minutos del quince de marzo del año dos mil, en Res: 2000-02306 mediante la cual la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica prohibió la práctica médica de la fertilización in vitro en el país concluyó que *“el embrión es un sujeto de derecho”*, que *“el embrión es una persona desde el momento de la concepción o implantación”* y que *“los embriones cuya vida se procura primero y luego se frustra son seres humanos”*. Sus conclusiones las fundamenta la Sala en el derecho interno y como se indicó anteriormente, cita únicamente una norma de derecho internacional, en apoyo para su Sentencia: prescribe que el artículo 4.1 de la Convención Americana que *“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley en general a partir del momento de la concepción o implantación. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”*.

En cambio, en su voto salvado a la citada Resolución, los magistrados Carlos Arguedas y Ana Virginia Calzada señalaron que:

“Las Técnicas de reproducción asistida, amplia gama de procedimientos que tiene como finalidad aumentar las posibilidades de concepción o implantación a través de un acercamiento entre el óvulo y el espermatozoide por diversos medios, se ofrecen como un medio para ejercer el legítimo ejercicio del derecho a la reproducción humano que... se deriva del derecho de la libertad y la autodeterminación, el derecho a la intimidad personal e individual y la libertad para fundar una familia. El derecho de la reproducción involucra a juicio nuestro el propio derecho a la vida, ya no en su dimensión individual, sino en una colectiva: el derecho a contribuir a la preservación y continuidad de la especie humana”.

⁴ “La protección activa del derecho a la vida y de los demás derechos consagrados en la Convención Americana –ha dicho la Corte Interamericana- se enmarca en el deber estatal de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos de todas las personas bajo la jurisdicción de un Estado, y requiere que éste adopte las medidas necesarias para castigar la privación de la vida y otras violaciones de los derechos humanos así como para prevenir que se vulnere alguno de estos derechos por parte de sus propias fuerzas de seguridad o de terceros que actúen con su aquiescencia” Cfr. Caso 19 Comerciantes, párr. 183.

⁵ Cfr. entre otros, Caso Comunidad indígenas Yakye Axa, párr 161. y Caso Huilca Tecse, párr. 65. Y Caso Instituto de reeducación del menor, párr. 156.

Estas últimas afirmaciones que hemos transcrito ponen de manifiesto las dos caras que tiene el derecho a la vida. De esta forma se desprende que el derecho a la vida involucra el derecho a la **procreación**, pues posee dos dimensiones: una *individual* (el derecho a procrear y a no procrear) y otra *colectiva*, el derecho a contribuir a la preservación y continuidad de la especie humana.

Según expresó en su voto razonado el ex Presidente de la Corte Sergio García Ramírez, con respecto a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de marzo de 2006, en el Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay:

“En sentencias notables, la Corte llamó la atención sobre la otra cara del derecho a la vida, que es, contemplada desde distinta perspectiva, el otro rostro de los deberes del Estado: ya no sólo de abstención, que frena el arbitrio o modera el castigo, sino de acción, que crea condiciones para la existencia digna. En este sentido, el derecho a la vida recupera su condición primordial como oportunidad para la elección del destino y el desarrollo de las potencialidades; va más allá de ser derecho a la subsistencia: lo es al desarrollo, que se instala en condiciones propicias. En este marco se instala un solo derecho con doble dimensión, como los rostros de la cabeza de Jano: de una parte, la versión del derecho a la vida como figura de primera generación; de la otra, la versión de ese derecho como exigencia de condiciones que confieran practicabilidad y plenitud a la existencia, esto es, una figura entre las consideradas --con una expresión narrativa que ha hecho fortuna-- de segunda generación. De esta suerte se establece el binomio “no matarás”-“favorecerás la vida”. Por ambos conceptos queda a resguardo el ser humano, y por ambos queda obligado el Estado.”⁶

Se debe señalar, por el momento, que el numeral 4.1 de la Convención recoge tres elementos básicos en la regulación del derecho a la vida. Es fundamental destacar y determinar sus respectivos alcances:

- I)** Concepto de persona y su protección
- II)** Protección de la vida humana a partir de la concepción o implantación

⁶Cfr. Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez con respecto a la *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya* (146) del 26 de marzo de 2006 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, párr 18.

III) Protección de la vida humana no tiene un carácter absoluto ni irrestricto

I) *Concepto de persona y su protección*

En su artículo 4.1 la Convención no define los alcances del concepto **persona humana**. Su artículo 1.2 expresa, sin embargo, que “*para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano*”, con lo que pretende señalar, exclusivamente, que para el Pacto de San José **las personas jurídicas o morales no son sujetos de derecho**, no tienen la calidad de personas y, por consiguiente, no gozan de la tutela de los derechos que protege la Convención. Esta interpretación ha sido reiterada por la Comisión Interamericana. El ser humano considerado como sujeto de derecho, la persona humana tomada como sujeto de derecho por oposición a la persona moral.⁷ Tampoco el derecho internacional general define el concepto de persona humana.

Conforme al Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, **persona significa ser sujeto de derecho y ser individuo de la especie humana**. Así, persona es el ser humano, tal y como es considerado por el derecho⁸; la persona física tomada como sujeto de derecho por oposición a la persona moral. El vocablo persona, con aplicación a los seres humanos, es sinónimo de hombre, comprendiéndose en esta palabra las individualidades racionales de uno u otro sexo.

La afirmación de que persona es todo ser humano y tiene derecho al reconocimiento de su personalidad significa rechazar, de modo absoluto, la idea de que algunos seres humanos no sean personas y carezcan, consiguientemente, de personalidad jurídica (condición de esclavo) y está contenida en el artículo 3 de la Convención Americana (prohibición de la esclavitud o servidumbre).

La existencia de la persona humana está limitada por dos momentos biológicamente definidos: el nacimiento y la muerte. En virtud de una serie de procesos biológicos que se inician con desarrollo de los gametos y a los que pone fin el corte del cordón umbilical, el niño, *par viscerum*, se

⁷ Ver práctica y doctrina establecida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en los *Casos Banco del Perú* (Caso 10/169); *Tabacalera Boquerón* (Informe 47/97); *Menopal SA* (Informe 39/99); y *Bendeck Condinsa* (Informe 106/99). Toda esta jurisprudencia ha sido confirmada mediante la resolución de admisibilidad de este *Caso 12361* fechada el 11 de marzo del 2004. En dicha resolución la Comisión decidió que para los efectos de admisibilidad, esta carecía de competencia *ratione personae* con relación a la empresa Ultrasonografía SA y al Instituto Costarricense de Fertilidad.

⁸ Vid. Gérard. Cornu “*Vocabulaire Juridique*” (publicado bajo el patrocinio de la Asociación Henri Capitant), 6ª Édition, Paris, PUF 1996. Hay traducciones a varias lenguas, entre ellas el español, publicada por Editorial Temis, Bogotá, 1995.

convierte en una persona diferente a la madre. Los gametos, como los óvulos femeninos, ya tienen una identidad genética distinta a la de los padres. Esto sucede por al menos dos procesos: primero, por la recombinación homóloga y segundo, por el paso del diploidismo (característico de las otras células de la madre) al haploidismo (característico de los gametos). Estos procesos, como la fertilización, pero previos a esta, también participan en darle al futuro niño su identidad genética única y diferente a la de ambos padres. Es decir, los primeros pasos para crear un ser humano único inician con la generación de los gametos, mucho antes de la fertilización. La fertilización es solo un paso posterior.

En el otro extremo, el nacimiento con vida determina la existencia de la persona humana y el reconocimiento de su personalidad jurídica. La personalidad jurídica *es un don del nacimiento*. Toda persona que viene a este mundo es un sujeto de derecho si cumple con los requisitos complementarios exigidos por la ley: nacer y nacer con vida. Este principio no tiene ninguna excepción en el derecho internacional.

Precisamente porque el no nacido no es persona, no es titular de un derecho irrestricto e incondicional a la vida.

Los textos internacionales que enuncian el derecho a la vida no definen “*la vida*” ni indican a partir de qué momento se inicia la existencia de la persona física. El artículo 4.1 de la Convención Americana es el único texto de derecho internacional que estipula que el derecho a la vida debe ser protegido, “**en general**”, a partir del momento de la concepción o implantación. Los demás instrumentos internacionales se refieren únicamente a un derecho que protege la vida del ser que ha nacido vivo y no al no nacido.

La Declaración Universal de Derechos Humanos hace prevalecer el criterio espiritual sobre el biológico para definir la vida humana (art. 1: “*Todos los seres **nacen** libres...y dotados como están de razón y de conciencia*”). En esta materia, hoy agitada violentamente por los progresos de la ciencia médica, la jurisprudencia europea guardó, años atrás, una gran prudencia. En un caso de aborto terapéutico la Comisión Europea de Derechos Humanos, después de haber afirmado “*que el derecho de toda persona a la vida* (art. 2 CEDH) *parece aplicarse únicamente a las personas nacidas*”, no decide si el art. 2 se refiere al feto o si, por el contrario, le reconoce un derecho a la vida con limitaciones implícitas (DR 13 de mayo 1980, X c/ Reino Unido, D. y R., 19, p. 244). La Corte Europea, en un caso relativo a la prohibición del aborto en Irlanda, no creyó oportuno pronunciarse

sobre el derecho a la vida del nasciturus (Open Door y otros, 29 de octubre 1992, A. 146 A, N° 66, nota F. Sudre, RFDC, 1993, p. 216).

El Consejo Constitucional de Francia ha sido igualmente prudente. En su decisión 94-343/344 DC del 27 de julio de 1994 (leyes sobre la bioética) considera que no le compete cuestionar las disposiciones tomadas por el legislador, que ha estimado que “*el principio de respeto al ser humano desde el comienzo de la vida*” no es aplicable a los embriones (nota F. Luchaire, RDP, 1994, p. 1646; B. Mathieu, RFDA, 1994, p. 1019).⁹

Ningún **texto internacional** (salvo el artículo 4.1 del Pacto de San José) protege el derecho a la vida a partir del momento o proceso de la concepción o implantación. Ese concepto no se encuentra en la Declaración Universal de Derechos Humanos ni en la Convención de Derechos del Niño¹⁰, ni en la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, ni en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Naciones Unidas. Y la **jurisprudencia** de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos (Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Comisión y Corte Europea de Derechos Humanos, Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos), **nunca han afirmado que el no nacido sea acreedor de una protección absoluta, irrestricta e incondicional a partir del momento de la concepción o implantación.**

Tampoco los Tribunales Constitucionales han formulado tal aseveración. El miércoles 15 de noviembre del 2006 en Dublín, el Justice Briand MacGovern, de la High Court de Irlanda, juzgó que el embrión fecundado merece respeto pero no tiene un derecho absoluto a la vida.¹¹

⁹ Vid Frédéric Sudre; “*Droit international et européen des droits de l’homme*”, 5° ed. PUF, París 2001 p. 206

¹⁰ La historia legislativa de la Convención sobre los Derechos del Niño demuestra que los gestores de la Convención, en repetidas ocasiones rechazaron intentos de parte de Italia y de varios países latinoamericanos de reconocer el derecho a la vida desde el momento de la concepción o implantación. Vid. Stanford J. Fox, *The United Nations Convention on the Rights of the Child and United States Abortion Law I ANNSICL 15, 16 (1995)*. La propia Sala Constitucional reconoce que la Convención sobre Derechos del Niño no protege el derecho a la vida desde el momento de la concepción o implantación. Al evacuar la consulta de constitucionalidad sobre el proyecto de ratificación de la Convención (**Voto 0647-90**) señaló que “la Convención establece un derecho intrínseco a la vida del niño (artículo 6) que no es claro con respecto al período de vida anterior al nacimiento.

¹¹ “*Most agreed frozen embryos resulting from infertility treatment deserved special respect but rules “the right to life of the unborn” in the Irish constitution did not extend to them. “There has been no evidence... to establish that it was ever in the mind of the people voting on the Eighth Amendment to the Constitution that unborn meant anything others than a fetus or child within the womb”*. McGovern added”. Vid, Paul Hoskins, Agencia Reuters, 15-12-06.

El Tribunal Constitucional de España en la Sentencia 212/1996 y en la Sentencia 116/1999, y el Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania en la Sentencia 25/2/75, resolvieron que la vida humana existe desde el día 14 que sigue a la fertilización y que, por consiguiente, antes de ese momento el embrión no tiene derecho a la vida. Por su parte la Comisión Europea de Derechos Humanos en su Resolución N° 8416/1997 resolvió que el feto, - y mucho menos el embrión humano- “*no tiene un derecho a la vida de carácter absoluto*”.

El Tribunal Supremo de Francia también le ha negado al feto la condición de ser humano. El fallo fue pronunciado con ocasión del caso de un conductor ebrio que en 1995 colisionó contra el automóvil de una mujer con 6 meses de embarazo. Tras un parto prematuro, el bebé nació muerto a causa de las heridas sufridas en el accidente. En 1997 un Tribunal Correccional condenó al conductor ebrio por homicidio involuntario, pero un año después los jueces de la Corte de Apelación de Metz, el 3 de setiembre de 1998, anularon la sentencia por considerar que “*el niño nacido muerto no es una persona protegida por la ley penal*”. El caso fue elevado al Tribunal Supremo quien en sentencia del 29 de junio del 2001 consideró “que un feto no puede ser víctima de homicidio porque no es persona y por tanto no goza de la “protección acordada en el derecho penal a las personas físicas”. Para que se pueda hablar de “*persona*”, según el Tribunal, “*es necesario que sea un ser venido al mundo*”. (Cass, Ass, Plén, 29 Juin 2001).¹²

Otros países de la Unión Europea –notablemente Alemania, Italia, España y el Reino Unido- tampoco incriminan a título de homicidio involuntario los daños causados al no nacido, es decir, al embrión y al feto.

Conforme al Pacto de San José el concebido, es decir, el no nacido, no es persona¹³ y carece por lo tanto de capacidad jurídica. No tiene un derecho absoluto e incondicional a que se respete su vida. El Pacto de San José “*no idolatra*” al ADN ni personifica al óvulo fecundado.

