

EL DERECHO A LA SALUD Y LA FERTILIZACIÓN IN VITRO

Patricia Mora Castellanos, diputada
Presidenta del Partido Frente Amplio

Emilia Molina Cruz, diputada
Jefa de la Fracción del Partido Acción Ciudadana

“La fertilización in vitro es una sonrisa a la vida” Dr. Gerardo Trejos Salas

El presente artículo hace un análisis de la sentencia del caso de fertilización in vitro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de las normas internacionales aplicables para Costa Rica en materia de fertilización in vitro y del derecho a la salud, así como las implicaciones que la prohibición de la técnica ha tenido en las víctimas, para determinar las responsabilidades legales del Estado costarricense en torno a este tema.

La sentencia de la Corte Interamericana

Luego de más de una década de discusión, el fallo sobre el Caso N.º 12361, Artavia Murillo y otros contra el Estado de Costa Rica (fertilización in vitro), emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 28 de noviembre del año 2012, estableció que la República de Costa Rica era responsable por haber vulnerado el derecho a la vida privada y familiar y el ejercicio de la integridad personal, en relación con la autonomía, la salud sexual, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación (párrafo 317 de la sentencia).

Lo anterior en virtud de los efectos de la sentencia

emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica el 15 de marzo del año 2000¹, que prohibió de manera absoluta la práctica de la fertilización in vitro en el país, y se declaró inconstitucional el Decreto ejecutivo N.º 24029-S. Ese decreto había sido emitido por el Ministerio de Salud el 3 de febrero del año 1995, para regular la técnica de la fertilización in vitro (FIV) en el país.

El fallo de la Corte Interamericana fue claro en determinar los alcances del derecho a la salud sexual y reproductiva de las personas y las consecuencias que la prohibición de la práctica de fertilización in vitro tuvo en perjuicio de las parejas demandantes y otras cientos de personas, específicamente, las mujeres infértiles.

Los jueces de la Corte Interamericana determinaron que el derecho a la salud es una consecuencia directa del derecho a la vida y que también encuentra asidero en el artículo 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que expresa: “toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica o moral.”² En ese sentido, la sentencia señaló claramente que:

“146. En segundo lugar, el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la

¹ Sentencia N.º 2000-02306, de 15 de marzo de 2000, emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Expediente N.º 95-001734-007-CO.

² El caso Sarayaku es uno de los pocos interpuestos ante el Sistema Interamericano en que los peticionarios alegan la violación del derecho a la salud, además de su derecho a la alimentación básica y 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. Ver sentencia sobre el caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, de 27 de junio de 2012.

tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho a la autonomía reproductiva está reconocido también en el artículo 16 (e) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, según el cual las mujeres gozan del derecho “a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”. Este derecho es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad. Así, la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos.³”

Alcances del Derecho a la Salud

Toda persona tiene derecho a la salud. La Organización Mundial de la Salud (OMS) define la salud de la siguiente forma:

“...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 política o condición económica o social. (Constitución de la OMS)⁴.”

³ Sentencia sobre el Caso N.º 12361 Artavia Murillo y otros contra el Estado de Costa Rica (fertilización in vitro), de 28 de noviembre de 2012. Párrafo 146.

⁴ Ver informe Organización Mundial de la Salud, OMS, sobre salud sexual. Disponible en la Organización Mundial de la Salud. Página oficial. http://www.who.int/mental_health/es/index.html consultado el 23 de enero de 2015.

En consonancia con esta definición de salud reproductiva, la atención de dicha salud se define como el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivo, al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva.

De esta forma, la salud reproductiva implica que las personas puedan tener una vida sexual segura y satisfactoria, la capacidad de tener hijos y la libertad de decidir si quieren tenerlos, cuándo y en qué circunstancias. Toda persona tiene derecho a estar informada y tener acceso a métodos de fertilidad seguros, eficaces y asequibles, así como a disponer de servicios de planificación familiar y salud pública, que reduzcan la brecha entre ricos y pobres en lo relativo al acceso a las tecnologías que permitan disfrutar del derecho a una salud reproductiva plena.

