

El caso “Fecundación in vitro”: enfoque desde género y discapacidad

María Alejandra Cárdenas y Sofía Galván Puente***

Introducción

El presente artículo se centra en un análisis de las dimensiones de discriminación por género y por motivos de discapacidad,

* María Alejandra Cárdenas es abogada de la Universidad Externado de Colombia, y maestra en Derecho Internacional Público de la Universidad de Harvard, donde fue premiada con la beca Irving. F. Kaufman. María Alejandra se desempeñó como abogada especialista para Perú y Bolivia en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como especialista de la sección de peticiones. Por 5 años, fue la asesora legal para América Latina y el Caribe del Centro de Derechos Reproductivos, y hoy en día es la Directora Legal Regional de Women's Link Worldwide. María Alejandra ha publicado sobre temas de género y derechos reproductivos, litigio ante el sistema interamericano de derechos humanos, y derecho penal internacional.

** Sofía Galván Puente se desempeña como especialista en derechos humanos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad, y se enfoca también en temas de discapacidad. De nacionalidad mexicana, es abogada por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y Maestra en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Notre Dame. Durante cuatro años, fue Directora para México y Centroamérica de Disability Rights International. Sofía Galván ha trabajado en temas de derechos humanos y discapacidad desde diferentes ángulos: sociedad civil, gobierno, academia y comisiones de derechos humanos. Asimismo, se desempeñó en la Corte Interamericana de Derechos Humanos como Visitante Profesional, y en la CIDH como Becaria “Rómulo Gallegos”. Fungió como Profesora a Distancia de la Facultad de Derecho de la UNAM; cuenta con diversas publicaciones jurídicas, tanto a nivel nacional como internacional, y ha dado conferencias en diversos países de América y Europa.

Las opiniones expresadas en este texto son de exclusiva responsabilidad de las autoras y no representan necesariamente las opiniones de la OEA ni de la CIDH.

contenidas en la sentencia del caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, emitida el 28 de noviembre de 2012 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana” o “la Corte”). Dichas formas de discriminación sólo pueden entenderse de forma conexa e interdependiente, resaltando la necesidad de tener acercamientos integrales que contemplen las distintas identidades y contextos en que las personas se desenvuelven, para así poder identificar y remediar las formas en que experimentan múltiples formas de opresión. La sentencia examinada es una decisión histórica por distintas razones, entre ellas, por ser el punto de quiebre en el reconocimiento de los derechos reproductivos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y por analizar estos derechos a la luz del *corpus iuris* de los derechos de las personas con discapacidad. A fin de desarrollar este artículo, se analiza la interseccionalidad del género y la discapacidad –aspectos desarrollados por primera vez por la Corte Interamericana–, así como la discriminación indirecta en el ejercicio de los derechos reproductivos de las parejas víctimas en el caso.

A efectos de desarrollar el análisis de este aspecto de la sentencia, primero se hace un breve resumen del caso y la sentencia, para luego analizar el marco jurisprudencial de la igualdad y la no discriminación indirecta, la discriminación de género, y por último, la discriminación por motivos de discapacidad. En este último caso, se señalan los aportes y vacíos que dejó esta sentencia histórica, y se demuestra que la existencia de estas formas de discriminación es interdependiente y sólo se revela en forma interseccional.

1. La sentencia: consideraciones generales

En Costa Rica la fertilización *in vitro* (o “FIV”) fue prohibida en el año 2000 por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, al declararla inconstitucional por supuestamente atentar contra la vida y la dignidad de la persona. Nueve parejas que tenían infertilidad presentaron una demanda ante la Comisión Interamericana, que el 29 de julio de 2011 presentó el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana” o “la Corte”). Finalmente, el 28 de noviembre de 2012 la Corte emitió una decisión en la que encontró al Estado de Costa Rica responsable por la violación a los derechos a la integridad personal, la libertad personal, la vida privada y familiar y por la discriminación en el ejercicio de estos dos últimos derechos.