¹² Como es sabido, el Tribunal Supremo francés al que hemos hecho referencia se trata de la Corte de casación, el más alto tribunal de justicia de la república francesa. La decisión de la Corte de casación fue tomada por la asamblea plenaria, que es la formación más importante de la corte de casación, y que es indicación de que el criterio allí establecido debe ser respetado por los jueces de instancia.

¹³ “Es claro – afirma el profesor José M. Lete del Río, catedrático Derecho Civil en la Universidad de Santiago de Compostela- que el concebido no es persona y, por lo tanto, no tiene capacidad. La situación del concebido implica una situación de interinidad, en la que la masa de bienes o derechos que se le destinan y puede llegar a adquirir **si nace** se encuentran en una situación de pendencia; la cual no siempre se resolverá a favor del concebido, solamente si llega a nacer y retroactivamente al nacimiento con los requisitos legales; o sea, es cierto que el concebido, si llega a nacer con los requisitos legales, será titular de dichos bienes o derechos, pero también lo es que pueden llegar a serlo aquellas personas a las que les corresponderán los bienes si aquél no llega a nacer. Vid. *Derecho de la persona*. Editorial Tecnos SA, Madrid, 1986, p.43.

Reiteramos que el Pacto de San José no fija el significado los términos **persona** ni **ser humano**. Tampoco define en qué momento preciso comienza la existencia de la persona humana, ni a partir de cuándo se es sujeto de derecho y se adquiere la personalidad jurídica. Ninguno de estos importantes conceptos son definidos por el derecho internacional general ni el derecho internacional de los derechos humanos. En la Declaración Universal, en los Pactos de Naciones Unidas y en los Convenios Regionales de protección de los Derechos y libertades fundamentales estas definiciones están ausentes.

La Convención Internacional de los Derechos del Niño da una definición voluntariamente ambigua de niño (artículo 1º)¹⁴.

La Convención sobre Bioética del Consejo de Europa tampoco define los términos “persona” ni “ser humano”. En el *Informe Explicativo del Consejo de Europa* se afirma expresamente que La Convención no define los términos “**persona**” ni “**ser humano**” pues entre los Estados miembros del Consejo de Europa no hay unanimidad sobre esos términos, y el Consejo de Europa convino en dejar al derecho interno la tarea eventual de esta definición.¹⁵

Ciertamente esa definición puede dejarse al derecho interno. El derecho interno puede conceder protección más amplia a los derechos humanos que la tutela que otorga el derecho internacional, pero esas ampliaciones no pueden (artículo 29 de la Convención) “permitir a algunos de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella. El Estado de Costa Rica al prohibir la práctica de la FIV y al considerar a éste *persona humana* a partir del momento de la fertilización, violó y conculcó las normas del Derecho Internacional de los Derechos

El óvulo fecundado contiene el potencial para desarrollarse como una persona pero aún no lo es. Es decir, el **óvulo fecundado es una persona potencialmente, pero no es una persona en acto**.

¹⁴La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica en el Voto 0647-90 de las 15:00 horas del 12 de junio de 1990, al evacuar la consulta de constitucionalidad sobre el proyecto de ratificación de la Convención, expresó que “...la Convención utiliza la expresión niño para todo menor de 18 años, posiblemente motivada por la dificultad para encontrar un término unívoco en los idiomas más importantes. “Niño” es una especie del género menor. Ambas expresiones atienden a criterios biológicos, psicológicos y sociales difícilmente susceptibles de enmarcar en una norma concreta. No obstante podemos identificar legítimamente la definición de niño de la Convención con la de menor para efectos de nuestro ordenamiento”.

¹⁵ Vid. Marie-Thérèse Meulders-Klein “*Internationalisation des droits de l’Homme et evolution du droit de la famille*”. L.G.D.j., Paris 1996 p. 211. La autora es profesora de la Universidad Católica de Lovaina.

Humanos que hemos denunciado de personas jurídicas de carne y hueso, de seres humanos que son los hombres y mujeres tutelados por el 1.2 del Pacto de San José.

II) Protección de la vida humana a partir del momento de la concepción o implantación

Los efectos jurídicos que el Derecho atribuye a la concepción o implantación: reputar nacida a la persona física (para todo lo que la favorezca) desde 300 días antes de su nacimiento (*infans conceptus pronato habetur quoties de comodo ejus agitur*), conforman una “ficción jurídica”, un artificio jurídico o “*mentira legal*”, que consiste en suponer un hecho o una situación diferentes a los reales con miras a producir un determinado efecto de derecho.

La eficacia jurídica de esta ficción queda subordinada a que se produzcan dos *conditio iuris*: 1º el nacimiento (separación total de la madre), y 2º que nazca con vida (un niño nace con vida y respira completamente al nacer). Sólo cuando se dan esas dos condiciones el no nacido se convierte en persona, en sujeto de derecho.

La voz “concepción o implantación” viene del latín *conceptio*, voz esta última que, según el *Latin Dictionary* del Charlton T. Lewis y Charles Oxford (Oxford, Clarendon Press, 1975) significa: “*a becoming pregnant*”. En francés (*Diccionario Petit Robert*, Montreal, Canadá, 1990) la voz *conceptio* significa: “*formation d’un nouvel être dans l’utérus maternel à la suite de la réunion d’un spermatozoïde et d’un ovule*”, y en inglés (*Chambers’ Twentieth Century Dictionary*, University Press, Edimburgo, 1943) significa “*the act of conceiving y to conceive es: to receive into and form in the womb*”. En castellano, finalmente, (*Enciclopedia Universal Ilustrada Espasa-Calpe*, Madrid, sin fecha de edición), “concepción o implantación” es un “*conjunto de fenómenos que comprenden el coito, la fertilización, el fraccionamiento del vitellus y la producción del blastodermo*”.

El llamado momento de la fertilización es un proceso distinto al de la concepción o implantación. Concebir es el infinitivo de un verbo que se refiere a la acción de recibir en el seno a un óvulo fecundado que, tras la diferenciación celular, comienza un proceso de intercambio entre el embrión y la madre, encaminado a la constitución de un nuevo ser durante las semanas siguientes.¹⁶

¹⁶ Vid. Juan Masiá Clavel, **Tertulias de Bioética**, segunda edición, Editorial Trotta, Madrid, 2006, p.107.

El diccionario de la Real Academia Española de la Lengua distingue también los conceptos de **concebir** y **fecundar**: el primero -define la Academia de la Lengua- es “*dicho de una hembra, quedar preñada*”, mientras que se define fecundar como “*unir la célula reproductora masculina a la femenina para dar origen a un nuevo ser*”.

Se expresó anteriormente que para la Convención, **el derecho a la vida estará protegido en general a partir del momento de la concepción o implantación**, pero la Convención Americana no define cuál es el momento de la concepción o implantación, a partir de qué instante se protege, en general, el derecho a la vida. De aquí la importancia de insistir en definir el término concepción o implantación para no confundirlo con otros conceptos¹⁷ y poder comprender de manera clara el significado del artículo 4.1.

Llamar vida humana a un óvulo fecundado, como lo hace el Estado de Costa Rica, se presta a confusiones. Es mejor evitarlo y utilizar el término "célula humana viva", o cuando se trata de más de una "grupo de células humanas vivas". Un óvulo humano fecundado es una célula, que está viva. Sin embargo, en términos genéticos, esa célula no tiene nada de particular, es idéntica a casi cualquier otra célula viva del cuerpo, como las que forman la piel, los intestinos u otros órganos. Si llamáramos "vida humana" a un óvulo fecundado, cada célula de la piel también podría ser llamada una "vida humana" y, por ejemplo, cuando nos rascamos estaríamos eliminando millones de "vidas humanas".

Lo que es científicamente indudable es que, **antes de una implantación exitosa y sana en el útero materno, no hay ninguna posibilidad de que se genere un nuevo ser humano**. Después de una implantación exitosa sí comienza a haberla. Esto excluye, categóricamente, que cualquier célula o grupo de células pueda ser considerado un ser humano antes de una implantación uterina exitosa.

Antes de la implantación ni siquiera existe el potencial completo para formar un ser humano, porque parte indispensable de ese potencial es dado por el ambiente uterino. Nadie ha aportado ni un solo argumento o prueba científica que contradiga estos argumentos.

¹⁷ En algunos lugares se ha tratado sin éxito de enmendar sus legislaciones para otorgar la categoría de persona a los embriones humanos. Así como es sabido, recientemente, el 8 de noviembre del 2011 el electorado del Estado de Mississippi de EEUU rechazó la posibilidad de declarar persona a un óvulo fertilizado, cómo se propuso en un proyecto de enmienda a la Constitución de ese Estado. La Enmienda 26 (Personificación de Mississippi), pretendía otorgarle derechos legales al embrión, “para incluir a todo ser humano desde el momento de la fertilización, la clonación o su equivalente funcional.

El razonamiento principal de quienes se oponen a la fertilización in vitro es que el óvulo, al ser fertilizado y volverse embrión, se convierte en una persona humana y debe ser protegida como tal. Esta afirmación, a pesar de ser repetida con frecuencia, no es correcta. Es biológicamente incompleta, pero lo es también desde una perspectiva humanista. El desarrollo prenatal resulta de la combinación de más que solo las dos mitades genéticas materna y paterna. Falta la esencial contribución uterina.¹⁸

Si el no nacido no nace con vida, su protección jurídica no surge a partir de la concepción o implantación.¹⁹ Como hemos explicado, esta es una ficción de derecho a la cual se recurre para proteger los intereses futuros del no nacido. El artículo 4.1 de la Convención Americana porta explícitamente que al menos que el no nacido nazca con vida, no se beneficiará del derecho a que se respete su vida de modo general, extinguiendo este derecho como si el feto no hubiera jamás existido. En síntesis, **la condición de que el no nacido nazca con vida es una condición suspensiva.**

Consideramos que en este tema hay una confusión entre dos términos que son extremadamente importantes para llegar a una conclusión: **¿cuándo se inicia la personalidad física?** y **¿a partir de qué momento puede hablarse de una vida humana?** Este primer concepto es más fácil de entender. Todas las legislaciones definen el inicio de la personalidad jurídica de la misma manera: **la personalidad física se inicia al nacer con vida**, mientras el inicio de la **vida humana** es aún hoy día tema de discusión.²⁰

El paso clave inicial de la concepción o implantación es la implantación del embrión en el endometrio, que permitirá una conexión con el sistema circulatorio materno a través de la placenta. Un embrión puede tener el potencial génico para llegar a convertirse en un ser humano, pero le falta

¹⁸ Seguimos aquí ampliamente y con su autorización el ensayo *In Utero, la tercera mitad*, publicado en el diario La Nación el 14/10/2010 por Felipe Mora Bermúdez, quien es doctor en biología celular y molecular del Laboratorio Europeo de Biología Molecular (EMBL) y de la Universidad de Heidelberg, Alemania, investigador en neurogénesis embrionaria del Instituto Max-Planck de Biología Celular y Genética MPI-CBG, Alemania) y de la Organización Europea de Biología Molecular (EMBO) y Premio Nacional de Ciencia 2007.

¹⁹ La mejor prueba de que el embrión no es una persona es examinar los destinos posibles del embrión humano: primero que no ocurra la implantación; dos que implante y se absorba (aborto bioquímico o sub clínico); tres que implante, evolucione hasta embarazo clínico y se aborte; cuatro que implante fuera de la cavidad uterina; cinco que degenere en una enfermedad trofoblástica (degeneración cancerosa de la placenta); seis que muera intrauterinamente por malformaciones o enfermedad materna; siete que llegue al final de la gestación y muera durante el parto; y ocho que llegue a la gestación y nazca vivo.

²⁰ Ver dictamen pericial ético antropológico sobre el concepto y la realidad de persona elaborado por el Dr. Antonio Marlasca López, experto en bioética cédula 8050825 y que presentamos como primera prueba.

el irremplazable y fundamental potencial del ambiente materno. Por lo tanto, otorgarle el carácter de ser humano a un embrión sin implantar equivale a degradar al ser humano a su mínimo denominador genético, a un puñado de cromosomas.

Ninguno de los tres elementos fundamentales: los genes maternos, los genes paternos y el ambiente materno, puede, bajo ningún pretexto, dejarse fuera de la gran ecuación del desarrollo que culmina en un ser humano. Cualquier combinación de solo dos de ellas daría el mismo resultado final: nada.

Debe mencionarse que toda célula u organismo depende del ambiente para conseguir nutrientes. Sin embargo, la dependencia del embrión va más allá. Este requiere, además, señales maternas específicas que ayuden a sus genes a desplegar su potencial.

El aporte materno no termina entonces con las materias primas, como nutrientes y oxígeno. Está también el aporte de las señales bioquímicas, como las hormonas y factores de crecimiento, enzimas metabólicas e incluso neurotransmisores. Estas señales pueden actuar directamente sobre tejidos y células, o por cascadas de señalización. Llegan incluso a modificar la expresión de los genes embrionarios, por ejemplo: a través de factores de transcripción y señales epigenéticas.

Esta dicotomía entre materiales y señales puede compararse a la que existe entre un albañil con su material de construcción y un arquitecto. Ambos son indispensables para desarrollar los planos. Siguiendo esta metáfora, el aporte ambiental materno participa de ambos, el diseño y la construcción prenatal.

Si se intentara incubar un embrión con todos los nutrientes posibles, pero sin la conexión materna, no surgiría una vida humana. Lo mismo pasaría al incubar un óvulo, o un espermatozoide. Esto se explica porque las diferencias entre tener un óvulo separado del espermatozoide y tenerlo fertilizado son pocas: los cromosomas paternos entran al óvulo, se yuxtaponen a los maternos y se da un número pequeño y limitado de divisiones y movimientos celulares. La fertilización es vital, pero como un paso más en una cadena de pasos prenatales vitales. Durante la mayoría de ellos, el embrión es indivisible de la madre en la que se implantó. No puede existir como entidad única y su probabilidad de supervivencia fuera de, específicamente, el ambiente uterino, es igual a cero. Postular a la fertilización como el surgimiento de una nueva persona humana es arbitrario e incorrecto.