La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la predecesora del Consejo de Derechos Humanos, confirma que: “la salud sexual y reproductiva son parte integral del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.⁵ Igualmente, 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.”⁶

⁵ Ver resolución N.º 2003/28 de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, preámbulo y pár. 6.

⁶ León Bastos, Carolina. 2010. La interpretación de los derechos fundamentales según los tratados internacionales sobre derechos humano. Editorial Reus SA, Madrid, pág. 285.

En el ámbito normativo, la IV Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, celebrada en El Cairo, Egipto, en 1994, incluyó en su Programa de Acción, suscrito por Costa Rica, la obligación para los estados de proporcionar un amplio plan que promueva el derecho a la salud de las mujeres, especialmente a la salud reproductiva; asimismo, que enfatiza el derecho a formar una familia de forma voluntaria, asegura el acceso a información amplia y fáctica y a una gama completa de servicios de salud reproductiva, incluida la planificación de la familia, que sean asequibles y aceptables para todos los usuarios (objetivo a) del inciso 7.5 del programa).

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 ello, 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 y Culturales consagra el derecho a la salud.

De este protocolo se desprende que por ser el derecho a la salud inherente a todo ser humano, los Estados deben reconocerlo en condición de igualdad y sin ninguna discriminación contraria a la dignidad humana. Asimismo, se trata de un derecho fundamental dotado de progresividad y no regresividad en su aplicación. En consecuencia, el artículo 1 del citado protocolo establece que:

“Los Estados partes en el presente Protocolo

Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.”

Asimismo, el relator especial de las Naciones Unidas sobre el derecho de toda persona de disfrutar al más alto nivel de salud física y mental señala la obligación que tienen los estados de garantizar el acceso a los servicios sanitarios esenciales, como es el tratamiento de la infertilidad, que incluye la prevención y el tratamiento de la infecundidad.⁷

La propia Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica se ha referido al derecho a la salud, al afirmar en la Resolución N.º 1915-1992, de las catorce horas doce minutos, de 22 de julio de 1992, lo siguiente:

“En cuanto al derecho a la salud, es importante aprovechar el contexto que nos presenta el caso en estudio para aclarar que, si bien nuestra Constitución Política no contempla en forma expresa ese derecho -aunque sí se preocupa de regular expresamente los aspectos con ella relacionados, catalogados como parte de los derechos constitucionales

⁷ Ver Informe del relator especial Paul Hunt de Naciones Unidas. 2004. Los derechos económicos, sociales y culturales. El derecho de toda persona al más alto nivel de salud física y mental. 16 de febrero, párrafo 29.

sociales, como el derecho a la seguridad social-, no se puede negar su existencia, por ser derivado directo del derecho a la vida protegido en el artículo 21 de nuestra Constitución, ya que éste -el derecho a la vida- es la razón de ser y explicación última del derecho a la salud. La conexión existente entre ambos es innegable, el derecho a la salud tiene como propósito fundamental hacer efectivo el derecho a la vida, porque éste no protege únicamente la existencia biológica de la persona, sino también los demás aspectos que de ella se derivan. Se dice con razón, que el ser humano es el único ser de la naturaleza con conducta teleológica, porque vive de acuerdo a sus ideas, fines y aspiraciones espirituales, en esa condición de ser cultural radica la explicación sobre la necesaria protección que, en un mundo civilizado, se le debe otorgar a su derecho a la vida en toda su extensión, en consecuencia a una vida sana. Si dentro de las extensiones que tiene éste derecho está, como se explicó, el derecho a la salud o de atención a la salud ello incluye el deber del Estado de garantizar la prevención y tratamiento de las enfermedades.”

