

REFLEXIONES EN TORNO A LA PROPORCIONALIDAD Y PONDERACIÓN DE DERECHOS APLICADOS AL CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS (FECUNDACIÓN IN VITRO) VS. COSTA RICA

Alfonsina Maier Peña¹

María Daniella Rueda Cárcamo²

Sebastián Chavarría Lara³

DOI: <https://doi.org/10.5377/lrd.v43i1.15266>

RESUMEN:

El presente ensayo reflexivo centra su estudio en la proporcionalidad y la ponderación de derechos a la luz del caso conocido ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica”. Se toma este caso para reflexionar si un derecho puede ser antepuesto sobre otro; asimismo, se considera si es válido darle un valor o peso absoluto a un derecho sin importar las circunstancias o, por el contrario, si el valor del mismo se determinará a partir de los hechos que originen el caso en concreto.

En la actualidad, la proporcionalidad y la ponderación de derechos es un tema de mucha discusión e importancia. En ese sentido, conocer y entender los elementos del examen de proporcionalidad y la aplicación de estos a un caso en específico brindará la apertura para poder determinar si la restricción de un derecho frente a otro es justificable o no.

PALABRAS CLAVE: Examen de proporcionalidad - ponderación - idoneidad - necesidad - proporcionalidad (sentido estricto) - igualdad

Fecha de recepción: 31/08/22

Fecha de aprobación: 14/11/22

1 Abg. In fieri por la Universidad Nacional Autónoma de Honduras y escribiente en el Juzgado de Letras Civil de Francisco Morazán. Correo electrónico: alfonsinamaier7@gmail.com

2 Abg. In fieri por la Universidad Nacional Autónoma de Honduras. Auxiliar jurídico en la Procuraduría General de la República. Correo electrónico: daniella.rc14@hotmail.com

3 Abogado. Magister en Filosofía del Derecho y Doctorando por la Universidad de Buenos Aires. Asesor de la presente investigación. Docente de Departamento de Teoría e Historia de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras. Correo electrónico: schavarría@unah.edu.hn

**REFLECTIONS REGARDING THE PROPORTIONALITY AND WEIGHING OF
HUMAN RIGHTS APPLIED TO THE CASE OF ARTAVIA MURILLO AND OTHERS
(IN VITRO FERTILIZATION) VS. COSTA RICA**

Alfonsina Maier Peña*
María Daniella Rueda Cárcamo**
Sebastián Chavarría Lara ***

ABSTRACT:

This reflective essay focuses its study on the proportionality and weighting of human rights in the light of the case known before the Inter-American Court of Human Rights “Artavia Murillo and others (In Vitro Fertilization) v. Costa Rica”. This case is taken as a basis to reflect on whether or not one human right can be placed over another; likewise, we consider if it’s valid to give an absolute value or weight to a human right, regardless of the circumstances, or if, on the contrary, the value of it can be determined from the facts that originate each individual scenario.

Today, the proportionality and weighing of human rights is a topic of much discussion and importance. Therefore, knowing and understanding the elements of the proportionality test and the application of these to a specific case can provide an opening to determine whether the restriction of one right over another is justifiable or not.

KEYWORDS: Proportionality test - weighting - suitability - necessity - proportionality (strict sense) - equality

Reception date: 08/31/22

Approval date: 11/14/22

*In fieri Lawyer from the National Autonomous University of Honduras and clerk in the Civil Court of Francisco Morazán.

Email: alfonsinamaier7@gmail.com

**In fieri Lawyer from the National Autonomous University of Honduras. Legal assistant at the Attorney General's Office.

Email: daniella.rc14@hotmail.com

*** Lawyer. Master in Philosophy of Law and Doctoral student from the University of Buenos Aires. Consultant of the present investigation. Professor of the Department of Theory and History of the National Autonomous University of Honduras.