Esa postulación menosprecia también el papel de la madre durante el desarrollo en el útero. La degrada a ser simple portadora y, cuando mucho, proveedora de material de construcción. Si bien esto es muy decepcionante, no es de extrañar que aún suceda en nuestro país. Es en sociedades y grupos machistas donde mejor prospera este tipo de ideas tan limitadas, dogmáticas y, posiblemente, maliciosas.

Debe agregarse que esos cromosomas embrionarios son idénticos a los presentes en casi cualquier otro núcleo celular. Estos pueden también cultivarse y hasta reprogramarse in vitro, pero no por eso son una vida humana. Las diferencias claves, una vez más, no son génicas, son del entorno y sus señales bioquímicas y epigenéticas, como las del ambiente uterino materno.

Así las cosas, al no concebido (*concepturus o non conceptus*) el Pacto de San José no le reconoce, en principio, protección ni derechos, ni siquiera relativos, ni le concede expectativa de derecho alguno. El no nacido es un bien jurídico pero no una persona. El embrión humano, e incluso los gametos, son fuente de vida y por esta razón el ordenamiento jurídico los protege sin concederles el estatuto de persona.

La pregunta que seguirá es: **¿a partir de qué momento puede hablarse de una vida humana?** Una respuesta definitiva sigue siendo difícil. Una discusión seria al respecto deberá incluir muchos otros aspectos de la biología del desarrollo y neurobiología. Deberá además incluir aspectos filosóficos y humanistas, dentro de un marco objetivo, no dogmático, que considere al ser humano como un organismo consciente. Sin embargo, los argumentos aquí planteados ofrecen un punto de partida para una discusión más coherente. Ese punto de partida es la implantación exitosa del embrión en el endometrio materno. El embrión puede ahí empezar a sumar su potencial génico con el potencial ambiental materno. Solo esa suma permitirá llegar a un ser humano. Estos argumentos, no niegan, sin embargo, según hemos afirmado antes, que el embrión humano, incluso antes de su implantación en el útero materno, **no es un objeto, no es una cosa**, pero tampoco es una persona jurídica. Es un bien jurídico que en alguna medida el Derecho debe proteger porque si se llegara a implantar con éxito en el endometrio materno podría **potencialmente** llegar a convertirse en una persona humana.

III) La protección de la vida humana no tiene un carácter absoluto ni irrestricto

El derecho fundamental a la vida de la persona humana, según la doctrina, la jurisprudencia y los tratados internacionales no tiene un carácter absoluto ni irrestricto. **La protección a la vida s**

un derecho que está sujeto a excepciones y a condiciones. El Estado de Costa Rica, en cambio, al conceder un carácter irrestricto y absoluto a dicho derecho, llegó a uno “*interpretación arbitraria del artículo 4 de la Convención*”.

La Corte Interamericana se ha referido y ha profundizado en numerosas ocasiones los alcances del derecho a la vida. Así por ejemplo, en la Sentencia N150 (Caso Aranguren y otros) del 5 de julio de 2006, expresó:

“El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos (...) De conformidad con el artículo 27.2 de la Convención este derecho forma parte del núcleo inderogable, pues se encuentra consagrado como uno de los derechos que no puede ser suspendido en casos de guerra, peligro público u otras amenazas a la independencia o seguridad de los Estados Partes.”²¹

La Corte Interamericana ha afirmado que el derecho a la vida no puede ser suspendido, pero es preciso tener en cuenta, que igualmente, el derecho a fundar una familia tampoco puede ser suspendido (artículo 27 de la Convención Americana). **La Corte no ha afirmado que el derecho a la vida sea un derecho absoluto**, como tampoco ha interpretado que el derecho a fundar una familia tenga un carácter absoluto, irrestricto o ilimitado.

El artículo 4.1 del Pacto de San José no prohíbe expresamente la pena de muerte, pero restringe su ejecución: “*nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente*”. La Corte Interamericana ha afirmado que las normas de la Convención Americana deben interpretarse en el sentido de “*limitar definitivamente su aplicación [de la pena de muerte] y su ámbito, de modo que éste se vaya reduciendo hasta su supresión final*”.²²

En efecto, a diferencia del derecho a no ser sometido a esclavitud y servidumbre, o del derecho a no sufrir torturas o tratos de carácter inhumano o degradante, aún en caso de guerra, **el derecho a la vida admite excepciones** (la pena de muerte en numerosos textos, la legítima defensa,

²¹ Cfr. También *Caso Baldeón Gracia*, par 82; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya* par 150 y *Caso Masacre de Puerto Bello*, párr 119.

²² Cfr. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros*, párr. 99

la posibilidad de matar al adversario en caso de guerra)²³. Como ha expresado Mireille Delmas-Marty.²⁴

“Il faut d’abord rappeler qu’en réalité il y a peu de droits de l’homme qui ne soient assortis de limitations, même si celles-ci ne sont pas toujours explicites. Il en résulte une sorte de hiérarchie entre les droits – à protection absolue -, c’est-à-dire qui ne souffrent aucune limitation, et les autres, assortis soit de dérogations (temporaires), soit d’exceptions ou de restrictions (permanentes). Par rapport à cette hiérarchie, le droit à la vie n’est pas un droit à protection absolue, puisqu’il comporte des exceptions (la peine de mort dans de nombreux textes, la légitime défense et la possibilité de tuer l’adversaire en cas de guerre). En revanche, la valeur qui sous-tend l’interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants (c’est-à-dire précisément la notion de dignité, ou – d’irréductible humain-) ne souffre aucune limitation, même temporaire. En cas de guerre, on peut tuer l’adversaire, mais non le torturer ; de même en période de terrorisme, un État ne doit pas utiliser la torture ou des brutalités policières, à caractère inhumain ou dégradant. Ce principe a donné lieu à des applications très concrètes telles que la condamnation du Royaume-Uni en 1978 pour des brutalités policière liées à la lutte contre le terrorisme.²⁵ On peut également rattacher à ce principe l’interdiction de l’esclavage.”

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su resolución N° 23/81 del Caso 2141 (Estados Unidos de América) del 6 de marzo de 1981 (identificado como “*Baby Boy*”) ha afirmado el carácter **relativo y no absoluto** del artículo I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y también del artículo 4.1 del Pacto de San José. En esa resolución la Comisión

²³ Conforme al artículo 2.2 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales “La muerte no se considerará infligida con infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario: en defensa de una persona contra una agresión ilegítima.

para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente. para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección.

“El Protocolo N°6 del 28 de abril de 1983 exige, sin embargo, la supresión de la pena de muerte en los Estados Parte en la Convención Europea.

²⁴ Vid. *Le Clonage Humain*, Éditions du Seuil, Paris, 1999 págs. 74, 75

²⁵ La autora se refiere a la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos de 18 de enero de 1978 (Irlanda contra Reino Unido).

Interamericana de Derechos Humanos, después de examinar prolijamente la historia legislativa de la Declaración Americana de Derechos Humanos y del Pacto de San José lo siguiente:

“El Gobierno de los Estados Unidos tiene razón en recusar la suposición de los peticionarios de que el artículo I de la Declaración ha incorporado la noción de que el derecho a la vida existe desde el momento de la concepción o implantación. En realidad, la Conferencia (se refiere a la IX Conferencia de Estados Americanos celebrada en Bogotá, Colombia en 1948 que adoptó la Declaración) enfrentó la cuestión y decidió no adoptar una redacción que hubiera claramente establecido ese principio”

Refiriéndose al Pacto de San José la Comisión, en la misma resolución, agregó que:

“La adición de la frase “en general, desde el momento de la concepción o implantación” no significa que quienes formularon la Convención tuviesen la intención de modificar el concepto de derecho a la vida que prevaleció en Bogotá cuando aprobaron la Declaración Americana. Las implicaciones jurídicas de la cláusula “en general, desde el momento de la concepción o implantación” son sustancialmente diferentes de la cláusula más corta “desde el momento de la concepción o implantación...”

Más recientemente la Corte Constitucional de la República de Colombia, en su Sentencia C365 del 2006, juzgó que en el Pacto de San José, bajo ninguna de las posibilidades interpretativas:

“... puede llegar a afirmarse que el derecho a la vida del nasciturus o el deber de adoptar medidas legislativas por parte del Estado, sea de naturaleza absoluta, como sostienen algunos de los intervinientes. Incluso desde la perspectiva literal, la expresión “en general” utilizada por la Convención introduce una importante cualificación en el sentido que la disposición no protege la vida desde el momento de la concepción o implantación en un sentido absoluto, porque precisamente el mismo enunciado normativo contempla la posibilidad de que en ciertos eventos excepcionales la ley no proteja la vida desde el momento de la concepción o implantación.

En conclusión, de las distintas disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad no se desprende un deber de protección absoluto e incondicional de la vida en gestación; por el contrario, tanto de su interpretación literal como sistemática surge la necesidad de ponderar la vida en gestación con otros derechos, principios y valores reconocidos en la Carta de 1991 y en otros instrumentos del derecho internacional de derechos humanos, ponderación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha privilegiado”.

2. El deber general de no discriminación

La prohibición de discriminación (art. 1.1 de la CADH) se aplica, como es sabido, cuando una persona es discriminada en el goce o disfrute de un derecho garantizado por la Convención. El artículo 1.1 proclama la igualdad ante el texto convencional y no ante el Derecho en general. Transforma, además, la obligación negativa de los Estados de no discriminar en una obligación positiva: asegurar a toda persona sometida a su jurisdicción la igualdad de trato en el goce de todos y cada uno de los derechos garantizados por la Convención y por sus protocolos adicionales.

Al prohibir la práctica de la fertilización In vitro el Estado demandado incumplió el deber general de **no discriminación** consagrado en el artículo 1.1 de la Convención en conexión con los siguientes derechos: derecho a la vida (art. 4.1); derecho a libertad personal (art 7); derecho a la protección del respeto a la intimidad privada y familiar (art. 11.2); derecho a fundar una familia (art. 17.2); derecho a la igualdad y no discriminación (art. 24) y derecho a la salud, e incumplió también el deber general, proclamado en el artículo 2º, de adaptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades consagrados en la Convención Americana.

3. La obligación de respetar el libre y pleno ejercicio de los Derechos

El artículo 1º, consagra también una *obligación general* que se suma a las *obligaciones específicas* en relación con cada uno de los derechos protegidos: la obligación de **respetar y**

garantizar, es decir, no quebrantar, menoscabar o conculcar los derechos humanos reconocidos en la Convención. Al respecto, en el *Caso Velásquez Rodríguez* (1989) la Corte expresó lo siguiente:

“165 La primera obligación asumida por los Estados Parte en los términos del citado artículo es la de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención. El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado...”

“Esta obligación general de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos tienen un carácter *erga omnes*. La mencionada obligación alcanza la totalidad de los derechos contemplados por la Convención Americana y se aplica a todos los Estados miembros OEA”²⁶

También en el caso Velásquez Rodríguez contra Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988, en el párrafo 166 la Corte manifestó:

“La segunda obligación de los Estados parte es la de “*garantizar*” el libre y pleno *ejercicio* de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”.²⁷

²⁶ Corte IDH. Opinión Consultiva o se-18/03, 17 sep 2003, sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, párrafo 109 y 110

²⁷ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras*, sentencia del 29 de julio de 1978, párr 66.

La Corte Interamericana ha explicado los alcances jurídicos de estos deberes: a) deber de prevenir,²⁸ b) deber de investigar²⁹ y c) deber de sancionar

4. El deber de adoptar disposiciones de derecho interno

El Estado ha incumplido el deber general de adoptar, conforme al artículo 2 de la Convención, disposiciones legislativas o de otra índole para garantizar a las víctimas, entre otros, el ejercicio de los derechos consagrados en los artículos 4.1, 7.1, 11.2, 17.2 y 24 de la Convención Americana.

En cuanto a las obligaciones y deberes que nacen del artículo 2 del Pacto de San José, la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha expresado que estas implican la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozca los derechos ahí reconocidos u obstaculicen su ejercicio. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia de dichas garantías.³⁰

Por su parte, el Honorable juez Manuel E. Ventura Robles ha expresado que:

“el Tribunal ha entendido que la obligación de la primera vertiente se incumple mientras la norma o práctica violatoria de la Convención se mantenga en el ordenamiento jurídico y, por ende se satisface con la modificación, la derogación o de algún modo anulación o la reforma de las normas o prácticas que tengan esos alcances según corresponda.”³¹

²⁸ Ibidem, párrafo 175

²⁹ Ibidem, párrafo 176

³⁰ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) contra Nicaragua*, Sentencia 31 de agosto del 2001, párrafo 136 y *Caso La última tentación de Cristo*, (Olmedo Bustos y otros) contra Chile, párrafo 185

³¹ Vid Ventura Robles, Manuel E. *Estudios sobre el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, tomo 2, San José, Costa Rica, 2011. p.405

5. *El derecho a la Libertad*

El derecho a la libertad ocupa un lugar central en el sistema de protección de los derechos humanos.

El hombre es un fin en sí mismo, que requiere contar con una esfera propia de autonomía para desarrollar plenamente su personalidad. Es decir, dado que el hombre tiene fines propios que cumplir con su propia decisión y riesgo, necesita tener una esfera de libertad en la que se encuentre exento de coacción física y moral, tanto de sus semejantes como del Estado. La libertad, desde el punto de vista jurídico, se presenta como ausencia de coacción moral o física sobre el ser humano, lo que le permite el pleno desarrollo de sus capacidades creadoras. La libertad es, entonces, la capacidad general de autodeterminación individual.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que “*El contenido esencial del artículo 7 de la Convención es la protección de la libertad del individuo contra la interferencia arbitraria o ilegal del Estado...*”³² (Caso 19, Comerciantes..., párr. 145).