La Corte fijó el alcance de estos derechos a la luz del caso, estableciendo que el derecho a la vida privada comprende la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico; que la libertad comprende el derecho de toda persona a organizar su vida individual y social conforme a sus opciones y convicciones particulares, y que la integridad personal se halla directa e inmediatamente vinculada con la atención de salud. Finalmente, encontrando un vínculo “entre la autonomía personal, la libertad reproductiva y la integridad física y psicológica”¹, la Corte estableció que “la falta de salvaguardas legales para tomar en consideración la salud reproductiva puede resultar en un menoscabo grave del derecho a la autonomía y la libertad reproductiva”².

1 Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (“*Fecundación in vitro*”) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 147.

2 Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (“*Fecundación in vitro*”) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de

El principal argumento de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica para prohibir la FIV –así como también de la defensa legal del Estado ante la Comisión y la Corte– consistió en que la decisión de prohibir la fertilización *in vitro*, *se basó en el cumplimiento del deber establecido en el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (en adelante “la Convención Americana” o “la Convención”), que contempla una protección general de la vida a partir de la concepción. Al respecto, la Corte determinó que “el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana”³. En relación con el término “en general”, la Corte estableció “que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general”⁴. Esta consideración es histórica debido a que constituye el primer precedente vinculante de la Corte Interamericana que reconoce los derechos reproductivos como derechos humanos y fija el alcance del derecho a la vida en relación con el ejercicio de dichos derechos.

A efectos del objeto de este artículo –analizar la lectura hecha por la Corte sobre la infertilidad desde la prohibición de discriminación de género y discriminación por motivos de discapacidad–, podría considerarse que la hermenéutica apropiada para abordar la infertilidad de las parejas, debía hacerse desde una lectura interseccional, en que sólo entendiendo

28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 147.

3 Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (“*Fecundación in vitro*”) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 264.

4 Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (“*Fecundación in vitro*”) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 264.

la dimensión de género podía concebirse la configuración del concepto de la discapacidad, y sólo reconociendo la discapacidad como condición de las parejas víctimas de esta prohibición, era posible comprender las aristas de la violación de derechos humanos que vivían las parejas víctimas de la prohibición. En este sentido, la Corte reconoció lo siguiente:

Las parejas sufrieron una interferencia severa en relación con la toma de decisiones respecto a los métodos o prácticas que deseaban intentar con el fin de procrear un hijo o hija biológicos. Pero también existieron impactos diferenciados en relación con la situación de discapacidad, el género y la situación económica, aspectos relacionados con lo alegado por las partes respecto a la posible discriminación indirecta en el presente caso⁵.

Respecto a la discriminación de género, la Corte determinó que la prohibición de la FIV había afectado a las víctimas causándoles un impacto desproporcionado diferenciado por la existencia de dos distintos estereotipos de género. La Corte observó lo señalado por la Organización Mundial de la Salud (en adelante “la OMS”), en el sentido de que “si bien el papel y la condición de la mujer en la sociedad no deberían ser definidos únicamente por su capacidad reproductiva, la feminidad es definida muchas veces a través de la maternidad”⁶. Para la Corte, este estereotipo afectó a las víctimas del caso, exacerbando su sufrimiento. Además de este estereotipo de género que vincula la feminidad –como atributo esperable en una mujer– con su

5 Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (“*Fecundación in vitro*”) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 284.

6 Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (“*Fecundación in vitro*”) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 296.

fertilidad, la Corte identificó otro estereotipo que impactó desproporcionadamente a las mujeres víctimas en el caso, el consistente en que las mujeres son valoradas antes que nada como instrumentos de reproducción, por lo que la protección de la vida prenatal debe prevalecer sobre la salud de la mujer. Al analizar este estereotipo la Corte hizo una analogía con lo ocurrido en el caso *L.C. vs. Perú*, decidido por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, donde por primera vez el Comité reconoció la existencia de este estereotipo y la consecuente discriminación contra la mujer que ocasiona.

Asimismo, la Corte reconoció que la prohibición impactó desproporcionadamente a las mujeres pues fue “en sus cuerpos donde se concretizaban intervenciones como la inducción ovárica u otras intervenciones destinadas a realizar el proyecto familiar asociado a la FIV”⁷.