Email: schavarría@unah.edu.hn

I. INTRODUCCIÓN

Últimamente, la proporcionalidad y ponderación de derechos se ha vuelto un tema muy discutido e importante, particularmente para los tribunales, tanto constitucionales como en materia de derechos humanos (Alexy, 1993). La propia teoría del derecho se ha hecho eco de esta manera de razonar, lo que ha derivado en toda una discusión sobre su racionalidad y razonabilidad (Bernal Pulido, 2003) (Ferrajoli, 2011) (García Amado, 2007) (Prieto Sanchís, 2007). La técnica de la proporcionalidad ha sido relacionada con el análisis del neoconstitucionalismo como un conjunto de prácticas jurisprudenciales (Carbonell, 2007, p.10) En este trabajo, se presupone la posibilidad de generar una línea argumentativa por vía de la proporcionalidad, la cual presupone a su vez tesis teóricas como la de la distinción de las normas entre reglas y principios (Alexy, 1993, pp. 86 - 90), (Atienza-Ruiz Manero, cap. I), (Moreso -Vilajosana, pp. 89 - 92).

Para efectos de una reflexión sobre las aplicaciones en el caso concreto, resulta de relevancia estudiar la sentencia Fecundación In Vitro (en adelante, FIV) Vs. Costa Rica ya que es un ejemplo de ello, sin embargo, no el único. Hasta ahora los trabajos que se han efectuado en torno a la sentencia Artavia Murillo vs Costa Rica han sido particularmente críticos (Cianciardo, 2016); otros han desarrollado trabajos sobre aquellos aspectos relativos a los avances biotecnológicos y el impacto que tendría en diferentes instituciones jurídicas ya existentes (Mendoza, 2018). También los ha habido de aquellos que se han preocupado sobre su relación con instituciones como el margen nacional de apreciación en la decisión del caso concreto (Chía, Contreras, 2014). Sin embargo, ha hecho falta un análisis que se ocupe de la estructura argumentativa de la sentencia en

su relación directa con la proporcionalidad y la ponderación. Por lo tanto, este ensayo reflexivo se enfocará en el desarrollo que se le dio al examen de proporcionalidad en la sentencia mencionada previamente. Para ello, nos vamos a referir a: *i)* los tres elementos del examen de proporcionalidad, *ii)* los hechos de la sentencia, *iii)* el análisis del examen de proporcionalidad desarrollado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) y el Estado, *iv)* las consideraciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte o Corte IDH) *v)* el principio de igualdad y no discriminación y, *vi)* un análisis y reflexión final sobre el tema.

Previo a realizar el respectivo análisis de la sentencia Fecundación In Vitro Vs. Costa Rica, es necesario explicar brevemente los elementos del examen de proporcionalidad utilizados por la CIDH y el Estado para ponderar los derechos afectados en un caso determinado. En ese sentido, para que una restricción de derechos pueda considerarse como justificable, se deben cumplir los elementos de **idoneidad, necesidad y proporcionalidad (en sentido estricto)** (Clérico, 2018, p.36).

Por otro lado, siendo la igualdad y no discriminación un punto total en el análisis de la presente sentencia, es pertinente recordar que, la Corte en su Opinión Consultiva 4/84, ha establecido que “la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad”⁴.

⁴ Corte IDH, Opinión Consultiva 4/84, párr. 55. En el mismo sentido se pronuncia en la sentencia Atala Riffo y niñas vs.

En ese sentido, tomamos como punto de partida el concepto de infertilidad que la Corte IDH ha adoptado⁵. Para tal efecto, la infertilidad puede ser definida como la imposibilidad de alcanzar un embarazo clínico luego de haber mantenido relaciones sexuales sin protección durante doce meses o más. Las técnicas o procedimientos de reproducción asistida son un grupo de diferentes tratamientos médicos que se utilizan para ayudar a las personas y parejas infértiles a lograr un embarazo, las cuales incluyen “la manipulación, tanto de ovocitos como de espermatozoides, o embriones [...] para el establecimiento de un embarazo”.

En ese sentido, para tener una comprensión íntegra del caso que nos ocupa, comenzaremos detallando los hechos más relevantes del mismo, los cuales servirán de base para el desarrollo del examen de proporcionalidad y ponderación.