A su vez, en el Voto Salvado a la Sentencia que prohibió la práctica de la FIV en Costa Rica, los Magistrados Argüedas y Calzada expresan que:

“Las técnicas de la reproducción asistida, amplia gama de procedimientos que tiene como finalidad aumentar las `posibilidades de concepción o implantación a través de una acercamiento entre óvulo y espermatozoide por diversos medios, se ofrece como un método para ejercer el legítimo derecho a la reproducción humana, que, aunque no esté expresamente reconocido en nuestra Constitución Política, se deriva de derecho a la libertad y a la autodeterminación, el derecho a la integridad personal y familiar y la libertad para fundar una familia”. (la cursiva es nuestra).

³² Cfr, *Caso Comerciantes*

La práctica de la FIV está fuera de la acción de la ley porque es una práctica privada que no daña la moral ni el orden público y no perjudica a terceros. Su prohibición es una violación del derecho a la libertad.³³

6. *La Protección de la dignidad y de la intimidad de la vida privada y familiar*

Desde el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, se declara que nadie será objeto de injerencias en su vida privada o en la de su familia.

La prohibición quebrantó el derecho a la intimidad personal y familiar (derecho a la privacidad) de las personas estériles o infértiles que desean recurrir a estos procedimientos científicos. Las áreas en las que se reconoce la aplicación del derecho a la privacidad incluyen, entre otras, el matrimonio, la procreación, las relaciones familiares y la crianza y educación de los hijos.³⁴

El Estado lesiona el derecho a la intimidad, el derecho de las personas sometidas a tomar decisiones libres y responsables con relación a sus vidas reproductivas y viola de esta manera el artículo 11.2 del Pacto de San José. El derecho a la intimidad, ha dicho la Corte Interamericana “garantiza una esfera que nadie puede invadir, un campo de actividad que es absolutamente propio de cada individuo”³⁵

El derecho a la intimidad protege igualmente el entorno familiar de la persona. Cada persona tiene derecho de exigir respeto no sólo para sus actuaciones como ser individual, sino también como parte integrante de un núcleo familiar, dado que esos vínculos inciden en la propia esfera de la personalidad de cada uno.

La estigmatización moral y jurídica de la fertilización In vitro se resuelve, también, en una forma de disminución de la dignidad de las personas que han nacido en Costa Rica a través de esta

³³ Vid. J. A. Roberson, *Children of Choice: Freedom and the New Reproductive Technologies*. Princeton University Press, Princeton, 1994, p.6.

³⁴ A Samuel D. Warren y Louis Brandeis se les atribuye a menudo el mérito de haber descubierto el derecho a la privacidad en 1890, en un artículo que publicaron en colaboración en la revista de derecho de la Universidad de Harvard Bajo el título de “*El derecho a la privacidad*”. Este artículo se inspiraba en parte en el fastidio que solía causarle a Brandeis la intromisión de la prensa bostoniana en su vida social.

³⁵ *Caso X e Y v. Argentina*, informe no. 38/96, Caso 10506, el 15 de octubre, 1996.

técnica y de las ya innumerables personas en el mundo (se estiman en más de cuatro millones) que accedieron a la vida gracias a la procreación asistida.

7. Derecho a fundar una familia

La prohibición de la práctica de la fertilización in vitro violó el derecho de protección de la familia y el derecho a tener hijos, que constituye el **contenido esencial del derecho a fundar una familia** (art. 17.2 de la Convención). Este derecho ha sido interpretado por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas no sólo como el derecho a contraer matrimonio, sino como el derecho a procrear hijos con la persona escogida.³⁶

El derecho a fundar una familia es un derecho independiente y distinto del derecho a contraer matrimonio. Los textos internacionales marcan la diferencia entre ambos derechos fundamentales colocando entre ellos una “y” que los separa y los distingue: “*se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia.*” La descendencia a través de la procreación natural o asistida imprime la característica fundante de la familia, tanto desde su perspectiva social como jurídica. Cabe acotar, asimismo, que el paradigma tradicional de la familia se cuestiona hoy día, abriendo a nuevas constituciones de familia, como la familia reconstituida que reconoce vínculos procedentes de dos o más uniones conyugales, uniones del mismo sexo y también (en algunos países) la mujer sola que decide recurrir a la inseminación para formar una familia y, finalmente, las familias monoparentales. El derecho a formar una familia no se agota en el matrimonio.

Como bien dice Mabel Dellacqua al respecto:

“Es importante destacar que matrimonio y familia son dos realidades diferentes. El matrimonio es una relación que une a las dos personas y que las vincula, social, económica y jurídicamente, pero no genera automáticamente una familia. En general, para que un matrimonio se

³⁶ Comité para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDH), *OBSERVACIÓN GENERAL*, N° 19, *la protección de la familia, el derecho al matrimonio y la igualdad entre cónyuges* (artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, disponible en <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf> (visitada el 10 de junio del 2006),

convierta en familia es necesario un elemento más, representado, en la mayoría de los casos por la *descendencia*.³⁷

8. El Derecho a la Salud³⁸

Algunos autores interpretan el derecho a la salud como una consecuencia del derecho a la vida, ya que no se dispone de mecanismos expresos de tutela directa de este derecho, salvo en el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador). Sin embargo, a juicio nuestro, el derecho a la vida en la Convención Americana también encuentra asidero en el artículo 5.1 que expresa que “*toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica o moral*”.³⁹

La doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid y profesora del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Carolina León Bastos, después de señalar el carácter expansivo de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos expresa lo siguiente:

“También y siguiendo el principio de expansibilidad, se considera derecho fundamental, por la interpretación en conjunto con los instrumentos internacionales que contienen este derecho en su normativa -el derecho a la protección de la salud-, como un ejemplo de la Convención Americana en su artículo 5.1.”⁴⁰

Toda persona tiene derecho a la salud. La Organización Mundial de la Salud (OMS) ha definido a la salud como “*un estado de completo bienestar físico mental y social y no sólo la ausencia de enfermedades o dolencias*” Y agrega que “*el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología*

³⁷ Vid, artículo *Avances y Retrocesos Legislativos de la fertilización asistida* en Arriebère, Robert. *Bioética y Derecho: Dilemas y Paradigmas en el siglo XXI*. Editorial Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2008. P238

³⁸ Vid. Navarro Fallas, Román. *Derecho a la Salud*. Editorial Juricentro, San José Costa Rica 2010.

³⁹ El caso *Sarayaku* es uno de los pocos interpuestos ante el Sistema Interamericano en que expresamente los peticionarios alegan la violación del derecho a la salud, además de su derecho a alimentación básica y a la medicina tradicional, pues por lo general este derecho es demandado en el marco de lo dispuesto en el artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que reconoce el derecho a la integridad personal.

⁴⁰ Vid, León Bastos, Carolina. *La interpretación de los derechos fundamentales según los tratados internacionales sobre derechos humano*. Editorial Reus SA, Madrid, 2010, pág. 285.

política o condición económica o social” (Constitución de la OMS)⁴¹. Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El Protocolo de San Salvador, dispone en su artículo 10, que toda persona tiene derecho a la salud entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico mental y social”. Por esta razón las parejas infértiles que perciben un sufrimiento real, físico y psicológico por no poder procrear de manera natural, no gozan de su derecho a la salud. También el artículo 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales Culturales de manera expresa consagra el derecho a la salud.

El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho de toda persona al disfrute al más alto nivel de salud física y mental señaló la obligación que tienen los estados de garantizar el acceso a servicios sanitarios tan esenciales como son el tratamiento de la infertilidad.⁴²

El derecho a la salud es un derecho transnacional o supranacional. Esta conclusión se infiere del simple hecho de que el derecho internacional se ocupe de él. Se trata de un derecho cuyo reconocimiento no puede estar supeditado o limitado por aspectos como la nacionalidad. La transnacionalidad es corolario de la universalidad de los derechos humanos en general y del derecho a la salud en particular. Por esta razón algunas personas víctimas en este caso (Andrea Biachi Bruna, German Alberto Moreno Valencia) son extranjeros residentes en Costa Rica y víctimas de la prohibición de practicar la fertilización in vitro en este país.

La prohibición de la fertilización in vitro perpetúa una situación de inhabilidad física para el disfrute pleno de la salud corporal, subsanable con la participación de la ciencia moderna. Y es también una forma de agresión física contra las parejas estériles al limitárseles la posibilidad de superar su condición de enfermedad o de minusvalidez.

Precisamente es el derecho a la Salud el que se ve violentado cuando, quienes están en contra de la fertilización in vitro, lo describen como un tratamiento agresivo que lo que hace es reemplazar los procesos naturales al costo de vidas humanas, enfatizando que el procedimiento elimina decenas

⁴¹ Ver informe Organización Mundial de la Salud, OMS sobre salud sexual. Disponible en Organización Mundial de la Salud. Página Oficial. http://www.who.int/mental_health/es/index.html

⁴² Ver Informe del Relator Especial Paul Hunt de Naciones Unidas, *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El derecho de toda persona al más alto nivel de salud física y mental*. 16 de febrero, 2004, párrafo 29.

de embriones fecundados que son desechados o congelados; asociando a estas mujeres, deseosas de concebir un hijo, con prácticas “*criminales*”.

La prohibición de la práctica de la fertilización in vitro, atenta contra la salud mental de quienes desean hacer uso de este procedimiento ya que su imagen es asociada al asesinato y deben por tanto lidiar con este señalamiento en el imaginario social. A lo que se suma que su deseo y derecho son signados como egoístas, inescrupulosos y contra natura, lo que evidentemente lesiona y erosiona la autoestima, provocando un debilitamiento de la autoimagen y sensaciones egodistónicas.

La esterilidad se considera como generadora de sufrimientos. Para ser solucionado necesita de remedios y tratamientos médicos y se cataloga como discapacidad o enfermedad y exige, por consiguiente, una actuación terapéutica.⁴³

La esterilidad incurable o irreversible afecta no sólo la salud reproductiva de la pareja sino la salud a secas. Los daños que produce la infertilidad son enormes. Cuando cada miembro de la pareja se enfrenta con la imposibilidad de procrear tiende a buscar “culpables” y a desarrollar frecuentemente el autorreproche, lo que puede llevar al desarrollo de emociones como la depresión o el enojo. Cuando la “culpa” se deposita en la otra persona; puede producirse el temor al rechazo de su pareja por la creencia de que se es “menos hombre” o “menos mujer” por la situación de infertilidad o esterilidad, y se pueden generar ideas de temor al abandono o al rechazo, lo que a su vez puede generar un ambiente defensivo u hostil en la relación familiar.

La presión social y familiar para que la pareja tenga hijos hace que frecuentemente los miembros de la pareja tengan reacciones de tristeza y en algunas ocasiones hasta de agresividad y pueden llegar a “aislarse” de una gama de actividades humanas en las que pueden verse expuestos.⁴⁴

⁴³ En España, según el Real Decreto 63/1995 de 20 de enero de 1995 sobre ordenación de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, el tratamiento de la esterilidad está incluido en las prestaciones del sistema público de salud.

Desde la Organización Mundial de la Salud se ha valorado como positiva la inclusión y organización de estas prestaciones dentro de los sistemas públicos de salud. Vid. al respecto World Health Organization, *Recent advances in medically assisted conception*, Report of a WHO Scientific Group, WHO, Genova, 1992, p.19.

⁴⁴ Vid. Escalante Barboza, Kattia. *Métodos de reproducción asistida: aspectos psicológicos*. Revista de medicina legal de Costa Rica vol. 20 # 1, marzo 2003, p.7

El informe Warnock, cuando se refiere al sufrimiento que provoca la esterilidad, insiste en el sufrimiento que puede provocar la presión social por tener hijos más que en el sufrimiento de las propias parejas estériles frente a su condición:

“La falta de descendencia puede ser una fuente de estrés incluso para aquellos que lo han escogido deliberadamente. La familia y los amigos a veces esperan de una pareja que inicie una familia y expresan sus expectativas, abierta o veladamente. Para que aquellos que intentan sin éxito tener hijos, el darse cuenta que no podrán fundar una familia puede ser demoledor. Ello puede alterar su proyecto para el resto de su vida futura. Pueden sentir que serán incapaces de colmar las expectativas propias y del resto de la gente”⁴⁵

La violación del derecho a la salud lesiona el derecho a la integridad personal (psíquica, moral y física) de las víctimas, y la prohibición de la práctica de la fertilización in vitro en Costa Rica es una real limitación del ejercicio pleno de las funciones naturales de la mujer y del hombre.

Con relación al tema de la salud, también debe tenerse especialmente en cuenta el papel relevante de las mujeres unidas por el vínculo matrimonial o por uniones de hecho reconocidas por la ley. Las intervenciones médicas se realizan en sus cuerpos, a veces para paliar una esterilidad que algunas veces ellas no padecen, porque la padece el hombre o porque no se ha llegado a determinar su origen. Estas técnicas tienen para ellas un especial costo físico y psíquico, y ofrecen ciertas molestias y dificultades. El procedimiento es gravoso, complejo y no exento de riesgos para la mujer, a diferencia de la inseminación artificial que es un procedimiento sencillo y bastante inocuo.

⁴⁵ Warnock, M., *A Question of life. The Warnock report on human fertilization and embryology* (1984), Blackwell, Oxford, 1993, p.8

Para varios especialistas la esterilidad ⁴⁶es una enfermedad,⁴⁷ lo que justificaría los tratamientos médicos para paliarla, mientras que otros consideran la esterilidad como una minusvalía (**disability**)⁴⁸ o como una disfunción⁴⁹.

La esterilidad se considera generadora de sufrimiento y necesita de remedios, ya sea considerada como una enfermedad, una minusvalía o una disfunción y por ello exige una intervención terapéutica contra ella.

En un principio la fertilización in vitro fue concebida para mujeres con obstrucción, ausencia de o lesiones bilaterales e irreversibles de las trompas, ya sea de origen infeccioso o traumático (incluso aquellas derivadas de una esterilización por ligadura de trompas) y en las que no era posible la reparación quirúrgica. Las trompas comunican el útero y los ovarios, por lo que son fundamentales para la unión de óvulo y espermatozoides.