La Corte Interamericana llegó a estas conclusiones sobre estereotipos y discriminación sin ahondar en su sustento jurídico, prefiriendo mencionar el sustento fáctico que brindaban los peritajes psicológicos, y basándose en el desarrollado cuerpo jurisprudencial en torno a la igualdad, la no discriminación y la perspectiva de género que ha construido la Corte a través de décadas de decisiones y opiniones consultivas. Sin embargo, ello no convierte dichas conclusiones en verdades auto evidentes para quien no es estudioso de dichos temas. Por tanto, a fin de comprender en toda su dimensión la discriminación indirecta y la discriminación de género, se hace necesario repasar ese desarrollo jurisprudencial, ausente a lo largo de la sentencia.

7 Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (“*Fecundación in vitro*”) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 300.

2. Análisis sobre la discriminación indirecta en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El derecho a una protección igual frente a la ley y no discriminación, reconocido universalmente en el derecho internacional de los derechos humanos⁸, tiene tal importancia el sistema interamericano de protección, que se ha reconocido que el mismo ha ingresado en el dominio del *jus cogens*, pues sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional, permeando todo ordenamiento jurídico⁹. El sustento normativo de este derecho se encuentra en los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana, que establecen el deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos protegidos en la Convención Americana y la igualdad de protección ante la ley, respectivamente.

Como parte fundamental de las obligaciones que se desprenden de este derecho, los Estados deben abstenerse de realizar acciones que directa o indirectamente generen situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*, lo que incluye una prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, o favorecer

8 Algunos de estos instrumentos internacionales son: la Carta de la OEA (artículo 3.1); Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 1 y 24); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo II); Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador” (artículo 3); Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (artículos 4.f, 6 y 8.b); Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (artículos I.2.a, II, III, IV y V); Carta de las Naciones Unidas (artículo 1.3); Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 2 y 7); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 2.2 y 3); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 2.1 y 26); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 2); Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 2).

9 Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 101.

una interpretación de la ley que discrimine a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color u otras causales¹⁰. Esta discriminación de facto, según la Corte Interamericana, puede darse por “regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos”¹¹.

Con base en esta noción de impacto discriminatorio – ampliamente compartida en el derecho internacional¹²– la Corte ha encontrado responsabilidad estatal en casos en que una regulación aparentemente neutral tuvo el efecto de restringir el goce de derechos humanos por parte de un grupo de la población. Así por ejemplo, en el caso *Yatama vs. Nicaragua*¹³, se determinó que el sistema electoral nicaragüense, al establecer como requisito para la participación la existencia de un partido político constituido que además tuviera candidatos en el 80% de municipios de cada circunscripción electoral y respecto del 80% total de las candidaturas, había ignorado las particularidades de

10 Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 103.

11 Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Demanda de Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2006. Serie C No. 156, párr. 141.

12 Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 18. “No Discriminación”, 37º período de sesiones, 1989, párrs. 6 y 7; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (artículo 1); Convención Internacional sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 1); Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General No. 20. “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales. Artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos”, 42º período de sesiones, 2009, párr. 10; Corte Europea de Derechos Humanos, *Cámara Alta, D.H. y Otros vs. República Checa*. Application No. 57325/00, 13 de noviembre de 2007, párr. 175.

13 Corte IDH. Caso Yatama vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

organización política de los grupos indígenas, impidiéndoles en la práctica participar¹⁴. En el caso de las *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, dos niñas vieron violentado su derecho a la nacionalidad pues una regulación aparentemente neutral, relacionada con requisitos para ser reconocido como ciudadano dominicano, en realidad tenía suficiente vaguedad y vacíos para que en un contexto de discriminación estructural contra los haitianos, generara en su aplicación una discriminación de hecho¹⁵. Finalmente, se destaca también el ejemplo del caso *López Álvarez vs. Honduras*, un caso en que se discriminó en el ejercicio de la libertad de expresión a un hombre garífuna, pues una norma aparentemente neutral que obligaba a todos los reclusos de una cárcel a expresarse en el idioma español, le impidió a la víctima del caso utilizar su idioma nativo, el garífuna, y así hacer uso de un elemento fundamental de su identidad cultural¹⁶.

