

**PRESENTACIÓN ANTE LA COMISIÓN INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS**

Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros

contra

COSTA RICA

29 de Septiembre de 2009

Amicus Curiae elaborado por el
**Programa Internacional de Derecho en Salud Sexual y Reproductiva
Facultad de Derecho, Universidad de Toronto**

Rebecca J. Cook

Profesora y Catedrática, Derecho
Internacional de los Derechos Humanos
Co-Directora del Programa Internacional
de Derecho en Salud Sexual y
Reproductiva
rebecca.cook@utoronto.ca

Bernard M. Dickens

Profesor Emérito de Derechos y
Políticas en Salud,
Co-Director del Programa Internacional de
Derecho en Salud Sexual y Reproductiva
bernard.dickens@utoronto.ca

Sandra Dughman

Experta en Derecho en Salud Reproductiva
Programa Internacional de Derecho en Salud Sexual y Reproductiva
Facultad de Derecho, Universidad de Toronto
sandra.dughman@utoronto.ca



Programa Internacional de Derecho en Salud Sexual y Reproductiva

Facultad de Derecho, Universidad de Toronto
84 Queen's Park Crescent
Toronto ON Canada M5S 2C5

Tel: 416-978-1751, Fax: 416-978-7899

<http://www.law.utoronto.ca/programs/reprohealth.html>

TABLA DE CONTENIDO

| | |
|---|----|
| Interés en desarrollar un <i>Amicus Curiae</i> | 1 |
| Resumen de los Argumentos | 1 |
| Argumentos..... | 1 |
| I. El derecho a fundar y formar una familia, protegido por el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, la Convención), le impiden a Costa Rica prohibir la <i>fecundación in vitro</i> (FIV). | 1 |
| A. Al haber Costa Rica aceptado el artículo 17(1) de la Convención que señala que la familia es “el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida,” debe abstenerse de prohibirle a las parejas la obtención de la asistencia médica disponible para tener hijos..... | 1 |
| B. Costa Rica no puede implementar condiciones discriminatorias en contra de las parejas que tienen una discapacidad reproductiva denegándoles el ejercicio del derecho a fundar una familia. | 3 |
| C. Costa Rica no tiene justificación jurídica para impedir la posible vida familiar de las parejas que tienen un impedimento reproductivo, mediante el reclamo de que su salud no se ve afectada por la ausencia involuntaria de hijos, o que la solución a dicha situación inevitablemente tendría un costo en vidas humanas. | 4 |
| II. Por medio de la prohibición de la FIV, Costa Rica está infringiendo el artículo 11 de la Convención que protege el derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada y familiar, y también se encuentra en violación del artículo 12 al imponer arbitrariamente una visión moral particular a sus ciudadanos. | 6 |
| A. El derecho a la intimidad en la esfera familiar protegido por el artículo 11 de la Convención, exige a Costa Rica respetar a las familias e individuos en sus decisiones autónomas de formar familias..... | 6 |
| B. La libertad de conciencia, religión y creencias protegida por el artículo 12 de la Convención, exige a Costa Rica demostrar tolerancia y respeto por la multiplicidad de creencias y las diferentes visiones morales de sus ciudadanos..... | 8 |
| III. Al prohibir el acceso a la FIV, Costa Rica está discriminado en base a discapacidad, estado de salud, sexo y género y se encuentra en violación de los artículos 1 y 24 de la Convención. | 10 |
| A. Al prohibir el acceso a la FIV, Costa Rica discrimina en base a discapacidad y estado de salud y se encuentra en violación de los artículos 1 y 24 de la Convención..... | 10 |
| B. Al apoyar la decisión de la Corte Suprema de Costa Rica que deja sin efecto el Decreto Ejecutivo, el Estado estigmatiza a los individuos y parejas infértiles, impidiéndoles ser iguales en dignidad. | 12 |
| C. Mediante la prohibición de acceso a la FIV, Costa Rica está discriminando en contra de las mujeres en base al sexo y al género en el goce de su vida familiar y les está negando la igual protección de la ley | 14 |
| D. La prohibición de acceso a la FIV es un tratamiento diferenciado, constituyendo discriminación en base a discapacidad, estado de salud, sexo y género, que no pueden ser justificados en una sociedad libre y democrática..... | 15 |

Interés en desarrollar un *Amicus Curiae*

El Programa Internacional de Derecho en Salud Sexual y Reproductiva de la Facultad de Derecho de la Universidad de Toronto (en adelante, el Programa), es un programa académico dedicado a la investigación jurídica diseñada especialmente para contribuir al avance de los derechos de las mujeres en general y a la salud sexual y reproductiva en particular. Su especialización jurídica se centra en el derecho a la igualdad y la no discriminación, y en los derechos referidos al acceso a los servicios de salud. El Programa ha colaborado con agencias gubernamentales e internacionales, organizaciones no gubernamentales e instituciones académicas con el objeto de producir conocimiento jurídico en éstas materias. Recientemente, dentro del sistema interamericano de derechos humanos, el Programa presentó últimamente un *amicus curiae* en el caso *Campo Algodonero: Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez*, Casos N° 12.496, 12.497 y 12.498 ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Resumen de los Argumentos

Las obligaciones de Costa Rica que emanan de la Convención Americana sobre Derechos Humanos le impiden prohibir la *fecundación in vitro* (FIV). Mediante la prohibición de la FIV, Costa Rica infringe el derecho a fundar y formar una familia protegido por el artículo 17, el derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias a la vida familiar y privada protegido por el artículo 11, y el derecho a la libertad de conciencia protegido por el artículo 12. La prohibición de la FIV también infringe el derecho a no ser discriminada/o por causa de discapacidad, estado de salud, sexo y género, lo cual no tiene justificación en una sociedad libre y democrática.

Argumentos

I. El derecho a fundar y formar una familia, protegido por el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, la Convención), le impiden a Costa Rica prohibir la *fecundación in vitro* (FIV).

A. Al haber Costa Rica aceptado el artículo 17(1) de la Convención que señala que la familia es “el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida,” debe abstenerse de prohibirle a las parejas la obtención de la asistencia médica disponible para tener hijos.

1. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Comisión) ha interpretado el artículo 17(1) de la Convención, que reconoce a “La familia [como] el elemento natural y fundamental de la sociedad,” de forma que requiere que se otorgue a la familia una protección apropiada. Aunque el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia está sujeto a las condiciones establecidas por la legislación nacional, como, por ejemplo, aquellas relativas a la bigamia o a las uniones incestuosas, las limitaciones y restricciones introducidas por las leyes nacionales no pueden ser tan restrictivas como para afectar o inhabilitar la esencia del derecho a fundar una familia.¹

¹ *Maria Eugenia Morales de Sierra v. Guatemala*, Informe N° 4/01, Caso 11.625, 19 de enero de 2001, párrafo 40.

2. Parte de la esencia del derecho a fundar una familia consiste en la capacidad de tener hijos biológicamente/genéticamente relacionados.² Cuando dicha capacidad se encuentra deteriorada por una condición física o biológica que provoca infertilidad, los avances médicos actualmente pueden aliviar la realidad de las parejas sin hijos.³ El Estado de Costa Rica (en adelante, el Estado), mediante la nulidad del Decreto Ejecutivo N° 24029-S de 3 de febrero de 1995 (en adelante el Decreto Ejecutivo) decretada por la Corte Suprema costarricense, está impidiendo el acceso a los métodos médicos disponibles para superar la la imposibilidad de tener hijos.. Mediante este accionar, el Estado obstruye el derecho a fundar y formar una familia, y por lo tanto, viola los derechos protegidos por el artículo 17(1) de la Convención.

3. El uso de medios legítimos para proteger la vida puede requerir la regulación jurídica de la FIV, pero no justifica su completa prohibición. No existe una conexión racional entre proteger la vida e impedir la creación asistida de vida. Mediante la prohibición de la FIV, el Estado no está protegiendo la vida que ya ha sido concebida, sino que más bien, está impidiendo que ocurra la concepción. Se puede proteger la vida mediante una regulación jurídica de la FIV que tenga como objetivo reducir la pérdida de embriones. Sin embargo, la Corte Suprema de Costa Rica, al dejar sin efecto la norma jurídica que regulaba la práctica de la FIV, se ha apartado de su propio propósito de proteger la vida desde la concepción, y de la obligación estatal de respetar la Convención.

4. El Estado reconoce el derecho humano a tener hijos y formar una familia, de acuerdo al artículo 17(2) de la Convención, , pero declara subordinar ese derecho a “valores superiores, como el derecho de todos los seres humanos, sin distinción, a la protección de su vida.”⁴ El Estado declara que los principios de “indivisibilidad” e “interdependencia” de los derechos humanos demuestran “que no se puede sacrificar algunos derechos en aras de otros.”⁵ El Estado, en consecuencia, reclama tener derecho a prohibir el acceso a la FIV, la cual en algunos casos puede resultar en la pérdida de vida embrionaria, puesto que el ejercicio legítimo de un derecho no debiera comprender “privar a otros seres humanos de su vida.”⁶ Sin embargo, la FIV, al involucrar riesgo de pérdida de vida embrionaria, emula la reproducción natural. La pérdida espontánea de vida embrionaria afecta más del 60% de los embriones concebidos en forma natural, aunque el porcentaje puede ser aún mayor debido a que la mayoría de la pérdida embrionaria ocurre antes de que el embarazo sea detectado y es absorbido por la menstruación.⁷ A través de la prohibición de la FIV, el Estado declara “proteger” la vida humana asegurándose que ésta no llegue a existir, e infringe el artículo 17(2) de la Convención, al impedir un proyecto

² Véase *Dickson v. United Kingdom*, Application (44362/04 [2007] 3 F.C.R. 877, párrafo 78.

³ Véase E. Vayenna, P. Rowe & P. D. Griffin eds, *Current Practices and Controversies in Assisted Reproduction - Report of a WHO Meeting*, (Geneva: World Health Organization, 2002).

⁴ Informe N° 25/04, Caso 12.361, Admisibilidad, *Ana Victoria Sanchez Villalobos and Others v. Costa Rica*, 11 de marzo de 2004 (en adelante Informe de Admisibilidad), párrafo 35.

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*

⁷ Toby Ord, *The Scourge: Moral Implications of Natural Embryo Loss*, *The American Journal of Bioethics*, 2008 8(7) 12-19.

de vida a niños que podrían nacer mediante la FIV, y al negar a las parejas infértiles la oportunidad de criarlos en su familia.

5. El Estado reconoce en su propia Constitución a la familia como elemento natural y fundamento de la sociedad, que tiene derecho a la protección estatal.⁸ Dicha protección debiera implicar la posibilidad de acceder, bajo una regulación jurídica adecuada, a los métodos médicos necesarios que permitan superar la imposibilidad de tener hijos debido a la infertilidad.

B. Costa Rica no puede implementar condiciones discriminatorias en contra de las parejas que tienen una discapacidad reproductiva denegándoles el ejercicio del derecho a fundar una familia.

1. El derecho a fundar una familia, protegido por el artículo 17(1), debe sujetarse, de acuerdo al artículo 17(2), a “las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.”

2. Por medio de la prohibición de la FIV, Costa Rica viola el principio de la no discriminación puesto que el Estado impide a las parejas infértiles el acceso a la asistencia médica que se encuentra disponible a las parejas que, con o sin asistencia médica, por ejemplo, a través de la inseminación artificial, pueden concebir hijos sin la FIV. El Estado arguye que la adopción es una alternativa legítima disponible para algunas familias infértiles. Sin embargo, dicho argumento se contradice con una serie de sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos, dónde en 2007 la Gran Sala observó que trataba un caso “dónde se encuentra en juego una faceta particular de la existencia o identidad del individuo (como lo es la opción de convertirse en madre o padre genético).”⁹ Más aún, la adopción no es una alternativa que se encuentre siempre disponible. Muchas veces requiere que se satisfagan una serie de exigentes requisitos, como por ejemplo, los que tienen que ver con el nivel de ingresos financieros de una familia, la salud mental y física de los adoptantes, la edad de los padres potenciales, la historia personal y el estilo de vida de los involucrados, diferenciando la elegibilidad de los padres adoptivos de aquella de los padres naturales.¹⁰

⁸ Constitución Política de la República de Costa Rica de 1949, artículo 51 (en adelante Constitución).

⁹ *Dickson v. United Kingdom*, supra nota 2, párrafo 78.

¹⁰ Para determinar su competencia e idoneidad las parejas con intenciones de adoptar tienen que presentar, entre otros, certificado de antecedentes penales, certificado de ingresos financieros, certificado de matrimonio, un informe sobre el estado de su salud y tienen que someterse a una evaluación social y una evaluación psicológica. Ambas evaluaciones tienen que tomar en consideración, entre otros asuntos, los motivos que llevan a la pareja decidir adoptar, los que tiene que evaluarse como motivos sanos y que no dañen al infante; Patronato Nacional de la Infancia, *Guía de Información básica sobre requisitos y trámites para la adopción de personas menores de edad mayores de cinco años, con necesidades especiales y grupos de hermanos por parte de familias con residencia habitual en Costa Rica (Guía)*, en VI. 1) 1.c & d; <http://www.pani.go.cr/adopciones.php>. En caso de infertilidad es importante también evaluar cómo han enfrentado sus problemas de fertilidad; Patronato Nacional de la Infancia, *Guía* en VI. 1) 1.c & d. El examen debe explorar los mitos, fantasías y los planes de vida integrales que la pareja pretenda implementar con esta nueva adición a la familia; *Guía* en VI. 1) 1.c & d. Luego de que esta primera etapa administrativa ha concluido, la pareja tiene que presentar una solicitud ante los tribunales de justicia y luego que el

3. La propuesta estatal que pretende superar la infertilidad mediante la adopción agrava la discriminación contra las parejas infértiles y es inadecuada y ofensiva en base a categorías prohibitivas adicionales. Mediante el uso de la adopción como un método para ayudar a las parejas infértiles a tener hijos, el Estado está arriesgando a que se distorsione la labor de los servicios de adopción, cuya función es la asistencia de los niños que no tienen hogar con el objeto de posicionarlos dentro de una familia. La *Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia* de Costa Rica provee en su artículo 3(d) que uno de los objetivos del Patronato Nacional de la Infancia consiste en “garantizar a las personas menores de edad el derecho a crecer y desarrollarse en el seno de una familia, sea ésta biológica o adoptiva.” Este objetivo puede claramente diferenciarse de la necesidad que presentan las parejas infértiles. La propuesta del Estado, que cualquier sobreoferta de niños abandonados y sin hogar se encuentra disponible para suplir la demanda de hijos por parte de las parejas infértiles, cosifica y comodifica a los infantes. Más aún, el Estado discrimina en contra de las parejas infértiles al sugerir que la responsabilidad de proveer un hogar a los infantes abandonados o sin hogar debiera recaer específicamente en dichas parejas en vez de la comunidad en general.

4. La discriminación también se hace aparente ante la relativa facilidad con la cual las parejas costarricenses con poder adquisitivo pueden acceder a la FIV en otras jurisdicciones, como por ejemplo, México. Está ampliamente documentada la existencia de servicios reproductivos más allá de las fronteras nacionales (muchas veces denominada en forma ofensiva como “turismo reproductivo”) y existen razones para suponer que los costarricenses que tienen los medios necesarios tomarán ventaja de éstos servicios en otros países. La prohibición de la FIV a las familias que no tienen los medios económicos u otros medios necesarios para viajar al extranjero también constituye discriminación.

C. Costa Rica no tiene justificación jurídica para impedir la posible vida familiar de las parejas que tienen un impedimento reproductivo, mediante el reclamo de que su salud no se ve afectada por la ausencia involuntaria de hijos, o que la solución a dicha situación inevitablemente tendría un costo en vidas humanas.

1. El Estado asegura que la esterilidad o infertilidad “no deben ser consideradas enfermedades, pues no equivalen a una alteración de la salud de una persona”¹¹, y que “la técnica actual de la fecundación *in vitro*” es inconsistente con el derecho a la vida.¹² Ninguna de estas afirmaciones puede sustentarse.

2. El Estado es miembro de la Organización Mundial de la Salud, que en su Constitución trata la “salud” como el “estado de completo bienestar físico, mental y social, y no

juez ha comprobado que cumplen con todos los requisitos y ha otorgado su autorización, deben registrar la decisión judicial.; Patronato Nacional de la Infancia, *Guía* en VI. 2).

¹¹ Informe de Admisibilidad, supra nota 4, párrafo 32.

¹² *Ibid.* párrafo 37.

solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.”¹³ A medida que los/as adolescentes se convierten en adultos y se preparan para la maternidad o paternidad, descubrir que tienen problemas de fertilidad puede alterar la percepción que tienen de sí mismas/os como persona sanas y “normales” y, mediante la alteración de su sentido de bienestar mental y social, se altera su salud. De la misma manera, aún cuando la infertilidad no se relacione con una enfermedad determinada, igualmente obstaculiza e impide la salud. La negativa a reconocer el tormento y desesperación de aquellas/os que sufren una discapacidad reproductiva y son incapaces de procrear los hijos que legítimamente desean tener, habla claramente de una falta de compasión y humanidad por parte del Estado o Corte que invoca un concepto de salud estrecho y restringido con el fin de justificar la prohibición de los medios disponibles para solucionar la falta involuntaria de hijos.

3. Más aún, el Estado busca justificar la prohibición de la FIV como se permitía originalmente en su Decreto Ejecutivo de 1995 en base a que “la técnica actual de la fecundación *in vitro*... es inconsistente con el derecho a la vida.” Esta afirmación ignora el desarrollo actual de la FIV, que ahora cubre genéricamente una variedad de técnicas de reproducción asistida. Su desarrollo más significativo es la transición desde la exposición de muchos óvulos a los espermatozoides para crear múltiples embriones (a los cuales se llama desde una perspectiva biológica cigotos o blastocitos) y el rechazo de aquellos que eran morfológicamente no viables, hacia la microinyección *intracitoplásmica* de espermatozoides (MIE) al óvulo, constituyendo esta última actualmente una práctica más común en las clínicas de FIV modernas que las técnicas FIV que existían anteriormente.¹⁴ La MIE, unida a la transferencia de un solo embrión, permite evitar el descarte de embriones ya que solamente selecciona un espermio particular para ser inyectado microscópicamente dentro del óvulo seleccionado. La fusión de su material celular constituye la concepción de un embrión, que luego es implantado en el útero de la mujer para que se produzca la gestación natural. La práctica moderna favorece la transferencia de un solo embrión, ya que los embarazos múltiples constituyen una contraindicación para la salud maternal y fetal.¹⁵ En consecuencia, la prohibición de la FIV basada en el sacrificio selectivo de embriones no está justificada, tomando en consideración los desarrollos tecnológicos de la FIV, su aplicación y la evolución en los estándares de práctica.