II. CONTEXTO

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronuncia mediante la sentencia en la que basaremos nuestro análisis, en relación a los siguientes hechos que originaron el fondo del asunto:

1. En Costa Rica, el Decreto Ejecutivo No. 24029-S de 3 de febrero de 1995, emitido por el Ministerio de Salud, autorizaba la práctica de la Fecundación In Vitro (FIV) para parejas conyugales y regulaba su ejecución. En su artículo 1° dicho Decreto regulaba técnicas de reproducción asistida entre cónyuges, así como las reglas para su realización. En virtud de esta normativa, la FIV fue practicada en Costa Rica entre 1995 y 2000 y en ese lapso nacieron 15 costarricenses.
2. El 7 de abril de 1995 se presentó una acción de inconstitucionalidad contra dicho Decreto Ejecutivo, utilizando diversos alegatos sobre violación del derecho a la vida. El 15 de marzo de 2000, la Sala Constitucional de la Corte Suprema emitió sentencia, mediante la cual declaró “con lugar la acción [y] se anula por inconstitucional [...] el Decreto Ejecutivo No. 24029-S” por presunta violación al derecho a la vida y a la dignidad humana. En ese sentido, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica emite sentencia el 15 de marzo de 2000, mediante la cual se declaró inconstitucional el Decreto Ejecutivo No. 24029-S, en el cual se regulaba la técnica de Fecundación In Vitro en el país.
3. En la sentencia mencionada, la Sala Constitucional concluyó:
*“El embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación, y lo que es fundamental para la Sala, no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte. [...] La objeción principal de la sala es que la aplicación de la técnica importa una elevada pérdida de embriones, que no puede justificarse en el hecho de que el objetivo de ésta es lograr un ser humano, dotar de un hijo a una pareja que de otra forma no podría tenerlo. Lo esencial es que los embriones cuya vida se procura primero y luego se frustra son seres humanos y el ordenamiento constitucional no admite ninguna distinción entre ellos. [...] Según la Sala ha podido constatar, la aplicación de la Técnica de Fecundación in Vitro y Transferencia Embrionaria, en la forma en que se desarrolla en la actualidad, **atenta contra la vida humana.** Este Tribunal sabe que los avances de la ciencia*

Chile, párr. 79.

⁵ Corte IDH, Sentencia del Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica, párr. 62.

y la biotecnología son tan vertiginosos que la técnica podría llegar a ser mejorada de tal manera... sin embargo, las condiciones en las que se aplica actualmente, llevan a concluir que cualquier eliminación o destrucción de concebidos - voluntaria o derivada de la impericia de quien ejecuta la técnica o de la inexactitud de ésta - viola su derecho a la vida, por lo que la técnica no es acorde con el Derecho de la Constitución y por ello el reglamento cuestionado es inconstitucional por infracción al artículo 21 de la Constitución Política y 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por contravenir la técnica, considerada en sí misma, el derecho a la vida [...].” Lo resaltado es añadido.

4. Esta sentencia implicó la prohibición de la FIV en Costa Rica, y en particular, generó que algunas de las víctimas del presente caso debieran interrumpir el tratamiento médico que habían iniciado, y que otras se vieron obligadas a viajar a otros países para poder acceder a la FIV.
5. La fecha de presentación de la petición ante la CIDH fue el 19 de enero de 2001; por otro lado, la fecha de remisión del caso a la Corte IDH fue el 29 de julio de 2011. Será hasta el 28 de noviembre de 2012 que la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió la Sentencia. En esta desestimó las excepciones preliminares interpuesta por el Estado de Costa Rica y declaró a Costa Rica responsable internacionalmente por haber vulnerado el derecho a la vida privada y familiar y el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, a la salud sexual, el derecho a gozar de los beneficios del progreso

científico y tecnológico y el principio de no discriminación, consagrados en los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de 18 costarricenses que se vieron afectados por la decisión de la Sala Constitucional⁶.

Tomando esos hechos como punto de partida, a continuación, relacionaremos los argumentos expuestos en el caso que nos ocupa con los elementos necesarios para la restricción de un derecho.

III. PROPORCIONALIDAD Y PONDERACION EN LOS ARGUMENTOS PRESENTADOS

Tal como se enunció anteriormente, para que la restricción a un derecho sea justificable deben configurarse tres elementos: idoneidad, necesidad y proporcionalidad (en sentido estricto), es decir que, la restricción debe poder cumplir con el fin deseado (idónea), no debe existir un medio alternativo más efectivo, referente a un medio igualmente adecuado, pero menos restrictivo (necesidad) y la medida restrictiva debe tener un peso argumentativo mayor que el peso argumentativo del derecho afectado (proporcionalidad) (Clérico, 2018, p. 28). Con base a los elementos mencionados, procederemos a analizar el caso en concreto.

3.1 Respeto de la idoneidad

Sobre el elemento de idoneidad, la CIDH indicó que sí se cumplía este requisito. Sin embargo, agregó que existe evidencia científica de que “la técnica de reproducción asistida de

⁶ Corte IDH. Sentencia del Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica. Puntos Resolutivos, párr. 114.

la [FIV] impone un riesgo de pérdida de los embriones [... que] es comparable al proceso natural de reproducción”⁷. Por otro lado, el representante de las víctimas negó la idoneidad de la medida adoptada por el Estado, calificando la sentencia emitida por la Sala Constitucional como “un medio discriminatorio” y “arbitraria” que “no ponderó ni dimensionó entre los diferentes derechos convencionales”⁸.

Por su lado, el Estado alegó que el medio utilizado sí alcanza el fin, pues “pretende proteger el derecho a la vida de los embriones”. Es decir, el Estado afirma que la prohibición de la FIV efectivamente logrará proteger la vida de los embriones. Asimismo, declaró que “la legitimidad del fin propuesto depende de cómo se defina la palabra ‘concepción’, pues si se equipara a la palabra ‘fertilización’, sí existiría idoneidad de la medida adoptada por el Estado al prohibir la FIV”⁹.

3.2 Análisis de los medios alternativos o necesidad

Con respecto al elemento de Necesidad, la CIDH alegó que si existían medidas menos restrictivas para lograr el fin buscado por el Estado. Menciona, a manera de ejemplo, una “regulación que disminuya el número de óvulos fecundados”¹⁰. En esa misma línea, el representante de las víctimas alegó que, el Estado no solo había utilizado una medida bastante restrictiva, sino que había escogido la medida “más lesiva de todas”,

pues anula completamente las posibilidades de que las parejas (refiriéndose a las víctimas) tenían para convertirse en padres biológicos¹¹.

Sobre ello, el **Estado** se limitó a mencionar que no existía medida menos restrictiva en este caso y que, “en el estado actual de la ciencia, no existe evidencia de que la FIV ofrezca garantías de protección a la vida del non nato fecundado in vitro”¹².

3.3 Proporcionalidad en sentido estricto

Pese a que la CIDH previamente consideró que, en efecto, existían medios alternativos menos restrictivos que el de prohibir por completo la FIV, de igual forma procedió a calificar la restricción como desproporcional basándose en cinco puntos¹³:

- Los derechos afectados son relevantes para la identidad de una persona y su autonomía;
- La protección de la vida está sujeta a grados de protección aplicados de manera incremental;
- La medida adoptada tuvo una afectación severa en los derechos involucrados, al grado que se considera anulado el ejercicio de los mismos;
- Es posible considerar que la prohibición de la FIV no contribuye a una protección significativa de los embriones, pues el proceso natural de la concepción también comprende una alta frecuencia de pérdida embrionaria, y;
- El Estado no fue consistente en sus acciones relativas a la protección de

7 Corte IDH. Sentencia del Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica. Puntos Resolutivos, párr. 265.

8 Corte IDH. Sentencia del Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica, párr. 266.

9 Corte IDH. Sentencia del Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica, párr. 269.

10 Corte IDH. Sentencia del Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica, párr. 265.

11 Corte IDH. Sentencia del Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica, párr. 266.

12 Corte IDH. Sentencia del Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica, párr. 269.

13 Corte IDH. Sentencia del Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica, párr. 265.

embriones, considerando que “ya existían prácticas permitidas actualmente en Costa Rica [...] que] implican un riesgo de fecundación de dichos óvulos, de pérdida embrionaria y de embarazos múltiples”.

Por su parte, el representante de las víctimas añadió que “la satisfacción del derecho a la vida no justifica la restricción de los derechos a la familia, honra y dignidad, e igualdad ante la ley”¹⁴.

En contraste, el Estado realizó una ponderación entre la **libertad** y el derecho a la **vida**, en la cual decidió inclinar la balanza hacia el último, justificando su decisión en el alto índice de muerte embrionaria producto del método utilizado en la FIV. En ese sentido, alegó que la FIV carecía de eficacia por las siguientes razones¹⁵:

- El estado de maduración de los óvulos al momento de realizar el tratamiento es deficiente;
- En muchos casos la concepción se da a través de espermatozoides defectuosos dado a que en la FIV no se realiza el procedimiento de selección de espermatozoides normales y maduros que sí se da en la concepción natural;
- Los embriones generados en el laboratorio están menos sanos que los generados de forma natural, y;
- La tasa de implantación en la FIV es baja.

Por las razones expuestas anteriormente, el Estado concluyó que la prohibición de la FIV constituía la “única salida” para garantizar el derecho a la vida de los embriones desde la

¹⁴ Corte IDH. Sentencia del Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica, párr. 267.

¹⁵ Corte IDH. Sentencia del Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica, párr. 270.

fecundación, agregando que no existe forma de ponderar de otra forma los derechos involucrados en este caso, pues la prohibición de la técnica era una medida necesaria para salvaguardar el derecho a la vida¹⁶.

3.4 Consideraciones de la Corte - IDH

Si bien hubiese sido interesante saber de qué forma la Corte decidió ponderar los derechos involucrados en esta situación, este Alto Tribunal optó por no realizar el examen de proporcionalidad de la forma en que la CIDH y el Estado de Costa Rica lo hicieron. De hecho, la Corte no realizó una ponderación propiamente dicha. En ese sentido, solo resta preguntarse, ¿cómo se pronunció la Corte al respecto?

Del párrafo 314, textualmente se desprende que “una ponderación entre la severidad de la limitación de los derechos involucrados en el presente caso y la importancia de la protección del embrión, permite afirmar que la afectación del derecho a la integridad personal, libertad personal, vida privada, la intimidad, la autonomía reproductiva, el acceso a servicios de salud reproductiva y a fundar una familia es severa y supone una violación de dichos derechos, pues dichos derechos son anulados en la práctica para aquellas personas cuyo único tratamiento posible de la infertilidad era la FIV”.

Es decir, si bien es cierto que se menciona “una ponderación”, la Corte en sí no desarrolla los elementos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en este caso. Pese a ello, podemos inferir que la misma tomó en cuenta el análisis expuesto previamente por ambas partes para llegar a esa conclusión. Es así como, además de declarar que **la afectación a los derechos**

¹⁶ Ídem.

mencionados fue severa y que también suponía una violación a dichos derechos, concluyó que la protección que el Estado le otorgó al derecho a la vida del embrión fue absoluta, pues en ningún momento el Estado tomó en cuenta la interferencia que la prohibición de la FIV iba a producir en los demás derechos.

Con respecto al valor absoluto que la Corte IDH considera que otorgó la Sala de lo Constitucional al derecho a la vida, también es importante revisar las consideraciones que se desprenden respecto del principio de igualdad y no discriminación. Procederemos a expresar algunas cuestiones sobre el particular.

IV. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

Un aspecto realmente importante de esta sentencia es que la Corte analiza la presunta violación del derecho a la igualdad y no discriminación a la luz del artículo 1.1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos. El artículo 1.1 de la CADH establece que:

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

El Tribunal ha señalado que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos

discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos¹⁷.

Dicho eso, procederemos a analizar la configuración de algunas formas de discriminación que se presentan en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*.

4.1 Discriminación indirecta en relación con la condición de discapacidad: ¿es la infertilidad una discapacidad?

Para contestar la pregunta indicada, conviene revisar lo que establece La Organización Mundial por la Salud. Dicha Organización ha entendido 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”¹⁸. En ese sentido, 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. Aun 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”¹⁹. Esto, con respecto a la manera en que lo entienden organismos internacionales de corte científico.

17 Corte IDH. Sentencia del Caso *Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica*, párr. 286.

18 Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte en el presente caso. Corte IDH. Sentencia del Caso *Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica*, pág. 117 de conformidad con lo enunciado por el voto concurrente del Diego García-Sayán.

19 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>

nivel normativo, es importante destacar lo que orden el artículo 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se desprende el derecho de las personas con discapacidad de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva. Por otro lado, el Protocolo de San Salvador en su artículo 18 señala que “toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad”. Asimismo, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad en el artículo 1 numeral primero define el término “discapacidad”. Según esta normativa, se lo debe entender como “una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, 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”.

Con respecto a los conceptos presentados previamente, la Corte IDH dice que, basada en la definición de la OMS, la Corte considera que **la infertilidad es una limitación funcional reconocida como una enfermedad** y que las personas con infertilidad en Costa Rica, al enfrentar las barreras generadas por la decisión de la Sala Constitucional, debían considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, que incluyen el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva. Dicha condición demanda una atención especial para que se desarrolle la autonomía reproductiva²⁰.

4.2 Discriminación indirecta en relación con el género

20 Corte IDH. Sentencia del Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica, párr. 293.

Con relación a la discriminación indirecta respecto del género, es importante examinar lo que la Corte ha planteado, correlacionándolo con la prohibición de la FIV. Esto, porque puede afectar tanto a hombres como mujeres que, en un contexto de sociedades con estereotipos y prejuicios claramente impuestos, hacen más gravosa la afectación para quienes la sufren. Al respecto, uno de los peritos que participo en el caso estudiado declaró: “la responsabilidad por la infertilidad es comúnmente compartida por la pareja. [...] Sin embargo, por razones biológicas y sociales, la culpa por la infertilidad no es compartida en forma equilibrada. La carga psicológica y social de la fecundidad, en la mayoría de las sociedades, es muy superior sobre la mujer. La condición de una mujer se identifica con frecuencia en su fecundidad, y la falta de hijos puede ser vista como una desgracia social o causa de divorcio. El sufrimiento de la mujer infecunda puede ser muy real”²¹.

De igual forma, cabe mencionar que el Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer ha planteado que: “[la] decisión de aplazar la intervención quirúrgica debido al embarazo estuvo influenciada por el estereotipo de que la protección del feto debe prevalecer sobre la salud de la madre”, resulta discriminatoria. Ello lleva a la Corte a considerar en este caso se está ante una situación parecida de influencia de estereotipos, en la cual la Sala Constitucional dio prevalencia absoluta a la protección de los óvulos fecundados sin considerar la situación de discapacidad de algunas de las mujeres²².

Agregado a lo anterior, debe tomarse en cuenta lo que se establece en el párrafo 298: “La

21 Corte IDH. Sentencia del Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica, párr. 295.

22 Corte IDH. Sentencia del Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica, párr. 295.

Corte IDH resalta además que, la capacidad fértil de la mujer es considerada todavía hoy, por una buena parte de la sociedad, como algo natural, que no admite dudas. Cuando una mujer tiene dificultades fértiles o no puede embarazarse, la reacción social suele ser de desconfianza, de descalificación y en ocasiones hasta de maltrato. El impacto de la incapacidad fértil en las mujeres suele ser mayor que en los hombres, porque la maternidad ha sido asignada como una parte fundante de su identidad de género y transformada en su destino. El peso de su autoculpabilización aumenta en un grado extremo cuando surge la prohibición de la FIV²³.

Respecto a la situación de los hombres infértiles, una de las víctimas masculinas declaró que le da “miedo formar una pareja de nuevo” y que “por años yo se sintió menos, no se sentía hombre, creía que su imposibilidad para concebir un hijo era una falta de hombría y así se castigó sólo en el silencio de sus pensamientos y en el dolor de miles de lágrimas que se tragó para que tampoco lo vieran llorar”²⁴. Por su parte, otra víctima explicó que recibió el mensaje de imposibilidad y de la mano con eso se sintió discapacitado, su percepción de sí mismo se afecta negativamente y se enojó y se resintió con su cuerpo, se rechazó, y la imagen de sí mismo se ve severamente desvalorizada²⁵.

Por último, un perito explicó que “a los hombres la discapacidad fértil les ocasiona un fuerte sentimiento de impotencia y como resultado un cuestionamiento de su identidad de género. El ocultamiento social de su disfunción

fértil suele ser estrategia defensiva por el temor a la burla y el cuestionamiento de otros hombres”²⁶.

4.3 Discriminación indirecta en relación a la situación económica

Al respecto, es de tomar en consideración, los resultados diferenciados en virtud de las posibilidades económicas que algunas de las parejas tenían, en relación a otras. Dicha situación causó una afectación adicional a las parejas que no tenían los recursos suficientes para realizar el tratamiento de FIV en el extranjero, mismas que aseguraron sentirse “vencidos” y totalmente desesperados debido a la difícil posición en la que se encontraban²⁷.

De esa forma, habiendo expuesto el significativo impacto que tuvo el principio de igualdad y no discriminación en el presente caso, es preciso tener dichas consideraciones en mente al momento de realizar un análisis completo sobre el mismo tal como ahora procederemos.

V. ANÁLISIS Y REFLEXIONES

El presente caso nos brinda una oportunidad clara para poder reflexionar sobre la proporcionalidad y ponderación de los derechos, estudiando los elementos mediante los cuales sí es válida la restricción de alguno, que según la circunstancia podría no ser absoluto. Respecto del examen de proporcionalidad, es importante señalar que, si bien, el derecho a la vida es el prerequisite base para el goce de los demás derechos, ello no significa que los demás derechos deban ser automáticamente considerados menos importantes a este, y que se puedan ver limitados arbitrariamente, toda vez que se encuentren

²⁶ Ibidem.

²⁷ Corte IDH, Sentencia del Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica, párr. 303, 304.

²³ Corte IDH, Sentencia del Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica, párr. 298.

²⁴ Corte IDH, Sentencia del Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica, párr. 301.

²⁵ Ibidem.

contrapuestos al derecho a la vida. En ese sentido, presuponemos que el otorgarle un peso absoluto a un derecho, cualquiera que sea este, es contrario al buen desarrollo del examen de proporcionalidad, y podría generar que otros derechos se vean vulnerados sin siquiera ser tomados en cuenta.

Por otro lado, los derechos humanos nacen desde la base de la dignidad humana y la igualdad, principios bajo los cuales no habría posibilidad de limitar las oportunidades de superación y crecimiento a las personas con discapacidades, como lo es la infertilidad, es por ello que, luego de haber estudiado, tanto los argumentos de la CIDH como los del Estado y, tomando en consideración la conclusión de la Corte, en el marco del principio de igualdad y no discriminación, procedemos a desarrollar nuestras propias conclusiones:

1. Es necesario que, ante el enfrentamiento de dos o más derechos, sepamos aplicar el examen de proporcionalidad para identificar si la restricción de uno es justificable ante el goce del otro, lo cual se evidencia, en el caso de estudio, cuando la Corte expresa que “el Estado le otorgó un valor absoluto al derecho a la vida, pues no se pronunció nunca sobre la afectación que la medida adoptada causó a los derechos de integridad personal, vida privada y familiar, justificando todas sus acciones puramente en la importancia de salvaguardar el derecho a la vida de los óvulos fecundados”
2. Por otro lado, si en el mismo caso, realizáramos un examen de proporcionalidad (obviando el peso absoluto que le dio el Estado al derecho a la vida), podríamos partir desde la postura de la CIDH sobre la protección

gradual e incremental de la vida en la etapa prenatal, lo cual podría (o no) cambiar el resultado final en un examen de proporcionalidad, con lo que se refleja la importancia de comprender los elementos expuestos y su aplicación en un caso en concreto.

3. En esa misma línea, si mantenemos los mismos derechos interpuestos en esta sentencia, es decir, integridad personal, vida privada y familiar contra el derecho a la vida, consideramos que el examen de proporcionalidad no podría pasar del elemento de **necesidad** por lo siguiente:
 - a. La medida adoptada es **idónea** ya que cumplía el fin buscado por el Estado -proteger el derecho a la vida- pues, por más bajo que sea el nivel de protección que pueda tener al momento de la concepción (fecundación + implantación), si existe un derecho a la vida que, si bien no es absoluto, es gradual e incremental según su desarrollo;
 - b. Sin embargo, existían **medios alternativos** con el mismo nivel de idoneidad y un menor grado de restricción, por ejemplo, el propuesto por la CIDH de adoptar una regulación que disminuya el número de óvulos fecundados. En ese sentido, pese a que el medio alternativo suponía la pérdida de un número menor (comparable a la cantidad de pérdidas en un proceso natural), no obstante, apreciable, de embriones, sigue siendo un medio idóneo tomando en cuenta el nivel de gradualidad en la que se encuentra la

protección del derecho a la vida en ese momento. Aunado a ello, el medio alternativo, previamente mencionado, no constituye una restricción a los derechos de integridad personal, vida privada y familiar, y;

c. Debido a la falta del elemento de **necesidad** de la medida, consideramos que la misma seguiría siendo **desproporcionada**, aunque el Estado no hubiera alegado una protección absoluta del derecho a la vida.

4. Nuestro desarrollo del examen de proporcionalidad se acerca considerablemente a la postura planteada por la CIDH, en cuanto a la forma en que decidimos interpretar la manera en que se protege el derecho a la vida en casos como el que nos ocupa (de forma gradual e incremental). En gran parte es aquí donde radica mucha de la discrepancia que existe sobre la protección al derecho a la vida, pues es sabido que no hay unanimidad de criterio respecto de otorgarle el reconocimiento gradual que se utiliza en la presente sentencia. Interpretado ello de otra forma, es posible llegar a una conclusión distinta a la que llegamos nosotras utilizando el mismo examen de proporcionalidad de derechos humanos.

VI. BIBLIOGRAFIA

Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.

Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (1996). *Las piezas del Derecho* (1ª ed.). Ariel.

Bernal Pulido, C. (2003). *Estructura y límites de la ponderación*. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 0(26), 225-238. <https://doi.org/10.14198/DOXA2003.26.12>

Carbonell, M. (2007). El neoconstitucionalismo en su laberinto. En: M. Carbonell (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo* (pp. 9-12). Trotta.

Chía, E. A y Contreras, P. (2014). Análisis de la sentencia Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios constitucionales*, 12(1), 567-588. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002014000100015>

Cianciardo, J. (2016). La especificación del derecho a la vida del no nacido en el sistema interamericano de derechos humanos. Una aproximación desde el caso “Artavia Murillo”. *Dikaion*, 25(2) (P.P. 160-189). <https://doi.org/10.5294/DIKA.2016.25.2.2>

Clérico, L. (2018). *Derechos y proporcionalidad: violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

Corte IDH. (2012). *Sentencia del Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica*.

Corte IDH. (2012). *Sentencia del Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*.

Corte IDH. (1984). *Opinión Consultiva 4/84. Centro por la Justicia y el Derecho Internacional*. Buenos Aires: Center for Justice and International Law - CEJIL.

Ferrajoli, L. (2011). Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 0(34), 15-53. <https://doi.org/10.14198/DOXA2011.34.02>

García Amado, J.A. (2007). Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo. En M. Carbonell, (Ed.) *Teoría del neoconstitucionalismo*. (pp. 237 - 264). Trotta - Instituto de Investigaciones Jurídica UNAM.

Mendoza, Cárdenas. H.A. (2018), Impacto Jurídico de la Sentencia Artavia Murillo vs. Costa Rica para México en materia de reproducción humana asistida. *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, 143-159.

Moreso, J. J. y Vilajosana, J.M. (2004). *Introducción a la teoría del derecho*.

Prieto Sanchis, L. (2007) Réplica a Juan Antonio García Amado. En M. Carbonell, (Ed.) *Teoría del neoconstitucionalismo* (pp.265 - 288), Trotta / Instituto de Investigaciones Jurídica - UNAM.