2.1 Discriminación indirecta contra la mujer

La doctrina desarrollada por el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, recogida por la Corte Interamericana¹⁷, ha manifestado que:

[P]uede haber discriminación indirecta contra la mujer cuando las leyes, las políticas y los programas se basan

14 Corte IDH. Caso Yatama vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párrs. 186 y 189, y 197 a 200, y 227 a 229.

15 Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párrs. 141, 166 y 191.

16 Corte IDH. Caso López Álvarez vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 170.

17 Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros ("*Fecundación In Vitro*") vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, párrs. 286 y 297.

en criterios que aparentemente son neutros desde el punto de vista del género pero que, de hecho, repercuten negativamente en la mujer. [...] Estas diferencias pueden existir como consecuencia de expectativas, actitudes y comportamientos estereotípicos hacia la mujer que se basan en las diferencias biológicas entre los sexos. También pueden deberse a la subordinación generalizada de la mujer al hombre¹⁸.

A. En el área de la salud

Esta discriminación indirecta contra la mujer es frecuente en el campo de la salud, y particularmente en el área de la salud reproductiva. En este punto es fundamental revisar lo dicho por el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en su Recomendación General sobre la mujer y la salud, en relación con las obligaciones de los Estados respecto del artículo 12 de dicha Convención, precepto que obliga a tomar “medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica”¹⁹. Para el Comité, el artículo 12 establece el deber de los Estados de eliminar la discriminación contra la mujer “en lo que respecta a su acceso a los servicios de atención médica durante todo su ciclo vital, en particular en relación con la planificación de la familia, el embarazo, el parto y el período posterior al parto”²⁰, haciendo énfasis en que la obligación de respetar

18 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (“CEDAW”), Recomendación general No. 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal. Nota 1.

19 Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículo 12).

20 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (“CEDAW”). Recomendación General No. 24. La Mujer y la Salud. 02/05/1999, párr. 2.

los derechos requiere que “se abstengan de poner trabas a las medidas adoptadas por la mujer para conseguir sus objetivos en materia de salud”²¹. Al mismo tiempo, la obligación de garantía exige que los Estados deben eliminar “todas las barreras al acceso de la mujer a los servicios, la educación y la información sobre salud, inclusive en la esfera de la salud sexual y genésica”²².

B. Estereotipos

En el caso *Artavia Murillo*, la Corte reconoce que aunque el Estado afectó a todos los hombres y mujeres costarricenses en la restricción de sus derechos reproductivos al anular la posibilidad de utilizar una técnica de reproducción asistida en ejercicio de su privacidad y su derecho a la familia, dicha afectación tuvo un impacto dramáticamente mayor sobre las mujeres costarricenses. Lo anterior, debido a que la decisión de la Corte Suprema de Justicia reforzó y se basó en un estereotipo de género según el cual la función reproductiva de las mujeres constituye un deber y no un derecho, es decir, una prerrogativa que se posee y se ejerce voluntariamente y libre de determinaciones arbitrarias por parte de terceros.

En esta misma línea, es relevante atender al reconocimiento en el *corpus iuris* de los derechos de la mujer, particularmente en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer²³, así como en la Convención

21 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (“CEDAW”). Recomendación General No. 24. La Mujer y la Salud. 02/05/1999, párr. 14.

22 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (“CEDAW”). Recomendación General No. 24. La Mujer y la Salud. 02/05/1999, párr. 30.b.

23 El artículo 5 literal a) de dicha Convención establece que los Estados tienen la obligación de: “[M]odificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones

Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer²⁴. Al respecto, estos instrumentos internacionales establecen que para eliminar la discriminación contra la mujer, los Estados deben eliminar los patrones socioculturales que imponen roles de género sobre hombres y mujeres apelando a una noción dicotómica de inferioridad/superioridad entre éstos. Por su parte, la Corte ya había determinado en tres ocasiones la responsabilidad de un Estado por atribuírsele la comisión de una discriminación indirecta como consecuencia de la perpetuación de estereotipos de género²⁵. En particular, en el caso *Fornerón e Hija vs. Argentina*, la Corte reconoció la existencia de estereotipos como “ideas preconcebidas sobre el rol de un hombre y una mujer en cuanto a determinadas funciones o procesos reproductivos, en relación con una futura maternidad y paternidad”²⁶.

La discriminación indirecta contra las mujeres en el área de la salud con base en estereotipos ha sido reconocida por la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia, que ha concluido que “el pensamiento estereotipado acerca de la mujer [...] ha permeado la atención de salud en general, y la atención de salud reproductiva en particular”²⁷. Este estereotipo fue estudiado

estereotipadas de hombres y mujeres”.

24 El artículo 8 literal b) de la Convención establece para los Estados la obligación de: “modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres”.

25 Dichos casos consisten en los siguientes: Caso *González y otras* (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205; Caso *Atala Riffo y Niñas* vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, y Caso *Fornerón e Hija vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242.

26 Corte IDH. Caso *Fornerón e hija vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242, párr. 94.

27 FIGO. Comité de Estudio de los Aspectos Éticos de la Reproducción Humana y Salud de la Mujer. “Harmful Stereotyping of Women in Health Care”.

y reconocido por el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer en el caso L.C. vs. Perú, decisión que fue precisamente utilizada por la Corte para analizar el caso Artavia Murillo. Dicho caso versó sobre una niña abusada sexualmente que quedó embarazada e intentó suicidarse lanzándose de un techo. La niña fracasó en su intento de suicidio pero su columna quedó seriamente comprometida. Sin embargo, cuando llegó a los servicios de salud de emergencia, los médicos se negaron a realizarle la intervención quirúrgica que requería para evitar la afectación del desarrollo del embarazo. L.C. sólo fue operada meses después, luego de tener un aborto espontáneo causado por las afecciones que le dejó la caída, pero debido al paso del tiempo, la cirugía no tuvo el efecto esperado y adquirió una discapacidad física permanente. El Comité consideró que L.C. resultó víctima de exclusiones y restricciones respecto al acceso a los servicios de salud, con base en “un estereotipo de género que entiende el ejercicio de la capacidad reproductora de la mujer como un deber en vez de un derecho”²⁸.

Por su parte, estudios de la OMS señalan que en nuestras sociedades, debido a un estereotipo o patrón sociocultural de conducta, las mujeres asumen la reproducción –en mayor medida que los hombres– como un deber social y como una forma de adquirir un valor y estatus social y personal, pues la maternidad constituye una validación social como mujeres²⁹. Por tanto,

International Journal of Gynecology and Obstetrics, October 2011, 115(1):90-1.

28 Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. Comunicación No. 22/2009, párr. 7.7. Disponible en http://www2.ohchr.org/english/law/docs/CEDAW-C-50-D-22-2009_en.pdf. Negrillas fuera del texto original.

29 Organización Mundial de la Salud. ‘Current Practices and Controversies in Assisted Reproduction: Report of the meeting on “Medical, Ethical and Social Aspects of Assisted Reproduction’’. Ginebra:OMS (2002). Ver particularmente las siguientes secciones: i) Preámbulo XV-XVII al XV; ii) Mahmoud Fathalla,

cuando dicho rol no puede ser cumplido a causa de la infertilidad, las mujeres se sienten culpables y disminuidas. Este aspecto en particular fue revelado por la psicóloga que tuvo la oportunidad de evaluar a las víctimas del caso y que presentó un peritaje citado por la Corte, aunque –comprensiblemente– muy poco de los testimonios proporcionados que ejemplificaban este tipo de discriminación en la vida cotidiana de las víctimas, fue señalado en la sentencia, probablemente para poder respetar su privacidad.

2.2 Discriminación indirecta contra personas con discapacidad

La discapacidad fue analizada por la Corte con el objeto de determinar si a la luz de la discriminación indirecta, la producción de servicios de salud reproductiva tenía un impacto desproporcionado respecto a esta condición de vida³⁰. Para este análisis, la Corte recuerda las implicaciones del modelo social de la discapacidad, determina a la fertilidad como condición de discapacidad, y en consecuencia, establece las obligaciones estatales en relación con el presente caso.

A. Modelo social de la discapacidad y la protección especial que deriva del mismo

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante “CDPD”) representa el cambio de paradigma de la discapacidad, al establecer el modelo social con el que actualmente se trata a las personas que viven con esta condición. De acuerdo con el referido instrumento internacional,

“Current Challenges in Assisted Reproduction” p. 10.; iii) Abdallah S. Daar and Zara Merali, “Infertility and social suffering: the case of ART in developing countries”. E. Vayena et al. Eds p. 19.; iv) Ellen Hardy and Maria Yolanda Makuch, “Gender, Infertility and ART” en E. Vayena et al p. 273.

30 Caso Artavia Murillo y otros (“*Fecundación in vitro*”) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 287.

la discapacidad “resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”³¹.

Derivado de esta definición, se desprende que la discapacidad ya no se basa exclusivamente en las “limitaciones”, “padecimientos” o “enfermedades” de la persona, sino que la deficiencia de la persona sería tan sólo un componente de la condición de discapacidad. A la luz del modelo social, la discapacidad se compone de dos elementos esenciales, que son la deficiencia experimentada por la persona –que puede ser física, sensorial, intelectual o mental³²– y las barreras debidas a la actitud y al entorno, que al relacionarse entre sí, ocasionan que las personas con discapacidad no puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones que las demás. De lo anterior, resulta claro que la discapacidad se origina ante la falta de adaptación del medio ambiente a las necesidades de la persona que vive con esta condición.

Considerando lo anterior, a través del modelo social de la discapacidad, las personas que tienen esta condición dejan de verse como “objetos” de caridad, de tratamiento médico o protección social, para convertirse en personas poseedoras de los mismos derechos y obligaciones que las demás, que son capaces de reclamar sus derechos por sí mismas, tomar sus decisiones de vida, y participar activamente como miembros de la sociedad.

31 En este mismo sentido, el artículo 1 párrafo segundo de la CDPD señala que “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2008 (entrada en vigor), preámbulo e). Disponible en: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>.

32 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (artículo 1 párrafo segundo).

En esta línea de ideas, la Corte Interamericana determina en la sentencia en estudio –tal como lo hizo en el caso *Furlán y familiares vs. Argentina*³³– que la discapacidad responde a un modelo social. Para llegar a esta conclusión, la Corte se basa en las definiciones de discapacidad contempladas por la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (en adelante “la CIADDIS”) y la CDPD, que –a criterio del Tribunal– “tiene[n] en cuenta el modelo social para abordar la discapacidad”³⁴. Sin embargo, la definición de discapacidad contenida en la CIADDIS no contempla los componentes indispensables que configuran el modelo social de discapacidad, y por el contrario, responde al modelo opuesto, el médico asistencialista.

De conformidad con la CIADDIS, la discapacidad “significa una deficiencia física, mental o sensorial [...] que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”³⁵. De esta definición, se desprende que para considerar que una persona tiene discapacidad, no resulta esencial el segundo elemento del modelo social de la misma, es decir, la barrera social. Muestra de ello es que según la citada definición, la deficiencia de la persona **puede ser causada por el entorno social**, mientras que de conformidad con el modelo social de la discapacidad, esta condición de vida **en**

33 Corte IDH. Caso Furlan y Familiares vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 133.

34 Caso Artavia Murillo y otros (*Fecundación in vitro*) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 291.

35 Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (“CIADDIS”), AG/RES. 1608 (XXIX-O/99), adoptada el 6 de julio de 1999, artículo I. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-65.html>.

todo momento se origina por la barrera debida a la actitud y al entorno”³⁶. Por otra parte, la definición de discapacidad de la CIADDIS, al concentrarse únicamente en que la deficiencia de la persona impediría realizar las “actividades de la vida diaria”, deja de lado el ejercicio de los derechos y no visualiza plenamente a las personas con discapacidad como sujetos de derechos y obligaciones. Asimismo, dicha definición tampoco contempla el eje rector que impide la integración en la sociedad de las personas con discapacidad, y que responde al modelo social de la discapacidad, es decir, el principio de no discriminación por motivos de discapacidad.

A pesar de que la Corte no basó la concepción social de la discapacidad en fundamentos que técnicamente la soporten, la conclusión a la que llega este tribunal respecto al nuevo entendimiento de la discapacidad responde al modelo social de la misma. Ente este sentido, la Corte determinó que la discapacidad “no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia [...], sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva”³⁷.

Por otra parte, la adopción del modelo social se refleja también en las consideraciones de la Corte respecto a los deberes especiales que los Estados deben adoptar en razón de la condición de discapacidad, mismos que son analizados por

36 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (artículo 1). Ver también: Galván, S. Fascículo 3 “La implementación progresiva del derecho de las personas con discapacidad a vivir de forma independiente y ser incluidas en la sociedad”, en *Colección sobre los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, agosto de 2015, pp. 91.

37 Caso Artavia Murillo y otros (“*Fecundación in vitro*”) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 291.

primera vez en el *Caso de Furlan y Familiares vs. Argentina*³⁸. Con base en esta perspectiva, la Corte Interamericana determina que los Estados deben promover prácticas de inclusión social y medidas de diferenciación positiva para que las barreras sean “desmanteladas”, y las personas con discapacidad puedan ser incluidas “por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad”³⁹. Con lo anterior, la Corte deja claramente establecido que a fin de que la deficiencia de la persona deje de ser relevante para su ejercicio de derechos, resulta esencial que las barreras que impone la sociedad –ya sea de manera directa o indirecta– sean eliminadas.

B. La infertilidad como discapacidad

Considerando los dos componentes que a la luz del modelo social integran la discapacidad –es decir, la deficiencia de las personas y la barrera social– la Corte Interamericana procedió a demostrar que la infertilidad puede ser considerada como tal. En primer lugar, la Corte equiparó la infertilidad con la deficiencia de la persona al establecer que esta condición es “una limitación funcional reconocida como una enfermedad”⁴⁰. Para ello, la Corte se basó principalmente en la definición de infertilidad establecida por la OMS, que conceptualiza la fertilidad como “una enfermedad del sistema reproductivo definida como la

38 Corte IDH. *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246 párr. 134.

39 *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 292.

40 *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 293.

incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas⁴¹. Además, la Corte hizo alusión a las opiniones de los peritos en el mismo sentido. Al respecto, el perito Zegers-Hochschild estableció que la infertilidad es una enfermedad que tiene numerosos efectos en la salud física y psicológica de las personas, así como consecuencias sociales, tales como inestabilidad matrimonial, ansiedad, depresión, aislamiento social y pérdida de estatus social⁴². Por su parte, el perito Hunt observó a “la infertilidad involuntaria” como una discapacidad⁴³, al considerar la CDPD y la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud de la OMS⁴³; la perita Garza se refirió a la infertilidad como un síntoma de una enfermedad subyacente⁴⁴.

Respecto a las barreras debidas a la actitud y al entorno, que constituyen el segundo elemento de la discapacidad, la Corte señaló que éstas se originaban de la decisión de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia⁴⁵. Sin embargo, la Corte Interamericana no se pronunció respecto a la afectación en particular que la prohibición de la fertilización in vitro ocasionó

41 Caso Artavia Murillo y otros (“*Fecundación in vitro*”) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 288.

42 Caso Artavia Murillo y otros (“*Fecundación in vitro*”) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 288.

43 Caso Artavia Murillo y otros (“*Fecundación in vitro*”) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 289.

44 Caso Artavia Murillo y otros (“*Fecundación in vitro*”) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 288.

45 Caso Artavia Murillo y otros (“*Fecundación in vitro*”) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 293.

a las parejas que tenían esta discapacidad y las implicaciones sociales que impidieron su participación plena y efectiva en la sociedad, lo que hubiera resultado más autoevidente para aquellas personas que no están familiarizadas con la temática de discapacidad.

Por otra parte, respecto a la decisión de la Corte Suprema de Justicia, los representantes de las víctimas señalaron que la decisión de la Sala Constitucional habría ocasionado una discriminación por una discapacidad reproductiva, debido a que dicha sentencia “establec[ió] una clara diferenciación entre [...] parejas [...] que pueden concebir naturalmente y [...] parejas que solamente pueden hacerlo mediante métodos de reproducción asistida”⁴⁶.

Determinando que la fertilidad puede ser considerada como discapacidad, la Corte concluyó que las personas con infertilidad debían considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad. En particular, y considerando que la infertilidad como condición de discapacidad demanda una atención especial para que se desarrolle la autonomía reproductiva, las personas con esta condición de vida tienen el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva, lo que se encuentra estipulado explícitamente en el artículo 25 de la CDPD. En particular, dicho precepto establece que los Estados deben asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, con lo que deben impedir que se nieguen, de manera discriminatoria, servicios de salud por motivos de discapacidad⁴⁷.