¹³ Organización Mundial de la Salud, *Preámbulo a la Constitución de la Organización Mundial de la Salud*, fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (*Off. Rec. Wld Hlth Org.; Actes off. Org. mond. Santé*, 2, 100), y entró en vigor el 7 de abril de 1948.

¹⁴ Bernard M. Dickens and Rebecca J. Cook, Multiple Pregnancy: Legal and Ethical Issues, *Int'l J of Gynecology and Obstetrics*, 103: 270-274 (2008).

¹⁵ British Fertility Society and Association of Clinical Embryologists, Elective Single Embryo Transfer: Guidelines for Practice, *Human Fertility*, 11(3): 1-16 (2008).

II. Por medio de la prohibición de la FIV, Costa Rica está infringiendo el artículo 11 de la Convención que protege el derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada y familiar, y también se encuentra en violación del artículo 12 al imponer arbitrariamente una visión moral particular a sus ciudadanos.

A. El derecho a la intimidad en la esfera familiar protegido por el artículo 11 de la Convención, exige a Costa Rica respetar a las familias e individuos en sus decisiones autónomas de formar familias.

1. El artículo 11 de la Convención requiere la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida familiar.¹⁶ La sentencia judicial dictada por la Corte Suprema de Costa Rica que deja sin efecto el Decreto que regulaba la FIV, constituye una intervención arbitraria por parte de la autoridad estatal que infringe la capacidad de las personas de tomar decisiones reproductivas privadas y no se adecua a las normas y objetivos de la Convención.

2. La Comisión ha declarado que el objetivo del artículo 11, y por supuesto de toda la Convención, es en esencia “la protección del individuo contra injerencia arbitraria por parte de funcionarios públicos.”¹⁷ La Comisión requiere que el Estado “adopte la legislación necesaria para asegurar la eficacia de esta disposición.”¹⁸ A través de su Decreto Ejecutivo, el Estado propuso una regulación coherente con el respeto a la vida familiar y privada, pero ahora apoya los fundamentos en los cuales la Corte Suprema de Costa Rica basó su decisión de dejar sin efecto el Decreto. El Estado declara que la práctica de la FIV no constituye “un asunto privado que sea inofensivo para la convivencia social,” considerando esta técnica médica como contraria al orden público, la moral y las buenas costumbre. Debido a que califica a esta técnica como incompatible con el derecho a la vida, asegura que existe un “interés legítimo del Estado en intervenir.”¹⁹

3. Existen muchos otros medios disponibles al Estado para determinar los límites entre las actividades públicas y privadas, y lo que está de acuerdo o vulnera el orden público, la moral o las buenas costumbres. El Decreto Ejecutivo de 1995 regulaba la FIV de acuerdo a los requisitos establecidos por el gobierno costarricense de ese momento, que no tenía la opinión de que dicha técnica afectara el orden público, la moral o las buenas costumbres. Es comprensible que el progreso de la ciencia médica manifestado a través del desarrollo de la FIV desate conflictos entre los defensores y los oponentes al uso de esta nueva tecnología científica. En democracia, este tipo de conflicto se resuelve mediante medios políticos. Mediante una prohibición constitucional draconiana que cierra toda posibilidad de una reforma legislativa futura, la Corte Suprema ha entrado injustificadamente dentro de la arena política. La sentencia de la Corte Suprema debilita la costumbre democrática costarricense y se inmiscuye sin permiso en la vida privada y familiar de los ciudadanos costarricenses y de su capacidad de establecer leyes de acuerdo a sus preferencias políticas expresadas democráticamente.

¹⁶ *Maria Eugenia Morales de Sierra v. Guatemala*, supra nota 1, párrafo 47.

¹⁷ *X and Y v. Argentina*, Caso No 10.506, 15 de Octubre de 1996, párrafo 91.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Informe de Admisibilidad, supra nota 4, párrafo 37.

4. La decisión restrictiva y antidemocrática de la Corte contradice la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos. Por ejemplo, la Corte Europea de Derechos Humanos observó durante un caso en el año 2007 que “reitera que no existe lugar bajo el sistema establecido por la Convención, donde la tolerancia y apertura de mente son reconocidas como el sello de la sociedad democrática, para la confiscación automática de los derechos... basada únicamente en lo que pueda ofender la opinión pública.”²⁰

5. Existe una esfera en la vida de todos los individuos, y a través de ellos de todas las familias, en la cual el Estado no puede intervenir sin un propósito legítimo. Esa esfera comprende las decisiones más íntimas que un matrimonio pueda tomar respecto de la creación de sus familias. El Estado tiene un legítimo interés público en la implementación de tecnologías médicas, como por ejemplo asegurar la calificación adecuada del personal médico y la idoneidad, incluyendo la seguridad y efectividad de las técnicas médicas. Sin embargo, la provisión de los servicios se encuentra protegida por el más antiguo de los principios médicos, el deber de confidencialidad en la relación médico-paciente. Éste no excluye una apropiada vigilancia de parte de las autoridades públicas encargadas de aplicar la ley, pero la afirmación de que la búsqueda de hijos y la formación de la familia por parte de las parejas y sus médicos pone en peligro el orden público y la moral contradice los valores que los estados y los tratados de derechos humanos acostumbran proteger.

6. La Comisión ha declarado repetidamente que el derecho a la intimidad “garantiza una esfera que nadie puede invadir, un campo de actividad que es absolutamente propio de cada individuo.”²¹ De acuerdo a la Comisión, el artículo 11 cubre una variedad de factores respecto de la dignidad del individuo, como por ejemplo, “la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales.”²² La aspiración de tener y criar hijos biológicos y de constituir dicha aspiración como parte de su propia identidad se encuentra protegida por el artículo 11.

7. El Estado de Costa Rica no puede interferir en dichas aspiraciones ni destruir la identidad de las parejas como eventuales padres. El Estado no está obligado a asumir una obligación positiva con el objeto de cumplir las aspiraciones de las parejas infértiles de tener hijos biológicos mediante la asignación de recursos o la implementación de programas públicos de FIV. Sin embargo, se requiere que cumpla con su obligación negativa de no interferir en el proceso o las técnicas elegidas por las parejas discapacitadas reproductivamente y sus médicos, con el fin de superar su discapacidad.

²⁰ *Dickson v. United Kingdom*, supra nota 2, párrafo 75.

²¹ *X and Y v. Argentina*, supra nota 17, párrafo 91.

²² *Maria Eugenia Morales de Sierra v. Guatemala*, supra nota 1, párrafo 46.

B. La libertad de conciencia, religión y creencias protegida por el artículo 12 de la Convención, exige a Costa Rica demostrar tolerancia y respeto por la multiplicidad de creencias y las diferentes visiones morales de sus ciudadanos.

1. El Estado carece de justificación para afirmar que puede limitar jurídicamente el derecho a fundar una familia mediante la prohibición de la FIV, porque esto implica privilegiar un punto de vista religioso por sobre los demás, lo que constituye una violación a la libertad de conciencia y religión protegida por el artículo 12 de la Convención.

2. Aun cuando Costa Rica ha designado a la Iglesia Católica, Apostólica, Romana como la religión del Estado,²³ no puede exigir obediencia a las doctrinas de esa denominación cristiana a aquellos que no se adhieren voluntariamente a ella o a cualquiera de sus diferentes ramas interpretativas. Esto es, la norma constitucional no impide el ejercicio libre y consciente de otros credos religiosos. El artículo 75 de la Constitución de Costa Rica provee que el reconocimiento de la religión católica como la religión del Estado no “impid(e) el libre ejercicio en la República de otros cultos...”²⁴ En concordancia con este principio, la ley del Estado no prohíbe sino que expresamente permite el divorcio.²⁵ La Constitución expresamente prohíbe el uso de motivos religiosos o el uso de las creencias religiosas con el fin de promover un punto de vista político o hacer propaganda política.²⁶ Desafortunadamente, la Corte Suprema ha entrado en la arena política para servir un móvil religioso.

3. El Estado adopta la opinión de la Corte Suprema de que la Constitución, inspirada en valores religiosos, exige la prohibición de la FIV. Sin embargo, no está claro que el Catolicismo Romano requiera necesariamente prohibir el uso consciente de la FIV. El Papa Juan Pablo II refiriéndose al rol de la conciencia en la sociedad y el mundo exigió que “la conciencia individual fuera respetada por todos: las personas no deben intentar imponer su propia ‘verdad’ a los demás ... Negarle a un individuo la completa libertad de conciencia... o intentar imponer una visión particular de la verdad constituye una violación de los derechos más personales de ese individuo.”²⁷ En consecuencia, el Estado, al pretender la absoluta prohibición de la FIV, está violando esos derechos personales de elegir en conciencia utilizar los métodos comúnmente aceptados para formar una familia, de los cuales dependen las parejas infértiles.

4. Al argumentar que todos los derechos se encuentran limitados por otros derechos, el Estado asegura que el derecho a la vida “implica un límite a los derechos de los demás, inclusive de los matrimonios a tener hijos o de los científicos a experimentar con

²³ Constitución de Costa Rica, supra nota 8, Artículo 75.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Véase, Código de Familia, República de Costa Rica, publicado el 5 de febrero de 1974, Capítulo VII “Del Divorcio.”

²⁶ Constitución de Costa Rica, supra nota 8, Artículo 28.

²⁷ Message of His Holiness Pope John Paul II for the XXIV World Day of Peace, “If You Want Peace, Respect the Conscience of Every Person” Vatican City, 1 January 1991. [*traducción libre al Castellano*]

embriones.”²⁸ De acuerdo a esta misma lógica, el derecho reproductivo de las parejas discapacitadas para fundar y formar sus familias podría limitar el derecho del Estado de imponer un derecho basado en una visión moral y de exigir obediencia al mismo.

5. El Estado argumenta que desde un punto de vista “biológico” y “legislativo,” existe el deber de proteger la vida “desde el momento en que se determine que existe vida.” De acuerdo al Estado, esa vida no necesita estar incorporada en un ser humano visible, sino que se le debe dar protección “desde su existencia, por precoz que sea su forma.”²⁹ Sin embargo, el Estado reclama legitimidad para intervenir con anterioridad al primer momento de existencia de la vida, al prohibir los medios que permiten que ese momento llegue. En consecuencia, la protección de la vida desde el primer momento de su existencia no justifica la completa prohibición de la FIV.

6. Adicionalmente, el Estado argumenta que aunque el Decreto Ejecutivo requería que todos los embriones fertilizados fueran implantados en el útero materno, prohibiendo su eliminación o preservación, “la simple manipulación de embriones para que solamente uno sobreviva significa la muerte de otros embriones.” El Estado se apoya en la distinción entre la pérdida de embriones debido a “causas naturales” que ocurre dentro del útero y la pérdida de embriones debido a la “manipulación humana.”³⁰ Sin embargo, dicha distinción es artificial y poco convincente. El Estado acepta que una pareja infértil, por causa de una sucesión crónica de abortos espontáneos, pueda iniciar innumerables intentos fallidos de implantar embriones por medios naturales y el Estado no interviene en esta destrucción de embriones. Sin embargo, el Estado prohíbe la FIV y la selección de embriones que tienen por objeto alcanzar la implantación exitosa de los mismos, el embarazo y el nacimiento, y que impedirían una sucesión de pérdidas de embriones provocadas por abortos espontáneos. La prohibición niega a las parejas su derecho a tomar las medidas necesarias para fundar una familia y contradice el argumento del Estado de que está protegiendo la vida de embriones. El Estado no interviene en la pérdida predecible y accidental de innumerables embriones,³¹ pero en cambio prohíbe la subsistencia de éstos, cuando es producto de una decisión.

7. El Estado reclama que si llegase a autorizar la FIV, estaría en violación del derecho a la vida reconocido en la Convención y otros instrumentos.³² Sin embargo, esto contraría la jurisprudencia de la Comisión. El artículo 4 (1) de la Convención ha sido interpretado por la Comisión de forma que no excluye el aborto legal en ciertas circunstancias,³³ y no existe jurisprudencia internacional de los derechos humanos que sustente la aseveración del Estado de un derecho general a la vida que sirva de fundamento para la prohibición de la FIV. La experiencia internacional demuestra la prevalencia creciente en el mundo, incluyendo en aquellos países predominantemente católicos, de centros que informan

²⁸ Informe de Admisibilidad, supra nota 4, párrafo 36.