Sin embargo, la fertilización in vitro ya no se limita a estos casos, sino que es utilizada para otro tipo de indicaciones: infertilidades inexplicadas (desde 1980), endometriosis (desde 1983), infertilidad inmunológica (desde 1984), infertilidad masculina (desde 1984), factor cervical hostil (desde 1985), etc. Existe una fuerte tendencia a incrementar la utilización de la fertilización in vitro en esterilidades inexplicadas o idiopáticas (a veces asociadas a las multifactoriales), y sobre todo en caso de caso de infertilidad masculina, hasta el punto de que ya en menos de la mitad de los casos (y con tendencia a disminuir) se realiza por infertilidad femenina.

En este Caso, la Comisión Interamericana no señala como explícitamente violado el derecho a la salud, tutelado en el artículo 10 del Protocolo de San Salvador, pero afirma que el caso “*requiere de un análisis jurídico sobre los estándares internacionales aplicables a las restricciones permisibles en el ejercicio de los derecho a la vida privada y familiar y a formar parte de una familia, en una*

⁴⁶ En los textos especializados es habitual distinguir entre “**infertilidad**” y “**esterilidad**”. La *infertilidad* será la ausencia de fertilidad, esto es, de la incapacidad de tener hijos. La *esterilidad* indicaría una incapacidad total y permanente de concebir o fecundar. También se distinguir entre *esterilidad primaria y secundaria*. La esterilidad primaria sería la que corresponde a una pareja que nunca logró una concepción o implantación, mientras en la secundaria habría existido al menos una, pero hay una imposibilidad actual. Los términos “infertilidad” y “esterilidad” los hemos utilizado como sinónimos.

⁴⁷ Ver *Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fertilización in vitro y la Inseminación Artificial Humanas*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1986, p.51.

⁴⁸ Vid. B. K. Rothman, *Infertility as Disability*, y T. Beauchamp y L. Walters. *Contemporary Issues on Bioethics*, Wadworth Publishing Company, Belmont, 1994, págs. 211-216.

⁴⁹ Vid. M. Warnock, *A Question of Life*, Backwell, Oxford, 1993, p. 10.

temática relacionada con la salud reproductora y sobre la cual no existen precedentes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana”.

9. Derecho a la igualdad ante la ley e igual protección ante la ley (artículo 24 de la Convención Americana)

Decir que todos los individuos son iguales ante la ley significa dos cosas: 1º que todos son personas jurídicas; 2º afirmar que todos tienen, por esa sola cualidad, ciertos derechos fundamentales.

El Estado costarricense menoscabó el principio de la igualdad ante la ley (artículo 24 de la Convención Americana) por las siguientes razones:

- a. Conceder al embrión (al no nacido) el mismo estatuto jurídico de la persona humana quebranta el principio de igualdad ante la ley, en la medida en que se le otorga al embrión el estatuto de persona y lo protege de modo absoluto mientras que a las parejas infértiles o estériles les impide gozar de los derechos garantizados en los artículos 1.1, 2, 4.1, 5.1, 7, 11.2, 17.2 y 24.
- b. Se quebranta el principio de igualdad al tratar al embrión como a una superpersona, como sujeto de derecho capaz de gozar de modo absoluto del derecho a la vida en tanto que a las personas estériles o infértiles les impide gozar plenamente del derecho a la salud y a la procreación.
- c. El Estado le reconoce al embrión humano plenamente el derecho a la dignidad, mientras que a las parejas estériles las trata en forma desigual y les limita el derecho a la integridad y a la dignidad, que está determinada, para muchos autores, por la calidad de vida y el bienestar del individuo. Recordemos que como el embrión no es persona, no es sujeto pasivo de daño, ya sea material o moral. El embrión no es un centro de imputación normativa y la unión de células, que por sí sola no puede generar un ser humano, pues necesitan de una serie de

procesos biológicos –no suplementarios, sino principales-, no puede ser ese centro de imputación de reglas de derecho ⁵⁰

- d. El Estado, al negarle el acceso a las técnicas de fertilización in vitro a las parejas estériles (ya se les considere personas enfermas, minusválidas o con una disfunción), trata de manera desigual a esas parejas, en relación con otras personas que tienen otro tipo de enfermedad, discapacidad o disfunción, pero que sí tienen derecho en Costa Rica a acceder a la ciencia y a la tecnología para curar o aliviar sus problemas de salud reproductiva (inseminación artificial, por ej.), en relación con las parejas que por no ser estériles y decidir procrear pueden ejercer naturalmente su derecho a formar una familia y a tener descendencia.

El vocablo discriminación se asocia generalmente con la idea de injusticia. El trato preferencial que el Estado da al embrión frente a los derechos de la pareja quebranta el principio de igualdad y produce un efecto discriminatorio que está prohibido por el artículo 1.1 de la Convención que define el dominio o campo donde el principio de no discriminación debe ser aplicado. Esa discriminación se produce además, algunas veces, en razón de la **posición económica de las personas estériles**. Con la prohibición de la FIV, se crean en la sociedad costarricense dos tipos de parejas infértiles o estériles: de un lado, las que cuentan con recursos económicos para ir al extranjero (en muchos casos al territorio de Estados Parte en la Convención) a practicarse una fertilización in vitro, y del otro parejas que por carecer de recursos económicos para ello, no pueden trasladarse a otro país a practicarse una FIV. Ello está, ciertamente, en abierta discordancia con el principio de igualdad. La prohibición pesa especialmente, sobre los más desfavorecidos económicamente, solución inaceptable en una sociedad democrática. Hay pues aspectos de justicia social relacionados con el acceso a las nuevas tecnologías reproductivas.

La igualdad ante la ley tiene un rango capital. Es un medio de acceso a otros valores: el derecho al reconocimiento de su dignidad y al respeto de su vida privada y familiar, el derecho a la salud derivado del derecho a la vida, el derecho a fundar una familia, a la reproducción y a la libertad.

Se quebranta también el principio de igualdad al tratar de la misma manera situaciones diferentes (los derechos del embrión frente a los derechos de parejas integradas por personas hechas y derechas). La discriminación que se prohíbe es tratar de modo diferente situaciones similares o

⁵⁰ Vid., al respecto el reciente libro de Frances Torralba *¿Qué es la dignidad humana?* Barcelona, Editorial Herder, 2005.

tratar de manera idéntica situaciones diferentes. La igualdad exige –precepto antiguo- tratar de modo semejante cosas semejantes y diferentemente cosas diferentes.

En este caso la desigualdad que viola los derechos de los recurrentes no es una diferenciación “razonable y objetiva” sino un tratamiento evidentemente injustificado, infundado y desproporcionado, producto de una resolución judicial que carece de fundamentos jurídicos y que lesiona la dignidad humana, desde el momento en que establece una restricción odiosa que atenta por discriminación contra el equilibrio jurídico de los recurrentes.

El Estado costarricense crea una especie de marginación que afecta a los miembros de las parejas estériles que son tratados de manera diferente a como trata a otras personas discapacitadas que reciben tratamiento por el Estado mediante el sistema de Seguridad Social, cercenando así sus derechos igualitarios y colocándolos en una situación de desventaja. Con ello se resiente el sentido de la justicia.

10. Necesidad de observancia de la sentencia de la CIDH en este nuevo caso.

La Corte Interamericana ya declaró la responsabilidad internacional del Estado costarricense por hechos similares, en el caso Artavia Murillo, expediente 12.361 . Como fuente de derecho, que lo es, el Estado Costarricense debe aplicar la “ratio decidendi” de esa sentencia al caso de las víctimas aquí apersonadas, cosa que no hizo a pesar de tener oportunidad para ello, con lo que fueron desconocidas las obligaciones convencionales asumidas libremente. Esta situación ha afectado a mis representados quienes pudieron haber visto rehabilitados sus derechos hace más tres años.

En aplicación de los artículos 45 y 62 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Costa Rica depositó el 2 de julio de 1980, en la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, el instrumento de reconocimiento de la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En particular el indicado numeral 62 dispone:

“62. 1.- Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como

obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.”

Adicionalmente a este reconocimiento internacional, mediante Ley 6889 de 9 de setiembre de 1983, la Asamblea Legislativa aprobó el convenio entre el Gobierno de la República de Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, suscrito en San José el 10 de setiembre de 1981, mediante el cual se estableció la sede y condiciones de funcionamiento de dicha Corte en territorio nacional.

Como complemento al reconocimiento pleno de la competencia previsto por los numerales 45 y 62 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, plenamente vigente desde el 2 de julio de 1980, el artículo 27 de este acuerdo aprobado por Ley 6889, dispuso:

“Artículo 27.- Las resoluciones de la Corte y, en su caso, de su Presidente, una vez comunicadas a las autoridades administrativas o judiciales correspondientes de la República, tendrán la misma fuerza ejecutiva y ejecutoria que las dictadas por los tribunales costarricenses.”

Es claro entonces que la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 28 de noviembre de 2012 en el caso *Artavia Murillo contra Costa Rica* (expediente 12361), notificada el 20 de diciembre de 2012, surte efectos inmediatos y directos en nuestro ordenamiento. No obstante, pasaron tres años antes de que se dieran pasos definitivos para el cumplimiento.

Debemos recordar que en virtud de las normas procedimentales del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, las partes deben agotar los remedios jurisdiccionales locales antes de acudir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, quien posteriormente eleva el caso, si considera que ha habido lesiones a los derechos consagrados en la Convención, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El caso previo que abrió el camino ante la Comisión fue la misma sentencia de la Sala Constitucional que aquí se ha cuestionado, dictada con el número 2306-2000 el 15 de marzo del año 2000, que había declarado inconstitucional el Decreto Ejecutivo 24029-S de 3 de febrero de 1995, que regulaba la fertilización in vitro. Dicho órgano no solamente anuló dicho Decreto sino que además, en forma abiertamente inconstitucional declaró que cualquier ley futura sobre la materia sería inconstitucional.

Debe señalarse además que la sentencia de la CIDH de 20 de noviembre de 2012, se basa en lo fundamental en el carácter abiertamente violatorio de los derechos fundamentales de la sentencia 2306-2000. Entre otros muchos razonamientos, este Alto Tribunal expresó:

“277. Como se indicó anteriormente (*supra* párr. 144), el alcance del derecho a la vida privada y familiar ostenta una estrecha relación con la autonomía personal y los derechos reproductivos. La sentencia de la Sala Constitucional tuvo el efecto de interferir en el ejercicio de estos derechos de las presuntas víctimas, toda vez que las parejas tuvieron que modificar su curso de acción respecto a la decisión de intentar tener hijos por medio de la FIV. En efecto, la Corte considera que una de las injerencias directas en la vida privada se relaciona con el hecho de que la decisión de la Sala Constitucional impidió que fueran las parejas quienes decidieran sobre si deseaban o no someterse en Costa Rica a este tratamiento para tener hijos.”

“306. Al respecto, la Corte observa que el Decreto declarado inconstitucional por la Sala Constitucional contaba con medidas de protección para el embrión, por cuanto establecía el número de óvulos que podían ser fecundados. Además, prohibía “desechar o eliminar embriones, o preservarlos para transferencia en ciclos subsecuentes de la misma paciente o de otras pacientes”. En este sentido, existían medidas para que no se generara un “riesgo desproporcionado” en la expectativa de vida de los embriones. Por otra parte, de acuerdo con lo establecido en dicho Decreto, la única posibilidad de pérdida de embriones que era viable, era si éstos no se implantaban en el útero de la mujer una vez se realizara la transferencia embrionaria.”

“316. Por tanto, la Corte concluye que la Sala Constitucional partió de una protección absoluta del embrión que, al no ponderar ni tener en cuenta los otros derechos en conflicto, implicó una arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar que hizo desproporcionada la interferencia. Asimismo, la interferencia tuvo efectos discriminatorios. ...”

“3. Al estar la autodeterminación reproductiva estrechamente relacionada al derecho a la vida privada y a la integridad personal (párrs. 146 y 147), la prohibición absoluta a la FIV decretada por la Sala Constitucional de Costa Rica el 15 de marzo de 2000 afectó esos derechos generando un serio impacto en las víctimas.”

Para todos los efectos procesales, la sentencia del más alto Tribunal continental en materia de Derechos Humanos, declaró que la sentencia 2306-2000 de la Sala Constitucional resultaba violatoria de derechos humanos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Siendo los efectos de dicha sentencia vinculantes y ejecutorios para las autoridades administrativas y jurisdiccionales costarricenses, como ya vimos, la anulación del Decreto Ejecutivo Decreto Ejecutivo 24029-S de 3 de febrero de 1995 por parte de la Sala Constitucional deviene en insubsistente, y por tanto dicho cuerpo regulatorio de la fertilización in vitro recobra vida jurídica y no obstante ello entre los años 2013 y 2016 el Estado se negó a permitir la FIV y no promulgó (hasta setiembre del 2015), como era su deber. Esto significa que el contenido esencial de los derechos humanos restablecidos por la CIDH no fue observado por Costa Rica.

De esta manera, en aplicación de las fuentes del ordenamiento jurídico administrativo al tenor de los artículos 6 y 7 de la Ley General de la Administración Pública costarricense, la sentencia firme y vinculante de la CIDH tiene los efectos y el valor propio de la norma que interpretan, en este caso la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con fuerza superior a la Ley al tenor del artículo 7 de la Constitución Política (y superior a la Constitución según algunas resoluciones de la Sala Constitucional, si se comparte esa tesis). Así las cosas, al proclamarse la mayor nulidad imaginable que se le pueda atribuir a un acto de autoridad pública, como es en este caso la sentencia 2306-2000 de referencia, la violación abierta de derechos humanos esenciales, queda carente de todo tipo de efectos dicho acto de poder público y sus alcances eliminados del ordenamiento. Este resultado debe ser reiterado en este proceso.

Otra consecuencia de la sentencia de la CIDH es que la prohibición generada por la 2306-2000 queda de pleno derecho abrogada, no se requiere de una ley que declare que unos derechos, que ya tienen rango superior a la ley, se encuentran vigentes. Los derechos humanos violados por la Sala Constitucional ya se encuentran restituidos con la propia sentencia de la CIDH. En la aplicación de los derechos humanos opera el principio de libertad, y si el legislador considera necesario que dicha libertad debe someterse a ciertos parámetros de control para garantizar su ejercicio, puede hacerlo, pero en ningún caso puede delimitar su ejercicio en términos que lo prive de su contenido esencial. En ausencia de esa regulación opera el principio general de libertad. Resulta insostenible desde el punto de vista jurídico argumentar que dicha libertad, que es de rango superior a la ley, solo puede ser ejercida si previamente es autorizada por una ley, ya que ni la sentencia de la CIDH sostiene tal sinsentido ni la más elemental lógica podría llevar a esa conclusión. A este respecto la resolución de cumplimiento dictada por la Corte Interamericana en fecha 26 de febrero del año 2016 se sumamente aleccionadora y clara.

11. *Condena al pago y reparación de los daños materiales e inmateriales (daño moral y afectación al proyecto de vida) y al pago de gastos y costas de abogado.*

Como ha sostenido la Corte Interamericana en reiteradas ocasiones:

“El artículo 63.1 de la Convención Americana refleja una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derechos Internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados. Al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado surge de inmediato la responsabilidad internacional de éste por la violación de una norma internacional, con el consecuente deber de reparar y de hacer cesar las consecuencias de la violación.”⁵¹

Hemos demostrado la existencia de un **comportamiento ilícito** del Estado de Costa Rica que consiste en **una acción**, (prohibir en su territorio la practica FIV) y en una **omisión** (no haber adoptado medidas legislativas, o de otra naturaleza, para hacer efectivos los derechos y libertades de las parejas infértiles o estériles).

La sentencia de la Sala Constitucional que prohibió la práctica de la FIV en el año 2000 configuró un hecho internacionalmente ilícito atribuible al Estado de Costa Rica. Esa prohibición severa y continuada se traduce en un incumplimiento de obligaciones internacionales y en atropellos a derechos fundamentales de la persona humana reconocidos por la Convención Americana.

El Estado costarricense no dictó (por lo menos durante el periodo de enero del 2013 a setiembre del 2015) las medidas necesarias para remover los obstáculos que existen en Costa Rica para que las parejas y personas estériles puedan gozar de los derechos fundamentales que les han sido conculcados. El Estado ha sido remiso e indolente en la promulgación de la legislación necesaria o de otra índole para el cumplimiento de sus obligaciones y para poner en concordancia su derecho interno con el derecho internacional. Al contrario, reiteradamente expresó su conformidad y su apoyo a esa sentencia incompatible con el derecho internacional de los derechos humanos y vigente hasta

⁵¹ Cfr. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia)*. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 116; *Caso Ximenes Lopes* y *Caso de las Masacres de Ituango*.

febrero del 2016. El Estado es responsable porque durante el periodo del año 2000 a febrero del 2016 hizo lo que no debía hacer, y porque no hizo lo que debía hacer.⁵²

La Corte Interamericana de Derechos Humanos el 23 de agosto del año 2001 manifestó que:

“Según las reglas del derecho de la responsabilidad internacional del Estado aplicables, en el derecho internacional de los derechos humanos, la acción u omisión de *cualquier* autoridad pública, independientemente de su jerarquía, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad internacional en los términos previstos en la Convención Americana.⁵³”

En materia de Derechos Humanos, **ningún Estado puede sostener que la opinión de los tribunales internos es definitiva.**

En el año 1989 el Dr. Gerardo Trejos, denunciante originario, había escrito, juntamente con Rodolfo Piza Rocafort, lo siguiente:

“En el ámbito de los derechos humanos esta última idea [la opinión de los tribunales estatales no es definitiva] es aún más amplia: en todo asunto que involucre derechos humanos (en el fondo son todos aquellos que interesan a la humanidad), ningún Estado u órgano judicial puede sostener que la opinión de sus tribunales es definitiva, sobre todo si tal Estado reconoce la jurisdicción de tribunales internacionales de derechos humanos como el Tribunal Europeo o la Corte Interamericana. Para estos países, aunque de ello se hayan percatado pocos, las Cortes Supremas no son ya supremas, ni crean por sí mismas cosa juzgada, pues están sobre ellas esos tribunales internacionales, que pueden revisar todo lo actuado, corregir y enmendarle la plana a esos tribunales internos. Esta sola idea, es la revolución más

⁵² Vid. Piza, Rodolfo y Trejos Gerardo. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: La Convención Americana*. Editorial Juricentro, San José, 1989. pág.130.

⁵³ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awuwas Tingni contra Nicaragua*. Sentencia del 23 de agosto 2001, párr 154.

grande de la tarea judicial que haya acontecido desde las revoluciones inglesa, americana y francesa.”⁵⁴

Comentando el texto antes citado, dos distinguidos autores colombianos, expresaron:

“Parafraseando a Piza y Trejos concluimos que las “cortes supremas no son supremas” y, por consiguiente no dicen la última palabra”; máxima extensiva a los Tribunales o Cortes Constitucionales y Consejos de Estado, puesto que en estos asunto ningún Estado puede sostener que la opinión de sus tribunales es definitiva.”⁵⁵

Como afirma Ernesto Rey Cantor y Ángela Margarita Rey Anaya, *“La violación de los derechos humanos produce un daño y, en consecuencia, obliga a los Estados a su reparación: restitución, cesación del comportamiento ilícito, satisfacción, indemnización y las seguridades o garantías de no repetición del hecho ilícito”⁵⁶.*

Se debe señalar que el Estado de Costa Rica implícitamente reconoció, de manera muy reciente (setiembre de 2015), su responsabilidad internacional al adoptar medidas de cumplimiento de la Sentencia Artavia Murillo, caso análogo al presente.

Ya con anterioridad, el Estado costarricense se había allanado (aunque ello fuere en forma ficta) a la denuncia presentada por las víctimas en el caso Artavia Murillo, pues el Poder Ejecutivo de la época siguiendo las recomendaciones del informe 85/10, envió a la Asamblea Legislativa un proyecto de ley para regular la práctica de la fertilización in vitro y entabló conversaciones con las presuntas víctimas para reparar los daños causados por la prohibición absoluta y radical de la FIV en Costa Rica.⁵⁷ No obstante todo ello no fue más que algo aparente en su momento. Entendemos que hoy por hoy ha operado un cambio de actitud significativa en el actuar del

⁵⁴ ⁵⁴ Vid. Piza, Rodolfo y Trejos Gerardo. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: La Convención Americana*. Editorial Juricentro, San José, 1989.pág.149.

⁵⁵ Vid. Ernesto Rey Cantor y Ángela Margarita Rey Anaya *Medidas Provisionales y Medidas Cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Temis, Bogotá, 2005, pág. 118.

⁵⁶ Vid. *Medidas Provisionales y Medidas Cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, op.cit.pág.147.

⁵⁷ Ver Proyecto de Ley y Actas de las conversaciones entre el Estado y las víctimas aportadas como elementos probatorios

Ejecutivo al hacer honor a sus palabras (todo a diferencia del pasado reciente) y emitir el Decreto Ejecutivo 39.210.

La Comisión en su informe 1/15 (Caso Gómez Murillo y otros, caso número 12.798), solicita a la Corte reparar integralmente a las víctimas del presente caso tanto en el aspecto material como en el aspecto moral incluyendo medidas de satisfacción por los daños ocasionados a las víctimas.

Desde la presentación de la denuncia que dio origen a este Caso se ha solicitado la reparación justa del daño material y del daño moral (o inmaterial)⁵⁸ causado a las víctimas. Hemos subrayado la estigmatización, la disminución o ataque a la dignidad de que han sido objeto quienes practicaban en Costa Rica la fertilización médicamente asistida (médicos y pacientes) y de las personas que nacieron a través de esos medios, todo ello con quebranto del artículo 11.1 de Convención⁵⁹: “*Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada.*”. Asimismo solicitamos la reparación por daño al proyecto de vida toda vez que la FIV ha sido reahabilitada en el país (por Decreto Ejecutivo 39210 y acatamiento de resolución del 26 de febrero del 2016) pero ello no beneficia a mis representados pues por edad y estado de salud ya no es posible aprovecharla en forma efectiva.

Consideramos que a la hora de determinar las reparaciones, costas y gastos, la Corte deberá ponderar la importancia que este proceso tiene para los numerosos Estados partes de la Convención que practican la fertilización in vitro y, particularmente, el hecho de que este proceso no afecta solamente a las 12 víctimas, sino a miles de parejas de nuevas generaciones que padecerán en su momento de la esterilidad. Estamos luchando también por sus derechos fundamentales.

⁵⁸ En su jurisprudencia, a partir del *Caso Cantoral Benavides* (Reparaciones, sentencia del 03 de diciembre del 2001, párrafos 42,53 y 57 la Corte Interamericana se ha inclinado por omitir toda referencia al daño moral, y sustituir esta expresión por el concepto “**daño inmaterial**”, que tendría un carácter más amplio, y que comprendería la noción tradicional de daño moral.

Como bien señala Héctor Faúndez Ledesma”...este cambio que no es meramente semántico tiene un carácter eminentemente cualitativo y apunta a abandonar una noción propia del Derecho civil, para sustituirla por otra que refleje más apropiadamente el carácter de las reparaciones en el marco del Derecho de los derechos humanos, tomando en cuenta al individuo como un todo, y apreciando el impacto que han tenido sobre éste las violaciones de los derechos humanos.

En este sentido, la Corte ha sostenido que el daño inmaterial puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia Vid. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos Institucionales y Procesales*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 3 edición, 2004, pág. 834-835.

⁵⁹ Vid, entre otros, el punto 31 del oficio que dirigí a la Comisión con fecha 3 de julio del 2006.

I) Restitutio in Integrum en la responsabilidad internacional

Como hemos visto, tanto del artículo 63 de la Convención Americana de Derechos Humanos como del artículo 50 de la Convención Europea de Derechos Humanos, se extrae el principio de la reparación integral o *restitutio in integrum*, restitución plena, absoluta y completa del daño causado. Igualmente se sigue de esas normas el principio del restablecimiento del *status quo ante*, restablecer las cosas a su estado original, que son los postulados que se exige satisfacer en materia de responsabilidad internacional de los estados por actos contrarios a la normativa internacional.

Es cierto entonces que no hay derecho sin responsabilidad pues al decir de Max Huber

“La responsabilidad es el corolario del derecho. Todos los derechos de orden internacional tienen por consecuencia una responsabilidad internacional. La responsabilidad entraña como consecuencia la obligación de acordar una reparación en el caso de que la obligación no hubiese sido cumplida”.⁶⁰

En esta dirección la Corte Permanente de Justicia Internacional ha reiterado estos principios o postulados fundamentales al afirmar:

“El principio esencial que se desprende de la noción misma de la jurisprudencia de los tribunales arbitrales es que la reparación debe, lo más posible, hacer desaparecer las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que hubiera, en todo caso, existido si dicho acto no se hubiera cometido. Restitución en la forma, o si la misma no es posible, el pago de una suma correspondiente al valor que tendría la restitución en forma; la asignación si hubiere lugar a ello de daños y perjuicios por las pérdidas sufridas, y que no fueren cubiertas por la restitución en forma, o el pago en su lugar. Tales son los principios que deben servir para la determinación del monto de la indemnización debida por un acto contrario al derecho internacional”⁶¹

⁶⁰ Citado por Villagran Kramer, Federico. *Responsabilidad Internacional del Estado por denegación y desafío de justicia y violación de garantías judiciales en La Corte y El Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Editor Rafael Nieto Navia, San José, 1994, pág. 585

⁶¹ CPIJ. *Caso de la factoría Chorzow*, citado por Villagrán Kramer (Fco). Op cit.pág. 586

De esta manera si no es posible restablecer el estado inicial o status quo ante, como en el presente caso, lo procedente es una satisfacción equitativa que debe ser apreciada de oficio, esto es determinada In Re Ipsa y en equidad por el juez. Lo anterior es así porque la reparación debe ser equitativa o justa (artículo 50 Convención Europea y 63 de Convención Americana) y la equidad o justicia es asunto apreciativo del resorte exclusivo del juez internacional, quien debe y puede, a partir de las circunstancias del caso, de los principios generales de derecho y la equidad, apreciar y fijar prudentemente las indemnizaciones respectivas.

La prohibición de la fecundación in Vitro desencadenó un daño o lesión no soportable a las parejas actoras, lo que provocó un desconocimiento del principio de igualdad ante las cargas y prohibiciones públicas con infracción del principio general de igualdad; y una discriminación contraria a la dignidad humana que debe ser resarcida por el sólo hecho de haberse dado. Sin duda opera en materia indemnizatoria, una suerte de responsabilidad objetiva según se le conoce en doctrina, en donde el criterio elemental se centra no en la revisión de las causas de la conducta agresora al bien jurídico tutelado por la norma internacional, sino únicamente en la verificación de la existencia del daño.

II) La estimación particular del daño inmaterial

Las reparaciones inmateriales que corresponden a las víctimas en el presente Caso tienen características especiales. **Consideramos necesario referirnos a una característica en particular** de este reclamo de resarcimiento del daño inmaterial producido por la prohibición radical de la práctica de la FIV en Costa Rica.

La Resolución de la Sala Constitucional de Costa Rica N° 2000-02306 produjo una **pérdida de oportunidad o chance** que se anida en el principio de la **reparación integral**. Como bien señala Federico Torrealba: *“una indemnización que no tome en cuenta la patente realidad fáctica de las oportunidades frustradas a raíz del hecho dañoso, se representa como injusta e insuficiente para colmar el principio de la equivalencia entre daño y reparación”*.

Con la prohibición desapareció para las víctimas la posibilidad de decidir libre y autónomamente el recurrir a esta técnica, así como la puesta en práctica de tal decisión, así como la expectativa **seria y real** de ser padres, de fundar una familia, y el derecho de poder gozar del trato

igual frente al resto de la colectividad, mientras que antes de la prohibición (el hecho dañoso) existía una oportunidad real y seria de las víctimas, de llegar a tener hijos biológicos.

