



CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

CASO N°. 12.361
GRETEL ARTAVIA MURILLO Y OTROS
(FECUNDACIÓN *IN VITRO*)

MEMORIAL DE AMICUS CURIAE

DEFENSORÍA DE LOS HABITANTES DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

AGOSTO, 2012

I. Introducción

1.- La Defensoría de los Habitantes de Costa Rica, solicita respetuosamente ser considerada en calidad de *amicus curiae* ante la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), con fundamento en el artículo 44(1) y (3) de su Reglamento. Este memorial se fundamenta en el marco internacional de los derechos humanos sensitivos al género y las voces de las mujeres que acuden al Área de Mujer de la Defensoría, a partir de las cuales se han realizado informes y recomendaciones al Estado de Costa Rica en general y, en particular, en relación con Fecundación in vitro (FIV).

2.- El siguiente análisis del Caso No. 12.361 Gretel Artavia Murillo y otros (“Fecundación in Vitro”) se presenta con base en la información que surge del Informe de Admisibilidad No. 25/041, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), de fecha 11 de marzo de 2004, así como del informe de fondo 85/10 de la CIDH, de fecha 14 de julio de 2010, que fue sometido ante esta Honorable Corte el 29 de julio de 2011.

3.-Igualmente, se parte de los pronunciamientos de la Defensoría de los Habitantes sobre la restricción de los derechos sexuales y reproductivos como una forma de discriminación y violencia contra las mujeres, contemplados en los Informes Anuales rendidos ante la Asamblea Legislativa, así como los dictámenes rendidos con ocasión al estudio de los proyectos de ley que se tramitan parlamentariamente, sobre Fecundación in Vitro.

4.- La sentencia de la Corte IDH tendrá importantes repercusiones en el ámbito del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos –así como de protección universal–, para la garantía, goce y ejercicio pleno de los derechos humanos en general, y en particular de las mujeres.

II. Naturaleza y mandato de la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica

5.- De acuerdo con la legislación costarricenseⁱ, la Defensoría de los Habitantes es el órgano encargado de proteger los derechos y los intereses de las personas. Para cumplir con su misión, la Defensoría vela porque el funcionamiento del sector público se ajuste a la moral, la justicia, la Constitución Política, las leyes, los convenios suscritos por el Estado en materia de derechos humanos y los principios generales del Derecho.

6.- La Defensoría de los Habitantes, como Institución Nacional de Derechos Humanos, toma como base de sus actuaciones, además de los instrumentos internacionales y de la ley interna, los lineamientos dados por los principios relativos al estatuto de las instituciones nacionales de protección y promoción de los derechos humanos –Principios de París–, aprobados por la Asamblea General de la ONU en 1993ⁱⁱ. De conformidad con ellos, las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos tienen competencia, entre otros, en el ámbito de la promoción y protección de derechos humanos y en el aseguramiento para que la legislación, los reglamentos y las prácticas nacionales, se armonicen con los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que el Estado sea parte.

7.- La Defensoría de los Habitantes, como institución nacional de protección y promoción de los derechos humanos, está acreditada desde 1999 ante el Comité Internacional de Coordinación de las Instituciones Nacionales de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de Naciones Unidas. También es integrante de la Federación Iberoamericana de Ombudsmán (FIO) y de la Red Iberoamericana de Mujeres de esta Federación, así como del Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos (CCPDH).

III. Interés de la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica de presentarse en calidad de *amicus curiae*

8.- En el año 2010, la CIDH considera que la prohibición de la FIV, emitida mediante la resolución número 2306 de la Sala Constitucional de fecha 15 de marzo de 2000, violenta los artículos 11.2, 17.2 y 24 en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, Pacto de San José) y recomienda al Estado costarricense levantar dicha prohibición a través de normativa compatible con la CADH, garantizar el acceso a las técnicas de FIV y reparar material y moralmente a las víctimas.

9.- Desde entonces, la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica ha venido sostenidamente emitiendo dictámenes técnicos, dando acompañamiento a las víctimas y realizando acciones de divulgación e incidencia a favor de levantar la prohibición que afecta a las y los habitantes y que impide decidir si se quiere optar por la técnica de FIV para resolver su situación de infertilidad, en la consideración que dicha prohibición viola derechos fundamentales reconocidos en los tratados ratificados por Costa Rica y constituye una discriminación desproporcionada y una forma de violencia hacia las mujeres.

10.- Para tal efecto, ha organizado múltiples espacios de discusión con personas expertas en la materia, nacionales e internacionales, de manera que las argumentaciones reflejaran las voces de especialistas y de las víctimas; asimismo, ha incidido ante la Asamblea Legislativa para que los distintos proyectos que se discuten en relación con la FIV, se ajusten a estándares científicos y de derechos humanos.

11.- Por medio del presente memorial la Defensoría expone a esa Honorable Corte nuevos enfoques, adicionales a los esgrimidos por la CIDH, con el objetivo de que se cuente con los insumos para ampliar lo relativo al impacto desproporcionado que la prohibición estatal de la técnica FIV genera hacia las mujeres. Para tal efecto, se expone a la honorable Corte lo siguiente:

- a) Que el accionar del Estado invisibiliza las diferencias de género interseccionadas por otras condiciones que provocan un acceso diferenciado de las mujeres a su salud sexual y reproductiva limitando su decisión del uso de métodos y técnicas para alcanzar la maternidad biológica como parte de su proyecto de vida.
- b) Que la omisión del deber de debida diligencia y la injerencia arbitraria estatal en materia de salud sexual y reproductiva, particularmente hacia las mujeres, es un patrón sistemático del Estado Costarricense.
- c) Que debe incluirse en el análisis del caso que existe un vínculo entre discriminación y violencia contra las mujeres en el marco del deber de debida diligencia, de conformidad con los estándares de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres (CEDAW) y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (Belem do Para).
- d) Que la prohibición impide el ejercicio del derecho a la salud reproductiva de las mujeres, particularmente al disfrute al progreso científico.

12.- Todo lo anterior con el fin de profundizar las dimensiones desproporcionadas que tiene la prohibición de FIV sobre las mujeres

IV. CONSIDERACIONES DE LA DEFENSORÍA DE LOS HABITANTES

13.- A través de este documento, la Defensoría expone que la prohibición de la técnica FIV emitida por el Estado Costarricense, constituye una forma de discriminación en los términos del artículo 1.1 de la CADH, del artículo 24 de la CADH, y que se violentan los derechos de las mujeres a igualdad y no discriminación, a una vida libre de violencia, el derecho a la salud, a la salud reproductiva y el progreso científico, a estar libre de interferencias estatales arbitrarias en el ejercicio del derecho a su vida privada y familiar, y a fundar una familia, incumpliendo las obligaciones estatales de debida diligencia y de progresividad y no regresividad de los derechos humanos.

a. Del derecho a la igualdad y no discriminación y a una vida libre de violencia

14.- La violencia y la discriminación en contra de las mujeres es una expresión de la estructura y de las relaciones predominantes del sistema de dominio masculino o patriarcal que caracteriza a la mayoría de las sociedades. A las mujeres se les coloca y se les mantiene, social y culturalmente, en condiciones de desigualdad, de subordinación ante el conjunto de los hombres, independientemente de su voluntad o de las características que posean; y estas condiciones constituyen, a su vez, la base sobre la cual se produce y reproduce la violencia y la discriminación.