²⁹ *Ibid.* párrafo 29.

³⁰ *Ibid.* párrafo 30.

³¹ Raj Rai y Lesley Regan, Recurrent Miscarriage, *Lancet* 368: 601 (2006).

³² Informe de Admisibilidad, supra nota 4, párrafo 33.

³³ Caso 2141, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 25, OEA/ser. L/V/1154, Doc. 9 rev 1 (1981).

sobre resultados de las técnicas de reproducción asistida, incluyendo la FIV.³⁴ Dichas normativas han sido promulgadas con el fin de respetar el derecho a fundar y formar una familia e ilustran sobre el carácter extremo del argumento que el Estado presenta para defender su prohibición de la FIV.

III. Al prohibir el acceso a la FIV, Costa Rica está discriminado en base a discapacidad, estado de salud, sexo y género y se encuentra en violación de los artículos 1 y 24 de la Convención.

A. Al prohibir el acceso a la FIV, Costa Rica discrimina en base a discapacidad y estado de salud y se encuentra en violación de los artículos 1 y 24 de la Convención.

1. El artículo 1 exige a Costa Rica “respetar los derechos y libertades reconocidos en [la Convención] 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.” La incapacidad de tener hijos debido a infertilidad es una condición social que constituye una categoría prohibida de discriminación. El Estado discrimina en contra de individuos y parejas infértiles cuando les niega el libre y pleno ejercicio de los derechos y libertades establecidas en la Convención, incluyendo el derecho a fundar una familia protegido por el artículo 17, el derecho a la intimidad protegido por el artículo 11 y el derecho a la libertad de conciencia protegido por el artículo 12.

2. Además, se les está negando a los individuos y las parejas que tienen discapacidad reproductiva la igual protección de la ley, a la que tienen derecho de acuerdo al artículo 24 de la Convención, porque la prohibición del Estado impide el acceso a la FIV que permite superar la infertilidad, y tener y criar hijos, como pueden hacerlo las parejas fértiles.

3. A nivel mundial, 8% a 12% de las parejas tienen dificultades para concebir un hijo, constituyendo así una proporción significativa de la población mundial.³⁵ La infertilidad que impide tener hijos constituye una forma de discapacidad. De acuerdo a las *Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad*, “con la palabra ‘discapacidad’ se resume un gran número de diferentes limitaciones funcionales.”³⁶

³⁴ Por ejemplo, 130 centros de 12 países latinoamericanos informaron los resultados de las técnicas de reproducción asistida para aquellos tratamientos iniciados durante el año 2006, http://www.redlara.com/ing/reg_2006.asp, última visita en 27 Sept 2009.

³⁵ Abdallah S. Daar, Zara Merali, “Infertility and social suffering: the case of ART in developing countries” en E. Vayena et al. eds *Current Practices and Controversies in Assisted Reproduction*, supra nota 3, p. 15.

³⁶ Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, anexo a la Asamblea General resolución 48/96 of 20 de Diciembre de 1993, párrafo 17.

4. La *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (en adelante la Convención sobre Discapacidad),³⁷ de la cual Costa Rica es parte,³⁸ considera que la ‘discapacidad’ es un concepto que evoluciona y que 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 los demás.³⁹

5. De acuerdo a la Convención sobre Discapacidad, la discriminación basada en la discapacidad implica “cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales...”⁴⁰

6. La Ley N° 7600 sobre *Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad* (en adelante Ley sobre Discapacidad costarricense), define discapacidad como “cualquier deficiencia física, mental o sensorial que limite, sustancialmente, una o más de las actividades principales de un individuo.”⁴¹ La reproducción constituye una de las principales actividades del individuo y sufrir un impedimento físico que obstruye la capacidad reproductiva es, en consecuencia, una discapacidad. Más aún, el artículo 31 de la Ley sobre Discapacidad costarricense aclara que los servicios de salud deben ser proveídos bajo condiciones igualitarias a todas las personas que los requieren, sin embargo cuando el Estado no permite la FIV a los pacientes que presentan impedimentos reproductivos, les está negando un trato igualitario y los está discriminando en razón de la discapacidad.⁴² Esta Ley da cumplimiento al mandato constitucional costarricense mediante el cual el Estado tiene un deber de procurar “el mayor bienestar a todos los habitantes del país,”⁴³ que debiera incluir también el bienestar de los habitantes infértiles.

7. La obligación de proteger y promover la salud, por lo tanto, incluye no solamente la prevención o el tratamiento de dolencias, enfermedades o padecimientos, sino que debe

³⁷ *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (en adelante la Convención sobre Discapacidad), 13 de diciembre de 2006 (entrada en vigor 3 de mayo de 2008), G.A. Res. 61/106, U.N. Doc. A/61/611 (2006).

³⁸ Costa Rica ratificó la Convención sobre Discapacidad el 1° de octubre de 2008, véase <http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=257>, última visita 28 Sept. 2009.

³⁹ Convención sobre Discapacidad, supra nota 37, Preámbulo (e).

⁴⁰ *Ibid*, Artículo 2. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 14, *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, doc. ONU: E/C.12/2000/4, reafirmado en el párrafo 34 en su Observación General N° 5, *Las personas con discapacidad*, doc. ONU: E/1995/22, que los sectores públicos y privados de salud deben de asegurar un acceso no discriminatorio a los servicios de salud para las personas con discapacidad. Costa Rica ratificó el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el 29 de Noviembre de 1968, véase http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&lang=en, última visita 28 Sept. 2009.

⁴¹ Ley 7600 sobre “Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad,” promulgada en el año 1996, (en adelante Ley 7600) Artículo 2.

⁴² *Ibid*, Artículo 31.

⁴³ Constitución de Costa Rica, supra nota 8, Artículo 50.

incluir también un bienestar integral que toma en consideración los aspectos sociales y psicológicos del bienestar individual.