Sobre el tema Federico Torrealba, señala que:

“La experiencia jurisprudencial extranjera nos revela que la determinación del factor aleatorio se realiza, por parte de los adjudicadores, de modo *prudencial* –vale decir, empíricamente-. Lo cual no excluye que se pueda echar mano de estadísticas y peritajes para determinar, no solo la preexistencia misma de la oportunidad, sino el grado de probabilidad de su realización. La utilización de estadísticas es particularmente frecuente en materia de pérdida de oportunidades, de supervivencia y de curación. Las estadísticas médicas sobre el porcentaje de pacientes que se salvan o curan en circunstancias análogas resultan ser útiles no solo para determinar la preexistencia objetiva de la chance, sino para justipreciar el *quantum debetur*. Lo que sí es cierto es que no es posible exigir, respecto de este rubro una demostración científica con arreglo a las leyes de la Estadística y del Cálculo de Probabilidades, pues, en tanto que la regularidad estadística se apoya en la ley de los grandes números, aquí lo que se trata es de apreciar la probabilidad de realización de una oportunidad concreta y específica. Exigir una prueba de este tipo equivaldría a exigir una *probatio diabólica*, lo que conduciría a descartar por anticipado la resarcibilidad de la pérdida del chance. Amén de que en muchas hipótesis no ha de haber información estadística disponible, lo cual, *per se* no debería ser óbice para que se satisfaga el crédito indemnizatorio. Como se sabe, el Derecho de la responsabilidad tiene renunciadas las pretensiones de exactitud matemática entre daño y reparación (de lo cual resulta ser viva encarnación el daño moral).”⁶²

Respecto a la *probatio diabólica*, el ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Cancado Trindade, ha dicho con razón que la probatio diabólica es inadmisibles en el dominio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.⁶³

⁶² Ver Torrealba Navas Federico. *Responsabilidad Civil*. Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 2011, pag 747.

⁶³ Ver *Caso Sawhoyamaya* (Nº 146), Voto Razonado del juez Cancado Trindade, párr 21.

A lo largo del camino médico de la fertilización in vitro, la mujer se expone a una cantidad importante de exámenes: extracciones vaginales, radiografías de trompas, econografías por día vaginal, etc. Es probablemente todo insoportable.

Para la mujer que labora fuera del hogar, la fertilización in vitro presenta dificultades especiales con el trabajo y los prejuicios del empleador. Las esperas interminables, las citas para la toma de sangre, las econografías en horarios impuestos: siempre le corresponde a la mujer correr y justificar a sus compañeros de trabajo. La mayoría de los patronos no quieren escuchar hablar de embarazos y mucho menos de tratamientos de esterilidad. En síntesis, quisiéramos poder hacer comprender la amplitud del sufrimiento causado por la esterilidad.

La prohibición de la práctica de la fertilización in vitro en Costa Rica causa daño al **proyecto de vida** de las parejas estériles. Este concepto “*proyecto de vida*” ha sido claramente definido reiteradamente por la Corte Interamericana de derechos Humanos. En el Caso Loayza Tamayo⁶⁴ la Corte manifestó:

“147. Por lo que respecta a la reclamación de daño al “proyecto de vida”, conviene manifestar que este concepto ha sido materia de análisis por parte de la doctrina y la jurisprudencia recientes. Se trata de una noción distinta del “daño emergente” y el “lucro cesante”. Ciertamente no corresponde a la afectación patrimonial derivada inmediata y directamente de los hechos, como sucede en el “daño emergente”. Por lo que hace al “lucro cesante”, corresponde señalar que mientras éste se refiere en forma exclusiva a la pérdida de ingresos económicos futuros, que es posible cuantificar a partir de ciertos indicadores mensurables y objetivos, el denominado “proyecto de vida” atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas.”

⁶⁴ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Loayza Tamayo*, Reparaciones (Artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos, Sentencia del 27 de Noviembre de 1998.

“148. El “proyecto de vida” se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte.”

“149. En el caso que se examina, no se trata de un resultado seguro, que haya de presentarse necesariamente, sino de una situación probable --no meramente posible-- dentro del natural y previsible desenvolvimiento del sujeto, que resulta interrumpido y contrariado por hechos violatorios de sus derechos humanos. Esos hechos cambian drásticamente el curso de la vida, imponen circunstancias nuevas y adversas y modifican los planes y proyectos que una persona formula a la luz de las condiciones ordinarias en que se desenvuelve su existencia y de sus propias aptitudes para llevarlos a cabo con probabilidades de éxito.”

“150. En tal virtud, es razonable afirmar que los hechos violatorios de derechos impiden u obstruyen seriamente la obtención del resultado previsto y esperado, y por ende alteran en forma sustancial el desarrollo del individuo. En otros términos, el “daño al proyecto de vida”, entendido como una expectativa razonable y accesible en el caso concreto, implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable. Así, la existencia de una persona se ve alterada por factores ajenos a ella, que le son impuestos en forma injusta y arbitraria, con violación de las normas vigentes y de la confianza que pudo depositar en órganos del poder público obligados a protegerla y a brindarle seguridad para el ejercicio de sus derechos y la satisfacción de sus legítimos intereses.”

“151. Por todo ello, es perfectamente admisible la pretensión de que se repare, en la medida posible y con los medios adecuados para ello, la pérdida de opciones por parte de la víctima, causada por el hecho ilícito. De esta manera la reparación se acerca más aún a la situación deseable, que satisface las exigencias de la justicia: plena atención a los perjuicios causados ilícitamente, o bien, puesto en otros términos, se aproxima al ideal de la *restitutio in integrum*.”

El respeto al derecho a la vida no es solamente el respeto a la dignidad física de la **persona humana** sino que, además, consiste **en el derecho a dar vida**, que las parejas infértiles o infecundas solo pueden cumplir, como último recurso médico a la técnica de la Fertilización In Vitro. No poder tener descendencia es para un sin número de personas un verdadero drama que el novelista Jostein Gaarder, autor de la famosa obra *El Mundo de Sofía* (1991), relató certeramente en su novela *Maya* (1999), mediante las siguientes reflexiones de uno de los personajes que ilustra bien el drama de la esterilidad y de la infecundidad:

“¿Cuántas generaciones había habido desde el primer anfibio? ¿Cuántas divisiones celulares podía anotar en la cuenta del primerísimo cigoto? Me sentí incómodamente rico de pasado. Pero no tenía ningún futuro. Luego no sería nada.

Ya ves, en esas cosas pensé y debo añadir que pensé por los dos, por ti también. Naturalmente también pensé en el hecho de que ya no tenía hijos. Me sobrevino como una bofetada el que hasta aquí yo era la primera generación sin hijos de una sola y larguísima estirpe que contaba cientos de millones de generaciones antes que yo. Porque, como es sabido, el no tener hijo no se heredan es una de las leyes de la biología evolutiva, es decir que no tener hijos es una cualidad tan desfavorable que se elimina inmediatamente por sí misma. Solo los que tienen hijos pueden soñar con tener nietos, y sin nietos nunca serás bisabuelo o bisabuela.

Ahora que todo marchaba tan bien..., pensé. Ahora, cuando justo había estado admirando los viejos tesoros de la familia. En cierta manera era riquísimo, tenía millones de viejos tesoros familiares en el fondo del baúl.

Pero me encontraba al final del viaje. Tenía casi cuarenta años y no vislumbraba un atisbo de una posible descendencia. Me sentía muy solo en el mundo, inmensamente abandonado a mi suerte.”

La decisión del Estado de Costa Rica de prohibir la práctica de la FIV **convierte al embrión humano** en una **“superpersona”** conforme al artículo 1.2: *“para efectos de la Convención persona es todo ser humano”*. Son los derechos y libertades fundamentales los que protege y tutela la Convención Americana (persona es todo ser humano; expresa la Convención, pero en ninguna disposición afirma que *“persona es todo embrión humano”*) menoscabando los derechos de la **persona humana**, reconocidos en el Pacto de San José.

Sin perjuicio de la anterior afirmación, compartimos la observación de la Comisión en el sentido de que la decisión de crear e implantar embriones humanos tiene una dimensión social y no puede ser considerada como un asunto meramente privado. El Estado puede adoptar medidas proporcionales para proteger los embriones humanos para que no haya tratamientos incompatibles con la Convención Americana, tales como la destrucción arbitraria, la venta o el tráfico de embriones.

En el presente caso el daño inmaterial se encuentra constituido por el daño moral subjetivo ocasionado a las parejas con motivo de la imposibilidad de recurrir a la técnica y por la afectación al proyecto de vida toda vez que el curso de acción trazado que vio entorpecido, disminuido y afectado por la prohibición. El daño material por su parte se encuentra localizado en todos los gastos que tuvieron que hacer las parejas para atender por su cuenta el estado de infertilidad y poder por sus propios medios recurrir a la FIV en el extranjero, siendo que en Costa Rica el derecho a la salud (que comprende la atención de infertilidad y la puesta a disposición de la técnica) es un derecho público subjetivo. También dentro del daño material se encuentra la afectación a la imagen y nombre social de las parejas el cual resulto afectado al disvalorarse y “criminalizarse” una técnica que ellos necesitaban. Sobre los parámetros para reconocer estos extremos puede verse de la sentencia Artavia Murillo los párrafos 350 y 363, entre otros.

III) Costas y Gastos

En cuanto a las costas y gastos, -según ha afirmado reiteradamente la Corte Interamericana- están consagrados en el artículo 63 de la Convención Americana. Según el Tribunal:⁶⁵

“...puesto que la actividad desplegada por las víctimas con el fin de obtener justicia, tanto a nivel nacional como internacional, implica erogaciones que deben ser compensadas cuando la responsabilidad internacional del Estado es declarada mediante una sentencia condenatoria. En cuanto a su reembolso, corresponde al Tribunal apreciar prudentemente su alcance, el cual comprende los gastos generados ante las autoridades de la jurisdicción interna, así como los generados en el curso del proceso ante el Sistema Interamericano, teniendo en cuenta las circunstancias del caso en concreto y la naturaleza de la jurisdicción internacional de la protección de los derechos humanos. Esta apreciación puede ser realizado con base en el principio de equidad y tomando en cuenta los gastos señalados por las partes, siempre que su quantum sea razonable”.⁶⁶

Sobre este punto, el suscrito es denunciante y representante formal actual de las víctimas y que al igual que su antecesor, el Dr. Gerardo Trejos Salas, desea señalar que **no se ha recibido remuneración alguna por su trabajo durante todos estos años**. Por el contrario, de nuestro propio peculio se ha asumido todas las costas y gastos de este litigio. Solicito que se fije en equidad este rubro en la suma de \$ 10.000 dólares equivalente a 65 horas de ejercicio profesional y utilizando como parámetro el valor de 155 dólares por hora (conforme al Arancel de Honorarios del Colegio de Abogados de Costa Rica, artículo 7 del Decreto Ejecutivo 39078 Publicado en el Diario Oficial La Gaceta número 157 del 13 de agosto del 2015) la hora profesional se estima en 82.500 colones que es equivalente actualmente a 155 dólares. El suscrito deja constancia de que la mitad de esas costas (de ser aprobadas) serán entregadas a la familia Trejos Mazariegos en reconocimiento a la labor desplegada por el Dr. Trejos Salas.

⁶⁵ Cfr. *Caso Baldeón García*, Sentencia del 10 de abril, 2006. Serie C, número 147, párr 38, *Caso Acevedo Jaramillo y otros*, Sentencia del 7 de febrero, 2006. Serie C, número 144, párr 173 y *Caso Blanco Romero y otros*, Sentencia de 28 de noviembre, 2005. Serie C, número 138, párr 55

⁶⁶ Cfr. *Caso Masacre de Mapiripán*, párr 325, Sentencia 23 de junio de 2005. Serie C, número 127, párr 266 y *Caso Carpio Nicolle y otros*, Sentencia del 23 de noviembre, 2004. Serie C, número 117, párr. 145.

CONCLUSIONES GENERALES

La fertilización in vitro respeta plenamente la vida humana y debe ser legal, ya que trabaja solamente con embriones sin implantar. Estos deben ser pocos, para minimizar posibles riesgos a la salud, pero suficientes para elevar razonablemente la probabilidad de embarazo en un mínimo de intentos.

Los riesgos a la salud merecen atención, pero esto es así con cualquier otro tratamiento médico. Como lo plantean los especialistas (*La Nación*, Debate, 12/10/2010), los riesgos pueden minimizarse sin tener que prohibir esta o cualquier otra técnica médica efectiva. Los millones de niños sanos nacidos de fertilizaciones in vitro son testimonio vivo de esto.

Es usual que surjan además los típicos argumentos de autoridad, o aquellos basados en diversos dogmas ideológicos o religiosos, o incluso los ataques ad hominem. Sin embargo, faltan los argumentos científicos de peso sobre el inicio de la vida humana que justifiquen prohibir esta técnica, o limitarla tanto que sea prácticamente una prohibición.

Una fertilización in vitro realizada de manera responsable, aun cuando no llegue a implantar todos los embriones, encaja bien y realza los principios de derecho y protección a la vida y familia de nuestra sociedad y de los derechos humanos. Esta técnica debe ser cuidadosamente supervisada y ejecutada por especialistas, pero debe seguir llevando vida y alegría a muchas familias costarricenses que así lo elijan.

Como hemos reafirmado, el embrión humano es un bien jurídico, no persona ni un objeto, y como tal, merece la protección del Derecho Internacional, pero no hasta el punto de violar derechos y libertades fundamentales consagrados por la Convención Americana a favor de la persona humana. Un Estado legítimamente puede extender los derechos y libertades consagrados en la Convención Americana o en cualquier instrumento internacional de los Derechos Humanos y hacerlos más amplios. Lo que no le está permitido de modo alguno al derecho interno del Estado es que dichas ampliaciones se conviertan en ilícitos internacionales, eclipsando y borrando la esperanza de las personas estériles acudieron a la práctica de la fertilización poder fundar una familia. El derecho a la procreación médicamente asistida es una sonrisa a la vida.