15.- Este fenómeno social no está constituido por hechos aislados o por situaciones a las que se enfrentan cotidianamente determinadas mujeres, como podría calificarse la violencia social donde las personas se ven expuestas a diferentes manifestaciones de violencia y discriminación independientemente de su género, condición socioeconómica, edad, contexto geográfico, y otros; sino a un sistema que se sustenta precisamente en la desigualdad entre hombres y mujeres y en las relaciones de poder y de dominio de éstos sobre aquéllas, es decir, se trata de la violencia y discriminación contra las mujeres por su condición y por su posición de desventaja.

16.- Los principios de la protección igualitaria y efectiva de la ley, de la no discriminación y de la no violencia se constituyen en pilares del sistema tutelar de los derechos humanos de las mujeres, para lo cual resulta fundamental la interpretación que han realizado los organismos internacionales y regionales de protección de derechos humanos, con base en las definiciones contenidas en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).

17.- La jurisprudencia de la Corte IDH ha señalado reiteradamente que la CADH otorga un alcance amplio a la prohibición de discriminación, la cual considera, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, como elementos constitutivos del principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanosⁱⁱⁱ. La formulación extensa de esta prohibición está incluida en el artículo 1.1 de la CADH, y se refiere a los “derechos y libertades reconocidos por ella”. Sin embargo, el artículo 24 de la CADH, que establece el principio de igualdad ante la ley, no se refiere exclusivamente

a los derechos protegidos por ella, sino a que la prohibición de discriminación es aplicable a toda ley o práctica que sea aprobada internamente:

[...] el principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación constituye un dato sobresaliente en el sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en muchos instrumentos internacionales y desarrollado por la doctrina y jurisprudencia internacionales. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. [...] los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas. Es discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable [...] El artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. Es decir, no se limita a reiterar lo dispuesto en el artículo 1.1 de la misma^{iv}.

18.- En los últimos años, los órganos del Sistema Interamericano han venido desarrollando estándares relacionados con la obligación de los Estados de respetar y garantizar a las mujeres su derecho a la igualdad y a vivir libre de cualquier forma de discriminación. Sobre el principio de igualdad, la Corte IDH ha destacado que^v:

[...] 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 o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que si se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.

19.- En el presente documento, la Defensoría expone la violación de ambos artículos a partir de la prohibición de la técnica de FIV por parte del Estado Costarricense como una manifestación de discriminación y violencia, con el fin de que esa Honorable Corte se pronuncie sobre este efecto del accionar del Estado.

i. Sobre los estándares de discriminación incluidos en la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres

20.- En el caso de la discriminación basada en el sexo, el Art. 1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979, CEDAW, por sus siglas en inglés) la define claramente como:

[...] toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

21.- Esta definición es fundamental por los siguientes aspectos:

- a) contiene la prohibición expresa de discriminar por la razón de sexo;
- b) hace el vínculo entre la igualdad y la no discriminación;
- c) la prohibición de discriminar se da en el contexto del goce de los derechos humanos, entendidos estos de manera integral;
- d) incluye una variedad de comportamientos discriminatorios, distinción, exclusión o restricción, que se pueden presentar, a veces hasta en forma de “derechos” o “protección”, y
- e) determina que el acto discriminatorio es aquel que tenga “por objeto” o “por resultado” la violación de los derechos humanos de las mujeres.

22.- El Comité CEDAW, en su Recomendación General 28, profundiza sobre la “interseccionalidad” en relación con artículo 2 de la CEDAW que establece el compromiso de los Estados parte en la eliminación de la discriminación contra las mujeres, explicitando^{vi}:

[...] La interseccionalidad es un concepto básico para comprender el alcance de las obligaciones generales de los Estados partes en virtud del artículo 2. La discriminación de la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, el estatus, la edad, la clase, la casta, la orientación sexual y la identidad de género. La discriminación por motivos de sexo o género puede afectar a las mujeres de algunos grupos en diferente medida o forma que a los hombres. Los Estados partes deben reconocer y prohibir en sus instrumentos jurídicos estas formas entrecruzadas de discriminación y su impacto negativo combinado en las mujeres afectadas. También deben aprobar y poner en práctica políticas y programas para eliminar estas situaciones y, en particular, cuando corresponda, adoptar medidas especiales de carácter temporal, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención y la Recomendación general No. 25.

23.- En el desarrollo de su jurisprudencia, la Corte IDH ha sostenido que hay una diferencia entre “distinciones” y “discriminaciones”, constituyendo las primeras, diferencias compatibles con la CADH por ser razonables y objetivas, mientras que la discriminación constituye diferencias arbitrarias que redundan en detrimento de los derechos humanos, estableciendo en su jurisprudencia el deber de los Estados de considerar la situación de particular riesgo a violaciones a sus derechos humanos de ciertas poblaciones o sectores sociales^{vii}.

24.-Este pronunciamiento de la Corte reafirma la posición de esta Defensoría de que las mujeres como grupo social específico tienen, en el marco de los instrumentos señalados, estándares de protección que vinculan el accionar del Estado. Cuando sufren discriminación por su condición y más aún cuando ésta se intersecciona con otras formas de exclusión social, el Estado tiene la obligación de una tutela reforzada, en vez de restrictiva de derechos o de interferencias abusivas que impidan el libre ejercicio de sus derechos.

25.- En el artículo 2.f de la CEDAW, se establece la obligación de los Estados de “adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyen discriminación contra la mujer”. En la Recomendación General 28, el Comité señala que los Estados tienen la obligación de no discriminar a las mujeres por acción u omisión, y que la discriminación puede ocurrir cuando los Estados no adoptan esas medidas, lo que a su vez constituye el deber de diligencia debida de los Estados.

26.- La concepción de igualdad obliga entonces al Estado a abstenerse de acciones que profundicen la subordinación de las mujeres, pero también a revisar las leyes, políticas, acciones o vacíos que aunque aparentemente repercuten igual en todas las personas, en la práctica tienen un impacto discriminatorio, y a crear medidas que lo visibilicen y cuando corresponda, que compensen estas desigualdades.

27.- La prohibición de la FIV en Costa Rica aunque se presenta en apariencia como general o neutra para hombres y mujeres, de conformidad con lo que señala el Comité CEDAW en su Recomendación General 28, constituye una discriminación indirecta contra las mujeres en la medida que esconde las desigualdades preexistentes, biológicas o de género y por ende las impacta diferenciadamente.

28.- La prohibición ha invisibilizado: a) las diferencias biológicas entre hombres y mujeres, relacionadas con el hecho de que son las mujeres las que tienen la capacidad de dar vida y que la aplicación de la técnica científica se realiza en el cuerpo de las mujeres; b) las diferencias de género, relacionadas con la concepción socio cultural de la maternidad ligada a la identidad genérica de las mujeres y como, cuando ésta es consentida, se incorpora indisolublemente al propio plan de vida de las mujeres; c) Las diferencias de género interseccionadas por la posición económica y etaria que marcan diferencias odiosas entre las mismas mujeres; siendo que en el caso concreto, a partir de la prohibición de la técnica FIV, por una parte, sólo las mujeres que tienen recursos económicos para el pago del traslado hacia otro país y atención médica privada pueden superar la infertilidad, dejando a aquellas que no cuentan con medios económicos en clara desventaja. Por otra parte, las mujeres solamente pueden hacer uso de la técnica como mecanismo viable para superar la infertilidad en determinado estadio de su ciclo de vida, mientras que los hombres sólo requieren de la asistencia médica, sin que su acceso a la paternidad se vea afectado por cuestiones de edad.