8. La Asociación Médica Mundial ha reconocido que las tecnologías reproductivas

...difieren del tratamiento de enfermedades en que la incapacidad para ser padres sin ayuda médica no siempre se considera una enfermedad. Aún cuando pueda tener profundas consecuencias psicosociales, y por tanto médicas, no es en sí misma limitante de la vida. Sin embargo, sí constituye una **causa significativa de enfermedades mentales graves y su tratamiento es claramente médico.**⁴⁴ [énfasis agregado]

9. El Estado justifica su prohibición de la FIV afirmando que “no es un tratamiento de emergencia ni cura para una enfermedad, [sino] ... que se trata de un recurso artificial que procura superar esa condición biológica.”⁴⁵ Sin embargo, muchos procedimientos médicos que no están sujetos a tal prohibición y que muchas veces son activamente proporcionados y financiados por los estados, únicamente ayudan a superar una condición biológica sin necesariamente curar o sanar dicha condición. Los ejemplos incluyen las prótesis para reemplazar la falta de algún miembro, la implantación de marcapasos para reducir los efectos de una afección coronaria, y la inseminación artificial cuando la inseminación natural no puede lograrse. Las personas discapacitadas que sufren estas condiciones biológicas no están afectas a que el Estado interfiera prohibiendo aquellas intervenciones médicas que solucionan o alivian dichas condiciones.

10. La prohibición de la FIV discrimina, por razones de discapacidad y estado de salud, en contra de los individuos que sufren de infertilidad,. La prohibición de un tratamiento médico que permita aliviar las consecuencias de una condición médica constituye una negación al acceso igualitario de los servicios médicos necesarios y una denegación de la oportunidad de disfrutar un bienestar social y psicosocial en condiciones de igualdad con los individuos que tienen capacidad reproductiva.

B. Al apoyar la decisión de la Corte Suprema de Costa Rica que deja sin efecto el Decreto Ejecutivo, el Estado estigmatiza a los individuos y parejas infértiles, impidiéndoles ser iguales en dignidad.

1. Los artículos 1, 11 y 24 de la Convención deben ser interpretados en armonía los unos con los otros, y también con los compromisos que el Estado ha adquirido bajo la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre,⁴⁶ la Declaración

⁴⁴ The World Medical Association, *Statement on Assisted Reproductive Technologies*, adopted by the WMA General Assembly, Pilanesberg, South Africa, October 2006, disponible en: <http://www.wma.net/e/policy/r3.htm>, para 6. [traducción libre al Castellano]

⁴⁵ Informe de Admisibilidad, supra nota 4, párrafo 32.

⁴⁶ *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, adoptada por la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948, Preámbulo, párrafo 1.

Universal de Derechos Humanos⁴⁷ y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁴⁸ (en adelante la Convención sobre la Mujer), con el fin de asegurar que todos sean iguales en dignidad.

2. Aunque la infertilidad no sea considerada una prioridad para la salud pública, sí es un asunto que afecta la dignidad de las vidas de aquellos individuos que padecen sus consecuencias. La imposibilidad de tener hijos estigmatiza a las personas infértiles que quieren fundar y formar una familia, quienes son sindicados como yermos y a quienes se les niega la aprobación moral, social y, en consideración de algunos, divina, de reproducirse.⁴⁹ La infertilidad es percibida como un juicio impuesto a su carácter moral y su valor social. La incapacidad de tener y criar hijos constituye una tragedia para muchas parejas, que experimentan un sentido de pérdida, fracaso y exclusión.⁵⁰ La experiencia de ser incapaces de tener hijos debido a un impedimento

causa dificultades únicas, duras y dolorosas: penurias económicas, estigma social y culpa, aislamiento social y alienación, culpabilidad, temor, pérdida de estatus social, desesperanza y, en algunos casos, violencia.⁵¹

3. El estigma puede definirse como un “atributo que desprestigia profundamente,” reduciendo a la persona estigmatizada “desde una persona integral y corriente a una persona manchada y marginada.”⁵² A las personas infértiles se les reduce a un grado inferior de dignidad por ser incapaces de tener hijos, contrariando las normas sociales imperantes.⁵³

4. Cuando a los individuos o a las parejas infértiles se les niega la esperanza de un tratamiento de FIV, el Estado los está estereotipando como no merecedores de la dignidad de la paternidad consciente y se les discrimina en el goce de su vida privada y familiar.⁵⁴ Mediante la prohibición de la FIV, el Estado contribuye al estigma social que pesa sobre los individuos y las parejas que no son capaces de tener hijos, negándoles el derecho a ser iguales en dignidad y violando los artículos 1, 11 y 24 de la Convención.

⁴⁷ *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, proclamada y adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de Diciembre de 1948, Preámbulo, párrafos 1 & 5 y Artículo 1.

⁴⁸ *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, Dec. 18, 1979 (entrada en vigor Sept. 3, 1981), 1249 U.N.T.S. 13, reimpresa en 19 *I.L.M.* 33 (1980), Preámbulo, párrafos. 1 & 7; Costa Rica ratificó la Convención sobre la Mujer el 4 de abril de, véase http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en, última visita 28 Sept. 2009.

⁴⁹ Shea O. Rutstein and Iqbal H Shah, *Infecundity, Infertility and Childlessness in Developing Countries*. DHS Comparative Report No. 9 (Calverton, Maryland, USA: ORC Macro and the World health Organization, 2004), p. 1.

⁵⁰ *Ibid.* p. xiii y 1.

⁵¹ Abdallah S. Daar and Zara Merali, “Infertility and social suffering: the case of ART in developing countries” en E. Vayena et al. eds *Current Practices and Controversies in Assisted Reproduction*, supra nota 3, p. 16.

⁵² Erving Goffman, *Stigma: Notes on the Management of Spoiled Identity* (New Jersey: Prentice-Hall, 1963), p. 3.

⁵³ M C Stanford and R R Scott, “Stigma deviance and social control: some conceptual issues” in S C Ainlay et. al. eds. *The Dilemma of Difference* (New York: Plenum, 1986), p. 80.

⁵⁴ *Maria Eugenia Morales de Sierra v. Guatemala*, supra nota 1, párrafos 44 & 52.