46 Caso Artavia Murillo y otros (“*Fecundación in vitro*”) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 267.

47 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (artículo 25, f).

Finalmente, es importante destacar que la Corte perdió la oportunidad de desarrollar lo establecido por el artículo 23 de la CDPD, que contempla 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**”⁴⁸.

3. Conclusiones

La participación de las personas con discapacidad en el proceso de elaboración de la CDPD –iniciado en 2001 y culminado con su adopción en 2006– es precisamente uno de los aspectos que a nivel internacional se valora en mayor medida y visibiliza el cambio de paradigma en esta temática. Lo anterior se ve claramente reflejado a lo largo del texto del instrumento, pero de forma explícita en su artículo 4.3, que dispone que “en la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectiva la [CDPD], y en otros procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad, los Estados [...] celebrarán consultas estrechas y colaborarán activamente con las personas con discapacidad”. Esta disposición es identificada por las personas con discapacidad y organizaciones que trabajan en su defensa, con el lema “*Nada sobre nosotros, sin nosotros*”.

En este contexto, la protección a los derechos sexuales y reproductivos, contenida explícitamente en los artículos 23 y 25 de la CDCP, es un llamado por parte de las mismas personas

48 Negrillas fuera del texto original.

con discapacidad y de las organizaciones que las representan, a garantizar estos derechos, mismos que históricamente les fueron violentados a través de legislación y prácticas eugenésicas y que han afectado de manera particular a las mujeres con discapacidad. Asimismo, estos dos preceptos denotan que la CDPD además de contener explícitamente un reconocimiento de los derechos reproductivos, entiende que los mismos deben ser leídos de forma interseccional junto con la condición e implicaciones que el género tiene en las personas. Ello obliga a mirar los distintos aspectos de la identidad y cómo la existencia de los patrones y roles de género, a la luz del modelo social de la discapacidad, constituyen una barrera social que configura esta condición de vida.

Aunque la Corte llegó a una conclusión acertada respecto de la discriminación indirecta de la que son objeto las mujeres con deficiencias en su capacidad reproductiva, por no cumplir con ese rol que se espera de su condición de género –que culturalmente se supone es el que las “realiza” como mujeres–, lo hizo sin desarrollar los elementos jurídicos del marco de la discriminación indirecta, la discriminación en el área de la salud y la discriminación de género. Además, pese a que la Corte recibió numerosos testimonios de las víctimas que señalan cómo en su trabajo y en su vida privada, conocidos y amigos les habían manifestado su visión de ellas como mujeres inferiores o incompletas, la Corte tampoco desarrolló los elementos fácticos que en el caso concreto le habrían permitido constatar la existencia y el impacto de los estereotipos.

Por otra parte, considerando lo novedoso del enfoque de considerar la fertilidad como discapacidad, así como las diversas referencias que hacen los peticionarios desde un enfoque médico, era esperable que la Corte realizara un análisis de la determinación de la infertilidad con la discapacidad a la luz de

las consecuencias que genera la interrelación de las personas que la padecen con el contexto que las rodea, y los estereotipos que las condicionan socialmente, generando su falta de integración social. Lamentablemente, en relación con el análisis respecto a la condición de discapacidad, la Corte perdió la oportunidad de desarrollar cómo las deficiencias de la personas, en este caso la infertilidad, al contar con la accesibilidad debida –en este caso, uso de tecnologías reproductivas– evitarían que ésta llegue a constituirse como discapacidad. Lo anterior quizá impide que el lector que no está familiarizado con la perspectiva de discapacidad, tenga un entendimiento comprehensivo de sus dimensiones, y en particular, respecto a la configuración del modelo social de discapacidad. No obstante ello, este artículo busca aclarar dichos puntos, y demostrar que pese al poco desarrollo hecho por la Corte, esta sentencia constituye un hito también en el desarrollo de la interseccionalidad entre género y discapacidad, así como en el entendimiento del modelo social de esta última.