En Costa Rica, los más importantes avances en materia de salud se dieron con la promulgación de la primera Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS), Ley N.º 17, de 1 de noviembre de 1941, y, posteriormente, con la incorporación a la Constitución Política del capítulo de las Garantías Sociales, Ley N.º 24, de 2 de julio de 1943, que incluyó en su artículo 63 (actualmente artículo 73) los seguros sociales de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez y muerte, y demás contingencias que la ley determine.

El sistema de seguridad social costarricense es un conjunto de normas, principios e instrumentos destinados a proteger a todas las personas en el momento en que surgen estados de vulnerabilidad, que le impidan satisfacer sus necesidades básicas y el disfrute pleno de su libertad. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, mediante resolución 1992-846, señala sobre el particular lo siguiente:

“La seguridad social, esto es, el sistema público de cobertura de necesidades sociales, individuales y de naturaleza económica desarrollado en nuestro país a partir de la acción histórica de la previsión social, estructurada en nuestro país sobre la base de las pensiones y jubilaciones, de la mano de la intervención tutelar del Estado en el ámbito de las relaciones de trabajo ha llegado a convertirse con el tiempo sin la menor reserva, en una de las señas de identidad principales del Estado social o de bienestar.”

El sistema de seguridad social costarricense se ha caracterizado a lo largo de los años por ser uno de los servicios de salud pública más completos, modernos y universales del continente americano, pues abarca a, prácticamente, toda la población nacional desde los diversos ámbitos de salud que van mucho más allá de los tratamientos básicos mínimos.

De esta manera, se tiene que el derecho a la salud en Costa Rica es un derecho personal exigible, ya que la propia Sala Constitucional ha dispuesto en reiteradas ocasiones la obligación de la Caja Costarricense de Seguro Social de prestar el servicio de salud de forma continua, regular, celeridad, eficaz y eficiente⁸. Esta garantía individual atípica

⁸ Sentencia N.º 7532-04 de 2004, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

o innominada se acentúa si se trata de servicios públicos esenciales de carácter asistencial como los de la seguridad social y, en especial, cuando tenemos pacientes que por la patología o síndrome clínico presentado requieren de una atención inmediata, como lo es la infertilidad, debido al factor de la edad, sin ningún tipo de dilación indebida para garantizarles sus derechos a la salud.

La infertilidad como Enfermedad y Discapacidad

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 del óvulo y los espermatozoides.⁹

No obstante, 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, 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.¹⁰

⁹ Ver Andorno, Roberto. (2009). Técnicas de reproducción asistida, Hacia un instrumento regional interamericano sobre bioética, experiencias y expectativas. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

¹⁰ Ver World Health Organization (WHO). (1992). Recent advances in medically assisted conception. Report of a WHO Scientific Group, WHO, Geneva, p. 8.

Lo anterior sucede porque no existen tratamientos alternativos a la fertilización in vitro para los pacientes que tienen las trompas de Falopio severamente dañadas, hombres con muy pocos espermatozoides y personas con enfermedades severas como la endometriosis. Asimismo, en los últimos años, la fertilización in vitro ha servido a parejas fértiles, pero portadoras de enfermedades genéticas mortales, a concebir.¹¹

Para varios especialistas la infertilidad¹² es una enfermedad,¹³ lo que justificaría los tratamientos médicos para paliarla, mientras que otros consideran la esterilidad como una discapacidad (disability)¹⁴ o como una disfunción.¹⁵ En todos los casos, la infertilidad afecta la identidad de género del individuo que la sufre, la autoestima, su condición social, su relación familiar, que da como resultado el ostracismo, la ansiedad y la depresión, comparable, en el caso de las mujeres, a una persona con cáncer o sida.

La ley costarricense, Aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y

¹¹ Ver Caso N.º 54270/10. Costa y Pavan contra Italia, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

¹² En los textos especializados es habitual distinguir entre “infertilidad” y “esterilidad”. La infertilidad será la ausencia de fertilidad, esto es, la incapacidad de tener hijos. La esterilidad indicaría una incapacidad total y permanente de concebir o fecundar. También se distingue 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.

¹³ 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.

¹⁴ Ver Rothman, B. K. *Infertility as Disability*, y T. Beauchamp, y Walters, L. (1994). *Contemporary Issues on Bioethics*. Wadworth Publishing Company, Belmont, págs. 211-216.

¹⁵ Ver Warnock, M. (1993). *A Question of Life*. Backwell, Oxford, p. 10.

su Protocolo, N.º 8661, en el artículo 25 tutela el derecho a la salud de las personas con discapacidad. La norma señala en sus incisos a) y b) lo siguiente:

“ARTÍCULO 25.- Salud

Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud. En particular, los Estados Partes:

a) Proporcionarán a las personas con discapacidad programas y atención de la salud gratuitos o a precios asequibles de la misma variedad y calidad que a las demás personas, incluso en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, y programas de salud pública dirigidos a la población;

b) Proporcionarán los servicios de salud que necesiten las personas con discapacidad específicamente como consecuencia de su discapacidad, incluidas la pronta detección e intervención, cuando proceda, y servicios destinados a prevenir y reducir al máximo la aparición de nuevas discapacidades, incluidos los niños y las niñas y las personas mayores.”

Este mismo cuerpo normativo, en los incisos a) y b) del artículo 23, señala que las personas con discapacidad tienen derecho a formar familia y elegir el número de hijos que desean. A continuación se transcribe:

“ARTÍCULO 23.- Respeto del hogar y la familia

1. Los Estados Partes tomarán medidas efectivas

y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que:

- a) Se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges;*
- b) Se respete el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos.”*

La esterilidad se considera generadora de sufrimiento y necesita remedios, como una enfermedad, una minusvalía o una disfunción; por ello, necesita tratamientos médicos efectivos y eficaces, y exige, por consiguiente, una intervención terapéutica temprana contra ella.¹⁶

Los daños que produce la infertilidad son enormes. Cuando cada miembro de la pareja se enfrenta con la

¹⁶ En España, según el Real Decreto N.º 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. Ver al respect: World Health Organization. 1992. Recent advances in medically assisted conception, report of a WHO Scientific Group, WHO, Genova, p.19.

imposibilidad de procrear tiende a buscar “culpables” y a desarrollar el auto reproche, 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, así como un ambiente defensivo u hostil en la relación familiar.

La presión social y familiar para que la pareja tenga hijos hace que los miembros de la pareja tengan reacciones de tristeza y, en algunas ocasiones, hasta de agresividad; pueden llegar a aislarse de una gama de actividades humanas en las que pueden verse expuestos, lo que se agrava con la edad, puesto que el reloj biológico de las mujeres reduce de manera radical la posibilidad de concebir después de los cuarenta años, aun teniendo acceso pleno a tratamientos médicos como la fertilización in vitro.¹⁷

En el año 2002, la Organización Mundial de la Salud realizó un estudio sobre la infecundidad y sus consecuencias sobre las relaciones en los países en desarrollo, mediante el uso de datos de la XLVII Encuesta Demográfica y de Salud en dicha región.

En lo que respecta a América Latina, el doce por ciento de las mujeres, el porcentaje de las mujeres infértiles primarias, son más proclives a divorciarse o a separarse que las que no son estériles primarias. Esta región también presenta el mayor efecto de mujeres de

¹⁷ Ver Escalante Barboza, Kattia. (Marzo de 2003). Métodos de reproducción asistida: aspectos psicológicos. Revista de medicina legal de Costa Rica. Vol. 20 # 1, p.7

esterilidad secundaria, con el diez por ciento, divorciadas o separadas.

El informe concluye señalando que: "...la falta de hijos y la infecundidad tienen consecuencias para la mujer, con respecto a su matrimonio, el aumento de las posibilidades de que se divorcie o separe, o al incremento de la posibilidad de que su cónyuge procure otra pareja".¹⁸

Esta grave situación quedó demostrada en el proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las parejas demandantes que no habían tenido los recursos para viajar al extranjero a realizarse el procedimiento de la fertilización in vitro se separaron y divorciaron en el plazo que duró el proceso, mientras que las que habían podido concebir gracias a la técnica continuaron casadas.

En relación con la intersección entre el género y la discapacidad, el artículo 6 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad reconoce lo siguiente:

"...las mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación" y que por lo tanto, requiere que los Estados parte de la Convención: "adopten las medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales". La fertilización in vitro puede asistir a quienes sufren de infecundidad involuntaria, aliviar su sufrimiento social y psicológico y eliminar las limitaciones relacionadas

¹⁸ OMS, DHS Informe comparativo N.º 9. (Setiembre de 2004). Infecundidad, infertilidad e infecundidad involuntaria en los países en desarrollo. Pág. 43 y siguientes.

con la discapacidad.”

La Prohibición de la Fertilización in Vitro

La continua 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. Asimismo, es una forma de agresión física contra las parejas estériles al limitárseles la posibilidad de superar su condición de enfermedad o de minusvalidez.

La prohibición también violenta el principio de progresividad y no regresividad del derecho a la salud, al significar un retroceso absoluto en el acceso pleno y efectivo a una técnica médica, que permitió durante media década la realización sexual y reproductiva de decenas de parejas que sufrían problemas de infertilidad en el país.

Esta prohibición absoluta a la práctica de la fertilización in vitro podría parecer neutra y general en principio, pues aún hoy se aplica a todas las personas del país. No obstante, la prohibición no tiene el mismo efecto en cada persona. Como ya fue mencionado, no solamente la distinción en trato, sino que también la diferencia en el efecto que causa sobre la base de la referida prohibición que conculca el principio de no discriminación e igualdad.

La prohibición de la fertilización produce un impacto desproporcionado en aquellos que son infértiles, negándoles la oportunidad de superar su condición física y concebir de una forma biológica, así como en las personas de menores recursos económicos, que no pueden viajar al extranjero a costear la técnica en un centro de salud privado.

Precisamente, es el derecho a la salud el que se violenta 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 con el supuesto costo de vidas humanas, ya que enfatizan que el procedimiento, presuntamente, elimina decenas de embriones fecundados que son desechados o congelados, por lo que asocian a estas mujeres, deseosas de concebir un hijo, con prácticas criminales y abortivas.¹⁹

Estas acusaciones son absolutamente falsas y carecen de sustento normativo y científico, por ejemplo, se contrastan estadísticas de otros países, muchas veces desactualizadas y con un marco regulatorio muy distinto, de pérdidas embrionarias de mujeres infértiles mayores de treinta y cinco años con mujeres más jóvenes y sin problemas de fertilidad, para justificar la oposición a la normativa propuesta para Costa Rica.²⁰ Asimismo, se señala erróneamente que la pérdida de embriones en el proceso de la fertilización in vitro es deliberado e intencional, pues ignoran que esta pérdida está estrechamente asociada a la muerte celular programada o apoptosis.²¹

¹⁹ En el año 2011, la empresa Radio Fides 93.1 F.M. difundió una campaña de 14 cuñas en contra de la fecundación in vitro (FIV) en la que utilizó la voz de una persona menor de edad para difundir el siguiente mensaje: "Hola, soy Sofí, la tercera de tres hermanitos, y aunque mis papitos me amen con todo su corazón, sé que para venir al mundo mis otros siete hermanitos murieron en un laboratorio".

²⁰ Datos de la Sociedad Europea de Reproducción Humana y Embriología (ESHRE) remarcan que unos 350.000 bebés se conciben cada año mediante fecundación in vitro, un 0,3% de los 130 millones de nacimientos en el mundo. La cifra se basa en las estadísticas de las fecundaciones in vitro reportadas en el mundo hasta 2008 y en estimaciones para los tres años y medio siguientes, período del que todavía no se disponen cifras.

²¹ "La apoptosis juega un rol determinante en la eliminación de células dañadas o peligrosas para el organismo (células infectadas con virus, células del sistema inmune, células con daño en el ADN, células cancerígenas) y también es necesaria para un adecuado proceso de división celular (mitosis) en estructuras en desarrollo, ya que al remover células no deseadas permite un adecuado balance para la mantención de un número celular óptimo." Ver. Celestinos A., Marco; Sánchez R., Alfonso. Muerte celular programada o apoptosis: significado biológico y diagnóstico durante el desarrollo embrionario. Tecno VET: Año 8 N.º 2, agosto 2002.

La situación de estigma y discriminación 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 esto se suma que su deseo y derecho son signados como egoístas, inescrupulosos y contra natura, lo que lesiona y erosiona la autoestima, provoca un debilitamiento de la autoimagen de la persona. Incluso, durante los años de prohibición algunos medios de comunicación, en sus campañas en contra de la fertilización in vitro emitieron mensajes ofensivos y denigrantes hacia los demandantes, que provocaron daños en su salud.

El deber del Estado de Costa Rica

Sobre los tutelares del derecho a la salud y sus extensiones sexual, reproductiva y mental, la Convención Americana sobre Derechos Humanos es clara en señalar en el inciso 1) del artículo primero lo siguiente:

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

En ese sentido, cualquier disposición normativa que prohíba, restrinja o limite el acceso a la fertilización in vitro a personas por su estado civil, orientación sexual o estado de salud derivan en una discriminación arbitraria y contraria, no solo al mandado expreso de la Corte Interamericana

de Derechos Humanos, sino al ordenamiento internacional e interno de derechos humanos y la constitucionalidad aplicable para Costa Rica.

En la sentencia, la Corte Interamericana consideró que el principio de progresividad obliga a los estados a no adoptar medidas ni decisiones que empeoren, de manera desproporcionada y desigual, el disfrute de los derechos sociales, donde se enmarca el derecho a la salud, alcanzados hasta entonces.²²

No bastó con que se indemnizara a los demandantes y se dejara sin efecto la prohibición, Costa Rica tiene que ir más allá de limitarse a levantar la nociva prohibición a la práctica de la fertilización in vitro en el país; el Estado costarricense está obligado, tanto por la condena de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y por los diversos pactos internacionales que ha suscrito como por sus normas internas, a brindar el tratamiento médico de la fertilización in vitro en el sistema de seguridad social nacional a todas las personas aseguradas que lo requieran, para superar su discapacidad reproductiva.²³

Precisamente, los jueces de la Corte Interamericana consideraron que el Estado costarricense no solo debe dejar de producir regulaciones y prácticas discriminatorias, sino que debe dejar sin efecto la prohibición y facilitar gradualmente el uso de esta técnica de reproducción para quienes lo requieran y deseen en la Caja Costarricense de Seguro Social.²⁴ Por ello, la Corte estableció, entre otras

²² Ver Navarro Fallas, Román. *Derecho a la Salud*. (2010). Editorial Juricentro, San José Costa Rica, pág. 80.

²³ Ver las diez disposiciones del Caso N.º 12.361 Artavia Murillo y otros contra el Estado de Costa Rica (fertilización in vitro) de 28 de noviembre de año 2012.

²⁴ Ver sentencia sobre el Caso N.º 12361. 28 de noviembre de 2012. Artavia Murillo y otros contra el Estado de Costa Rica (fertilización in vitro), párrafo 338.

cosas, lo siguiente:

“c) Al establecerse en la tercera medida que la seguridad social incluya gradualmente “la disponibilidad de la FIV dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación” (parr. 338), ello se orienta a que dicha técnica sea incluida de manera gradual, dentro de los programas contra la infertilidad que ya se brindan. Ello no sugiere que una porción desproporcionada de los recursos institucionales y presupuestales de la seguridad social sea destinada a este propósito en perjuicio de otros programas o prioridades sino a garantizar que este servicio esté disponible en forma progresiva.”²⁵

Resulta importante aclarar que el texto sustitutivo del expediente N.º 18824, aprobado en el 2014, que establece una ley marco para la aplicación de la fertilización in vitro, no permitirá la manipulación o selección genética de embriones y prohíbe la comercialización y la experimentación con embriones o gametos humanos.