29.- Esta invisibilización de la especificidad, reta la pretensión neutral de la omisión de tutela y tiene como resultado que las mujeres sufran un impacto diferenciado y discriminatorio en el ejercicio y disfrute del derecho a una vida libre de violencia, el derecho a la salud reproductiva y progreso científico, a estar libre de interferencias estatales en su derecho a la vida privada y familiar, y a fundar una familia.

ii. Sobre los estándares de violencia contenidos en la Convención Belem do Para y su vínculo con discriminación.

30.- La violencia limita el reconocimiento, goce y ejercicio de los derechos y libertades a las mujeres y constituye una ofensa a la dignidad, así como una manifestación de poder de las relaciones asimétricas entre los hombres y las mujeres, según reza el preámbulo de la Convención de Belén Do Para.

31.- La violencia contra las mujeres abarca una amplia gama de actos y es, en sus diferentes modalidades, una expresión y una forma de discriminación^{viii}. La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) es muy clara en el sentido de señalar en el artículo 6.a que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros, el derecho de ser libre de toda forma de discriminación.

32. La Convención en el artículo 7.E obliga a los Estados parte a tomar las medidas apropiadas para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra las mujeres.

33.- En esta dirección, la Convención es clara en el alcance del vínculo entre la violencia contra las mujeres y la discriminación, frente a la cual los órganos del Sistema Interamericano han avanzado en conceptualizarla dentro de la obligación genérica de los Estados de respeto consagrada en el artículo 1.1 de la CADH^x.

iii. Frente a la discriminación y la violencia contra las mujeres, el Estado debe de actuar con la debida diligencia y sin intervenciones abusivas

34.- Como ha sostenido la Corte IDH, existe un “vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos y el principio de igualdad y no discriminación”^x. Los instrumentos internacionales han impuesto a los Estados obligaciones frente a la discriminación y la violencia contra las mujeres. Específicamente, en la norma de la debida diligencia.

35.- Todas las personas sometidas a la jurisdicción de un Estado, mujeres y hombres, son beneficiarias de estas obligaciones sin distinción alguna. La cadena del cumplimiento de la debida diligencia comienza con el deber de prevención que tiene el Estado. Conforme la Corte IDH, se trata de una obligación de medio o comportamiento, no de resultados, que

[...] abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales^{xi}.

36.- La debida diligencia ha sido también destacada en los Principios de Montreal sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Mujeres, al establecer:

[...] Cuando participen en instituciones financieras internacionales y regionales, en acuerdos comerciales o en programas de asistencia y desarrollo, o cuando adopten políticas económicas o sociales, los Estados deben aplicar un test de debida diligencia para evaluar, prever y prevenir las consecuencias que puedan derivarse de éstos y afectar el goce y ejercicio por las mujeres de sus derechos económicos, sociales y culturales en igualdad de condiciones. Y, cuando de dichos acuerdos, programas o políticas se deriven daños, los Estados e instituciones responsables deberán aplicar medidas compensatorias. Este principio se aplica a nivel nacional, regional e internacional así como en las esferas pública y privada^{xii}.

37.- Por su parte la CIDH, en aplicación del artículo 7.b de la Convención de Belém do Pará, ha establecido:

[...] Los Estados partes deben tomar las medidas necesarias para hacer efectiva la Convención y para que la mujer que haya sido objeto de violencia tenga acceso efectivo a recursos para obtener medidas de protección o para buscar resarcimiento o reparación del daño^{xiii}.

38. – La Corte ha definido en la sentencia del *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana* y en otras posteriores, el deber de los Estados de actuar con la debida diligencia y claramente señala que el derecho de protección igualitaria de la ley y la no discriminación, implica que los Estados tienen la obligación de abstenerse de introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en diferentes

grupos de una población, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas discriminatorias, y establecer normas y adoptar las medidas necesarias para reconocer y asegurar una efectiva igualdad de todas las personas ante la ley.

39.- En su Recomendación General 28, el Comité CEDAW señala que los Estados tienen la obligación de no discriminar a la mujer por acción y omisión, y que la discriminación puede ocurrir cuando los Estados no adoptan las medidas legislativas necesarias para asegurar la plena efectividad de los derechos de la mujer.^{xiv}

40.-La prohibición de la Fertilización in Vitro genera discriminación contra las mujeres e incumple el deber de debida diligencia. Conteste con ello, el Comité CEDAW incluyó en las Observaciones finales a Costa Rica lo siguiente:

[...] 32. El Comité expresa su preocupación por el insuficiente reconocimiento y protección de los derechos sexuales y reproductivos en el Estado parte. Le preocupa que las mujeres no tengan acceso al aborto legal, debido a la falta de directrices médicas claras en que se esboce cuándo y cómo puede hacerse un aborto legal. El Comité también está preocupado por las dificultades de las mujeres para acceder a los métodos anticonceptivos más seguros y tecnológicamente más avanzados y por la disponibilidad de esos métodos, incluidos los métodos anticonceptivos de emergencia. Le preocupan además los limitados servicios de reproducción asistida disponibles para las mujeres, incluida la fecundación *in vitro*, que está prohibida en el Estado parte por haber sido declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia en el año 2000.

33. El Comité insta al Estado parte a que:

b) Considere la posibilidad de levantar la prohibición de la fecundación in vitro y de adoptar medidas legislativas orientadas a facilitar y ampliar el derecho de las mujeres a decidir de manera libre y responsable el número de sus hijos de conformidad con el apartado e) del artículo 16 de la Convención y asegure el acceso a los servicios de reproducción asistida, incluyendo la fecundación in vitro, en consonancia con las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2010).^{xv}

41.- Esta Defensoría sostiene que la preocupación del Comité CEDAW referida al “insuficiente reconocimiento y protección de los derechos sexuales y reproductivos” constituye una práctica reiterada del Estado en materia de salud sexual y reproductiva, particularmente contra las mujeres. Ello en razón de la prevalencia de estereotipos fundamentados en la inferioridad y subordinación de las mujeres que sistémicamente han estado presentes, limitando su capacidad de autodeterminación en el control de sus cuerpos, y perpetuando la violencia y discriminación, en clara contravención de los estándares de la debida diligencia establecidos en los instrumentos internacionales referidos anteriormente.

42.- Conteste con lo anterior, esta Defensoría ha sostenido históricamente, que el Estado costarricense tiene en materia de derechos reproductivos una deuda con las mujeres, que les ha imposibilitado su disfrute de los derechos reproductivos.

43.- Con ocasión del primer informe rendido ante la Asamblea Legislativa en el período 1994-1995 en el que se abordó el estado de los derechos de las personas, se retomaron las voces de las mujeres referidas a las violaciones al derecho reproductivo de escoger el método anticonceptivo de la esterilización, el cual les era negado cuando no existía la autorización por parte de un hombre.

44.- La Defensoría denuncia este hecho como posición del Estado reiterándolo en los años sucesivos. En el Informe Anual 1998-1999, se denuncia que la vinculación de la esterilización a la enfermedad constituye un obstáculo que limita el acceso al derecho reproductivo, al consignar la norma sólo criterios patologistas para el ejercicio de ese derecho. Concretamente señaló que:

[...] “El reconocimiento al derecho básico de todas las parejas e individuos/as a decidir libre y responsablemente el número de hijos; su espaciamiento e intervalo entre éstos, así como las posibilidades de satisfacer sus necesidades constituyen los fundamentos del derecho a la salud reproductiva y su efectivo ejercicio depende del grado de información con el que cuenten las personas antes de cualquier decisión. No obstante lo anterior, las decisiones de las mujeres en esta materia se limitan a la solicitud de la esterilización, en virtud de que una junta de médicos posee la competencia definitiva de la decisión a partir de criterios patologistas, con base en una lista de enfermedades taxativamente enunciada en el Reglamento de Esterilización, lo que impide hacer valoraciones de salud integral. Esta circunstancia, en consecuencia constituye una negación al derecho a la autonomía de la voluntad de las mujeres.”

45.- Una vez obtenido un decreto que modificaba las condiciones de la esterilización en el país, se empieza a denunciar discriminación en su interpretación, dado que le endosan la responsabilidad del uso del método exclusivamente a las mujeres. En el Informe Anual 2001-2002 se da cuenta de una aplicación diferenciada del Decreto de Esterilizaciones en razón del sexo, por parte de los operadores de un hospital nacional. Concretamente se señaló:

[...]“En virtud de lo expuesto la Defensoría de los Habitantes, en ejercicio de sus competencias, decidió elevar el caso ante la Jurisdicción Constitucional por considerar que el Hospital S J D mantenía y practicaba una política de Salud Sexual y Reproductiva discriminatoria en razón del género y una interpretación también discriminatoria de las competencias institucionales previstas en el Decreto de Salud Sexual y Reproductiva. (...) Lo anterior constituía el supuesto de hecho para la solicitud de un amparo, de conformidad con el artículo 30 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

El recurso de Amparo se fundamentó en la violación del derecho a la vida protegido en el artículo 21 Constitucional a partir del cual se deriva el derecho a la salud y, con la misma acción, se incurría en una violación al principio de igualdad por impedirles a los hombres el servicio cuando sí se les brinda a las mujeres, sin que exista una justificación –que no resulta objetiva, ni razonable- para tal diferenciación.

Asimismo se señaló que este tipo de política diferenciada en razón de sexo en materia de salud sexual y reproductiva, tenía fuertes implicaciones a nivel de costos institucionales, en virtud de que la esterilización en los hombres es una cirugía ambulatoria, mientras que las mujeres requieren de cirugía con internamiento; los hombres no requieren tiempo post operatorio, mientras que las intervenciones quirúrgicas en las mujeres sí la requieren, de manera que no sólo tenía efectos en los derechos individuales de las personas, sino también en el patrimonio institucional.

El recurso fue aceptado para su estudio y se le dio traslado al Hospital San Juan de Dios para que rindiera el informe de ley. El 25 de abril, la Defensoría tuvo conocimiento que el recurso de amparo fue declarado con lugar, lo que significó un importante logro en el

avance de los derechos de las mujeres. Asimismo, a través de esta resolución se establece que las mujeres y hombres con consentimiento informado pueden optar por la esterilización como método de planificación, eliminando la interpretación errónea que hacían los médicos de la posible penalización de la acción, con fundamento en el artículo 123 del Código Penal. La Sala aceptó los razonamientos elaborados por la Defensoría”

46.- En el Informe Anual del año 1995-1996, la Defensoría dio cuenta de la importancia del derecho a la información en materia de acceso a los servicios de salud por parte de las mujeres afirmando que su limitación “...tiene como trasfondo un menosprecio a la capacidad de comprensión de las pacientes”. Esta afirmación se reitera en el Informe del año 1997-1998 al indicar que en materia de salud sexual y reproductiva: “una adecuada información permitiría a las usuarias tener la posibilidad de ponderar las implicaciones de sus decisiones y a la vez conocer los alcances de las prácticas médicas en sus propios cuerpos.”

47.- En el Informe Anual 2002-2003, la Defensoría también se refirió a las prácticas discriminatorias del Estado en relación con la maternidad, el aborto espontáneo y las licencias, dado la conceptualización del aborto espontáneo como una simple enfermedad:

[...] “De esta forma, la Defensoría reitera la recomendación de dar un contenido inequívoco a los conceptos relacionados con la salud y los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres (ciclo gestacional, aborto no intencional, parto prematuro no viable y los períodos de recuperación, entre otros). Homologando los criterios acerca de las situaciones específicas que enfrenta una mujer durante su estado de embarazo se eliminará la desproporción que existe entre la licencia de enfermedad y la licencia de maternidad, desproporción que la Defensoría considera no sólo poco razonable, sino claramente discriminatoria”

48.- En Informe Anual 2003-2004, la Defensoría reiteró que prevalecen diferencias de género en el acceso y disfrute de los derechos sexuales y reproductivos, para tal efecto se puso como ejemplo las abismales diferencias en la cantidad de esterilizaciones femeninas y las salpingectomías masculinas, señalando:

[...] “Debe ser en igualdad de condiciones tanto para los hombres como para las mujeres, por lo que se hace necesario erradicar las concepciones y prácticas patriarcales de hacer recaer exclusivamente en las mujeres la responsabilidad en materia reproductiva, así como permitirle exclusivamente al hombre el disfrute de la sexualidad. De esta manera, por ejemplo, en lo que a la reproducción se refiere, el uso de ciertos métodos de planificación han sido asignados prácticamente a las mujeres a pesar de que su utilización conlleva menos riesgos en la población masculina y otros métodos que están diseñados para ser usados por hombres, son rechazados por muchos de ellos en tanto les limita el goce sexual”.

49.- En el Informe Anual 2005-2006 se abordó la circunstancia del país de carecer de una política pública y legislación en salud sexual y reproductiva, con enfoque de género en materia sanitaria, lo que da cuenta de que estos derechos no son una prioridad en el abordaje de la salud costarricense. Se indicó que existe un evidente vacío legal en esta materia y una enorme deuda con respecto a los derechos de las mujeres y con los compromisos país de las Conferencias de El Cairo y Beijing, así como la CEDAW, en el que se le recordó al Estado la necesidad de:

[...] “Instaurar estrategias dirigidas a lograr cambios en la normativa legal, como por ejemplo el Proyecto de Ley General de Salud, Capítulo sobre Derechos Sexuales y Reproductivos, libre de criterios restrictivos que afectan el reconocimiento y disfrute pleno de los derechos sexuales y reproductivos por parte de las mujeres.”

50.- En el Informe Anual 2006-2007 se indicó como la ausencia de una política de Salud Sexual y Reproductiva, impedía clarificar las responsabilidades del Estado en la materia.

51.- En el Informe Anual 2008-2009 se reiteró que la Defensoría ha considerado:

[...] “...que existe un vacío legal en esta materia, razón por la que recibe con satisfacción que exista un proyecto de ley en la corriente legislativa, el cual debe atender y desarrollar los compromisos internacionales adquiridos por Costa Rica en materia de los derechos de las mujeres, máxime cuando la salud sexual y reproductiva, forma parte del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, reconocido en un gran número de tratados internacionales”.

52.- En el informe Anual 2010-2011 se da cuenta de un avance en términos de aprobación de una Política Nacional de Sexualidad, pero se señala como reto su implementación por parte de cada uno de los espacios competentes del gobierno. Se indicó:

[...] “El primero de estos retos es garantizar la ejecución del plan de acción para hacer efectivas las acciones y fortalecer los conocimientos y posibilitar la apropiación de este instrumento por las distintos grupos y sectores de la población. Otro reto lo constituye la articulación interinstitucional e intersectorial, que tiene un espacio privilegiado en la Comisión Interinstitucional sobre Salud y Derechos Reproductivos y Sexuales, que debe retomarse con una convocatoria del Ministerio de Salud y con claridad en la definición de las competencias y responsabilidades institucionales.

Por otra parte, el liderazgo en la dirección política de este proceso es requisito indispensable para la implementación y construcción de un plan intersectorial, en clara coordinación con las autoridades institucionales. Esta es una labor que debe ser liderada por el Ministerio de Salud en ejercicio de sus competencias. “

53.- En el Informe 2011-2012, se señala en el capítulo de salud sexual y reproductiva que el proyecto de ley elaborado por el Poder Ejecutivo con ocasión de las recomendaciones de la CIDH, fue dictaminado negativamente por esta Defensoría en la medida que se profundizaba el impacto específico, desproporcionado y discriminatorio contra las mujeres, ya que la técnica prevista obligaba a transferir a la mujer la totalidad de los óvulos fecundados en un ciclo, lo cual constituye una clara inviabilidad del procedimiento y pone en peligro la salud y la vida de las mujeres.

54.- En este contexto, la prohibición del acceso a la técnica FIV es conteste con el accionar del Estado y vulnera la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, y la Convención Interamericana de Belem do Pará, en sus derechos de igualdad y no discriminación que les impide a las mujeres el acceso y goce de derechos por su condición de género y que tiene como hecho generador el incumplimiento del Estado a su deber de eliminar prácticas

discriminatorias y que incumple con su deber de legislar y de proteger a las mujeres, siendo que más bien, fue con el propio accionar del Estado que se eliminó la técnica, la cual, como avance científico, representaba la única respuesta a su derecho a la salud reproductiva.

55.- La prohibición del acceso a la técnica de FIV constituye para esta Defensoría un hecho que en si mismo es de discriminación y de violencia, relacionado con el cuerpo de las mujeres, la cual siempre ha estado sujeto a un mayor control y menor margen del ejercicio de su autonomía individual para la decisión de los derechos reproductivos, reforzando el estereotipo con el cual se ha perpetuado la violencia contra las mujeres.

56.- El contexto nacional expuesto también da cuenta de la interferencia arbitraria del Estado costarricense sobre la toma de decisiones de las mujeres en relación con la salud sexual y reproductiva.

57.- Esta Defensoría considera que la CIDH refleja la interferencia arbitraria del Estado cuando señala:

[...]“La prohibición legal de practicar la Fecundación in Vitro significó una supresión de la identidad personal y de la autonomía individual para decidir tener hijos biológicos y controlar su propia capacidad reproductiva y, en suma, la posibilidad de desarrollar su proyecto de vida.”

58.- Adicionalmente, el Estado al ser el agente que con su propio accionar impide el disfrute a los derechos sexuales y reproductivos configura una injerencia arbitraria al violentar, como lo establece la CIDH, los derechos a la autonomía/autodeterminación, a la intimidad y protección de la familia:

“82. [...] la Comisión sostiene que de una lectura conjunta de los artículos 11 y 17 de la Convención resulta que: i) la protección del derecho a conformar una familia comprende la decisión de convertirse en padre o madre biológico/a, e incorpora la opción y el acceso a los medios pertinentes para materializarla; ii) esta decisión hace parte de la esfera más íntima de la vida y corresponde al ejercicio exclusivo de la autonomía de cada persona y/o pareja; y iii) cualquier intento de interferencia por parte del Estado en estas decisiones, debe ser evaluado con base en los criterios establecidos en la Convención Americana”.

59.- Los Estados no pueden interferir en el ejercicio de los derechos reproductivos de las mujeres, incluyendo el derecho a decidir el alcance de los mismos y la protección que les ofrece la Ley. Así lo expresó el Comité de Derechos Humanos de la ONU en su Observación General 28, basándose en los derechos a la privacidad y la integridad personal reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, derechos también reconocidos en la CADH^{xvi}.

b. Derecho a la salud reproductiva y acceso al progreso científico

60.- Para interpretar los alcances de la discriminación de las mujeres en la esfera de la salud, se debe tomar como base el artículo 12.1 de la CEDAW:

[...] Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

61.- En materia de salud reproductiva, el Comité de la CEDAW, en la Recomendación General 24, párr. 1, afirma que el acceso a la atención a la salud, incluida la salud reproductiva, es un

derecho básico previsto en la CEDAW y en su párr. 14, hace referencia al tema “mujer y salud”, y señala la obligación de los Estados de respetar el acceso de la mujer a los servicios médicos y de abstenerse de “poner trabas a las medidas adoptadas por la mujer para conseguir sus objetivos en materia de salud”.

62.- Las conferencias internacionales de Población y Desarrollo, celebradas en El Cairo, Egipto (1994, CIPD), y la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, realizada en Beijing, China (1995), establecieron que para lograr las metas de desarrollo es necesario que las personas tengan control sobre su vida sexual y reproductiva al tiempo que reconocieron de manera explícita los derechos en estos ámbitos, y adoptaron el siguiente concepto integral de salud sexual y reproductiva:

[...] La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos.

63.- Teniendo en cuenta la definición que antecede, los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos, y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva, y el acceso al progreso científico. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos^{xvii}. Es decir, la atención de la salud sexual y reproductiva incluye, entre otros, brindar servicios de planificación familiar de calidad, incluyendo servicios de reproducción asistida.

64.- El presente caso versa sobre la posibilidad del uso de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud reproductiva, lo cual contempla también el acceso a los métodos reproductivos médicamente asistidos, incluyendo las tecnologías diseñadas para tratar la infertilidad y para permitir a las parejas infértiles tener hijos e hijas. Se trata de una decisión reproductiva que requiere el acceso a una técnica científica moderna, y que ha sido restringida por el Estado, afectando particularmente a las mujeres.

65.-En el caso del acceso al progreso científico a través de la técnica FIV, la garantía de éxito se encuentra supeditada al ciclo de vida de las mujeres; si éstas no lo ejercen en un determinado estadio de su vida, se les niega para siempre el ejercicio de este derecho, a diferencia de los

hombres quienes una vez resuelta su infertilidad pueden tener hijos, sin condicionamiento a su edad. En razón de lo anterior, la respuesta estatal no puede darse en un tiempo indefinido.

66.- Respecto a estos derechos, en la CIPD se explicita^{xviii}:

[...] los gobiernos deberían garantizar la conformidad con los derechos humanos y la observancia de las normas éticas y profesionales en la prestación de los servicios de planificación de la familia y otros servicios conexos de la salud reproductiva con el fin de asegurar el consentimiento responsable, voluntario e informado y también con respecto a la prestación de los servicios. Deberían proporcionarse técnicas de fecundación *in vitro* de conformidad con directrices éticas y normas médicas apropiadas.

67.- Igualmente expresa el Comité que el ejercicio del derecho de las mujeres a la salud requiere que se supriman todas las barreras que se oponen a su acceso a los servicios de salud, educación e información, en particular en la esfera de la salud sexual y reproductiva. La falta de acceso de las mujeres a los servicios de salud, y particularmente a los servicios de salud reproductiva, ha sido identificada por el Comité de Derechos Humanos (CDH) como una violación al artículo 3, el cual garantiza el derecho de mujeres y hombres a la igualdad^{xix}.

68.- Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), ha establecido que “los Estados tienen la obligación de respetar el derecho a la salud, en particular absteniéndose de denegar o limitar el acceso igual a todas las personas [...] y abstenerse de imponer prácticas discriminatorias en relación con el estado de salud y las necesidades de la mujer”.^{xx} En ese sentido, invertir en la salud reproductiva de las mujeres es, sin duda alguna, la mejor herramienta para mejorar la calidad de vida, dejando llevar a cabo su proyecto de vida mediante su empoderamiento que dan como resultado sociedades más justas.

69.- Si bien las diferencias biológicas entre mujeres y hombres pueden causar variaciones en el estado de salud, hay factores socioculturales y económicos que determinan el estado de salud de las mujeres y los hombres, y que pueden variar entre las propias mujeres y agudizarse cuando se encuentran en situaciones de vulnerabilidad (en razón de la interseccionalidad), por lo que debe prestarse especial atención a las necesidades y derechos relacionados con su salud. En el caso en estudio, las necesidades de las mujeres infértiles que han agotado otras técnicas de reproducción asistida para poder ejercer la maternidad biológica, solamente pueden ser atendidas a través del acceso a la técnica FIV. Con la prohibición, el Estado ha obstaculizado el acceso a la salud reproductiva y lo ha negado definitivamente a aquellas que sin recursos económicos no pueden migrar a otros países donde sí está autorizada y a quienes, en razón de la espera, ya superaron su ciclo reproductivo.

70.- El Comité CEDAW, en su Recomendación General 24, señala que los Estados deben de ejecutar una estrategia nacional amplia para fomentar la salud de la mujer durante todo su ciclo de vida, y garantizar el acceso universal de todas las mujeres a una plena variedad de servicios de atención de la salud de gran calidad y asequibles, incluidos los servicios de salud sexual y reproductiva.

71- En el año 2011 la Defensoría construyó una agenda país en derechos humanos de las mujeres basada en los casos atendidos en la institución articulados con las recomendaciones derivadas de la CEDAW y los instrumentos internacionales, y la deuda existente en la materia. En relación con FIV, la Defensoría incluyó las siguientes recomendaciones:

[...] ‘Promover los avances científicos en materia de herramientas, tratamientos y métodos modernos, dirigidos a garantizar el goce y ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, particularmente el derecho de las mujeres a decidir el número de hijos e hijas que deseen tener.

Garantizar una legislación sobre fertilización In Vitro, en concordancia con las obligaciones del Estado y los lineamientos de la Comisión Interamericana de derechos humanos.’

72- La técnica de FIV constituye, tal como acredita la CIDH en el caso concreto, y sostiene esta Defensoría, la única forma de ejercer la maternidad biológica para las mujeres y ello solamente es posible, a través de la garantía estatal del acceso al progreso científico.

c. Del derecho de las mujeres a la autonomía reproductiva y su decisión de acceder a la maternidad.

73.- El derecho a la autonomía reproductiva encuentra su tutela en la protección de la honra y la dignidad (Art. 11, CADH) en la medida que toda persona tiene capacidad para decidir sobre cualquier aspecto de su vida sin interferencias arbitrarias.

74.- En Cairo los Estados participantes superaron la perspectiva de los programas de planificación centrados en “la familia”, y se sitúa a la mujer en el centro de un planteamiento integral de la reproducción. Se reconoció, así mismo, que la salud reproductiva y sexual debe entenderse en el marco de los derechos humanos, desde una perspectiva de género. En razón de lo cual, cualquier técnica de fertilización asistida debe tener como consideración central la salud de las mujeres, garantizar la vida y la salud reproductiva, y ser compatible con la normativa de la CADH y de otros tratados ratificados por el Estado.

75.- El Programa de Acción de la CIPD fue aprobado por consenso y establece quince principios y varios capítulos. En relación con el derecho a la autonomía, sobresalen los siguientes:

7.2 [...] la salud reproductiva entraña [...] la libertad para decidir [procrear] [...], cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección [...] y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos. En consonancia con esta definición de salud reproductiva, la atención de la salud reproductiva se define como el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al

bienestar reproductivo al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva.

76.- El derecho a la autonomía reproductiva, es decir, a decidir el número e intervalo de hijos/hijas, está reconocido en el artículo 16 (e) de la CEDAW, donde se expresa que las mujeres gozan del derecho “a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer este derecho”.

77.- El Comité de la CEDAW, en su Recomendación General 24, párr. 17, señaló que “este derecho es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad”. En el 2000, la Organización Mundial de la Salud (OMS)^{xxi} expresó que la autonomía reproductiva va más allá de la posibilidad de decidir el número y espaciamiento de los hijos/hijas, pues incluye el derecho a realizar un plan de procreación con asistencia médica.

78.- Someterse a un procedimiento de FIV es una decisión personal y autónoma de las parejas y en particular de las mujeres en el tanto la técnica se aplica en su cuerpo y es ella a quien se le practicará el procedimiento asumiendo los riesgos a la salud, molestias y limitaciones temporales relativas a la actividad física, entre otros.

79.- La procreación de un ser humano sucede exclusivamente en el cuerpo femenino, y es justamente la mujer que decide procrear la que asume los cuidados de la vida potencial que se gesta dentro de su cuerpo. En ese sentido, el ejercicio de la autonomía reproductiva de las mujeres es fundamental.

80.- El reconocimiento de estos alcances de la autonomía reproductiva es de central importancia en el proceso de ampliación y profundización de los derechos reproductivos, que son parte integral e indivisible de los derechos humanos en general, y de los derechos humanos de las mujeres en particular.

81.- En el caso FIV, el Estado costarricense impide a las mujeres el control de su propio cuerpo, pues la prohibición de la técnica restringe la capacidad que ellas tienen para decidir sobre su propia maternidad.

d. Del ejercicio del derecho a la vida privada y familiar y a fundar una familia como proyecto de vida, sin injerencias arbitrarias o abusivas

82.- En los términos de la CADH, y cómo ha señalado la CIDH, la prohibición de la FIV constituye una injerencia arbitraria del Estado Costarricense en la intimidad y la vida privada y familiar de las mujeres, así como en el derecho a fundar una familia.

83.- En relación con el derecho a la intimidad, en el caso “Fecundación in Vitro la CIDH ha expresado que:

[...] El derecho a la intimidad garantiza una esfera que nadie puede invadir, un campo de actividad que es absolutamente propio de cada individuo (párr. 75).

[...] un objetivo fundamental del artículo 11 [de la CADH] es proteger a las personas de la acción arbitraria de las autoridades del Estado que infrinjan su esfera privada. En este sentido, la Corte Interamericana ha sostenido que ‘el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública’. Esta protección se extiende a la esfera familiar (párr. 70).

84.- El derecho a la intimidad está protegido por el artículo 11 de la CADH:

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Igualmente, lo protegen el Art. 12 de la DUDH, el Art. V de la DADDH y el Art. 17 del PIDCP.

85.- La decisión de las parejas de tener hijas o hijos biológicos, pertenece a la esfera más íntima de su vida privada y familiar, y, en ese sentido, el alcance del derecho a la intimidad se extiende al ámbito de los derechos reproductivos. Toda persona tiene derecho a decidir libremente y sin interferencias arbitrarias, sobre sus funciones reproductivas.

86.- La Corte IDH, en el Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile^{xxii} ha dicho respecto al Art. 11 de la CADH que:

162. [...] si bien esa norma se titula “Protección de la Honra y de la Dignidad”, su contenido incluye, entre otros, la protección de la vida privada. La vida privada es un concepto amplio que no es susceptible de definiciones exhaustivas y comprende, entre otros ámbitos protegidos, la vida sexual [...] [L]a vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo y cuándo decide proyectar a los demás.

87.- Ahora bien, para las mujeres que deciden libremente ser madres, la maternidad se convierte en la parte central de su proyecto de vida, a lo que se le suma la presión social de la construcción cultural de la maternidad asociada a la identidad genérica de las mujeres, de tal forma que el impedimento a su maternidad, se vive como una pérdida personal y también como una pérdida social que afecta desproporcionadamente su identidad de género. Las voces de las mujeres del cómo sienten y viven su ausencia de hijos en el proyecto de vida, da cuenta clara de esta doble dimensión de género de la maternidad. En ese sentido, el alcance del derecho a la intimidad se perpetra cuando a las mujeres se les restringe el acceso a la técnica afectando ese proyecto vital, la percepción de sí mismas y como se proyectan a los demás.

88.- La jurisprudencia de la Corte IDH indica que “el proyecto de vida se asocia al concepto de realización persona, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone”. En ese sentido, “los hechos violatorios de derechos impiden u obstruyen seriamente la obtención del resultado previsto y esperado, y por ende alteran en forma sustancial el desarrollo del individuo” e implican “la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal”^{xxiii}.

89.- De acuerdo con los jueces Cançado Trindade y Abreu Burelli, en su voto razonado en el Caso Loayza Tamayo vs. Perú:

[...] 16. El proyecto de vida envuelve plenamente el ideal de la Declaración Americana de 1948 de exaltar el espíritu como finalidad suprema y categoría máxima de la existencia humana. El daño al proyecto de vida amenaza, en última instancia, el propio sentido que cada persona humana atribuye a su existencia. Cuando esto ocurre, un perjuicio es causado a lo más íntimo del ser humano: trátase de un daño dotado de autonomía propia, que afecta el sentido espiritual de la vida.

90.- Para esta Defensoría, las injerencias arbitrarias y abusivas en la vida privada tienen implicaciones esenciales sobre la honra y dignidad de las personas, y, por ende, en lo que toca a su proyecto de vida, muy particularmente en el caso específico de las mujeres. Las decisiones relativas a la función reproductiva (número y espaciamiento de los hijos y las hijas) se toman en la esfera más íntima de la vida de una persona. La injerencia arbitraria o abusiva en este ámbito de la intimidad representa, por lo tanto, una violación a la honra y la dignidad de las mujeres, quienes quedarían a merced de terceros respecto a la decisión de someterse o no a un tratamiento que propicia la procreación.

91.- El alcance del derecho a fundar una familia se extiende en su relación con los derechos a la autonomía/autodeterminación y a la intimidad. La Corte IDH, en el Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239) ha dicho que

[...] 169. [...] el artículo 11.2 de la Convención Americana está estrechamente relacionado con el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, reconocido en el artículo 17 de la Convención, según el cual el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar.

170. En lo concerniente a los artículos 11.2 y 17.1. de la Convención Americana, el derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia.

92.- En relación con la FIV, es evidente que la prohibición de acceso a la técnica es una medida que, lejos de favorecer el desarrollo de la familia, entendida en su amplia concepción, impide que personas dispuestas a fundarla y, mediante esta decisión, coadyuvar en el fortalecimiento de la misma como institución base de la sociedad, logren sus objetivos. Así, estos objetivos personales no sólo están protegidos por la legislación y jurisprudencia internacionales, sino que impedir que se consigan afecta las bases mismas de la sociedad.

93.- La vulneración del derecho a fundar una familia daña de manera desproporcionada a las mujeres por las razones expuestas relativas al proyecto de vida, y a la construcción de la identidad personal y social alrededor del tema de la maternidad, independientemente del modelo de familia del que se trate. Este hecho debe ser tomado en consideración como aspecto que afecta la protección de los derechos de las mujeres de manera específica y desproporcionada.

e. Sobre el impacto de la prohibición de la fertilización *in vitro* en relación con el principio de progresividad y no regresividad.

94.- La prohibición de la técnica FIV responde a una actuación reiterada del Estado y resulta regresiva en términos de las tutelas que el Estado se ha comprometido a garantizar en materia de derechos reproductivos.

95.- El principio de no regresividad supone que ninguna norma, ley, jurisprudencia o cualquier otro desarrollo jurídico debe significar un retroceso en el alcance y amplitud del goce de los derechos protegidos.

96.- La prohibición de la práctica de la técnica FIV en el Estado de Costa Rica representa una violación al principio de no regresividad y al art. 14 (b) del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), de acuerdo al cual los Estados parte reconocen el derecho de toda persona a “gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico”. Las técnicas de reproducción asistida son de ese tipo de beneficios. Además, y como ya se ha comentado, hoy en día se reconoce que parte del acceso a los beneficios del progreso científico en materia de derechos reproductivos, es contar con servicios accesibles que satisfagan las necesidades dentro de los más altos estándares de calidad.

f. Sobre el impacto regional de la sentencia de la Corte IDH

97.- El caso “Fecundación in Vitro” permite también a la Corte IDH coadyuvar en la consolidación, regulación y acceso universal de las técnicas de reproducción asistida en Latinoamérica, facilitando así el derecho de todas las personas, especialmente de las mujeres, a contar con servicios de reproducción asistida accesibles, que satisfagan las necesidades dentro de los mejores estándares de calidad.

98.- La regulación de estas prácticas a nivel latinoamericano es central para el adelanto del goce y garantía de derechos para las mujeres, sin discriminación. Ésta puede significar un mayor acceso a este tipo de servicios para todas las mujeres, sin importar su condición social y económica, así como la mejora de los mismos. De esta manera, se hace patente la necesidad de determinar los alcances de este derecho reproductivo, en el marco del derecho internacional de los derechos humanos de manera que no solamente implique la obligatoriedad de levantar la prohibición en Costa Rica, sino también el fortalecimiento de las regulaciones existentes y la necesidad de ajustar la práctica a los parámetros de la CADH que esa Honorable Corte dimensionó en este caso.

g. El levantamiento de la prohibición de la técnica FIV debe hacerse través de una norma que contemple los estándares de la CADH y otros instrumentos del Derecho Internacional de Derechos Humanos.

99.- La Defensoría considera que esa Honorable Corte debe exigir al Estado Costarricense el levantamiento de la prohibición de la técnica FIV mediante un instrumento jurídico que regule los aspectos éticos, médicos y jurídicos de la implementación de la dicha técnica y que incorpore no solamente los estándares de la CADH, sino también los de las Convenciones CEDAW y Belem do Pará, con la consecuente incorporación de medidas especiales a favor de las mujeres ahí contempladas.

100.- De no llenarse el vacío normativo y considerarse que la implementación de la técnica puede darse a la libre, se corre el riesgo de exacerbar la vulnerabilidad de las mujeres, y el Estado violentaría su deber de debida diligencia de hacer normas que prevengan y sancionen la discriminación y violencia contra las mujeres.

101.- Con ocasión de la discusión parlamentaria de proyectos de ley en relación con FIV, la Defensoría ha establecido una serie de contenidos mínimos para su regulación, que se exponen seguidamente para conocimiento de esa Honorable Corte:

- a) basarse en el principio de igualdad y garantizar la no discriminación contra las mujeres;
- b) garantizar el acceso universal, el cual debe ser progresivo
- c) garantizar los más altos estándares médicos y éticos
- d) regular la técnica FIV en consideración de los diferentes métodos para su aplicación
- e) garantizar el derecho a la información y el consentimiento informado
- f) garantizar el derecho al avance científico incorporando estándares internacionales referidos al número de óvulos a extraer, de embriones a implantar y técnica de conservación de material genético, con el objeto de incrementar el éxito del procedimiento y no exponer a las mujeres a riesgos y tratamientos innecesarios.
- g) Regular lo relativo a los vínculos jurídicos

V. CONCLUSIONES

I. En el presente memorial, la Defensoría de los Habitantes de la República ha evidenciado una falta sistemática de cumplimiento a los compromisos por parte del Estado Costarricense en materia de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres que dan cuenta de un acceso y disfrute diferenciado a métodos anticonceptivos, como esterilización, a la falta de ley sobre derechos sexuales y reproductivos, que son contestes con lo que también sucede con la prohibición de la FIV.

II. Esas acciones y omisiones resultan ser sistémicas y, en el caso de la FIV, aun cuando parezcan neutrales en sus impactos por ser generales a todas las personas que requieran del uso de la técnica para superar la infertilidad, resultan discriminatorias y afectan de manera especial a las mujeres. Además, constituyen una violación a la debida diligencia que una obligación que el Estado debe cumplir respecto a todas las personas sometidas a su jurisdicción. En ese sentido, es fundamental que esa Honorable Corte profundice el vínculo entre la obligación de no discriminación y el derecho a la no violencia y el deber de debida diligencia, para el desarrollo integral de las mujeres, particularmente en relación con sus derechos reproductivos.

III. Tal como expone la CIDH , la Defensoría coincide en que la prohibición de la FIV constituye una interferencia abusiva y arbitraria por parte del Estado, que incide directamente sobre los derechos incluidos en los artículos 11 y 17 de la CADH , con un impacto desproporcionado sobre las mujeres. Asimismo, la posición estatal es violatoria de los derechos contemplados en el artículo 24 de la CADH.

IV. En relación con la técnica de la FIV, la Defensoría sostiene que el levantamiento de la prohibición requerirá la aprobación de una normativa que garantice tanto el cumplimiento de la CADH, como el avance y progreso científico con el fin de proteger los derechos de las mujeres que se sometan a la misma, y que se garantice la no discriminación y a vivir una vida libres de violencia.

V. Finalmente, la Defensoría solicita admitir las consideraciones expuestas en calidad de Amicus Curiae para ser analizadas por esa Honorable Corte.

Respetuosamente,

Ofelia Taitelbaum Yoselewich

Defensora de los Habitantes de la República de Costa Rica

-
- ⁱ Ley de la Defensoría de los Habitantes, Ley No. 7319 del 5 de noviembre de 1992 (reformada por la Ley No. 7423 del 18/07/94, la Ley No. 7741 del 19/12/97 y la Ley No. 7935 del 25/10/99).
- ⁱⁱ Adoptado por la Asamblea General, Resolución 48/134 de 20 de diciembre 1993.
- ⁱⁱⁱ Al respecto, ver CADH, art. 25.1, y Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, art. 6; Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General 18, *No discriminación*, 10/11/89, CCPR/C/37, párr. 7. Pueden consultarse otras consideraciones generales de la Corte IDH sobre la prohibición de discriminación en Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18, párrs. 82-96. La Corte IDH ha ampliado también el marco de aplicación de la prohibición de discriminación, considerándola una norma de *jus cogens*, de carácter *erga omnes*. Ver, Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, cit., párrs. 100-101. Ver, Corte IDH, *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. Ver, por ejemplo, Corte IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C No. 127, párr. 185; *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de septiembre de 2005, Serie C No. 130, párrs. 140-141, 155, 166-168, 171 y 191; *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, párrs. 44-49 y 55; Opinión Consultiva OC18/03, cit., párrs. 82-110.
- ^{iv} Corte IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, cit. párrafos 184-186.
- ^v Corte IDH, Opinión Consultiva OC-4/84, cit., párr. 55.
- ^{vi} Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Doc /C/GC/28 (2010), párr. 18.
- ^{vii} Corte IDH, *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C No. 215; *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C No. 205.
- ^{viii} Corte IDH, *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*, cit., párrs. 394-395, 402.
- ^{ix} CIDH, casos Maria da Penha Mai Fernandes (Brasil), María Claudia Ivette González y otras (México), Valentina Jessica Lenahan (González) y otros (Estados Unidos), entre otros.
- ^x Corte IDH, Opinión Consultiva OC- 18/03 2003, cit., párr. 84.
- ^{xi} Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de Fondo, 1988, párr. 175.
- ^{xii} Los Principios de Montreal fueron adoptados en una reunión de expertas de todo el mundo celebrada en diciembre de 2002, la cual fue convocada por el Grupo de Mujeres de la Red Internacional DESC. Su objetivo es guiar la interpretación e implementación de las garantías de no-discriminación y de igualdad en el goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales.
- ^{xiii} CIDH, "Informe sobre la Condición de la Mujer en las Américas", en Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1997, Capítulo VI.
- ^{xiv} Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Doc /C/GC/28 (2010), párr. 10.
- ^{xv} Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones finales del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Doc CEDAW/C/CRI/CO/5-6, párr. 33.
- ^{xvi} CADH, artículos 5 y 11.1.
- ^{xvii} Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, Programa de Acción de El Cairo, 1994, punto 7.17. Cuarta Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre la Mujer, Beijing, 1995.
- ^{xviii} Cook R., Dickens B., Fathalla M. *Salud reproductiva y derechos humanos*, Bogotá, Profamilia, Oxford, p. 74. 2003.
- ^{xix} Véase, por ejemplo, Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Ecuador, Doc. de la ONU CCPR/C/79/Add.92 (1998), párr. 1; Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Polonia, Doc. de la ONU CCPR/C/79/Add.110 (1999), párr. 11.
- ^{xx} Comité de Derechos Económicos, Sociales, y Culturales (CESCR), Observación general no. 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, Doc. de la ONU E/C.12/2000/4 (2000), párr. 34.
- ^{xxi} OMS, *Global Advisory Group on Nursing and Midwifery, Report of the Sixth Meeting*, Ginebra 19-22 de noviembre de 2000
- ^{xxii} Corte IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de febrero de 2012, Serie C No. 239.
- ^{xxiii} Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*, reparaciones y costas, sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42, numerales 144-154.