La conclusión general que se impone al término de nuestro análisis del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es que éste no reconoce al no nacido una personalidad jurídica. La personalidad jurídica comienza con el nacimiento con vida y se termina con la muerte. Estudiar la condición jurídica del no nacido no equivale en el Derecho Internacional a estudiar la condición jurídica de la persona humana. En el Derecho Internacional aún no existe unanimidad para poder de precisar qué se entiende por “ser humano”, pero está claro que la expresión no está destinada a comprender al ser que aún no ha nacido.

La personalidad jurídica del no nacido es tratada solamente en los casos en que es necesario hacerlo para proteger sus intereses después de su nacimiento. Cuando el no nacido se reputa como nacido, es decir, como persona, antes de su nacimiento, es en interés del ser que nazca con vida.

Si el no nacido muere antes de su nacimiento, se reputa como si jamás hubiere existido, de manera que no habiendo jamás tenido vida no puede transmitir ningún derecho. No reúne el grado y abre la sucesión en el grado siguiente como si jamás hubiera sido cuestión del ser: *“qui mortui nascuntur neque nati, neque procreati videntur quia nunquam liberi appellari potuerunt”*.

Estamos seguros de que la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se dicte en este caso no solo contribuirá a interpretar correctamente disposiciones del Pacto de San José, sino que contribuirá positivamente a que en un futuro no lejano el Derecho Internacional pueda crear un status jurídico para el embrión humano -ni objeto ni persona-, como lo han hecho y lo están haciendo poco a poco otras jurisdicciones internacionales.

En suma, el embrión humano, por ser el germen de la vida humana, exige ser tratado con mucho respeto y circunspección, pero que tenga exactamente los mismos derechos que la persona física hecha y derecha es una evidente hipérbola y una extrapolación ilegítima.

El estatuto del embrión humano en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no es una lógica solitaria del embrión, sino una transacción y una conciliación. **El embrión es un bien jurídico y debe ser protegido, pero no es el único bien que tiene derecho a protección.** Los derechos del embrión, de tenerlos, no son superiores hasta el punto de que sea preciso sacrificar otros derechos reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (el derecho a la salud, a fundar una familia, a no tener injerencias arbitrarias u ofensivas en su vida privada y familiar, en suma el derecho a producir vida). En esta controversia debe admitirse que en la balanza de derecho e

intereses en presencia ha de procurarse una conciliación que garantice los derechos reproductivos de las parejas infértiles o infecundas, su derecho a la no discriminación y las demás disposiciones de la Convención Americana que hemos considerado violadas por el Estado de Costa Rica.

PETITORIA

Respetuosamente solicitamos a la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos que concluya y declare lo siguiente:

1. Declarar contraria al Derecho Internacional de los Derechos Humanos la Sentencia de la Sala Constitucional de Costa Rica de las quince horas con veinte minutos del quince de marzo del año dos mil, por violación reiterada de los artículos 4.1, 5.1, 7, 11.2, 17.2 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con las disposiciones contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la misma Convención.
2. Declarar que el Estado de Costa Rica debe hacer efectiva la posibilidad integral de acceso a las técnicas de la fertilización in vitro de conformidad a directrices éticas y normas médica apropiadas para todas las personas infértiles que con base a su autonomía de voluntad deciden recurrir a dicha técnica médica.
3. Declarar que si el Estado considera necesario regular por vía legislativa esta práctica médica, la regulación pertinente de la fertilización in vitro debe ser compatible con los derecho consagrados en los artículos 4.1, 5.1, 7, 11.2, 17.2 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Mientras esa regulación no llegue a producirse, podrá ejercerse la práctica de la fertilización in vitro en el país con estricto respeto a estándares médicos y éticos internacionales, los cuales vienen recogidos en el Decreto Ejecutivo 39210. Al amparo de la norma más favorable debe declararse que este Decreto prevalece por sobre cualquier otra normativa interna que fuere menos favorable a la técnica FIV.
4. Declarar que el Estado de Costa Rica debe adoptar todas las medidas legales, administrativas y de otra índole para poder brindar progresivamente, e incorporando los adelantos tecnológicos disponibles hoy en día en países de mayor experiencia y que permiten no solo mejores resultados estadísticos de éxito con este tratamiento sino, mayor seguridad para las pacientes que se someten al mismo, dentro del Sistema Seguridad Social, a las personas estériles o infértiles contribuyentes de la Caja Costarricense de Seguro Social el pleno acceso al tratamiento de la fertilización in vitro a fin de respetar el

derecho a la igualdad y a la no discriminación tutelados por la Convención y el derecho a fundar una familia.

5. Declarar que el derecho al uso de técnicas FIV contempla procedimientos médicos como el utilizado en la maternidad subrogada y se declare que el Estado Costarricense debe financiar ese tratamiento para la pareja constituida por Silvia Sosa y Roberto Pérez.

6. **DAÑOS Y PERJUICIOS.** Declarar que el Estado de Costa Rica debe realizar los pagos de las indemnizaciones por concepto de daño material e inmaterial (moral y daño al proyecto de vida), en moneda de dólares americanos, todo de la siguiente manera.

- a. Daño Material: Consistente en los gastos en que se ha tenido que incurrir las parejas para atender por su cuenta su problema de infertilidad (atenciones, consultas y tratamientos médicos, especificaciones, exámenes, medicamentos, etc), necesarios para poder someterse a la técnica de la FIV, así como los gastos en que han tenido que incurrir al tener que viajar a otro país para poder acceder a la técnica. Se estima este rubro en la suma de cien mil dólares por pareja por gastos médicos y de viajes y tiempo invertido en gestiones relacionadas con la FIV para un total de seiscientos mil dólares para las seis parejas. Este monto comprende los **perjuicios**, esto es los **intereses de ley** que han devengado las sumas erogadas por las parejas para atender su problema de infertilidad. Este interés legal se calculará conforme a la tasa básica pasiva que devengan los depósitos a plazo del Banco Nacional de Costa Rica y el Dies A Quo será la fecha de realizado el gasto.
- b. Afectación al proyecto de vida: Se estima en la suma de cien mil dólares por pareja para un total de seiscientos mil dólares.
- c. Daño Moral Objetivo: provocado por la afectación a su imagen como matrimonio y afectación del concepto que de ellos como pareja tienen las personas que con ellos se relacionan y les conocen tanto en los ámbitos laboral, amigos y familiares y ante la opinión pública en general. Se estima en cincuenta mil dólares por pareja para un total de trescientos mil dólares.
- d. .Daño moral Subjetivo y afectación al proyecto de vida: Comprensivo de lesión y afectación al fuero interno, a los sentimientos, autoestima, y estado de ánimo,

sentimientos de frustración, ansiedad incertidumbre, angustia, es decir por la afectación a alma, estado de ánimo y a su subjetividad y fines de vida, todo derivado de la imposibilidad de ejercer libre y autónomamente sus derechos a fundar una familia, a decidir tener hijos, a decidir ejercer en condiciones de igualdad y no discriminación sus derechos reproductivos. Se estima este rubro en la suma de cien mil dólares por pareja, para un total de seiscientos mil dólares.

- e. Se reconozcan las costas y gastos del proceso. Solicito que se fije en equidad este rubro en la suma de \$ 20.000 dólares equivalente a 130 horas de ejercicio profesional y utilizando como parámetro el valor de 155 dólares por hora (conforme al Arancel de Honorarios del Colegio de Abogados de Costa Rica, artículo 7 del Decreto Ejecutivo 39078 Publicado en el Diario Oficial La Gaceta número 157 del 13 de agosto del 2015 que establece la hora profesional se estima en 82.500 colones que es equivalente actualmente a 155 dólares).
7. Que la Corte declare que el Estado debe publicar, en el plazo de seis meses contados a partir de la notificación de la presente Sentencia, por una sola vez, el contenido dispositivo de esta sentencia en el Diario Oficial la Gaceta y en otros dos diarios de amplia circulación.
8. Declarar que la Corte Interamericana supervisará la ejecución de la presente Sentencia y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado total cumplimiento a lo dispuesto en la misma. Dentro del plazo de 6 meses contado a partir de la notificación de esta Sentencia, el Estado deberá rendir al Tribunal un informe de las medidas para darle cabal cumplimiento.
9. Solicitar al Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos que pida al Comité Jurídico Interamericano, la elaboración, en un plazo razonable, de un anteproyecto de estatuto internacional del embrión, tomando en cuenta la necesidad de establecer ciertos límites o la exclusión de los embriones humanos de toda convención comercial.
10. - Se determine que al mantenerse en el país la imposibilidad de acceder a la técnica de la fecundación In Vitro, a pesar de existir una sentencia dictada por la Corte Interamericana sobre esta materia, se perpetúa una situación de negación para las víctimas de los derechos humanos a fundar una familia, de autodeterminación reproductiva, a la dignidad, a la intimidad, a la privacidad y a la autodeterminación familiar, a la salud (en especial la

reproductiva, derechos previstos en los artículos 5, 7, 11, 17 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en los instrumentos internacionales ya citados, provocando una lesión en el patrimonio material e inmaterial de los actores, ordenándose el pago de una indemnización compensatoria en concepto de daño material e inmaterial (daño moral objetivo y subjetivo) y por afectación al proyecto de vida.

11. .Declarar que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia deberá brindar en acto público convocado al efecto, una disculpa a las víctimas por la violación a sus derechos humanos y por el sufrimiento y dolor que le causó reconociendo públicamente este órgano judicial que su sentencia frustró el proyecto de vida de las víctimas.
12. Establecer la obligación del Estado Costarricense de capacitar a sus jueces, diputados y autoridades de la CCSS en materia de derechos humanos reproductivos.
13. Se ordene al Estado Costarricense sufragar a su cuenta para la pareja constituida por Silvia Sosa y Roberto Pérez Gutiérrez, los intentos FIV que requieran bajo la modalidad de maternidad subrogada o asistida.

PRUEBAS

So ofrece la siguiente:

- 1) Se solicita el traslado al presente expediente de la prueba documental y pericial que consta en el expediente Artavia Murillo.
- 2) Sentencia de Acción de Inconstitucionalidad, voto número 02306-2000 de las quince horas con veintiuno minutos del quince de marzo del dos mil donde se prohíbe la práctica de la fertilización in vitro en Costa Rica.
- 3) Informe 1/15 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- 4) Diversos artículos de medios de comunicación e información de radio y televisión donde se expone el alcance mediático de la discusión sobre la prohibición de la fertilización in vitro en Costa Rica que incidió negativamente en la vida privada y familiar de las presuntas víctimas.

- 5) Facturas de gastos en que incurrieron las parejas con motivo del tratamiento médico particular y de los intentos FIV que realizaron fuera del país.
- 6) Certificación notarial de matrimonio de las parejas.

Declaraciones de Víctimas y Peritos

- 7) Se ofrece en calidad de prueba el testimonio o declaración de parte de todas las personas presuntas víctimas con el objeto de que declaren sobre los daños sufridos por la prohibición de la práctica FIV.
- 8) Testimonial- Pericial: En calidad de Peritos-Testigos se ofrece al Dr. Gerardo Escalante Lopez, al Dr Ariel Pérez Young, al Dr. Alejandro Villalobos Castro, y Dr. Claudio Regueyra Edelman. todos Médicos Especialistas en Medicina Reproductiva incorporados al Colegio de Médicos y Cirujanos.

Declararán sobre la necesidad de que las personas que lo requieran y así lo deseen puedan acceder a las técnicas de fertilización in vitro de la forma que dicho tratamiento contribuya efectivamente a su finalidad y que el porcentaje de éxito de dicha técnica es alto en el mundo y en el continente americano y de la atención brindada a varias parejas presuntas víctimas, para realizar exitosamente las fertilizaciones in vitro fuera de Costa Rica.

Peritaje del Dr. Antonio Marlasca López, cédula 8050825, correo electrónico [REDACTED] quien es Licenciado en Filosofía y Letras por la Universidad de Valencia, España; Licenciado en Teología por la Universidad Pontificia de Salamanca, España; Licenciado en Filosofía por la Universidad “Angelicum” de Roma, Italia; Doctor en Filosofía por la Universidad Católica de Lovaina, Bélgica; profesor catedrático de la Universidad de Costa Rica desde 1985; Director del Instituto de Investigaciones Filosóficas de la Universidad de Costa Rica del 2000 al 2008; autor de varios libros: “Introducción a la Bioética” e “Introducción a la Ética” entre otros; y de más de una treintena de artículos publicados en revistas nacionales y extranjeras en la que se referirá a la distinción entre los conceptos “vida humana y persona humana”, conceptos fundamentales para juzgar este Caso.

SOBRE LA AUDIENCIA

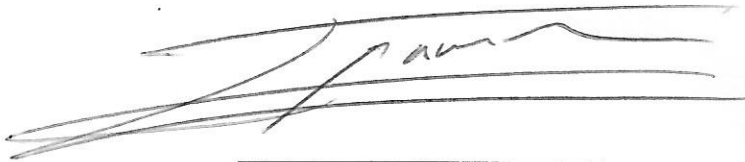
Esta parte avala posición de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y solicita se celebre la audiencia respectiva en un plazo de tiempo corto toda vez que se encuentra acreditado que una de las parejas, la constituida por Silvia Sosa y Roberto

Pérez, tienen opción de acceso a la técnica FIV pero ya tienen edad cronológica y matrimonial avanzada y el transcurso del tiempo atenta contra su derecho y deseo de formar una familia. Recordemos que esta pareja adoptó un hijo que ahora tiene 3 años y que su sueño es poder dar un hermanito y completar la familia.

DISPONIBILIDAD PARA UNA SOLUCION AMIGABLE.

Tomando en consideración la seriedad y sentido de responsabilidad evidenciado en la posición oficial del actual Poder Ejecutivo y sostenida en el Caso Artavia Murillo, se indica que esta parte se encuentra en total y absoluta disponibilidad para una solución amistosa con el Estado Costarricense en el presente asunto (artículo 63 del Reglamento de la Corte).

San José, 18 de abril 2016.



Msc. Hubert May Cantillano

Representante Víctimas.

*Hubert May Cantillano
Notario Público
Carné 5324*

