

VOTO CONCURRENTENTE DEL JUEZ DIEGO GARCIA-SAYÁN
SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS ("FECUNDACIÓN IN VITRO") VS. COSTA RICA
DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2012

1. Esta sentencia es una decisión muy importante y clara de la Corte para consolidar los derechos a la integridad personal, a la vida privada y familiar y al principio de no discriminación. Todos ellos se vieron seriamente vulnerados por los hechos que generaron este contencioso. Al establecer la Corte qué derechos quedaron vulnerados y las correspondientes reparaciones, se orienta la sentencia en esencia a una afirmación de la vida.
2. Sustentar la prohibición absoluta a la Fertilización in Vitro (FIV) en el alegado "derecho a la vida" es una doble contradicción. Primero, porque al señalar que con la FIV se produciría "pérdida embrionaria", se omite que, como ha quedado demostrado en autos, las pérdidas embrionarias también ocurren en los embarazos naturales y en otras técnicas de reproducción. Segundo, porque la prohibición, alegadamente sustentada en el derecho a la vida, generó, paradójicamente, un impedimento a la vida al bloquear el derecho de hombres y mujeres a la procreación. Se instituyó, así, un impedimento indebido a la vida y lo seguirá constituyendo, mientras no se ejecuten a plenitud las medidas de reparación dispuestas por la Corte en esta sentencia.
3. Al estar la autodeterminación reproductiva estrechamente relacionada al derecho a la vida privada y a la integridad personal (parrs. 146 y 147), la prohibición absoluta a la FIV decretada por la Sala Constitucional de Costa Rica el 15 de marzo de 2000 afectó esos derechos generando un serio impacto en las víctimas.
4. A ello se añade el impacto discriminatorio de la prohibición. Como lo recuerda la Corte, los Estados no deben producir regulaciones que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos (parr. 286). La Corte deja establecido que la prohibición impactó discriminatoriamente sobre las víctimas en relación con aspectos cruciales como la situación de discapacidad o la situación económica (parr. 284).
5. Resulta claro, conforme a lo probado en el curso del proceso, que la discapacidad consistente en la infertilidad requiere una atención especial y que las políticas del Estado deben propender a la inclusión y no a la exclusión. Asimismo, que la prohibición tuvo un efecto desproporcionado en perjuicio de las parejas infértiles de menores ingresos teniendo en cuenta que para practicarse el FIV debían viajar al extranjero.
6. Los hombres y mujeres afectados por la infertilidad son personas que sufren una enfermedad, como lo recuerda la Corte en esta sentencia (parr. 288), teniendo en cuenta que la Organización Mundial por la Salud (OMS) ha establecido que la infertilidad es "una enfermedad del sistema reproductivo" definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas"¹.

¹ Cfr. Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2828). Como explicó el perito Zegers-Hochschild, según la Organización Mundial de la Salud, la infertilidad constituye una enfermedad del sistema reproductivo (expediente de fondo, tomo VI, folio 2818).

7. Teniendo eso en consideración resulta seriamente atentatorio de los derechos de las personas afectadas por dicha enfermedad que el Estado les negara el derecho a recurrir a este método científico por la prohibición establecida desde marzo de 2000.
8. Por otro lado, en la medida en que el Estado ha basado buena parte de sus alegatos en cierta interpretación del artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte ha procedido en esta sentencia a interpretar dicha norma para efectos de este caso. Y lo ha hecho, como corresponde en el derecho internacional, conforme al sentido corriente de los términos, así como con una interpretación sistemática e histórica y la que corresponde al objeto y fin del tratado utilizando como medio complementario de interpretación los trabajos preparatorios de dicha norma de la Convención.
9. Entre otras consecuencias de la interpretación de la Corte, así como de la prueba científica disponible, se llega a la conclusión de que no resulta posible concluir que en el artículo 4.1. se busca conferirle estatus de "persona" al embrión enfatizándose que "...las tendencias de regulación en el derecho internacional no llevan a la conclusión que el embrión sea tratado de manera igual a una persona..." (parr. 253).
10. Las reparaciones establecidas tienen su razón de ser no sólo en lo que atañe directamente a las personas declaradas como víctimas. Establecen, también, medidas orientadas a la sociedad en su conjunto como las de no repetición y pautas concretas para generar las condiciones apropiadas de manera que se concrete el deber de adecuación del Estado a las obligaciones referidas en la sentencia en materia de integridad personal, vida privada y familiar y al principio de no discriminación.
11. La esencia de las medidas reparatorias es, entonces, que el Estado no sólo debe dejar de producir regulaciones y prácticas discriminatorias sino que debe dejar sin efecto la prohibición y facilitar gradualmente el uso de esta técnica de reproducción para quienes lo requieran y deseen. En este orden de ideas, la Corte establece, entre otras, esencialmente tres líneas precisas de acción orientadas a constituirse en garantías de no repetición y a la adecuación de la conducta del Estado a sus obligaciones internacionales:
 - a) La primera es "tomar las medidas apropiadas para que quede sin efecto con la mayor celeridad posible la prohibición de practicar la FIV y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos" (parr. 336). Corresponde, pues, que el Estado adopte con prontitud las medidas que sean pertinentes dentro de su propia institucionalidad para que quede sin efecto la prohibición;
 - b) La segunda es "regular los aspectos que considere necesarios para la implementación de la FIV" (parr. 337) lo que remite a regulaciones a dictarse y ponerse en ejecución por el Estado para que esta técnica sea utilizada correctamente por instituciones o profesionales calificados;
 - c) Al establecerse en la tercera medida que la seguridad social incluya gradualmente "la disponibilidad de la FIV dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación" (parr. 338), ello se orienta a que dicha técnica sea incluida de manera gradual, dentro