El texto tiene por objeto que las personas y los laboratorios autorizados para practicar la técnica cumplan los requisitos bajo la vigilancia del Ministerio de Salud, mediante la obligación del consentimiento informado de las personas que se sometan a la práctica de la fertilización, con el fin de contemplar la preservación y el cuidado que debe tenerse con los gametos y los embriones, las medidas para su protección y las regulaciones para los casos en

²⁵ Sentencia sobre el Caso N.º 12361. 28 de noviembre de 2012. Artavia Murillo y otros contra el Estado de Costa Rica (Fertilización In Vitro). Voto concurrente del juez Diego García-Sayán, parte dispositiva, inciso c) del párrafo 11.

que sea necesaria la donación de terceras personas.

Incluso, cuando el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental no está explícitamente incluido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el asunto de si las limitaciones impuestas arbitrariamente por el Estado de Costa Rica sobre el acceso a servicios de salud reproductiva tiene un impacto desproporcionado sobre la mujer corresponde al ámbito comprendido dentro del artículo 24, un derecho independiente a igual protección ante la ley.²⁶

De todo lo anterior se deriva la obligación siguiente:

“...de las autoridades pertinentes del Estado deberán adoptarlas medidas apropiadas para que quede sin efecto con la mayor celeridad posible la prohibición de practicar la FIV y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos que fueron encontrados vulnerados.”²⁷

En el ordenamiento jurídico costarricense los tratados internacionales sobre derechos humanos, como el Pacto de San José, y las sentencias emanadas de dicho organismo (artículos 62 y 68 de la Convención) tienen supremacía sobre las leyes nacionales y el mismo rango y jerarquía que las normas constitucionales e, incluso, un rango superior en tanto amplíen la protección a los

²⁶ Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, Casos Alban Cornejo y otros c. Ecuador, de 22 de noviembre de 2007, Ximenes-Lopes c. Brasil, de 4 de julio de 2006 y Comunidad Indígena Xakmok Kasek C. Paraguay, de 24 de agosto de 2010.

²⁷ Ver sentencia sobre el Caso N.º 12.361 Artavia Murillo y otros contra el Estado de Costa Rica (fertilización in vitro), de 28 de noviembre de año 2012, párrafo 336.

derechos humanos, contenida en la norma fundamental, artículo 48 de la Constitución Política. Así lo ha reconocido la jurisprudencia de la Sala Constitucional:

“La Constitución de 1949, según reforma operada por Ley No. 7128 de 18 de agosto de 1989, en el artículo 48 incorporó el derecho internacional de los derechos humanos al parámetro de constitucionalidad. Incluso, en casos en que la norma internacional reconozca derechos fundamentales en forma más favorable que la propia Constitución, debe ser aplicada la norma internacional y no la interna. (Voto N° 2003-2771-SC).”

Debe advertirse que si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá -de principio- el mismo valor de la norma interpretada. No solamente valor ético o científico, como algunos han entendido. (Voto N.º 2313-95-SC).

De todo lo anterior se colige que la aplicación de la jurisprudencia de la Corte no puede quedar supeditada a la discrecionalidad de los estados, ni a la de sus tribunales nacionales, ya que ello generaría una grave inseguridad jurídica en materia de protección internacional de los derechos fundamentales.

Resulta, entonces, una obligación del Estado costarricense acatar la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso citado, y le corresponde a la Asamblea Legislativa aprobar, con brevedad, una legislación que regule la aplicación de la fertilización in vitro e impida la manipulación económica y emocional que sufren las personas que padecen de infertilidad.

BIBLIOGRAFÍA

NORMATIVA

- Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de 22 de noviembre de 1969.
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006.
- Decreto Ejecutivo N° 24029-S (FIV) del 3 de febrero de 1995.
- Ley N° 17, Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social de 1 de noviembre de 1941.
- Ley N° 24, Capítulo de Garantías Sociales, de 2 de julio de 1943.
- Ley N° 8661, Aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo, del 7 de agosto de 2008.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966.
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador de 17 de noviembre de 1998.
- Proyecto de Ley N° 18824, Ley Marco para la Aplicación de la Fertilización in Vitro, de 1 de julio de 2013.
- Programa de Acción de la IV Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo del Cairo de 18 de octubre de 1994.
- Real Decreto N° 63/1995, Ordenación de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud Español, de 20 de enero de 1995.

JURISPRUDENCIA

- Sentencia sobre el caso Alban Cornejo y otros c. Ecuador, Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2007.

- Sentencia sobre el caso Artavia y otros c. Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de noviembre de 2012.
- Sentencia sobre el caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 27 de junio de 2012.
- Sentencia sobre el caso Comunidad Indígena Xakmok Kasek C. Paraguay, Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 24 de agosto de 2010.
- Sentencia sobre el caso Ximenes-Lopes c. Brasil, Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 4 de julio de 2006.
- Sentencia de Caso N.º 54270/10 Costa y Pavan contra Italia, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- Sentencia N° 1915-1992-SC de la Sala Constitucional, de 22 de julio de 1992.
- Sentencia N° 1992-846-SC de la Sala Constitucional, de 11 de noviembre de 1992.
- Sentencia N° 2313-95-SC de la Sala Constitucional, de 9 de mayo de 1995.
- Sentencia No. 2000-02306-SC de la Sala Constitucional, de 15 de marzo de 2000.
- Sentencia N° 2003-2771-SC de la Sala Constitucional, de 4 de abril del 2003.
- Sentencia N° 7532-04-SC de la Sala Constitucional, de 13 de julio de 2004.
- Resolución N° 2003/28 de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU de 2003.

TEXTOS

- Andorno, R. (2009). *Técnicas de reproducción asistida, Hacia un instrumento regional interamericano sobre bioética, experiencias y expectativas*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Escalante Barboza, K. (2003). *Métodos de reproducción asistida: aspectos psicológicos*.

- Revista de medicina legal de Costa Rica. Vol. 20 #1
- León Bastos, C. (2010). *La interpretación de los derechos fundamentales según los tratados internacionales sobre derechos humano*. Madrid: Editorial Reus SA.
 - Navarro Fallas, R. *Derecho a la Salud*. (2010). San José: Editorial Juricentro.
 - Rothman, B. K, T. Beauchamp, y Walters, L. (1994) *Infertility as Disability, y Contemporary Issues on Bioethics*. Belmont: Wadworth Publishing Company.
 - Trejos Salas, G. (2009). *La Prohibición de la Fertilización In Vitro en Costa Rica*. San José: Editorial Juricentro.
 - Warnock, M. (1993). *A Question of Life*. Oxford: Backwell.

INFORMES

- Comisión Especial de Estudio de la Fertilización In Vitro y la Inseminación Artificial Humanas, Congreso de los Diputados, Madrid. (1986).
- Hunt, P. Relator Especial de Naciones Unidas. **Los derechos económicos**, sociales y culturales. *El derecho de toda persona al más alto nivel de salud física y mental*. (2004).
- Organización Mundial de la Salud, OMS. *Recent advances in medically assisted conception*. (1992).
- Organización Mundial de la Salud, OMS, DHS. *Infecundidad, infertilidad e infecundidad involuntaria en los países en desarrollo*. (2004)
- Organización Mundial de la Salud, OMS, Sobre Salud Sexual. Disponible en la Organización Mundial de la Salud. (2010).