C. Mediante la prohibición de acceso a la FIV, Costa Rica está discriminando en contra de las mujeres en base al sexo y al género en el goce de su vida familiar y les está negando la igual protección de la ley

1. La infertilidad y la imposibilidad de tener hijos tienen un impacto desproporcionado sobre las mujeres, exacerbando así su sistemática desventaja en la sociedad.⁵⁵ El peso social y psicológico de la infertilidad es asumido principalmente por las mujeres.⁵⁶ Su estatus en la sociedad y en la familia se ve frecuentemente ligado a su capacidad de tener hijos, y el fracaso de dar a luz hijos puede ser visto como una desgracia social.⁵⁷ A las mujeres se les culpa en forma desproporcionada cuando las parejas no son capaces de concebir, se les excluye de sus familias y la familia de su cónyuge y frecuentemente se les pide el divorcio debido a su inhabilidad de cumplir el rol maternal. La frustración que puede provocar la infertilidad trae aparejada la desarmonía conyugal y el conflicto, que tienen como resultado el rompimiento de la pareja, reduciendo a las mujeres, en muchas comunidades, a la pobreza.⁵⁸

2. Cuando el Estado prohíbe un tratamiento médico que tiene la posibilidad de aliviar en gran número de casos la angustia social y psicológica provocada por una condición médica que afecta desproporcionadamente a las mujeres, el Estado está afectando el ejercicio del derecho que las mujeres tienen de fundar y formar una familia, y también les obstruye el goce de bienestar social y mental. La FIV en forma creciente ayuda a superar la ausencia de hijos, y por tanto alivia la angustia social y psicológica que las mujeres experimentan debido a su incapacidad de concebir hijos. El Estado reclama que el sufrimiento que reconoce causa la infertilidad “no tiene nexos causales con el Estado costarricense.”⁵⁹ Sin embargo, el sufrimiento que sufren particularmente las mujeres debido a la ausencia de hijos se encuentra ligado directamente a la prohibición estatal de la FIV, la que es cada vez más exitosa en conseguir que las parejas infértiles conciban y den a luz hijos.⁶⁰ El estado mediante un accionar directo está obstruyendo la capacidad de las mujeres de alcanzar una posible maternidad a través de la FIV, y se encuentra en forma similar impidiendo que ellas puedan superar la angustia social, psicológica y familiar causada por no poder tener hijos.

⁵⁵ *Maria Eugenia Morales de Sierra v. Guatemala*, supra nota 1, párrafo 32.

⁵⁶ Mahmoud Fathalla, “Current challenges in assisted conception” in E. Vayena et al. eds *Current Practices and Controversies in Assisted Reproduction*, supra nota 3, p. 10.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ See Abdallah S. Daar and Zara Merali, “Infertility and social suffering: the case of ART in developing countries” in E. Vayena et al. eds *Current Practices and Controversies in Assisted Reproduction*, supra nota 3, p. 19; Anjali Widge, “Sociocultural attitudes towards infertility and assisted reproduction” in E. Vayena et al. eds *Current Practices and Controversies in Assisted Reproduction*, supra nota 3, p. 63; Ellen Hardy and Maria Yolanda Makuch, “Gender, Infertility and ART” in E. Vayena et al. eds *Current Practices and Controversies in Assisted Reproduction*, supra nota 3, p. 273.

⁵⁹ Informe de Admisibilidad, supra nota 4, párrafo 40.

⁶⁰ Beth Malizia, Michele Hacker, Alan Penzias, Cumulative Live-Birth Rates after in Vitro Fertilization, *New England Journal of Medicine* 360(3): 236-243 (2009).

3. El Estado se encuentra bajo la obligación que le imponen los artículos 1, 17 y 24 de la Convención,⁶¹ e igualmente los artículos 5(a), 12 y 16(e) de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer,⁶² de asegurar que no exista discriminación directa o indirecta en contra de las mujeres en su legislación, o en la aplicación de la misma. En particular, cuando los funcionarios públicos, incluyendo los jueces, aplican las leyes de forma de producir un impacto desfavorable respecto de las mujeres, surge una forma de discriminación en base al género que el Estado se encuentra en la obligación de prevenir o remediar.

4. La prohibición de la FIV no solamente impide que las mujeres puedan superar una discapacidad que les afecta negativamente en su bienestar social y psicológico, sino que también constituye una forma de discriminación indirecta debido a la carga social desproporcionada que la infertilidad impone sobre las mujeres.⁶³ Aunque la prohibición de la FIV pueda considerarse neutral desde una perspectiva formal, ya que constituye una técnica médica paliativa prohibida tanto a hombres como a mujeres, en sus efectos perjudica, anula o viola, en forma desproporcionada, el reconocimiento, goce y ejercicio de los derechos de las mujeres de acuerdo a los artículos 1, 17 y 24 de la Convención y los artículos 5(a), 12 y 16 (e) de la Convención sobre la Mujer.

D. La prohibición de acceso a la FIV es un tratamiento diferenciado, constituyendo discriminación en base a discapacidad, estado de salud, sexo y género, que no pueden ser justificados en una sociedad libre y democrática.

1. Con el fin de proporcionar una protección sin discriminación se requiere de una legislación nacional que se encuentre en concordancia con los artículos 1 y 24 de la Convención. La Comisión ha fallado que únicamente una distinción basada en “criterios razonables y objetivos” puede ser considerada un interés legítimo del Estado de acuerdo al artículo 24.⁶⁴ Se considera que un criterio es razonable y objetivo únicamente cuando “(1) persigue un propósito legítimo y (2) emplea medios proporcionales al fin que se busca.”⁶⁵

2. En forma falaz el Estado invoca un fin legítimo de protección a la vida humana cuando en realidad está “protegiendo” la vida que todavía no existe y está haciendo imposible la vida de todos aquellos/as niños/as que podrían llegar a ser concebidos mediante la FIV. La prevención de la concepción se encuentra fuera del ámbito de protección a la vida otorgada por la Convención, pero discrimina en base al estado de salud y la discapacidad producto de la infertilidad, de la cual las mujeres se ven mayormente afectadas, en violación a los artículos 1 y 24 de la Convención.

⁶¹ *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Opinión consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. A) No. 4 (1984), párrafo 55.

⁶² *Recomendación General N° 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*, U.N. Doc. A/59/38 (2004), párrafo 7.

⁶³ *Recomendación General N° 24: La Mujer y la Salud (Artículo 12)*, U.N. Doc. A/54/38/Rev.1 (1999) párrafo 19.

⁶⁴ *Maria Eugenia Morales de Sierra v. Guatemala*, supra nota 1, párrafo 31.

⁶⁵ *Ibid.*

3. El Estado no puede justificar una absoluta prohibición cuando una regulación razonable de la FIV puede brindar protección en contra de la innecesaria pérdida de embriones. El Estado no examina métodos menos invasivos de proteger la vida que sean más compatibles con su deber de proteger los derechos individuales de acuerdo a lo establecido en el artículo 1(1) de la Convención.