de los programas contra la infertilidad que ya se brindan. Ello no sugiere que una porción desproporcionada de los recursos institucionales y presupuestales de la seguridad social sea destinada a este propósito en perjuicio de otros programas o prioridades sino a garantizar que este servicio esté disponible en forma progresiva.

Cabe resaltar que dicha orden de la Corte se encuentra clara y directamente relacionada con el principio de no discriminación. En ese sentido, no puede ser entendida como una orden que conduzca a situaciones de inequidad. Al respecto, sobre la mencionada gradualidad, cabe resaltar que el Comité DESC² ha señalado que la “naturaleza precisa” de la disponibilidad de los servicios y programas de salud “dependerá de diversos factores, en particular el nivel de desarrollo” del Estado. Asimismo, dicho Comité ha señalado que uno de los componentes de la accesibilidad sin discriminación a los servicios de salud se relaciona con la “accesibilidad económica (asequibilidad)”, de tal forma que los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. El Comité ha agregado que los pagos por servicios de atención de la salud “deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos”³. Estas consideraciones me permiten resaltar el nexo causal de la orden emitida por la Corte respecto a la situación particular de personas cuya única posibilidad de procreación es el acceso a la FIV y no cuentan con recursos propios para acceder a este tipo de técnicas de reproducción asistida.

Asimismo, como se desprende de la contestación de la demanda y los alegatos finales del Estado de Costa Rica, éste cuenta con programas y servicios médicos para diversos tratamientos de problemas de infertilidad, incluyendo las técnicas de reproducción asistida. El Estado informó que el único método excluido de los programas públicos para la atención de problemas de la salud reproductiva ha sido la FIV, a raíz de la expedición de la sentencia de la Sala Constitucional. En ese sentido, es posible relacionar la exclusión de la FIV con los argumentos desarrollados en la decisión judicial analizada en esta Sentencia, y no es claro que sean consideraciones económicas y presupuestales las que hayan justificado dicha exclusión. Tampoco se acreditó que existiera una situación como la de otros Estados en los que se haya alegado la inexistencia o insuficiencia de recursos para subsidiar parte del acceso a las técnicas de reproducción asistida. Corresponde entonces que el Estado continúe avanzando progresivamente en garantizar sin discriminación el acceso a los tratamientos adecuados y necesarios para enfrentar las distintas formas de infertilidad.

En este sentido, resalto que el mandato de la Corte no se dirige a alterar ningún tipo de priorización a nivel interno, en el entendido que el acceso a las técnicas de reproducción asistida ya había sido incorporado dentro de la atención integral que suministra el Estado. El Tribunal, como es su práctica constante, deja en manos de las autoridades locales el conjunto de decisiones sobre la naturaleza y alcance de las medidas necesarias para garantizar, progresivamente, lo pertinente respecto al conjunto de técnicas asociables a las diversas modalidades de FIV entre las cuales las autoridades deberán ejercer una clara y debida regulación.

² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14 (2000), El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000 párr. 12 a.

³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14 (2000), El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000 párr. 12 b. iii.

12. Teniendo en cuenta que el hecho central que generó este contencioso fue la prohibición en Costa Rica a una técnica de reproducción asistida, como es la FIV, esta sentencia no sólo establece cuáles han sido las violaciones a la Convención y las correspondientes reparaciones. En esencia y por su propio contenido, es una contribución fundamental a favor de la vida como lo expresan las más de 5 millones de personas que hoy disfrutan de la vida gracias a que sus padres recurrieron a este tipo de métodos contra la infertilidad y que no existirían de no haber sido por eso.

Diego García-Sayán
Juez

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario

La Jueza Rhadys Abreu Blondet se adhirió al presente Voto del Juez Diego García-Sayán.

Rhadys Abreu Blondet
Jueza

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario